Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 6 de febrero de 2025 [1]

Asunto C-82/24

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

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal regional de Varsovia, Polonia)]

«Procedimiento prejudicial — Contratación pública — Directiva 2004/18/CE — Artículo 2 — Principios de igualdad de trato y de transparencia — Obligación no prevista expresamente en los documentos de licitación ni en el contrato — Aplicación supletoria de la legislación civil por remisión de las cláusulas contractuales — Renovación de la garantía derivada de la interpretación de disposiciones legales aplicables por analogía — Licitador razonablemente informado y normalmente diligente»

1. En el litigio que da origen a este reenvío prejudicial se discute acerca del período de garantía pactado entre el poder adjudicador y el adjudicatario de un contrato público cuyo objeto era la ampliación y la modernización de una estación depuradora de aguas residuales.

2. La controversia gira en torno a la eventual renovación del período de garantía, más allá de lo explícitamente convenido en el contrato. El tribunal de reenvío duda de que esa renovación, en cuanto impuesta de forma unilateral por el poder adjudicador, sea compatible con los principios consagrados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE, [2] aplicable *ratione temporis*.

[1] Lengua original: español.

[2] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114).

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Directiva 2004/18

3. El artículo 2 («Principios de adjudicación de contratos») dispone:

«Los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia».

4. El artículo 12 («Contratos adjudicados en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales») reza:

«La presente Directiva no se aplicará a los contratos públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 200[4]/17/CE, adjudicados por poderes adjudicadores que ejerzan una o varias de las actividades contempladas en los artículos 3 a 7 de dicha Directiva y se adjudiquen para desarrollar dichas actividades, ni a los contratos públicos excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 de su artículo 5 y en sus artículos 19, 26 y 30.

No obstante, la presente Directiva seguirá aplicándose a los contratos públicos adjudicados por poderes adjudicadores que ejerzan una o varias actividades consideradas en el artículo 6 de la Directiva 200[4]/17/CE y que se adjudiquen para desarrollar estas actividades durante el tiempo en el que el Estado miembro de que se trate recurra a la facultad mencionada en el párrafo segundo del artículo 71 de la mencionada Directiva para aplazar su aplicación».

5. El artículo 26 («Condiciones de ejecución del contrato») establece:

«Los poderes adjudicadores podrán exigir condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato siempre que éstas sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones en que se ejecute un contrato podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social y medioambiental».

2. Directiva 2004/17/CE[3]

6. A tenor del artículo 4 («Agua»):

«1. La presente Directiva se aplicará a las actividades siguientes:

a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable; o

b) el suministro de agua potable a dichas redes.

[3] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO 2004, L 134, p. 1).

2. La presente Directiva se aplicará, asimismo, a los contratos o a los concursos de proyectos adjudicados u organizados por las entidades que ejerzan una actividad contemplada en el apartado 1, siempre y cuando tales contratos:

a) estén relacionados con proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje y el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 % del volumen de agua total disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje o

b) estén relacionados con la evacuación o tratamiento de aguas residuales.

[…]».

7. El artículo 10 («Principios de adjudicación de contratos») preceptúa.

«Las entidades adjudicadoras tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán con transparencia».

8. El artículo 38 («Condiciones de ejecución del contrato») prevé:

«Las entidades adjudicadoras podrán estipular condiciones especiales relativas a la ejecución del contrato siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio utilizado como medio de convocatoria de licitación o en el pliego de condiciones. Las condiciones que regulen la ejecución de un contrato podrán referirse, en particular, a consideraciones de tipo social y medioambiental».

B. Marco jurídico nacional

1. (Antigua) Ley de Contratos Públicos, de 29 de enero de 2004[4]

9. Según el artículo 29, apartado 1, el pliego describirá el objeto del contrato de forma inequívoca y exhaustiva, mediante expresiones suficientemente precisas y comprensibles, considerando todos los requisitos y circunstancias que puedan influir en la preparación de la oferta.

10. El artículo 36, apartado 1, punto 16, prescribe que el pliego de condiciones contendrá, al menos, las cláusulas esenciales para las partes, las condiciones generales del contrato o el modelo del contrato, si el poder adjudicador exige del contratista que celebre con él un contrato público en esas condiciones.

2. Código civil[5]

11. Con arreglo al artículo 353[1]:

«Las partes del contrato podrán determinar libremente el contenido de la relación jurídica, siempre que su objeto o su finalidad no sean contrarios a las características esenciales (la naturaleza) de tal relación, a la ley o a las reglas de la vida en sociedad».

4 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. de 2007, n.º 223, posición 1655, en su versión modificada).

5 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. de 1964, n.º 16, posición 93, en su versión modificada).

12. El artículo 581, apartado 1, que se encuentra en el título dedicado a los contratos de compraventa, recoge:

«Si, en ejecución de sus obligaciones, el garante ha entregado al beneficiario de la garantía, en lugar de un bien defectuoso, un bien no defectuoso, o ha realizado reparaciones relevantes del bien cubierto por la garantía, el plazo de la garantía volverá a correr de nuevo desde el momento de la entrega del bien no defectuoso o de la devolución del bien reparado. Cuando el garante haya sustituido una parte del bien, esta disposición se aplicará *mutatis mutandis* a la parte sustituida».

II. Hechos, litigios y pregunta prejudicial

13. Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.[6] (en lo sucesivo, «poder adjudicador») publicó un anuncio de licitación abierta para adjudicar el contrato n.º 8/JRP/R/2008 «Modernización y ampliación de la estación depuradora de aguas residuales de Czajka (tratamiento térmico de lodos de depuración)».

14. Un consorcio de empresas liderado por Veolia Water Technologies sp. z o.o. (en lo sucesivo, «Veolia»), con domicilio social en Varsovia,[7] participó en el procedimiento y resultó adjudicatario del contrato.

15. El 1 de agosto de 2008, se firmó el contrato entre Veolia y el poder adjudicador.

16. El contrato incluía la construcción de una estación de tratamiento térmico de lodos de depuración, en la que debían instalarse dos recuperadores, cada uno en sendas líneas independientes de incineración de residuos.

17. El contrato contenía, asimismo, una cláusula («carta de garantía») en la que se fijaba un período de garantía de treinta y seis meses, que comenzaría a computarse desde la fecha de entrega del certificado final de la obra.

18. La subcláusula 6.1 del contrato estipulaba que «en las materias no reguladas por la presente carta de garantía, resultarán aplicables las correspondientes normas del derecho polaco, en particular, del Código civil […]».

19. Las obras objeto del contrato debían haberse realizado antes del 30 de octubre de 2010. Sin embargo, se prorrogó el plazo hasta el día 30 de noviembre de 2012. El 21 de marzo de 2013, se emitió el certificado final de la obra.

20. El 26 de septiembre de 2014 y el 3 de marzo de 2015, el poder adjudicador comunicó a Veolia, respectivamente, que los recuperadores de la línea 2 y de la línea 1 estaban averiados.

21. En cumplimiento de la carta de garantía, Veolia sustituyó los recuperadores defectuosos. La puesta en marcha de los nuevos recuperadores tuvo lugar los días 22 de febrero y 28 de abril de 2016.

[6] Se trata de la sociedad encargada del abastecimiento de agua potable y del saneamiento de aguas residuales de la ciudad de Varsovia (Polonia).

[7] Formaban parte del consorcio, además de Veolia, Krüger A/S, con domicilio social en Søborg (Dinamarca); OTV France, con domicilio social en Saint-Maurice (Francia); Haarslev Industries GmbH, con domicilio social en Bruchsal (Alemania), y Warbud S.A., con domicilio social en Varsovia. En lo sucesivo, entenderé que Veolia actúa en nombre del consorcio.

22. El 27 de noviembre de 2018, el poder adjudicador comunicó a Veolia una (nueva) avería de los dos recuperadores de sustitución y reclamó su reparación o su reemplazo con arreglo a la garantía.

23. Veolia se negó a atender la reclamación argumentando que el período de cobertura de la garantía había expirado.

24. La discrepancia entre las partes del contrato ha dado lugar a dos litigios ante el Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal regional de Varsovia, Polonia), que este órgano judicial ha acumulado para su sustanciación conjunta:

– Por un lado, el poder adjudicador reclama a Veolia el pago de 5 661 772,39 euros en concepto de penalizaciones contractuales, junto con una acción subsidiaria; y de 11 351 601,62 eslotis polacos (PLN) en concepto de indemnización por cumplimiento defectuoso del contrato; con carácter subsidiario, solicita la cantidad de 2 533 839,65 euros.

– Por otro lado, Veolia reclama al poder adjudicador el pago de 3 766 666,36 euros, correspondientes a los importes cobrados por éste con cargo a las garantías bancarias prestadas.

25. En esta tesitura, el tribunal que ha de fallar estos litigios eleva al Tribunal de Justicia la siguiente pregunta prejudicial:

«¿Deben interpretarse los principios de transparencia, de igualdad de trato y de competencia leal, mencionados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 […], en el sentido de que se oponen a una interpretación del derecho nacional que permita determinar el contenido de un contrato público celebrado con un consorcio compuesto por operadores de distintos Estados miembros de la Unión Europea teniendo en cuenta, en dicho contrato, una obligación que pueda influir indirectamente en el precio indicado en la oferta presentada por ese [consorcio], no prevista expresamente en el contenido del contrato ni en el pliego de condiciones, sino resultante de una disposición del derecho nacional que no es directamente aplicable a ese contrato, pero que se aplica por analogía?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

26. La petición de decisión prejudicial se registró en el Tribunal de Justicia el 1 de febrero de 2024.

27. Han depositado observaciones escritas Veolia, el poder adjudicador, el Gobierno polaco y la Comisión Europea.

28. No se ha considerado indispensable la celebración de una vista.

IV. Apreciación

A. Observaciones preliminares

1. Directiva aplicable

29. La Comisión aborda, ante todo, si la Directiva 2004/18 es aplicable en este litigio o si, por el contrario, lo sería la Directiva 2004/17. [8]

30. La Directiva 2004/17 regula, específicamente, los contratos o los concursos de proyectos adjudicados u organizados por las entidades que se dedican al suministro de agua potable mediante redes fijas de distribución, siempre y cuando tales contratos estén relacionados, entre otras actividades, con la evacuación o el tratamiento de aguas residuales (artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/17).

31. Como apunta la Comisión, [9] con cuya apreciación coincido, todo parece indicar que la Directiva 2004/17 es la que ha de tenerse en cuenta, ya que:

– El poder adjudicador suministra agua potable a los habitantes de la aglomeración de Varsovia y explota las redes fijas de suministro de agua y de saneamiento en Varsovia.

– El objeto del contrato consiste en la ampliación y la modernización de una planta de depuración que incluye la evacuación o el tratamiento de aguas residuales, actividades a las que expresamente se refiere el artículo 4, apartado 2, letra b), de la Directiva 2004/17.

32. Corresponde al tribunal de reenvío, que tiene a su disposición toda la información relativa al contrato y a la actividad del poder adjudicador, verificar los datos de hecho sobre cuya base deberá apreciar cuál de las dos Directivas entra en juego.

33. En realidad, se trata de una cuestión de escasa transcendencia práctica, visto que la regulación de los principios de la contratación en la Directiva 2004/18 (artículo 2) y en la Directiva 2004/17 (artículo 10) es sustancialmente la misma.

34. En cualquier caso, fijaré mi atención en la interpretación de la Directiva 2004/18, que es la que cita el auto de reenvío y en la que se han centrado los intervinientes a lo largo del procedimiento prejudicial.

2. Directiva 2004/18 y ejecución del contrato

35. Más dificultad presenta resolver si el artículo 2 de la Directiva 2004/18 se aplica a una incidencia producida en la fase de ejecución del contrato, años después de que éste fuese atribuido y celebrado.

[8] Con arreglo al artículo 12 de la Directiva 2004/18, esta Directiva no se aplica a los contratos públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/17.

[9] Apartado 35 de sus observaciones escritas, con indicación del sitio web del poder adjudicador (https://www.mpwik.com.pl/view/dane-spolki).

36. La dificultad nace de que la Directiva 2004/18 tenía por finalidad la coordinación de los *procedimientos de adjudicación* de ciertos contratos públicos. En concreto, su artículo 2 enunciaba tres principios a los que había de someterse la «adjudicación de contratos».

37. La Directiva 2004/18 regulaba en extenso la *adjudicación* y contenía aisladas referencias a la *ejecución* de los contratos. Por el contrario, la ulterior Directiva 2014/24/UE [10] dedica un capítulo específico a la *ejecución* de los contratos públicos. [11]

38. Esta diferencia de regímenes debe, sin embargo, relativizarse: materias que la Directiva 2014/24 agrupa en el capítulo dedicado a la ejecución de los contratos se tratan en la Directiva 2004/18 con una sistemática dispar, en el título consagrado al pliego de condiciones y a los documentos del contrato.

39. Así sucede, por ejemplo, con las disposiciones relativas a las condiciones de ejecución del contrato (artículo 70 de la Directiva 2014/24 y artículo 26 de la Directiva 2004/18) o a la subcontratación (artículo 71 de la Directiva 2014/24 y artículo 25 de la Directiva 2004/18).

40. En cuanto a la modificación de los contratos durante su vigencia, aunque la Directiva 2004/18 no tiene un precepto de contenido equivalente al artículo 72 de la Directiva 2014/24, el Tribunal de Justicia ya había interpretado el artículo 2 de la Directiva 2004/18 en el sentido de que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, no es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación. [12]

41. En este panorama normativo, la aplicación de la Directiva 2004/18 al asunto de autos podría basarse en tres asunciones: a) que, en realidad, se produce una modificación contractual al interpretar el contenido de una cláusula del pliego de condiciones deduciendo de ella obligaciones no derivadas expresamente de las estipulaciones pactadas; [13] b) que el pliego de condiciones o los documentos contractuales, por incluir la carta de garantía en los términos en que lo hacían, no eran compatibles con los principios del artículo 2 de la Directiva 2004/18, ya desde la fase de la adjudicación; y c) que la carta de garantía constituía, en sí misma, una condición de ejecución del contrato.

42. De estas tres asunciones, descarto que se produjera una *modificación* contractual, en lo que coincido con el Gobierno polaco. La tesis de la modificación encuentra el escollo de que la cláusula discutida figuraba en el contrato desde el primer momento. Además, ha sido aplicada efectiva y pacíficamente, al sustituir Veolia, en la primera ocasión en la que se le requirió, los recuperadores defectuosos.

43. Si Veolia negó que existiera una obligación de garantía para sustituir los «segundos» recuperadores, no lo hizo porque se hubiera introducido una modificación, sino porque, a su juicio, aquella obligación contractual se había extinguido por el transcurso del plazo pactado.

[10] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).

[11] Capítulo IV del título II, artículos 70 a 73, de la Directiva 2014/24.

[12] Sentencia de 7 de septiembre de 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634), parte dispositiva. La modificación se había producido durante la fase de ejecución del contrato.

[13] Apartado 29 de las observaciones escritas del Gobierno polaco.

44. Enfocada la carta de garantía desde la perspectiva de la *adjudicación del contrato*, no encuentro motivos para negar, en principio, su validez ni, mucho menos, la del contrato en su conjunto. Razones de seguridad jurídica y la propia sistemática de la Directiva de recursos [14] impedirían reabrir el debate sobre la legalidad de una decisión de adjudicación aceptada y en su momento no impugnada. [15]

45. De hecho, del auto de remisión se desprende que el contratista no pide la declaración de invalidez de la adjudicación por contener el contrato una cláusula de garantía que, de haber tenido el alcance temporal que ahora le da el poder adjudicador, le habría conducido a no presentar su oferta (o a ofrecer un precio superior). Lo que pretende es, simplemente, que se interprete esa cláusula en el sentido de que no implica la obligación de sustituir, por segunda vez, los recuperadores defectuosos.

46. En la medida en que la interpretación auspiciada por el poder adjudicador para surtir efectos en la fase de ejecución del contrato implicase una desnaturalización de las cláusulas contractuales pactadas (en el sentido al que se refería el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta), [16] la discusión se extendería, de modo indirecto, a los propios términos de la adjudicación.

47. Cabría, finalmente, que la carta de garantía se entendiera como una condición especial en relación con la *ejecución del contrato*, sujeta al artículo 26 de la Directiva 2004/18. A tenor de él, los poderes adjudicadores podrían exigirla, siempre que sea compatible con el derecho de la Unión y se indique en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones. [17]

48. En tanto que la carta de garantía afecta al cumplimiento de las obligaciones contractuales, una vez suscrito el contrato, no existiría obstáculo insalvable para calificarla, en último extremo, de condición de ejecución del contrato. Una vez comprobado que se estableció en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, [18] habría que resolver si se acomoda al derecho de la Unión, en concreto a los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia.

[14] Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (DO 1989, L 395, p. 33).

[15] Me remito a mis conclusiones de 17 de octubre de 2024 en el asunto Fastned Deutschland (C-452/23, EU:C:2024:894).

[16] Sentencia de 29 de abril de 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236), apartado 120.

[17] En mis conclusiones de 28 de enero de 2021, asunto Riigi Tugiteenuste Keskus (C-6/20, EU:C:2021:79), punto 79, expuse que «la jurisprudencia ha prestado atención a estas condiciones especiales cuando se imponen por "consideraciones de tipo social", centrando así la atención sobre algunas de las que se acogen al enunciado abierto del inciso final del artículo 26 de la Directiva 2004/18. Nada impide que se extiendan a otros ámbitos, pues la referencia a las "consideraciones de tipo social o medioambiental" se realiza a título de mero ejemplo ("en especial")».

[18] La lectura del auto de reenvío da a entender que la cláusula controvertida figuraba en el anuncio de licitación y que sólo se cuestiona la aplicabilidad del artículo 581, apartado 1, del Código civil, a la vista de que, según Veolia, ni el contrato ni el anuncio de licitación «indicaron que dicha disposición fuera aplicable a la garantía otorgada por los contratistas».

49. El Tribunal de Justicia permite relacionar los principios de la contratación pública con la fase de ejecución de un contrato:[19] «los poderes adjudicadores deben respetar *durante todo el procedimiento* los principios de la contratación formulados en el artículo 18 de la Directiva 2014/24, entre los que figuran los principios de igualdad de trato, de transparencia y de proporcionalidad».[20]

50. Reiterada la referencia a la igualdad de trato, la no discriminación y la transparencia en sucesivos considerandos de la Directiva 2014/24, resulta lógico interpretar su artículo 18, apartado 1, que enuncia esos principios rectores de la contratación pública, en el sentido de no se limitan a la fase de adjudicación de los contratos.

51. Es verdad que esa jurisprudencia se ha pronunciado en relación con las Directivas de contratación de 2014, aquí inaplicables *ratione temporis*. Ahora bien, no encuentro dificultades insalvables para extenderla, salvadas las distancias, a los contratos regidos por la Directiva 2004/18, cuyos principios de la contratación (artículo 2) han de ser respetados en todas las fases de la vida del contrato.

52. De no ser así, se produciría un efecto indeseable, al que se ha referido el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta: «si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, *durante la fase de ejecución del contrato*, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados».[21]

53. En consecuencia, no veo obstáculo para que el Tribunal de Justicia facilite al de reenvío, en este asunto, la interpretación del artículo 2 de la Directiva 2004/18.

B. Respuesta a la pregunta prejudicial

54. Me parece conveniente reflejar, de entrada, los términos del debate entre las partes sobre la cláusula de garantía pactada y la delimitación de su vigencia:

– Con arreglo al contrato, se fijaba un período de garantía cuyo inicio era la fecha de entrega del certificado final de obra y expiraba treinta y seis meses después (es decir, no más tarde del 30 de abril de 2015). La garantía estaba en vigor, pues, cuando el poder adjudicador comunicó las «primeras averías» a Veolia, lo que ésta aceptó sin reservas.

– Por el contrario, cuando el poder adjudicador puso en conocimiento de Veolia las «segundas averías» (27 de noviembre de 2018), aquel plazo de treinta y seis meses ya había expirado. Se discute si, pese a esa expiración, el plazo había empezado a correr de nuevo a partir de la entrega, por Veolia, de los recuperadores de sustitución (respectivamente, el 22 de febrero de 2016 para el recuperador de la línea 2 y el 28 de abril de 2016 para el recuperador de la línea 1) para reparar las primeras averías.

[19] El enlace entre el artículo 18, apartado 1, y el artículo 70 de la Directiva 2014/24 se puede apreciar en la sentencia de 8 de julio de 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556), apartado 63 y parte dispositiva, punto 2; y en la sentencia de 7 de septiembre de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700), apartado 90.

[20] Sentencia de 26 de septiembre de 2019, Vitali (C-63/18, EU:C:2019:787), apartado 39. Cursiva añadida. Se trataba de un asunto relacionado con la subcontratación, que, como ya he destacado y al igual que las condiciones de ejecución, la Directiva 2014/24 regula en el capítulo dedicado a la ejecución del contrato.

[21] Sentencia de 29 de abril de 2004 (C-496/99 P, EU:C:2004:236), apartado 120. Cursiva añadida.

– Según el poder adjudicador, la renovación del plazo por otros treinta y seis meses se debe a la aplicación de las normas generales del derecho polaco, a las que aludía la carta de garantía. Con arreglo a su subcláusula 6.1, en las materias no reguladas por esa carta se aplicarían las correspondientes normas del derecho polaco, y entre ellas el Código civil. A tenor del artículo 581, apartado 1, de este Código, relativo al contrato de compraventa, el plazo de garantía se computa de nuevo desde el momento de la entrega del bien no defectuoso o de la devolución del bien reparado.

– Veolia, por el contrario, sostiene que el contrato, al regular la carta de garantía, concretaba de forma completa y precisa las estipulaciones relativas a la garantía. De su texto se infiere que las partes del contrato no tenían la intención de aplicar la renovación de la garantía más allá de lo pactado.

– Veolia añade que no era aplicable el artículo 581, apartado 1, del Código civil, precepto que se refiere al contrato de compraventa. Ni las partes en el contrato ni el poder adjudicador en el anuncio de licitación indicaron que dicha disposición se extendiera a la garantía otorgada. Su aplicación por analogía sería incompatible con los principios de transparencia, de igualdad de trato y de competencia leal contenidos en la Directiva 2004/18, pues supone una remisión a condiciones que no resultan claramente del pliego de la licitación o de las disposiciones vigentes del derecho nacional, sino únicamente de la interpretación de estas últimas.

55. El tribunal *a quo* enuncia, como motivos de la remisión prejudicial, algunos que atañen al derecho nacional (apartados 34 a 42 del auto de renvío) y otros al derecho de la Unión (apartados 44 a 53 del mismo auto).

56. Creo que esa sistemática en la exposición puede ayudar a entender mejor la pregunta prejudicial. Antes de afrontar si una cláusula contractual, o su interpretación, se atiene a la Directiva 2004/18, hay que clarificar cuál es la *lectura* que de ella efectúa el tribunal de remisión.

57. En principio, corresponde al órgano judicial de reenvío, y no al Tribunal de Justicia, interpretar las cláusulas de los contratos sobre las que surgen diferencias entre las partes, a la luz de su tenor, de la intención de los contratantes y de las normas del derecho interno que rijan esos contratos.

58. A partir de esta premisa, el tribunal de reenvío deberá dilucidar si, por lo que atañe al derecho interno, la carta de garantía: a) contenía una regulación exhaustiva del plazo en el que surtiría efectos, esto es, treinta y seis meses después de la entrega de la certificación de obras, sin que se impusiera su renovación; o b) conducía, a través de la subcláusula 6.1, a que ese plazo se renovase cuando fueran aplicables las normas supletorias del derecho polaco, y en especial las del Código civil.

59. Si el tribunal de reenvío acogiera la primera de esas soluciones, el litigio quedaría zanjado y es probable que no hubiera requerido la asistencia prejudicial del Tribunal de Justicia.

60. Todo parece indicar, sin embargo, que el tribunal de reenvío no descarta que se apliquen al litigio de autos las disposiciones del Código civil (esto es, la segunda de las opciones que antes he señalado).

61. De hecho, afirma en el auto de remisión que «procede aplicar, por analogía, en lo no regulado por las cláusulas contractuales, las disposiciones del [Código civil] relativas a la garantía en el marco de la compraventa a la garantía prestada para el objeto del contrato de obras de construcción». [22] A su juicio, «la normativa nacional en materia de contratos públicos […] no excluye la aplicación por analogía de las disposiciones de derecho nacional respecto de las cuales no haya una remisión explícita en las cláusulas contractuales, en el pliego de condiciones de la licitación o en las disposiciones jurídicas que regulan el tipo del contrato sobre el que verse la licitación». [23]

62. Las reflexiones que a continuación expondré han de asumir como premisa la interpretación que el tribunal de reenvío efectúa sobre el contrato objeto de controversia. Me detendré en la aplicación del principio de transparencia, estrechamente ligado al de igualdad de trato.

63. En palabras del Tribunal de Justicia, «la obligación de transparencia, que es un corolario del principio de igualdad, tiene esencialmente por objeto garantizar que cualquier operador interesado pueda decidir concurrir a licitaciones sobre la base de toda la información pertinente y garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora». [24]

64. La obligación de transparencia ofrece dos vertientes:

– En primer lugar, «exige por parte del poder adjudicador un grado de publicidad adecuado que permita, por un lado, abrir a la competencia los procedimientos de adjudicación y, por otro lado, controlar su imparcialidad». [25]

– En segundo lugar, «implica que todos los requisitos y modalidades del procedimiento de licitación estén formulados de forma clara, precisa e inequívoca, con el fin de que […] todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma […]». [26]

65. Este último enfoque es el pertinente en este asunto. Como ya he expuesto, el núcleo de la disputa es resolver si, dados los términos en que se redactó el contrato, Veolia estaba en posición de saber a lo que verdaderamente se comprometía con su firma.

66. El tribunal de reenvío se fija, especialmente, en la eventual aplicación de la sentencia Pizzo [27] al caso que ha de resolver, aun reconociendo que ese asunto se refería a la exclusión de un licitador del procedimiento de adjudicación y éste a una incidencia en la fase de ejecución del contrato.

22 Auto de reenvío, apartado 39.

23 Auto de reenvío, apartado 41.

24 Sentencia de 22 de junio de 2017, Unibet International (C-49/16, EU:C:2017:491), apartado 46.

25 Sentencia de 4 de abril de 2019, Allianz Vorsorgekasse (C-699/17, EU:C:2019:290), apartado 61.

26 *Ibidem*, apartado 62.

27 Sentencia de 2 de junio de 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404). En lo sucesivo, «sentencia Pizzo».

67. En el auto de remisión, una vez transcrito el apartado 51 de la sentencia Pizzo, [28] el tribunal de reenvío:

– Propugna «una aplicación más amplia» de la doctrina que contiene la sentencia Pizzo. Así, resultaría «inadmisible deducir únicamente de la interpretación de una ley nacional […] obligaciones que no resulten directamente de la ley nacional vigente y del pliego de condiciones». [29]

– Duda de que los licitadores razonablemente bien informados y diligentes estén en condiciones de calcular el precio que presentan en sus ofertas, si el alcance de sus obligaciones, en lo que atañe a la garantía, se fija aplicando por analogía unas disposiciones (pensadas para otra categoría de contratos) cuya interpretación resulta de la práctica de las autoridades nacionales que, además, no es uniforme. [30]

68. En el asunto Pizzo, lo que se discutía era la exclusión de un licitador por no cumplir alguno de los requisitos de admisibilidad para concurrir al procedimiento de contratación. El requisito determinante de la exclusión no figuraba de modo expreso en el anuncio de licitación ni en el pliego de condiciones, sino que podía deducirse de normas nacionales de alcance general.

69. El Tribunal de Justicia rechazó que el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia se hubieran respetado en el asunto Pizzo. A su juicio, y por decirlo de modo muy sintético, no resultaba admisible una interpretación de los términos del pliego de condiciones que los participantes en el procedimiento de adjudicación (especialmente si se trataba de operadores extranjeros) no podían razonablemente prever.

70. Ciertamente, la sentencia Pizzo interpretó el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia en el marco de un procedimiento de adjudicación. Ahora bien, de aceptar, como he auspiciado, [31] que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 puede invocarse también, *mutatis mutandis*, en circunstancias como las de este litigio, no habría inconveniente en extender a él las declaraciones del Tribunal de Justicia en aquella sentencia.

71. Sentada esta premisa, es el tribunal de reenvío quien debe apreciar hasta qué punto era, o no, razonablemente previsible para un operador diligente una interpretación de la carta de garantía (comprendida la subcláusula 6.1) que permitiera al poder adjudicador exigir la renovación del plazo pactado.

72. Para llegar a esa interpretación pueden utilizarse dos aproximaciones, según se atienda sólo a los términos estrictos y literales de la carta de garantía, más que a las condiciones subjetivas del operador y al contexto contractual y normativo, o, por el contrario, se preste mayor atención a estos últimos factores.

[28] «El principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la exclusión de un operador económico del procedimiento de adjudicación de un contrato público a raíz del incumplimiento, por su parte, de una obligación que no resulta expresamente de los documentos relativos a dicho procedimiento o de la ley nacional vigente, sino de una interpretación de dicha ley y de dichos documentos, así como de la integración, por parte de las autoridades o de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa nacionales, del contenido preceptivo de dichos documentos».

[29] Auto de reenvío, apartado 53.

[30] Auto de reenvío, apartado 53, *in fine*.

[31] Puntos 35 a 53 de estas conclusiones.

73. Sea cual sea el enfoque adoptado, la clave es, en mi opinión, la previsibilidad (razonable) de la solución que se acoja. Previsibilidad que, a su vez, guarda relación con el conocimiento del derecho nacional y con el grado de seguridad jurídica que éste debe proporcionar a los operadores económicos en el marco de la contratación pública.

74. A estos efectos, como bien destaca el tribunal de reenvío, la duración del plazo de garantía es un factor relevante para que los operadores económicos fijen adecuadamente los precios de sus ofertas. Esos plazos deberían resultar claramente de los pliegos de condiciones y los demás documentos contractuales.

75. Podría producirse, además, una distorsión de la competencia en perjuicio de los operadores económicos de otros Estados miembros si éstos, confiados en la redacción de la cláusula de garantía, se encuentran a la postre con una interpretación de su contenido que no podían razonablemente prever.

76. Las condiciones contractuales deben permitir, por sí mismas, a todos los interesados la comprensión de su contenido y de su alcance. Sólo así se garantiza la transparencia y la seguridad jurídica indispensables.

77. En mis conclusiones del asunto Pizzo afirmé que «no sería lógico que los poderes adjudicadores estuvieran también obligados a especificar aquellas [condiciones] cuyo cumplimiento lo imponen disposiciones normativas de alcance general que un licitador "razonablemente informado y normalmente diligente" no puede ignorar». [32]

78. Reitero ahora esa afirmación, pero de ella no puede inferirse mi aquiescencia a admitir obligaciones contractuales cuya previsibilidad no se deduzca, razonablemente, de la lectura del propio contrato, aún integrada con aquellas disposiciones normativas de carácter general indiscutiblemente aplicables.

79. El órgano remitente deberá apreciar, por lo tanto, si, en este asunto, resultaba admisible una interpretación de la carta de garantía que, yendo más allá de su tenor literal, daba entrada a la aplicación supletoria de normas del Código civil polaco relativas a la renovación de los plazos de garantía en los contratos de compraventa.

80. Para ayudar en esa apreciación, el Tribunal de Justicia podría facilitar al de reenvío las indicaciones siguientes:

– Si las partes del contrato fijan expresamente un período específico de garantía, delimitando su duración y sus fechas inicial y final, sin contemplar su renovación, este régimen podría considerarse completo y cerrado en sí mismo. No habría necesidad, pues, de acudir a normas generales del derecho interno, ya que la voluntad contractual, de cuya licitud no habría dudas, se habría expresado con claridad.

– El contenido de la subcláusula 6.1 se extiende solamente a «las materias no reguladas por la presente carta de garantía». Como lo que atañe al plazo de garantía era una *materia regulada* en aquella carta, la previsión de la subcláusula 6.1 no entraría en juego.

[32] Conclusiones de 21 de enero de 2016 (C-27/15, EU:C:2016:48), punto 52. Debo recordar que, en el asunto Pizzo, los documentos de la convocatoria de licitación no incluían referencia alguna a la condición que determinaba la exclusión de los licitadores (la falta de pago de una contribución establecida por la ley). Aquí, la carta de garantía suscrita por Veolia se regula en el contrato y, para lo no regulado, hace una remisión expresa a las «correspondientes normas del derecho polaco, en particular, del Código civil».

– De admitir la aplicación de las normas del Código civil (que sería supletoria, más que por analogía), la interpretación de las reglas de su artículo 581, apartado 1, se debería imponer con tal evidencia que no admitiera dudas para un operador diligente y razonablemente informado. [33]

– Del auto de reenvío no parece deducirse que una interpretación del artículo 581, apartado 1, del Código civil que extienda las reglas del contrato de compraventa a los de ejecución de obras sea compartida unánimemente por la doctrina ni por la generalidad de los tribunales nacionales. [34] Más bien, hay dudas sobre la viabilidad jurídica de esa interpretación.

– En defecto de una remisión explícita a la garantía exigible para los contratos de compraventa (inspirada, normalmente, en el objetivo de proteger a los consumidores), la lógica inherente a la garantía otorgada en los contratos de construcción de obras que se celebran entre profesionales resulta, desde el punto de vista económico, diferente. [35]

– Para discernir si, pese a todo, el consorcio del que formaba parte Veolia estaba en condiciones de conocer razonablemente, desde un principio, la interpretación de la carta de garantía que sostuvo después el poder adjudicador, podría acudirse a factores como la implantación en Polonia de la sociedad líder y de otro miembro del consorcio, o su experiencia en el ramo de la construcción de obras al que pertenece el objeto del contrato.

– En esa misma línea, podría ser relevante que la interpretación del contenido de la carta de garantía que lleva a cabo el poder adjudicador fuera suficientemente conocida en el sector, de suerte que Veolia u otros integrantes del consorcio fácilmente pudieran acceder a ella, previo asesoramiento, en su caso, sobre la extensión temporal de la garantía a la vista de las normas del Código civil polaco.

81. En suma, entiendo que los principios proclamados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se oponen, como regla general, a la inclusión en un contrato público de ejecución de obras de una cláusula que remite, para fijar el alcance temporal de la obligación de garantía del contratista y en las materias no reguladas en esa cláusula, a las normas del Código civil nacional. Esos principios no son compatibles, sin embargo, con una interpretación de aquella cláusula que, al extender el plazo de garantía más allá de lo pactado por las partes, resulte imprevisible para un contratista razonablemente informado y normalmente diligente, lo que corresponde determinar al tribunal de reenvío.

[33] El Gobierno polaco acepta que la interpretación del contrato de la que se deduzca una obligación no expresamente prevista en él, pero que deriva de las disposiciones nacionales a las que remite, sería viable en la medida en que el contratista razonablemente informado y normalmente diligente no pudiera ignorar esas disposiciones (apartado 47 de sus observaciones escritas).

[34] Apartado 39 del auto de reenvío: «[…] la aplicación por analogía al contrato de obras de construcción de las disposiciones relativas a la garantía en el contrato de compraventa suscita controversia tanto en la jurisprudencia de los tribunales nacionales como en la doctrina». El apartado 36 del mismo auto indica que «el 25 de diciembre de 2014 entró en vigor la reforma del artículo 638 del [Código civil], que regula el contrato […] de obra, mediante la que se introdujo el apartado 2 de dicho artículo, con arreglo al cual, cuando se haya prestado una garantía al comprador para la obra ejecutada, se aplicarán *mutatis mutandis* las disposiciones sobre la garantía en la compraventa, pero esta norma no resulta aplicable al litigio».

[35] Veolia se refiere a esta cuestión en la nota número 3 de sus observaciones escritas, destacando que la reparación o la sustitución de los elementos de una instalación tiene unos costes y un riesgo muy distintos de los inherentes a la venta de bienes de consumo para el público (cuya producción se caracteriza por un coste marginal mínimo). La garantía que se presta en unos contratos y en otros no puede, en consecuencia, equipararse.

V. Conclusión

82. A tenor de lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia responder al Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal regional de Varsovia, Polonia) en estos términos:

«El artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios,

debe interpretarse en el sentido de que:

no se opone a la inclusión en un contrato público de ejecución de obras de una cláusula que remite, para fijar el alcance temporal de la obligación de garantía del contratista y en las materias no reguladas en esa cláusula, a las normas del Código civil nacional.

Los principios de igualdad de trato y de transparencia proclamados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no son compatibles, sin embargo, con una interpretación de aquella cláusula que, al extender el plazo de garantía más allá de lo pactado por las partes, resulte imprevisible para un contratista razonablemente informado y normalmente diligente, lo que corresponde determinar al tribunal de reenvío».