Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 6. februar 2025 [1]

Sag C-82/24

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.
mod
Veolia Water Technologies sp. z o.o.,
Krüger A/S,
OTV France,
Haarslev Industries GmbH,
Warbud S.A.

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Sąd Okręgowy w Warszawie (den regionale domstol i Warszawa, Polen))

»Præjudiciel forelæggelse – offentlige kontrakter – direktiv 2004/18/EF – artikel 2 – ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet – forpligtelse, der ikke er udtrykkeligt fastsat i udbudsdokumenterne eller i kontrakten – supplerende anvendelse af den civile lovgivning ved henvisning i kontraktvilkårene – fornyelse af garantien, som udledes af en analog fortolkning af de retsforskrifter, der finder anvendelse – rimeligt velinformeret og normalt omhyggelig tilbudsgiver«

1. Den tvist, som ligger til grund for denne anmodning om præjudiciel afgørelse, vedrører den garantiperiode, der er aftalt mellem den ordregivende myndighed og den tilbudsgiver, hvis tilbud er antaget, i forbindelse med en offentlig kontrakt om udvidelse og modernisering af et spildevandsrensningsanlæg.

2. Tvisten drejer sig om en eventuel fornyelse af garantien ud over det, der udtrykkeligt er aftalt i kontrakten. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt en sådan fornyelse, som pålægges ensidigt af den ordregivende myndighed, er forenelig med de principper, der er fastsat i artikel 2 i direktiv 2004/18/EF [2], som finder anvendelse ratione temporis.

[1] – Originalsprog: spansk.

[2] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114).

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2004/18

3. Artikel 2 (»Principper for indgåelse af kontrakter«) fastsætter følgende:

»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«

4. Artikel 12 (»Kontrakter inden for sektorerne vandforsyning, energiforsyning, transport og posttjenester«) har følgende ordlyd:

»Dette direktiv gælder ikke for offentlige kontrakter, som falder ind under Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF, og som indgås af ordregivende myndigheder, der udfører en eller flere af de aktiviteter, der er omhandlet i artikel 3-7 i nævnte direktiv, og vedrører sådanne aktiviteter; det gælder heller ikke for offentlige kontrakter, som falder uden for nævnte direktivs anvendelsesområde i henhold til artikel 5, stk. 2, og artikel 19, 26 og 30 i nævnte direktiv.

Dette direktiv gælder dog fortsat for offentlige kontrakter, der indgås af ordregivende myndigheder, som udøver en eller flere af de aktiviteter, der er anført i artikel 6 i direktiv 2004/17/EF, og som indgås i forbindelse med disse aktiviteter, når den pågældende medlemsstat benytter sig af muligheden i nævnte direktivs artikel 71, andet afsnit, for at udsætte anvendelsen.«

5. Artikel 26 (»Betingelser vedrørende kontraktens udførelse«) fastsætter følgende:

»De ordregivende myndigheder kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse er forenelige med fællesskabsretten og de er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om sociale hensyn eller miljøhensyn.«

2. Direktiv 2004/17/EF[3]

6. Artikel 4 (»Vand«) har følgende ordlyd:

»1. Dette direktiv gælder også for følgende former for virksomhed:

a) tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af drikkevand, eller

b) forsyning af disse net med drikkevand.

[3] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT 2004, L 134, s. 1).

2. Dette direktiv gælder også for kontrakter eller projektkonkurrencer, der indgås eller afholdes af ordregivere, som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 1, og som:

a) vedrører vandbygningsprojekter, kunstvanding eller dræning, forudsat at den mængde vand, der er bestemt til drikkevandsforsyning, udgør mere end 20% af den samlede mængde vand, der stilles til rådighed ved hjælp af de nævnte projekter eller kunstvandings- og dræningsanlæg, eller

b) vedrører bortledning eller rensning af spildevand.

[…]«

7. Artikel 10 (»Principper for tildeling af kontrakter«) fastsætter følgende:

»Ordregiverne overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af virksomheder og handler på en gennemsigtig måde.«

8. Artikel 38 (»Betingelser vedrørende kontraktens udførelse«) fastsætter følgende:

»Ordregiverne kan fastsætte særlige betingelser vedrørende kontraktens udførelse, hvis disse betingelser er i overensstemmelse med fællesskabsretten og er nævnt i den bekendtgørelse, der anvendes til iværksættelse af udbud, eller i udbudsbetingelserne. Betingelserne vedrørende kontraktens udførelse kan navnlig handle om sociale hensyn eller miljøhensyn.«

B. National ret

1. (Den tidligere) lov om offentlige udbud af 29. januar 2004[4]

9. I henhold til artikel 29, stk. 1, skal specifikationen beskrive kontraktens genstand på en entydig og udtømmende måde ved anvendelse af tilstrækkeligt præcise og forståelige definitioner under hensyntagen til alle krav og omstændigheder, der kan påvirke udarbejdelsen af et tilbud.

10. Artikel 36, stk. 1, nr. 16, fastsætter, at specifikationen af kontraktens vilkår som minimum skal indeholde de vilkår, der er af væsentlig betydning for parterne, kontraktens generelle vilkår og betingelser eller kontraktskabelonen, hvis ordregiveren kræver, at entreprenøren indgår en kontrakt om offentlige indkøb med ham under sådanne betingelser.

2. Den civile lovbog[5]

11. Artikel 353[1] fastsætter følgende:

»Aftaleparterne kan frit udforme deres retsforhold, blot dets indhold eller formål ikke er i strid med forholdets egenart (natur), loven eller samfundslivets principper.«

[4] – Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. af 2007, nr. 223, position 1655, som ændret).

[5] – Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. af 1964, nr. 16, position 93, som ændret).

12. Artikel 581, stk. 1, som er placeret i afsnittet om købsaftaler, har følgende ordlyd:

»Såfremt garantistilleren, under udførelsen af sine forpligtelser, har ombyttet den mangelfulde genstand og har leveret en fejlfri vare til garantihaveren eller foretaget væsentlige reparationer på den af garantien omfattede genstand, løber garantiperioden på ny fra tidspunktet for levering af den fejlfri vare eller returnering af den reparerede vare. Hvis garantistilleren har udskiftet en del af genstanden, gælder ovenstående bestemmelse tilsvarende for den udskiftede del.«

II. Faktiske omstændigheder, tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

13. Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.[6] (herefter »den ordregivende myndighed«) bekendtgjorde et åbent udbud med henblik på tildeling af kontrakt nr. 8/JRP/R/2008, »Modernisering og udvidelse af rensningsanlægget i Czajka (termisk spildevandsrensningsanlæg)«.

14. Et konsortium af virksomheder under ledelse af Veolia Water Technologies sp. z o.o. (herefter »Veolia«) med hjemsted i Warszawa[7] deltog i proceduren og blev tildelt kontrakten.

15. Den 1. august 2008 blev kontrakten mellem Veolia og den ordregivende myndighed indgået.

16. Kontrakten omfattede opførelsen af et spildevandsrensningsanlæg med termisk rensning, hvor der skulle installeres to rekuperatorer på to uafhængige forbrændingslinjer.

17. Kontrakten indeholdt endvidere et vilkår (herefter »garantikortet«), hvori der blev fastsat en garantiperiode på 36 måneder, som skulle begynde fra datoen for udstedelse af certifikatet for udførelse af arbejdet.

18. Punkt 6.1 i kontrakten fastsatte følgende: »For forhold, der ikke er reguleret af dette garantikort, finder de relevante bestemmelser i polsk lovgivning anvendelse, særligt civillovbogen […]«

19. Det arbejde, der var genstand for kontrakten, skulle have været gennemført før den 30. oktober 2010. Imidlertid blev fristen udskudt til den 30. november 2012. Den 21. marts 2013 blev certifikatet for udførelse af arbejdet udstedt.

20. Henholdsvis den 26. september 2014 og den 3. marts 2015 meddelte den ordregivende myndighed Veolia, at rekuperatorerne på linje 2 og linje 1 var beskadigede.

21. Til opfyldelse af garantikortet udskiftede Veolia de beskadigede rekuperatorer. De nye rekuperatorer blev sat i drift den 22. februar og den 28. april 2016.

22. Den 27. november 2018 anmeldte den ordregivende myndighed Veolia en (ny) fejl i form af beskadigelse af de to udskiftede rekuperatorer med krav om reparation eller udskiftning i henhold til garantien.

[6] – Der er tale om det selskab, der har ansvar for forsyningen med drikkevand og rensning af spildevand i byen Warszawa (Polen).

[7] – Ud over Veolia bestod konsortiet af Krüger A/S med hjemsted i Søborg (Danmark), OTV France med hjemsted i Saint-Maurice (Frankrig), Haarslev Industries GmbH med hjemsted i Bruchsal (Tyskland) og Warbud S.A. med hjemsted i Warszawa. I det følgende vil jeg lægge til grund, at Veolia handler på vegne af konsortiet.

23. Veolia afviste at imødekomme kravet med henvisning til, at garantiperioden var udløbet.

24. Uenigheden mellem parterne har givet anledning til to sager for Sąd Okręgowy w Warszawie (den regionale domstol i Warszawa, Polen), som har forenet dem med henblik på samlet behandling:

– Dels har den ordregivende myndighed rejst krav mod Veolia om betaling af 5 661 772,39 EUR som kontraktlige bøder og et subsidiært krav og om betaling af 11 351 601,62 polske złoty (PLN) som erstatning for manglende opfyldelse af kontrakten eller, subsidiært, et beløb på 2 533 839,65 EUR.

– Dels har Veolia rejst krav mod den ordregivende myndighed om betaling af 3 766 666,36 EUR som tilbagebetaling af beløb, der blev opkrævet af den ordregivende myndighed ved anvendelse af de stillede bankgarantier.

25. På denne baggrund har den ret, der skal træffe afgørelse i disse sager, forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal principperne om gennemsigtighed, ligebehandling og ikke-forskelsbehandling som omhandlet i artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18 […] fortolkes således, at de udelukker en fortolkning af national lovgivning, der gør det muligt at fastlægge indholdet af en kontrakt om offentlige indkøb indgået med et konsortium sammensat af enheder fra forskellige EU-medlemsstater, således at kontrakten må anses for at fastsætte en forpligtelse, der indirekte havde kunnet påvirke fastsættelsen af den pris, der er angivet i [konsortiets] tilbud, men hvilken forpligtelse ikke udtrykkeligt er fastsat i kontraktens indhold eller i udbudsmaterialet, men som følger af en bestemmelse i national ret, der ikke finder direkte anvendelse på denne kontrakt, men som anvendes analogt?«

III. Retsforhandlingerne for Domstolen

26. Anmodningen om præjudiciel afgørelse indgik til Domstolen den 1. februar 2024.

27. Veolia, den ordregivende myndighed, den polske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

28. Det er ikke blevet fundet nødvendigt at afholde et retsmøde.

IV. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

1. Det direktiv, der finder anvendelse

29. Kommissionen har indledningsvis drøftet, om direktiv 2004/18 finder anvendelse i denne sag, eller om det derimod er direktiv 2004/17, der finder anvendelse [8].

[8] – I henhold til artikel 12 i direktiv 2004/18 gælder dette direktiv ikke for offentlige kontrakter, som falder ind under Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17.

30. Direktiv 2004/17 fastsætter specifikt regler for kontrakter eller projektkonkurrencer, der indgås eller afholdes af ordregivere, som udøver virksomhed inden for drikkevandsforsyning gennem faste distributionsnet, og som vedrører bl.a. bortledning eller rensning af spildevand (artikel 4, stk. 1 og 2, i direktiv 2004/17).

31. Som påpeget af Kommissionen [9], hvis vurdering jeg er enig i, tyder alt på, at det er direktiv 2004/17, der skal tages i betragtning, eftersom:

– Den ordregivende myndighed forsyner indbyggerne i Warszawa med drikkevand og driver faste forsyningsnet til vand og rensning i Warszawa.

– Kontraktens genstand består i udvidelse og modernisering af et rensningsanlæg, som omfatter bortledning eller rensning af spildevand, aktiviteter, hvortil der udtrykkeligt henvises i artikel 4, stk. 2, litra b), i direktiv 2004/17.

32. Det tilkommer den forelæggende ret, der råder over alle oplysninger vedrørende kontrakten og den ordregivende myndigheds aktivitet, at efterprøve de faktuelle data, på grundlag af hvilke den skal vurdere, hvilket af de to direktiver der finder anvendelse.

33. Der er i realiteten tale om et spørgsmål af begrænset praktisk betydning, eftersom reglerne om principperne for offentlige udbud i direktiv 2004/18 (artikel 2) og i direktiv 2004/17 (artikel 10) i det væsentlige er ens.

34. Under alle omstændigheder vil jeg rette min opmærksomhed mod fortolkningen af direktiv 2004/18, som er det direktiv, hvortil der henvises i forelæggelseskendelsen, og som parterne har fokuseret på under den præjudicielle procedure.

2. Direktiv 2004/18 og kontraktens udførelse

35. Det er vanskeligere at afgøre, om artikel 2 i direktiv 2004/18 finder anvendelse på en begivenhed, som er indtruffet under kontraktens udførelse, flere år efter at denne blev tildelt og indgået.

36. Vanskeligheden udspringer af, at formålet med direktiv 2004/18 var at koordinere *procedurerne om tildeling* af visse offentlige kontrakter. Nærmere bestemt fastsatte dette direktivs artikel 2 tre principper, som skulle overholdes i forbindelse med »indgåelse af kontrakter«.

37. Direktiv 2004/18 fastsatte omfattende regler for *tildeling* og indeholdt isolerede henvisninger til kontrakternes *udførelse*. Derimod er et specifikt kapitel i det senere direktiv 2014/24/EU [10] tilegnet *gennemførelsen* af offentlige kontrakter [11].

38. Denne forskel mellem ordningerne er dog ikke absolut: Områder, som i direktiv 2014/24 er omhandlet i kapitlet om kontrakternes gennemførelse, behandles i direktiv 2004/18 efter en anden systematik, idet de er omhandlet i afsnittet om udbudsbetingelserne og kontraktdokumenterne.

[9] – Punkt 35 i Kommissionens skriftlige indlæg med henvisning til den ordregivende myndigheds hjemmeside (https://www.mpwik.com.pl/view/dane-spolki).

[10] – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (EUT 2014, L 94, s. 65).

[11] – Kapitel IV i afsnit II, artikel 70-73, i direktiv 2014/24.

39. Dette er f.eks. tilfældet for bestemmelserne om kontraktens udførelse (artikel 70 i direktiv 2014/24 og artikel 26 i direktiv 2004/18) eller underentreprise (artikel 71 i direktiv 2014/24 og artikel 25 i direktiv 2004/18).

40. Hvad angår ændring af kontrakter i deres løbetid indeholder direktiv 2004/18 ganske vist ikke en bestemmelse med et indhold svarende til artikel 72 i direktiv 2014/24, men Domstolen har allerede fortolket artikel 2 i direktiv 2004/18 således, at der efter tildelingen af en offentlig kontrakt ikke må foretages en væsentlig ændring heri uden indledning af en ny udbudsprocedure [12].

41. I dette retlige landskab kan anvendelsen af direktiv 2004/18 på hovedsagen støttes på tre antagelser: a) at der reelt sker en ændring af kontrakten, når indholdet af et vilkår i udbudsbetingelserne fortolkes således, at der udledes forpligtelser heraf, som ikke udtrykkeligt følger af de aftalte vilkår [13], b) at udbudsbetingelserne eller udbudsdokumenterne som følge af den måde, hvorpå de indeholdt garantikortet, allerede fra tildelingsfasen var uforenelige med principperne i artikel 2 i direktiv 2004/18, og c) at garantikortet i sig selv udgjorde en betingelse for kontraktens udførelse.

42. Blandt disse tre antagelser må jeg afvise, at der skete en *ændring* af kontrakten, hvilket jeg er enig med den polske regering i. Synspunktet om, at der skete en ændring, møder den vanskelighed, at det omtvistede vilkår fremgik af kontrakten fra begyndelsen. Endvidere er det blevet anvendt effektivt og uden at give anledning til uenighed, idet Veolia udskiftede de beskadigede rekuperatorer, første gang dette blev krævet af selskabet.

43. Veolia afviste ganske vist, at der forelå en garantiforpligtelse til at udskifte rekuperatorerne »i anden omgang«, men dette skyldtes ikke, at der var sket en ændring, men derimod at denne kontraktmæssige forpligtelse efter selskabets opfattelse var bortfaldet som følge af udløbet af den aftalte frist.

44. Ved en anskuelse af garantikortet i lyset af *tildelingen af kontrakten*, ser jeg principielt ingen grund til at afvise dets gyldighed, og så meget desto mindre gyldigheden af kontrakten i dens helhed. Retssikkerhedsmæssige grunde og selve klagedirektivets [14] opbygning er til hinder for at genåbne diskussionen om lovligheden af en afgørelse om tildeling, som er blevet accepteret og på daværende tidspunkt ikke blev anfægtet [15].

45. Det fremgår faktisk af forelæggelseskendelsen, at entreprenøren ikke har nedlagt påstand om, at tildelingen kendes ugyldig med den begrundelse, at kontrakten indeholder et garantivilkår, der, hvis det havde den tidsmæssige rækkevidde, som den ordregivende myndighed tillægger det nu, ville have medført, at entreprenøren ikke ville have afgivet sit tilbud (eller ville have afgivet et tilbud til en højere pris). Entreprenøren har blot nedlagt påstand om, at dette vilkår fortolkes således, at det ikke indebærer en forpligtelse til at udskifte de beskadigede rekuperatorer for anden gang.

[12] – Dom af 7.9.2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634), domskonklusionen. Ændringen var sket under fasen for kontraktens gennemførelse.

[13] – Punkt 29 i den polske regerings skriftlige indlæg.

[14] – Rådets direktiv 89/665/EØF af 21.12.1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT 1989, L 395, s. 33).

[15] – Jeg henviser til mit forslag til afgørelse af 17.10.2024, Fastned Tyskland (C-452/23, EU:C:2024:894).

46. For så vidt som den fortolkning, som ifølge den ordregivende myndighed skal have virkning i fasen for kontraktens udførelse, indebærer en tilsidesættelse af de aftalte kontraktvilkår (som omhandlet i Domstolens dom i sagen Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta [16]), udstrækkes diskussionen indirekte til selve vilkårene for tildelingen.

47. Endelig kan garantikortet muligvis opfattes som en særlig betingelse i forbindelse med *kontraktens udførelse*, som er underlagt artikel 26 i direktiv 2004/18. I henhold til denne bestemmelse kan de ordregivende myndigheder kræve en sådan, hvis den er i overensstemmelse med EU-retten og er nævnt i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne [17].

48. For så vidt som garantikortet berører de kontraktmæssige forpligtelser, når kontrakten er indgået, er der ingen uoverstigelig hindring for, at den i sidste ende kan kvalificeres som en betingelse for kontraktens udførelse. Når det er godtgjort, at det var angivet i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne [18], skal det afgøres, om det er i overensstemmelse med EU-retten, nærmere bestemt princippet om ikke-forskelsbehandling, ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet.

49. Domstolen tillader, at principperne for offentlige udbud sammenholdes med fasen for en kontrakts udførelse [19]: »[D]e ordregivende myndigheder [skal] *under hele proceduren* […] overholde de udbudsprincipper, der er fastsat i artikel 18 i direktiv 2014/24, herunder navnlig ligebehandlingsprincippet, gennemsigtighedsprincippet og proportionalitetsprincippet« [20].

50. Idet henvisningen til ligebehandling, ikke-forskelsbehandling og gennemsigtighed gentages i flere af betragtningerne til direktiv 2014/24, forekommer det logisk at fortolke dette direktivs artikel 18, stk. 1, der fastsætter disse principper for udbud, således, at de ikke er begrænset til fasen for tildeling af kontrakter.

51. Ganske vist er der i denne retspraksis ikke blevet taget stilling til udbudsdirektiverne af 2014, som ikke finder anvendelse på den foreliggende sag ratione temporis. Imidlertid er der efter min opfattelse ingen uoverstigelige hindringer for, på trods af forskellene, at udstrække denne retspraksis til de kontrakter, der er reguleret ved direktiv 2004/18, hvis principper for indgåelse af kontrakter (artikel 2) skal overholdes i alle faser af kontraktens løbetid.

52. I modsat fald ville der indtræde en uønsket virkning, som Domstolen har nævnt i dommen i sagen Kommissionen mod CAS Succhi di Frutta: »Såfremt den ordregivende myndighed […] *i løbet af kontraktopfyldelsesperioden* var beføjet til frit at ændre selve licitationsbetingelserne, uden at være blevet udtrykkeligt beføjet hertil i de relevante bestemmelser, der finder anvendelse, ville de oprindeligt fastsatte regler for tildelingen af kontrakten blive omgået« [21].

16 – Dom af 29.4.2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236), præmis 120.

17 – I mit forslag til afgørelse af 28.1.2021, Riigi Tugiteenuste Keskus (C-6/20, EU:C:2021:79), punkt 79, påpegede jeg, at »[r]etspraksis har hæftet sig ved disse særlige betingelser, når de pålægges af »sociale hensyn«, og har således rettet opmærksomheden mod nogle af de hensyn, der er omfattet af den åbne ordlyd af artikel 26, sidste punktum, i direktiv 2004/18. Der er intet til hinder for, at andre områder omfattes, eftersom henvisningen til »sociale hensyn eller miljøhensyn« blot er et eksempel (»navnlig«)«.

18 – Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at det omtvistede vilkår var nævnt i udbudsbekendtgørelsen, og at det kun er uklart, om civillovbogens artikel 581, stk. 1, finder anvendelse, henset til, at det ifølge Veolia hverken i kontrakten eller i udbudsbekendtgørelsen blev »angivet, at denne bestemmelse skulle gælde for den garanti, som entreprenørerne giver«.

19 – Forbindelsen mellem artikel 18, stk. 1, og artikel 70 i direktiv 2014/24 fremgår af dom af 8.7.2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556), præmis 63 og domskonklusionen, punkt 2, og dom af 7.9.2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700), præmis 90.

20 – Dom af 26.9.2019, Vitali (C-63/18, EU:C:2019:787), præmis 39. Min fremhævelse. Der var tale om en sag vedrørende underentreprise, hvilket som før nævnt ligesom betingelserne for udførelsen er reguleret i kapitlet om kontraktens udførelse i direktiv 2014/24.

21 – Dom af 29.4.2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236), præmis 120. Min fremhævelse.

53. Derfor ser jeg ingen hindring for, at Domstolen i denne sag overlader fortolkningen af artikel 2 i direktiv 2004/18 til den forelæggende ret.

B. Besvarelse af det præjudicielle spørgsmål

54. Det forekommer mig hensigtsmæssigt indledningsvis at drøfte indholdet af diskussionen mellem parterne om det aftalte garantivilkår og afgrænsningen af dets gyldighed:

– I henhold til kontrakten blev der fastsat en garantiperiode, som begyndte på datoen for udstedelse af certifikatet for udførelse af arbejdet og udløb 36 måneder senere (dvs. senest den 30.4.2015). Garantien var således gældende, da den ordregivende myndighed meddelte Veolia de »første fejl«, hvilket Veolia anerkendte uden forbehold.

– Da den ordregivende myndighed oplyste Veolia om »fejlene i anden omgang« (den 27.11.2018), var denne frist på 36 måneder derimod udløbet. Der er uenighed om, hvorvidt fristen til trods for dette udløb begyndte at løbe igen, da Veolias leverede erstatningsrekuperatorerne (henholdsvis den 22.2.2026 for så vidt angår rekuperatoren på linje 2 og den 28.4.2016 for så vidt angår rekuperatoren på linje 1) for at afhjælpe de første fejl.

– Ifølge den ordregivende myndighed skyldes fornyelsen af fristen med yderligere 36 måneder anvendelsen af generelle bestemmelser i polsk lovgivning, hvortil der blev henvist i garantikortet. I henhold til punkt 6.1 i garantikortet finder de relevante bestemmelser i polsk lovgivning anvendelse for forhold, der ikke er reguleret af dette garantikort, herunder civillovbogen. I henhold til denne civillovbogs artikel 581, stk. 1, om købsaftaler løber garantifristen på ny fra tidspunktet for levering af den fejlfri vare eller returnering af den reparerede vare.

– Veolia har derimod gjort gældende, at kontrakten i forbindelse med vilkårene for garantikortet på fuldstændig og præcis måde konkretiserede garantibestemmelserne. Det følger af dens ordlyd, at kontraktens parter ikke havde til hensigt at forny garantien ud over det aftalte.

– Veolia har tilføjet, at civillovbogens artikel 581, stk. 1, en bestemmelse, som omhandler købsaftaler, ikke fandt anvendelse. Det blev hverken angivet af kontraktens parter eller af den ordregivende myndighed i udbudsbekendtgørelsen, at denne bestemmelse skulle udstrækkes til at omfatte den udstedte garanti. En analog anvendelse af denne bestemmelse ville være i strid med gennemsigtighedsprincippet, ligebehandlingsprincippet og princippet om ikke-forskelsbehandling indeholdt i direktiv 2004/18, fordi det betyder, at der sker en henvisning til krav, der ikke fremgår klart af udbudsmaterialet eller gældende bestemmelser i national lovgivning, men kun af en fortolkning af disse bestemmelser.

55. De begrundelser for forelæggelsen, som er angivet af den forelæggende ret, vedrører dels national lovgivning (forelæggelseskendelsens præmis 34-42) og dels EU-retten (forelæggelseskendelsens præmis 44-53).

56. Efter min opfattelse kan denne opbygning af fremstillingen bidrage til en bedre forståelse af det præjudicielle spørgsmål. Før det drøftes, om et kontraktvilkår eller fortolkningen heraf er i overensstemmelse med direktiv 2004/18, skal det afklares, hvilken *læsning* den forelæggende ret har foretaget heraf.

57. Det tilkommer principielt den forelæggende ret og ikke Domstolen at fortolke kontraktvilkår, som parterne bliver uenige om, i lyset af deres ordlyd, kontraktparternes hensigt og de nationale bestemmelser, der gælder for disse kontrakter.

58. Henset hertil skal den forelæggende ret for så vidt angår den nationale lovgivning afklare, om garantikortet: a) indeholdt en udtømmende regel om fristen for, hvor længe det ville være gældende, dvs. 36 måneder fra udstedelsen af certifikatet for udførelse af arbejde, uden at det var bestemt, at garantien kunne fornys, eller b) i kraft af punkt 6.1 medførte, at denne frist blev fornyet, hvis de supplerende bestemmelser i polsk lovgivning fandt anvendelse, særligt civillovbogen.

59. Hvis den forelæggende ret havde valgt den første af disse løsninger, ville tvisten være afgjort, og den ville sandsynligvis ikke have haft behov for at indhente Domstolens bistand ved en præjudiciel forelæggelse.

60. Alt tyder imidlertid på, at den forelæggende ret ikke afviser muligheden for, at civillovbogens bestemmelser ved henvisning finder anvendelse på hovedsagen (dvs. den anden af de førnævnte muligheder).

61. Faktisk har den i forelæggelseskendelsen påpeget, at »bestemmelserne i [civillovbogen] om garantier ved køb [bør] anvendes analogt på garantien ydet for genstanden for byggekontrakten, i det omfang det ikke er reguleret i kontraktbestemmelserne« [22]. Ifølge den forelæggende ret er »den polske lov om offentlige indkøb […] ikke […] til hinder for, at bestemmelser i national lovgivning, der ikke direkte henvises til i kontraktbestemmelserne, i udbudsmaterialet og i de lovbestemmelser, der regulerer den type kontrakt, der er genstand for udbuddet, kan finde analog anvendelse« [23].

62. Præmissen for de overvejelser, jeg vil anføre nedenfor, er den fortolkning, som den forelæggende ret har anlagt vedrørende den omtvistede kontrakt. Jeg vil fokusere på anvendelsen af gennemsigtighedsprincippet, som er nært knyttet til ligebehandlingsprincippet.

63. Domstolen har bemærket, at »kravet om gennemsigtighed, som hænger sammen med ligebehandlingsprincippet, i det væsentlige har til formål at sikre, at enhver interesseret erhvervsdrivende kan beslutte at afgive bud på grundlag af samtlige relevante oplysninger, og at der ikke er risiko for favorisering og vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side« [24].

64. Gennemsigtighedsforpligtelsen har to dele:

– For det første »kræver [den] en passende grad af offentlighed hos den ordregivende myndighed, der gør det muligt dels at åbne markedet for konkurrence, dels at kontrollere, at proceduren for tildeling er upartisk« [25].

– For det andet »indebærer [forpligtelsen], at alle betingelser og fremgangsmåder i forbindelse med tildelingsproceduren skal formuleres klart, præcist og utvetydigt […] således, at alle

22 – Forelæggelseskendelsens præmis 39.

23 – Forelæggelseskendelsens præmis 41.

24 – Dom af 22.6.2017, Unibet International (C-49/16, EU:C:2017:491), præmis 46.

25 – Dom af 4.4.2019, Allianz Vorsorgekasse (C-699/17, EU:C:2019:290), præmis 61.

rimeligt oplyste og sædvanligt påpasselige bydende kan forstå deres nøjagtige rækkevidde og fortolke dem på samme måde […]« [26].

65. Dette sidstnævnte aspekt er relevant i den foreliggende sag. Som før nævnt består tvistens kerne i at afgøre, om Veolia, henset til kontraktens ordlyd, kunne vide, hvad selskabet reelt forpligtede sig til med sin underskrift.

66. Den forelæggende ret har navnlig fokuseret på den mulige anvendelse af Pizzo-dommen [27] på den verserende sag, idet den dog har anerkendt, at denne sag vedrørte en udelukkelse af en tilbudsgiver fra udbuddet som følge af en hændelse i fasen for kontraktens udførelse.

67. I forelæggelseskendelsen, efter en gengivelse af Pizzo-dommens præmis 51 [28], har den forelæggende ret

– foreslået, at den retspraksis, der fremgår af Pizzo-dommen, bør »finde anvendelse generelt«; det er således »uacceptabelt […] udelukkende at udlede sine forpligtelser af fortolkningen af en national retsakt, [idet forpligtelserne] ikke følger direkte af den gældende nationale retsakt, og udbudsmaterialet« [29]

– givet udtryk for tvivl om, hvorvidt rimeligt informerede og omhyggelige tilbudsgivere er i stand til at beregne den pris, de angiver i deres tilbud, såfremt omfanget af deres forpligtelser for så vidt angår garantien fastsættes ved analog anvendelse af visse bestemmelser (som er tiltænkt en anden kategori af kontrakter), hvis fortolkning følger af nationale myndigheders praksis, der ikke er ensartet [30].

68. Pizzo-sagen vedrørte udelukkelsen af en tilbudsgiver som følge af manglende opfyldelse af visse af betingelserne for adgang til at deltage i udbudsproceduren. Den afgørende udelukkelsesgrund fremgik ikke udtrykkeligt af udbudsbekendtgørelsen eller udbudsbetingelserne, men kunne udledes af nationale bestemmelser med generel rækkevidde.

69. Domstolen afviste, at ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen var blevet overholdt i Pizzo-sagen. For at sige det mere sammenfattende var det ifølge Domstolen uacceptabelt at fortolke ordlyden af udbudsbetingelserne på en måde, som deltagerne i udbudsproceduren (navnlig hvis der var tale om udenlandske operatører) ikke med rimelighed kunne forudse.

70. I Pizzo-dommen blev ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen ganske vist fortolket i forbindelse med en udbudsprocedure. Hvis det, således som jeg har argumenteret for [31], anerkendes, at artikel 2 i direktiv 2004/18 tilsvarende også kan påberåbes under omstændigheder som i den foreliggende sag, vil det imidlertid være uproblematisk at overføre Domstolens konklusioner i denne dom til denne bestemmelse.

[26] – Ibidem, præmis 62.

[27] – Dom af 2.6.2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404). Herefter »Pizzo-dommen«.

[28] – »[L]igebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en økonomisk aktør udelukkes fra en offentlig udbudsprocedure, såfremt den ikke overholder en forpligtelse, der ikke udtrykkeligt fremgår af udbudsdokumenterne eller af den gældende nationale lov, men af en fortolkning af denne lov samt af en udfyldning af mangler, som nævnte dokumenter frembyder, foretaget af de nationale administrative myndigheder eller retsinstanser.«

[29] – Forelæggelseskendelsens præmis 53.

[30] – Forelæggelseskendelsens præmis 53 in fine.

[31] – Punkt 35-53 i dette forslag til afgørelse.

71. På denne baggrund tilkommer det den forelæggende ret at vurdere, i hvilket omfang det med rimelighed kunne forudses af en omhyggelig operatør, at garantikortet (som fremgik af punkt 6.1) ville blive fortolket således, at det gav den ordregivende myndighed mulighed for at kræve en fornyelse af den aftalte frist.

72. Med henblik på denne fortolkning kan der anvendes to tilgange, alt efter om der kun fokuseres på ordlyden af vilkårene om garantikortet og ikke operatørens subjektive betingelser og den kontraktmæssige og lovgivningsmæssige sammenhæng, eller om der derimod lægges større vægt på disse sidstnævnte faktorer.

73. Uanset hvilken af disse to tilgange der vælges, er det afgørende efter min opfattelse, om den valgte løsning (med rimelighed) kunne forudses. Denne forudsigelighed hænger igen sammen med kendskabet til den nationale lovgivning og den grad af retssikkerhed, som denne lovgivning bør yde økonomiske operatører i forbindelse med offentlige udbud.

74. I denne henseende er garantiperiodens varighed, som påpeget af den forelæggende ret, en relevant faktor for, om de økonomiske operatører fastsætter priserne for deres tilbud på et passende niveau. Disse frister bør fremgå klart af udbudsbetingelserne og de øvrige kontraktdokumenter.

75. Der kan endvidere opstå en konkurrenceforvridning til skade for økonomiske operatører i andre medlemsstater, hvis disse forlader sig på ordlyden af garantivilkåret, men i sidste ende bliver stillet over for en fortolkning af dets indhold, som de ikke med rimelighed kunne have forudset.

76. Kontraktbetingelserne skal i sig selv gøre det muligt for alle berørte parter at forstå deres indhold og rækkevidde. Kun på denne måde sikres den nødvendige gennemsigtighed og retssikkerhed.

77. I mit forslag til afgørelse i Pizzo-sagen påpegede jeg, at det »ikke [ville] være logisk, at de ordregivende myndigheder ligeledes var forpligtede til at angive de betingelser, hvis opfyldelse er påkrævet i henhold til almengyldige bestemmelser, som en »rimeligt velinformeret og normalt omhyggelig« tilbudsgiver ikke kan være uvidende om« [32].

78. Jeg gentager denne konklusion i den foreliggende sag, men det kan ikke udledes heraf, at jeg accepterer en tilladelse af kontraktvilkår, hvis forudsigelighed ikke med rimelighed fremgår af en læsning af selve kontrakten, selv i forbindelse med generelle bestemmelser, som ubestridt finder anvendelse.

79. Den forelæggende ret skal dermed vurdere, om det i den foreliggende sag var muligt at anlægge en fortolkning af garantikortet, som, idet den gik ud over dette garantikorts ordlyd, tillod supplerende anvendelse af bestemmelser i den polske civillovbog om fornyelse af garantifrister i købsaftaler.

[32] – Forslag til afgørelse af 21.1.2016 (C-27/15, EU:C:2016:48), punkt 52. Det skal erindres, at dokumenterne i udbudsbekendtgørelsen i Pizzo-sagen ikke nævnte den betingelse, som var afgørende for udelukkelsen af tilbudsgiverne (manglende betaling af et lovfastsat bidrag). I den foreliggende sag er reglerne om det af Veolia udstedte garantikort fastsat i kontrakten, og med hensyn til forhold, som ikke er omfattet af garantikortet, henvises der udtrykkeligt til »de relevante bestemmelser i polsk lovgivning […], særligt civillovbogen«.

80. Som hjælp ved denne vurdering kan Domstolen give den forelæggende ret følgende retningslinjer:

– Hvis kontraktens parter udtrykkeligt fastsætter en specifik garantiperiode og afgrænser dens varighed og datoerne for dens begyndelse og udløb uden at angive en mulighed for fornyelse heraf, kan denne ordning muligvis anses for at være fuldstændig og selvstændig. Det vil dermed ikke være nødvendigt at anvende generelle bestemmelser i den nationale lovgivning, eftersom kontraktparternes hensigt, hvis lovlighed der ikke er tvivl om, er blevet udtrykt klart.

– Indholdet af punkt 6.1 omfatter kun »forhold, der ikke er reguleret af dette garantikort«. Eftersom garantifristen var et *forhold, der var reguleret* af dette garantikort, finder bestemmelsen i punkt 6.1 ikke anvendelse.

– Hvis det anerkendes, at civillovbogens bestemmelser finder anvendelse (idet denne anvendelse vil være supplerende snarere end analog), fremgår fortolkningen af civillovbogens artikel 581, stk. 1, med en sådan klarhed, at der ikke vil kunne opstå tvivl hos en omhyggelig og rimeligt informeret operatør [33].

– Det synes ikke at fremgå af forelæggelseskendelsen, at en fortolkning af civillovbogens artikel 581, som udstrækker reglerne om købsaftaler til at omfatte reglerne om udførelse af arbejder, finder enstemmig støtte i den juridiske litteratur eller deles af de fleste nationale retter [34]. Der er derimod tvivl om, hvorvidt denne fortolkning er juridisk holdbar.

– I mangel af en udtrykkelig henvisning til den garanti, som kræves i forbindelse med købsaftaler (hvilket sædvanligvis er begrundet i formålet om forbrugerbeskyttelse), hviler den garanti, der udstedes i forbindelse med byggekontrakter indgået mellem erhvervsdrivende, i økonomisk henseende på en anden logik [35].

– For at afklare, om det konsortium, som Veolia indgik i, fra begyndelsen med rimelighed kunne vide, hvilken fortolkning af garantikortet den ordregivende myndighed efterfølgende ville anlægge, kan der tages hensyn til faktorer såsom det forhold, at det ledende selskab og et andet medlem af konsortiet var etableret i Polen, eller deres erfaring med den type byggearbejder, som var genstand for kontrakten.

– I samme retning kan det være relevant, at den fortolkning af garantikortets indhold, som den ordregivende myndighed anlagde, var tilstrækkelig velkendt inden for sektoren og derfor fremgik klart for Veolia og andre deltagere i konsortiet, eventuelt efter at de var blevet rådgivet om garantiens tidsmæssige omfang i lyset af bestemmelserne i den polske civillovbog.

[33] – Den polske regering har anerkendt, at en fortolkning af kontrakten, hvoraf der udledes en forpligtelse, som ikke udtrykkeligt er fastsat heri, men som følge af de nationale bestemmelser, hvortil der henvises, er mulig, i det omfang en rimeligt informeret og normalt omhyggelig entreprenør ikke kunne være uvidende om disse bestemmelser (punkt 47 i dens skriftlige indlæg).

[34] – Forelæggelseskendelsens præmis 39: »Spørgsmålet om analog anvendelse af garantibestemmelser i en købsaftale om en byggekontrakt vækker kontroverser både i de nationale domstoles retspraksis og i den juridiske litteratur.« I samme kendelses præmis 36 anføres følgende: »Den 25.12.2014 trådte en ændring af civillovbogens artikel 638, der regulerer resultatkontrakter, i kraft, hvor stk. 2 blev indført, hvoraf fremgår, at hvis der gives køberen garanti for det udførte arbejde, finder bestemmelserne om garantier ved køb tilsvarende anvendelse, men denne regel finder dog ikke anvendelse på den omtvistede sag.«

[35] – Veolia har drøftet dette spørgsmål i fodnote 3 i sit skriftlige indlæg og påpeget, at reparation eller udskiftning af elementerne i et anlæg er forbundet med visse udgifter og en risiko, som i høj grad adskiller sig fra udgifterne og risiciene i forbindelse med salg af forbrugsvarer til offentligheden (hvis fremstilling er kendetegnet ved små marginalomkostninger). De garantier, der udstedes i forbindelse med de to typer kontrakter, kan derfor ikke sidestilles.

81. Alt i alt er jeg af den opfattelse, at de principper, der er fastsat i artikel 2 i direktiv 2004/18, som hovedregel ikke er til hinder for, at der i en offentlig byggekontrakt medtages et vilkår, som ved fastsættelsen af den tidsmæssige rækkevidde af entreprenørens garantiforpligtelse og for så vidt angår forhold, der ikke er reguleret af dette vilkår, henviser til bestemmelserne i den nationale civillovbog. Disse principper er dog ikke forenelige med en fortolkning af dette vilkår, som, idet garantifristen udvides ud over det mellem parterne aftalte, ikke kan forudses af en rimeligt informeret og normalt omhyggelig entreprenør, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at afgøre.

V. Forslag til afgørelse

82. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen, at den svarer Sąd Okręgowy w Warszawie (den regionale domstol i Warszawa, Polen) således:

»Artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter

skal fortolkes således, at

denne bestemmelse ikke er til hinder for, at der i en offentlig byggekontrakt medtages et vilkår, som ved fastsættelsen af den tidsmæssige rækkevidde af entreprenørens garantiforpligtelse og for så vidt angår forhold, der ikke er reguleret af dette vilkår, henviser til bestemmelserne i den nationale civillovbog.

Ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsprincippet, som er fastsat i artikel 2 i direktiv 2004/18, er dog ikke forenelige med en fortolkning af dette vilkår, som, idet garantifristen udvides ud over det mellem parterne aftalte, ikke kan forudses af en rimeligt informeret og normalt omhyggelig entreprenør, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at afgøre.«