



Datum van
inontvangstneming

:

30/04/2024

Zaak C-82/24

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

1 februari 2024

Verwijzende rechter:

Sąd Okręgowy w Warszawie (Polen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

21 december 2023

Verzoekende partij:

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st.
Warszawie S.A.

Verwerende partijen:

Veolia Water Technologies sp. z o.o.

Krüger A/S

OTV France

Haarslev Industries GmbH

Warbud S.A.

[omissis]

21 december 2023

BESLISSING

De Sąd Okręgowy w Warszawie XXVI Wydział Gospodarczy (rechter in eerste
aanleg, bevoegd in handelszaken, Warschau, Polen) [omissis]

heeft

na op 21 december 2023 te Warschau kennis te hebben genomen van

[omissis]

de vordering van

- Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., gevestigd te Warschau (hierna: „Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji”)

tegen

- Veolia Water Technologies spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, gevestigd te Warschau (Polen; hierna: „Veolia Water Technologies”),
- Krüger A/S, gevestigd te Søborg (Denemarken; hierna: „Krüger”),
- OTV France, gevestigd te Saint-Maurice Cedex (Frankrijk; hierna: „OTV”),
- Haarslev Industries GmbH, gevestigd te Bruchsal (Duitsland; hierna: „Haarslev Industries”),
- Warbud S.A., gevestigd te Warschau (Polen; hierna: „Warbud”)

inzake een betaling

de vordering van

- Veolia Water Technologies

tegen

- Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji

inzake een betaling

en de vordering van

- Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji

tegen

- Veolia Water Technologies,
- Krüger,
- OTV,
- Haarslev Industries,
- Warbud,

inzake een betaling

beslist:

1. Krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie wordt aan het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vraag voorgelegd:

Moeten de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en eerlijke mededinging als bedoeld in artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (thans artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG) aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een uitlegging van het nationale recht volgens welke de inhoud van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht die wordt gesloten met een consortium van marktdeelnemers uit verschillende lidstaten van de Unie kan worden vastgesteld door in die overeenkomst rekening te houden met een verplichting die indirect van invloed kan zijn op de vaststelling van de prijs in de door [de betrokken] ondernemer ingediende offerte en die niet uitdrukkelijk wordt vermeld in de overeenkomst of in de aanbestedingsdocumenten maar die voortvloeit uit een bepaling van nationaal recht die niet rechtstreeks maar naar analogie op de overeenkomst van toepassing is?

2. De behandeling van de zaak wordt geschorst.

[omissis]

Motivering

1 Verwijzende rechter

2 Sąd Okręgowy w Warszawie, XXVI Wydział Gospodarczy, samengesteld als volgt:

[omissis]

3 Partijen in het hoofdgeding en hun vertegenwoordigers

4 Verzoeker:

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji

[omissis]

5 Verweersters:

Veolia Water Technologies;

Krüger;

OTV;

Haarslev Industries;

Warbud;

[omissis]

6 Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding en relevante feiten [omissis]

7 Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

De onderhavige procedure is door de aanbestedende dienst, Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji (hierna: „aangebestede dienst” of „verzoeker”), aanhangig gemaakt in de zaak met het zaaknummer XXVI GC 277/20. De procedure is ingeleid naar aanleiding van een verzoekschrift waarin de aanbestedende dienst heeft verzocht om verweersters hoofdelijk te veroordelen tot betaling van contractuele boeten ten bedrage van 22 338 591,35 PLN, vermeerderd met de wettelijke rente. (In de loop van de zaak heeft verzoeker zijn vordering ingetrokken.)

8 De aanbestedende dienst is tevens verzoeker in de zaak met het zaaknummer XXVI GC 914/21, die bij verzoekschrift van 14 juni 2021 aanhangig is gemaakt om betaling te vorderen van:

- a. 5 661 772,39 EUR aan contractuele boeten, vermeerderd met een nevenvordering,
- b. 11 351 601,62 Poolse zloty (PLN) (na wijziging van de vordering) als compensatie voor de onbehoorlijke uitvoering van een overeenkomst en, subsidiair, een bedrag van 2 533 839,65 EUR.

9 Tegelijkertijd heeft de leider van de verwerende ondernemers, namelijk Veolia Water Technologies, de zaak met het zaaknummer XXVI GC 1095/20 aanhangig gemaakt. In het kader daarvan vordert deze vennootschap betaling van 3 766 666,36 EUR als terugbetaling van bedragen die door de aanbestedende dienst zijn geïnd met behulp van bankgaranties van de zijde van Veolia Water Technologies.

10 De genoemde zaken zijn gevoegd en worden thans behandeld onder het zaaknummer XXVI GC 277/20.

11 Relevante feiten

12 Op 1 augustus 2008 heeft de aanbestedende dienst overeenkomst nr. 8/JRP/R/2008 gesloten met een consortium bestaande uit Veolia Water Technologies, die er leiding aan geeft, alsook Krüger, OTV, Haarslev Industries,

en Warbud (hierna gezamenlijk ook: „consortium” of „aanbestedende diensten”). De overeenkomst is gesloten in het kader van het project „Modernisering en uitbreiding van waterzuiveringsinstallatie ‚Czajka’ (thermische behandeling van zuiveringsslib)”. In het bijzonder had de overeenkomst betrekking op het optrekken van een installatie voor de thermische behandeling van zuiveringsslib, die onder meer twee recuperatoren op twee onafhankelijke afvalverbrandingslijnen omvatte. De overeenkomst is gesloten naar aanleiding van een openbare aanbesteding die is uitgezet in overeenstemming met de ustawa-Prawo zamówień publicznych (wet inzake het plaatsen van overheidsopdrachten) van 29 januari 2004. Aanvankelijk dienden de gecontracteerde werken uiterlijk te zijn voltooid op 30 oktober 2010, maar in een later stadium is deze datum van voltooiing uiteindelijk vastgesteld op 30 november 2012.

- 13 Als integrerend onderdeel van de gesloten overeenkomst hebben partijen onder meer een document betreffende de kwaliteitsgarantie (een zogenoemde garantietaal) opgesteld waarin is vermeld dat de garantietaal ingaat op de datum van afgifte van het prestatiecertificaat voor de uit te voeren werken en een looptijd heeft van 36 maanden. De garantietaal liep uiterlijk af op 30 april 2015, tenzij de eindproeven en tests voor de oplevering onder de verstrekte garantietaal niet konden worden aangevat wegens omstandigheden waarvoor de ondernemer aansprakelijk is.
- 14 In subpunt 6.1 van de kwaliteitsgarantie (garantietaal) hebben partijen bedongen: „Ten aanzien van zaken die niet worden geregeld door deze garantietaal gelden de relevante bepalingen van de Poolse wetgeving, in het bijzonder die van de kodeks cywilny (burgerlijk wetboek).” In de overeenkomst hebben partijen niet gespecificeerd of deze verwijzing [alleen] betrekking heeft op de bepalingen betreffende overeenkomsten inzake opdrachten voor werken of ook op de bepalingen betreffende het verstrekken van garanties bij verkoop.
- 15 Op 21 maart 2013 is een prestatiecertificaat inzake de uitgevoerde werken uitgereikt.
- 16 Op 26 september 2014 heeft de aanbestedende dienst de ondernemers ervan in kennis gesteld dat de recuperator van lijn 2 defect was als gevolg van schade. Deze recuperator is door de ondernemers vervangen door een nieuw exemplaar, dat op 22 februari 2016 is aangemeld voor ingebruikneming. De ondernemers hebben de recuperator vervangen onder garantietaal.
- 17 Op 3 maart 2015 heeft de aanbestedende dienst de ondernemers ervan in kennis gesteld dat de recuperator van lijn 1 defect was als gevolg van schade. Ook deze recuperator is door de ondernemers vervangen door een nieuw exemplaar, dat op 28 april 2016 is aangemeld voor ingebruikneming. De ondernemers hebben de recuperator vervangen onder garantietaal.
- 18 Op 27 november 2018 heeft de aanbestedende dienst de ondernemers ervan in kennis gesteld dat beide recuperatoren, dat wil zeggen zowel die van lijn 1 als die

van lijn 2, beschadigd waren en heeft hij verzocht om deze te herstellen of te vervangen in het kader van de garantie. In hun antwoord hebben de ondernemers aangegeven dat de garantieperiode was verstreken en dat zij derhalve niet aansprakelijk konden worden gesteld uit hoofde van de garantie. Ze hebben geweigerd om de recuperatoren te repareren of deze te vervangen in het kader van de garantie.

- 19 Verzoeker heeft zich op het standpunt gesteld dat artikel 581, lid 1, van de kodeks cywilny van overeenkomstige toepassing is op de tussen partijen bestaande rechtsbetrekking. Dat artikel heeft betrekking op verkoopovereenkomsten en bepaalt dat een overeengekomen garantieperiode opnieuw begint te lopen wanneer het betreffende goed vrij van gebreken is geleverd of het gerepareerde goed is teruggezonden. Dat betekent dat het voorwerp van de gesloten overeenkomst ten tijde van de kennisgeving inzake het defect ter attentie van de ondernemers op 27 november 2018 onder de garantie viel. De garantieperiode van 36 maanden is namelijk opnieuw beginnen te lopen op 22 februari 2016 (voor de recuperator van lijn 2) of op 28 april 2016 (voor de recuperator van lijn 1). Aangezien het voorwerp van de overeenkomst niet is hersteld of vervangen in het kader van de garantie, kan hij een contractuele boete eisen omdat de ondernemers zich niet hebben gehouden aan hun verplichting om de defecten in het kader van de garantie te verhelpen.
- 20 Verweersters hebben zich op het standpunt gesteld dat het voorwerp van de overeenkomst ten tijde van de kennisgeving inzake het defect op 27 november 2018 niet meer onder de garantie viel omdat de garantieperiode reeds was verstreken, alsook dat artikel 581, lid 1, k.c. niet van toepassing kan zijn omdat dit betrekking heeft op verkoopovereenkomsten. Noch partijen bij de overeenkomst noch de aanbestedende dienst hebben in de aankondiging van de aanbesteding aangegeven dat deze bepaling [ook] van toepassing was op de door de ondernemers verstrekte garantie. Gelet op het voorgaande zou een naar analogie verrichte toepassing van deze bepaling volgens verweersters in strijd zijn met de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en eerlijke mededinging als bedoeld in richtlijn 2004/18/EG (thans: richtlijn 2014/24/EU), omdat daarmee wordt voldaan aan eisen die niet duidelijk voortvloeien uit de aanbestedingsdocumenten of de toepasselijke bepalingen van nationaal recht maar uit een uitlegging van deze bepalingen. Daarnaast zijn verweersters van mening dat de overeenkomst en de garantietaak een volledige en nauwkeurige regeling van de garantiebedingen bevatten, zodat het niet de wil van de contractpartijen kan zijn geweest om de overeengekomen garantieperiode te vernieuwen.

21 Toepasselijke bepalingen

22 Nationaal recht

- 23 Ustawa-Kodeks cywilny (wet tot vaststelling van het burgerlijk wetboek) van 23 april 1964 (Dz. U. 1964, nr. 16, volgnr. 93, zoals gewijzigd; hierna: „k.c.”)

- 24 Partijen die een overeenkomst sluiten, kunnen hun rechtsbetrekking naar eigen inzicht vormgeven, op voorwaarde dat de inhoud en het doel ervan niet in strijd zijn met de aard of natuur van de rechtsbetrekking, de wet of hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt (artikel 353¹ k.c.).
- 25 Indien de garant zijn verplichtingen nakomt door in de plaats van een gebrekkig goed een goed zonder gebreken aan de gerechtigde te leveren of het onder de garantie vallende goed ingrijpend te repareren, begint de garantieperiode opnieuw te lopen vanaf het moment dat het goed zonder gebreken is geleverd of het gerepareerde goed is teruggezonden. Indien de garant een deel van het goed heeft vervangen, is voornoemde bepaling van overeenkomstige toepassing op het deel dat is vervangen (artikel 581, lid 1, k.c. - onder het opschrift betreffende verkoopovereenkomsten).
- 26 Ustawa-Prawo zamówień Publicznych (wet inzake het plaatsen van overheidsopdrachten) van 29 januari 2004 [Dz. U. 2007, nr. 223, volgnr. 1655, zoals gewijzigd; hierna: „oude p.z.p.”; thans: ustawa-Prawo zamówień publicznych van 11 september 2019 (Dz. U. 2023, volgnr. 1605); hierna: „p.z.p.”]
- 27 Het voorwerp van de opdracht wordt op ondubbelzinnige en uitputtende wijze en in voldoende nauwkeurige en begrijpelijke bewoordingen beschreven, rekening houdend met alle vereisten en omstandigheden die van invloed kunnen zijn op het opstellen van de offerte (artikel 29, lid 1, oude p.z.p.; artikel 99, lid 1, p.z.p.).
- 28 Het bestek bevat ten minste: [...] 16) de voor de partijen relevante bedingen, die worden opgenomen in de overeenkomst inzake de overheidsopdracht, de algemene voorwaarden of een modelovereenkomst, indien de aanbestedende dienst van de ondernemer verlangt dat hij zich er onder dergelijke voorwaarden toe verbindt de opdracht uit te voeren (artikel 36, lid 1, punt 16, oud p.z.p.); thans: het bestek bevat ten minste: [...] 20) de in de overeenkomst inzake de overheidsopdracht op te nemen ontwerpbedingen (artikel 134, lid 1, punt 20, p.z.p.).
- 29 Unierecht**
- 30 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten [PB 2004, L 134, blz. 114; hierna ook: „richtlijn 2004/18”; thans: richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65; hierna ook: „richtlijn 2014/24”)].
- 31 Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen (artikel 2 van richtlijn 2004/18; thans artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24: aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante [...] wijze).

32 Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

33 Perspectief van het nationale recht

- 34 De artikelen 647 tot en met 658 k.c. bevatten een regeling ten aanzien van overeenkomsten inzake opdrachten voor werken. Deze bepalingen voorzien niet in afzonderlijke garantieregels. De enige verwijzingen naar andere soorten overeenkomsten zijn te vinden in artikel 656 k.c., waarin is bepaald dat de bepalingen inzake aannemingsovereenkomsten van overeenkomstige toepassing zijn op de gevolgen van een vertraging van de zijde van de ondernemer bij het aanvangen van werken of het voltooiën van een pand of van het feit dat de ondernemer de werken op gebrekkige wijze of in strijd met de overeenkomst heeft uitgevoerd, alsook op de vrijwaring ten aanzien van gebreken aan het voltooide pand en op het recht van de investeerder om de overeenkomst op te zeggen voordat het pand is voltooid.
- 35 In de Poolse rechtsorde is het verstrekken van garanties slechts uitdrukkelijk geregeld ten aanzien van verkoopovereenkomsten. In artikel 581 k.c. is bepaald dat wanneer de garant zijn verplichtingen nakomt door in de plaats van het gebrekkige goed een goed zonder gebreken aan de gerechtigde te leveren of het onder de garantie vallende goed ingrijpend te repareren, de garantieperiode opnieuw begint te lopen wanneer het goed zonder gebreken is geleverd of het gerepareerde goed is teruggezonden en dat, wanneer de garant een deel ervan heeft laten vervangen, deze bepaling van overeenkomstige toepassing is op het deel dat is vervangen.
- 36 De bepalingen van de k.c. die betrekking hebben op aannemingsovereenkomsten (waarnaar in de titel van de k.c. gedeeltelijk wordt verwezen in het kader van overeenkomsten inzake opdrachten voor werken) regelen het verstrekken van garanties evenmin. Op 25 december 2014 is een herziening van artikel 638 k.c. in werking getreden waarbij een regeling ten aanzien van aannemingsovereenkomsten is getroffen door middel van de invoering van § 2. Daarin is bepaald dat wanneer aan een koper een garantie ten aanzien van een uitgevoerde aanneming is verstrekt, de bepalingen inzake het verstrekken van garanties bij verkoop van overeenkomstige toepassing zijn. Deze regeling is evenwel niet van toepassing op de litigieuze zaak.
- 37 In Polen wordt in het kader van de praktijk van zowel de economische circuit als de rechtspraak algemeen aanvaard dat wanneer geen wettelijke regeling bestaat die rechtstreeks verwijst naar het verstrekken van garanties ten aanzien van overeenkomsten voor werken, dit niet uitsluit dat de partijen bij de rechtsbetrekking de toepassing van dergelijke garanties ook bij dit soort overeenkomsten kunnen overeenkomen volgens het beginsel van de contractvrijheid, ervan uitgaande dat de partijen die de overeenkomst sluiten hun rechtsbetrekking naar eigen inzicht kunnen vormgeven en dat de inhoud of het doel ervan niet in strijd is met de aard of natuur van de rechtsbetrekking, de wet of hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt (artikel 353¹ k.c.).

- 38 Binnen de hierboven vastgestelde grenzen kunnen partijen het verstrekken van een garantie op elke gewenste manier vormgeven door een beroep te doen op de bepalingen van de k.c. inzake garanties bij een verkoopovereenkomst, namelijk door de toepassing ervan uitdrukkelijk uit te sluiten en eigen bepalingen op te stellen of door deze bepalingen te wijzigen, bijvoorbeeld door er gedeeltelijk gebruik van te maken door ernaar te verwijzen en voor het overige eigen contractuele normen te creëren.
- 39 De kwestie van de naar analogie verrichte toepassing van de bepalingen inzake het verstrekken van garanties voor verkoopovereenkomsten op overeenkomsten inzake opdrachten voor werken doet zowel in de rechtspraak van de nationale rechterlijke instanties als in de rechtsleer geschillen rijzen. De verwijzende rechter deelt de opvatting dat, aangezien in de overeenkomst een verwijzing naar de relevante bepalingen van de k.c. is opgenomen, de in dat wetboek opgenomen bepalingen inzake het verstrekken van garanties bij verkoop naar analogie van toepassing dienen te zijn op een garantie die wordt verstrekt ten aanzien van het voorwerp van een overeenkomst inzake een opdracht voor werken, voor zover dit niet is geregeld in de contractuele bedingen.
- 40 Tegelijkertijd regelt de nationale wetgeving inzake overheidsopdrachten deze kwestie evenmin. In die wetgeving wordt slechts in het algemeen verwezen naar het voorwerp van een overeenkomst voor een opdracht, zodat de eisen en omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de opstelling van een offerte nauwkeurig moeten worden vastgesteld. Bij het specificeren van de informatie die in de aankondiging van de opdracht moet worden opgenomen vermelden zij evenwel bijvoorbeeld geen omstandigheden die verband houden met de toepasselijke wettelijke bepalingen, omdat ervan wordt uitgegaan dat marktdeelnemers die bedrijfsactiviteiten verrichten op de hoogte zijn van het algemeen toepasselijke recht, ook wanneer de toepassing van bepaalde wettelijke normen omstreden is.
- 41 Gelet op het voorgaande is de verwijzende rechter van oordeel dat het Poolse recht inzake overheidsopdrachten (ongeacht welke van de wetten ter zake van toepassing is) er niet aan in de weg staat dat naar analogie toepassing wordt gegeven aan bepalingen van nationaal recht waarnaar niet uitdrukkelijk wordt verwezen in de contractuele bedingen, in de aanbestedingsdocumenten of in de rechtsregels die gelden voor het soort overeenkomst waarop de aanbesteding betrekking heeft.
- 42 De aangevoerde bewijsmiddelen vormden voor de verwijzende rechter geen aanleiding om vast te stellen dat de partijen de toepassing van artikel 581 k.c. daadwerkelijk hebben uitgesloten, zodat de garantieperiode als gevolg van de vervanging van de recuperatoren door nieuwe exemplaren zonder gebreken moet worden geacht opnieuw te zijn ingegaan.
- 43 Perspectief van het Unierecht**

- 44 Verzoekers standpunt met betrekking tot de naar analogie verrichte toepassing van de bepalingen inzake het verstrekken van een garantie bij verkoop op de bedingen van de door de partijen gesloten overeenkomst kan worden gerechtvaardigd tegen de achtergrond van de bepalingen van nationaal recht, zodat de garantie moet worden geacht te zijn vernieuwd. Derhalve moet worden beoordeeld of, gelet op het grensoverschrijdende karakter van de overeenkomst en de betrokkenheid van verweerster bij een consortium van marktdeelnemers uit verschillende lidstaten, de bepalingen van Unierecht niet aan een dergelijke uitlegging van het nationale recht in de weg staan.
- 45 In artikel 2 van richtlijn 2004/18 (thans: artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24) is bepaald dat aanbestedende diensten ondernemers behandelen op gelijke en niet-discriminerende wijze en dat zij op een transparante wijze handelen.
- 46 De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie vereisen dat alle inschrijvers dezelfde kansen hebben bij het opstellen van hun offertes en dat voor alle offertes dezelfde voorwaarden gelden. Dit beginsel is niet in strijd met de eisen die aan de ondernemers worden gesteld, op voorwaarde dat die eisen aan alle ondernemers in dezelfde mate worden gesteld (arrest van 10 maart 2013, ██████████ C-336/12, EU:C:2013:647).
- 47 Ten aanzien van het daaruit voortvloeiende beginsel van transparantie heeft het Hof in de beschikking van 13 juli 2017, Saferoad Grawil sp. z o.o. en Saferoad Kabex sp. z o.o. tegen Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych, C-35/17, EU:C:2017:557 vastgesteld dat die verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, ten eerste, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, ten tweede, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (zie in die zin arresten van 6 november 2014, Cartiera dell’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 2 juni 2016, ██████████ ██████████ C-27/15, EU:C:2016:404, punt 36).
- 48 In het licht van de hierboven uiteengezette beginselen luidt de vraag of en in hoeverre de verplichtingen van partijen, die in de overeenkomst inzake de overheidsopdracht of in de aanbestedingsdocumenten niet op ondubbelzinnige wijze zijn vermeld, kunnen worden vastgesteld op grond van bepalingen van nationaal recht die in het stadium van de uitvoering van de overheidsopdracht naar analogie worden toegepast.
- 49 Anders moet worden vastgesteld of het verenigbaar is met het transparantiebeginsel om de verplichtingen van een ondernemer af te leiden uit een in de nationale rechtspraak verrichte uitlegging van het recht. Dit is namelijk bijzonder nadelig voor inschrijvers die in andere lidstaten zijn gevestigd,

aangezien hun kennis van het nationale recht en van de uitlegging daarvan alsook van de praktijk van de nationale autoriteiten niet kan worden vergeleken met die van binnenlandse inschrijvers.

- 50 Dit geldt met name voor een uitlegging van het nationale recht volgens welke bij de te geven beslissing niet alleen moet worden uitgegaan van de nationaalrechtelijke bepalingen die rechtstreeks van toepassing zijn op het betreffende type overeenkomst maar tevens van bepalingen waaraan toepassing wordt gegeven door de nationale bepalingen naar analogie aan te vullen met bepalingen die van toepassing zijn op andere soorten overeenkomsten.
- 51 Van belang is dat wanneer dergelijke bepalingen naar analogie worden toegepast, dit een indirect effect kan hebben op de reikwijdte van de op de ondernemers rustende verplichtingen die voortvloeien uit de contractuele bedingen maar die niet expliciet zijn opgenomen in de aankondiging van de opdracht of in het bestek. Deze verplichtingen vertalen zich rechtstreeks in de prijs die door de ondernemers wordt opgenomen in hun offerte, aangezien marktdeelnemers die aan een aanbesteding deelnemen om voor de hand liggende redenen als ondernemers handelen, dat wil zeggen met de bedoeling om winst te maken, zodat hun offerte een vergoeding dient te bevatten die hoger is dan de waarde van de diensten die zij uit hoofde van de overeenkomst moeten verlenen. Gelet op het voorgaande kan het niet specificeren van deze verplichtingen, bijvoorbeeld door niet uitdrukkelijk te vermelden dat de vervanging van een onderdeel van het voorwerp van de overeenkomst door een nieuw onderdeel tot gevolg heeft dat de garantieperiode opnieuw begint te lopen, gevolgen hebben voor het bedrag in de offertes van de deelnemers aan de aanbesteding, en uiteindelijk [ook] voor marktdeelnemers die niet beschikken over een volledige kennis van de specifieke kenmerken van de nationale rechtsorde, aanleiding geven tot een situatie waarin zij bij de aanbesteding een offerte indienen die zij niet zouden hebben ingediend indien zij wel volledig op de hoogte waren geweest van de voor hen geldende regelgeving.
- 52 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplicht aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de uitsluiting van een ondernemer van de openbare aanbestedingsprocedure op grond dat hij een verplichting niet is nagekomen die niet uitdrukkelijk in de aanbestedingsdocumenten of in de geldende nationale regeling is vermeld, maar volgt uit een uitlegging van die wet en die documenten, en uit de opvulling van de leemtes van bedoelde documenten door de nationale autoriteiten of bestuursrechters (zie in die zin arrest van 2 juni 2016, ██████████ C-27/15, EU:C:2016:404, punt 51).
- 53 Hoewel voornoemd arrest betrekking had op een ander vraagstuk in verband met een aanbesteding in het kader van overheidsopdrachten (namelijk op de uitsluiting van een ondernemer van een aanbesteding), zou een ruimere toepassing moeten worden gegeven aan de conclusie dat het jegens een deelnemer aan een overheidsopdracht ontoelaatbaar is om de verplichtingen van deze deelnemer die niet rechtstreeks voortvloeien uit het toepasselijke nationale recht en de

aanbestedingsdocumenten uitsluitend af te leiden uit een uitlegging van een nationale wet. Gelet op het inhoudelijke verschil tussen voornoemd arrest (dat betrekking had op de aanbestedingsfase) en de onderhavige zaak (fase van de uitvoering van een overheidsopdracht) is het evenwel gerechtvaardigd om het Hof te verzoeken om deze kwestie op te helderen. Vanuit het oogpunt van het gekenschetste probleem zou bekendheid met de praktijk van de toepassing van het recht in de betrokken lidstaat een dergelijke marktdeelnemer er bovendien toe brengen om het potentiële risico van een vernieuwing van de garantie te verdisconteren in de prijs en om een minder voordelige offerte in te dienen. Een dergelijke situatie kan ook leiden tot een verstoring van de mededinging op de gemeenschappelijke markt en is niet wenselijk. De beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling van marktdeelnemers uit verschillende lidstaten moeten aanleiding geven tot een situatie waarin de overeenkomst en de aanbestedingsdocumenten aldus worden opgesteld dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn om hun prijs te berekenen op grond van duidelijk omschreven verplichtingen. Het lijkt bijgevolg twijfelachtig om toe te staan dat deze verplichtingen worden vastgesteld op grond van nationaal recht dat naar analogie wordt toegepast, louter op basis van een algemene in de overeenkomst opgenomen verwijzing. Het gaat de normale zorgvuldigheid van inschrijvers te boven om gedurende een bepaalde periode in de loop van de aanbestedingsprocedure vast te stellen dat de in de opdracht genoemde overeenkomst naar analogie wordt geregeld door de bedingen van een andere overeenkomst, met name omdat deze uitlegging voortvloeit uit de niet-uniforme praktijk van de nationale autoriteiten.

54 Prejudiciële vraag en voorstel voor een antwoord

- 55 Gelet op het voorgaande heeft de verwijzende rechter het krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie passend geacht om het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Moeten de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en eerlijke mededinging als bedoeld in artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (thans: artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG) aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een uitlegging van het nationale recht volgens welke de inhoud van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht die wordt gesloten met een consortium van marktdeelnemers uit verschillende lidstaten van de Unie kan worden vastgesteld door in die overeenkomst rekening te houden met een verplichting die indirect van invloed kan zijn op de vaststelling van de prijs in de door [de betrokken] ondernemer ingediende offerte en die niet uitdrukkelijk wordt vermeld in de overeenkomst of in de aanbestedingsdocumenten maar die voortvloeit uit een bepaling van nationaal

recht die niet rechtstreeks maar naar analogie op de overeenkomst van toepassing is?

- 56 De verwijzende rechter stelt voor om de gestelde vraag bevestigend te beantwoorden.