Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
apresentadas em 6 de fevereiro de 2025 [1]

Processo 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.

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsóvia, Polónia)]

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Diretiva 2004/18/CE — Artigo 2.º — Princípios da igualdade de tratamento e da transparência — Obrigação não expressamente prevista nos documentos do concurso nem no contrato — Aplicação supletiva da lei civil, por remissão das cláusulas contratuais — Renovação da garantia decorrente da interpretação de disposições legais aplicáveis por analogia — Proponente razoavelmente informado e normalmente diligente»

1. No litígio que deu origem ao presente reenvio prejudicial é discutido o período de garantia acordado entre a entidade adjudicante e o adjudicatário de um contrato público cujo objeto era a ampliação e modernização de uma instalação de depuração de lamas.

2. A controvérsia gira em torno da eventual renovação do período de garantia para além do que tinha sido expressamente estipulado no contrato. O órgão jurisdicional de reenvio duvida de que essa renovação, na medida em que foi imposta de forma unilateral pela entidade adjudicante, seja compatível com os princípios consagrados no artigo 2.º da Diretiva 2004/18/CE [2], aplicável *ratione temporis*.

[1] Língua original: espanhol.

[2] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços (JO 2004, L 134, p. 114).

I. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. Diretiva 2004/18

3. O artigo 2.º («Princípios de adjudicação dos contratos») dispõe:

«As entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente».

4. O artigo 12.º («Contratos adjudicados nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais») enuncia:

«A presente diretiva não é aplicável aos contratos públicos nos domínios regidos pela Diretiva 200[4]/17/CE adjudicados por entidades adjudicantes que exerçam uma ou mais das atividades indicadas nos artigos 3.º a 7.º da referida diretiva, e que sejam adjudicados para o exercício dessas atividades, nem aos contratos públicos excluídos do âmbito de aplicação da referida diretiva por força do n.º 2 do seu artigo 5.º e dos seus artigos 19.º, 26.º e 30.º

Todavia, a presente diretiva continuará a aplicar-se aos contratos públicos celebrados por entidades adjudicantes que exerçam uma ou mais das atividades previstas no artigo 6.º da Diretiva 200[4]/17/CE e que sejam adjudicados para o exercício dessas atividades, desde que o Estado-Membro em causa faça uso da faculdade prevista no segundo parágrafo do artigo 71.º da referida diretiva para adiar a sua aplicação».

5. O artigo 26.º («Condições de execução do contrato») estabelece:

«As entidades adjudicantes podem fixar condições especiais de execução do contrato desde que as mesmas sejam compatíveis com o direito comunitário e sejam indicadas no anúncio de concurso ou no caderno de encargos. [As condições] de execução de um contrato podem, designadamente, visar considerações de índole social e ambiental».

2. Diretiva 2004/17/CE[3]

6. Nos termos do artigo 4.º («Água»):

«1. A presente diretiva aplica-se às seguintes atividades:

a) À abertura ou à exploração de redes fixas destinadas à prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de água potável, ou

b) À alimentação dessas redes com água potável.

[3] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO 2004, L 134, p. 1).

2. A presente diretiva é igualmente aplicável aos contratos ou concursos para trabalhos de conceção adjudicados ou organizados por entidades que exerçam uma das atividades referidas no n.º 1, os quais:

a) Estejam associados com projetos de engenharia hidráulica, irrigação ou drenagem, desde que o volume de água destinado ao abastecimento de água potável represente mais de 20 % do volume total de água fornecido por esses projetos ou por essas instalações de irrigação ou de drenagem; ou

b) Estejam associados com evacuação ou tratamento de águas residuais.

[…]».

7. O artigo 10.º («Princípios de adjudicação dos contratos») dispõe:

«As entidades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação e agem de forma transparente».

8. O artigo 38.º («Condições de execução do contrato») prevê:

«As entidades adjudicantes podem fixar condições especiais de execução do contrato desde que as mesmas sejam compatíveis com o direito comunitário e sejam indicadas no anúncio utilizado como meio de abertura de concurso ou no caderno de encargos. As condições de execução de um contrato podem visar considerações de índole social e ambiental».

B. Quadro jurídico nacional

1. (Antiga) Lei de 29 de janeiro de 2004, relativa aos Contratos Públicos[4]

9. Segundo o artigo 29.º, n.º 1, o caderno de encargos deve descrever o objeto do contrato de modo claro e exaustivo, mediante indicações suficientemente precisas e compreensíveis, tendo em conta todos os requisitos e circunstâncias suscetíveis de influenciar a formulação da proposta.

10. O artigo 36.º, n.º 1, ponto 16, estabelece que o caderno de encargos deve incluir, pelo menos, as disposições essenciais para as partes, as condições gerais do contrato ou o modelo de contrato, se a entidade adjudicante exigir que o empreiteiro celebre um contrato público com ela nessas condições.

2. Código Civil[5]

11. Segundo o artigo 353[1]:

«Ao celebrarem um contrato, as partes determinam livremente a sua relação jurídica, não podendo o conteúdo desta e o seu objetivo contrariar as características essenciais (natureza) da relação, a lei nem as regras de convivência social».

4 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. de 2007, n.º 223, posição 1655, conforme alterada).

5 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. de 1964, n.º 16, posição 93, conforme alterada).

12. O artigo 581.º, n.º 1, que figura no título relativo aos contratos de compra e venda, prevê:

«Quando, no exercício das suas obrigações, o garante tiver entregado ao beneficiário da garantia, em vez do bem defeituoso, um bem isento de defeitos, ou tiver procedido a reparações substanciais do bem coberto pela garantia, o prazo de garantia recomeça a correr a partir do momento em que o bem isento de defeitos é entregue ou no momento da restituição do bem reparado. Quando o garante tiver substituído uma parte do bem, esta disposição aplica-se *mutatis mutandis* à parte substituída».

II. Matéria de facto, litígios e questão prejudicial

13. A Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A.[6] (a seguir «entidade adjudicante») publicou um anúncio de concurso público para a adjudicação do contrato n.º 8/JRP/R/2008 «Modernização e Ampliação da Instalação de Depuração de Lamas de Czajka (tratamento térmico de lamas de depuração)».

14. Participou no processo um consórcio de empresas liderado pela Veolia Water Technologies sp. z o.o. (a seguir «Veolia»), com sede em Varsóvia[7], que foi o adjudicatário do contrato.

15. O contrato entre a Veolia e a entidade adjudicante foi celebrado em 1 de agosto de 2008.

16. O contrato abrangia a construção de uma estação de tratamento térmico de lamas de depuração, na qual deviam ser instalados dois recuperadores em duas linhas de incineração de resíduos independentes uma da outra.

17. O contrato incluía igualmente uma cláusula («carta de garantia») mediante a qual era fixado um período de garantia de 36 meses, que começaria a correr a partir da data de emissão do certificado de execução de obras.

18. Na subcláusula 6.1 do contrato, foi estipulado que «nas questões não reguladas pela presente carta de garantia, são aplicáveis as disposições pertinentes do direito polaco, em especial o Código Civil […]».

19. As obras objeto do contrato deviam ter estado concluídas até 30 de outubro de 2010. No entanto, o prazo foi prorrogado até 30 de novembro de 2012. Em 21 de março de 2013, foi emitido o certificado de execução da obra.

20. Em 26 de setembro de 2014 e em 3 de março de 2015, a entidade adjudicante comunicou à Veolia, respetivamente, que os recuperadores da linha 2 e da linha 1 estavam avariados.

21. Em cumprimento da carta de garantia, a Veolia substituiu os recuperadores defeituosos. Os novos recuperadores foram postos em funcionamento em 22 de fevereiro e 28 de abril de 2016.

[6] Trata-se da empresa responsável pelo abastecimento de água potável e pelo tratamento de águas residuais da cidade de Varsóvia (Polónia).

[7] Além da Veolia, faziam parte do consórcio a Krüger A/S, com sede em Soborg (Dinamarca), a OTV France, com sede em Saint Maurice (França), a Haarslev Industries GmbH, com sede em Bruchsal (Alemanha) e a Warbud S.A., com sede em Varsóvia. Em seguida, considerarei que a Veolia age em nome do consórcio.

22. Em 27 de novembro de 2018, a entidade adjudicante notificou à Veolia uma (nova) avaria dos dois recuperadores de substituição e pediu a sua reparação ou a sua substituição ao abrigo da garantia.

23. A Veolia recusou-se a satisfazer o pedido, argumentando que o prazo de garantia tinha expirado.

24. O diferendo entre as partes no contrato deu origem a dois processos no Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsóvia, Polónia), que este órgão jurisdicional apensou para apreciação conjunta:

– Por um lado, a entidade adjudicante reclama à Veolia o pagamento do montante de 5 661 772,39 euros, a título de sanções contratuais, juntamente com um pedido subsidiário, e do montante de 11 351 601,62 zlótis polacos (PLN), a título de indemnização pelo cumprimento defeituoso do contrato; e, a título subsidiário, pede o pagamento do montante de 2 533 839,65 euros.

– Por outro lado, a Veolia reclama à entidade adjudicante o pagamento do montante de 3 766 666,36 euros, correspondentes aos montantes cobrados por esta por meio das garantias bancárias prestadas.

25. Nestas condições, o tribunal que conhece destes litígios submete ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Devem os princípios da transparência, da igualdade de tratamento e da concorrência leal referidos no artigo 2.º da Diretiva 2004/18 […] ser interpretados no sentido de que se opõem a uma interpretação do direito nacional que permita determinar o conteúdo de um contrato público celebrado com um consórcio composto por entidades de diferentes Estados-Membros da União, tendo em conta a inclusão nesse contrato de uma obrigação que pode afetar indiretamente o preço constante da proposta apresentada por esse operador económico que não foi expressamente prevista no conteúdo do contrato nem no caderno de encargos, mas que decorre de uma disposição de direito nacional que não é diretamente aplicável a esse contrato, sendo aplicável por analogia?»

III. Tramitação processual no Tribunal de Justiça

26. O pedido de decisão prejudicial deu entrada no Tribunal de Justiça em 1 de fevereiro de 2024.

27. Apresentaram observações escritas a Veolia, a entidade adjudicante, o Governo Polaco e a Comissão Europeia.

28. Não foi considerada necessária a realização de audiência.

IV. Apreciação

A. Observações preliminares

1. Diretiva aplicável

29. Antes de mais, a Comissão aborda a questão de saber se, no presente processo, é aplicável a Diretiva 2004/18 ou, pelo contrário, a Diretiva 2004/17 [8].

30. A Diretiva 2004/17 regula especificamente os contratos ou concursos para trabalhos de conceção adjudicados ou organizados por entidades que se dedicam ao abastecimento de água potável através de redes fixas de distribuição, desde que esses contratos estejam relacionados, entre outras atividades, com a evacuação ou tratamento de águas residuais (artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2004/17).

31. Como assinala a Comissão [9], com a qual estou de acordo nesta apreciação, tudo parece indicar que é a Diretiva 2004/17 que deve ser tida em conta, uma vez que:

– A entidade adjudicante fornece água potável à população da aglomeração de Varsóvia e explora as redes fixas de abastecimento de água e de saneamento de Varsóvia.

– O objeto do contrato é a ampliação e modernização de uma estação depuradora, que abrange a evacuação ou tratamento de águas residuais, atividades às quais se refere expressamente o artigo 4.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2004/17.

32. Compete ao tribunal de reenvio, que dispõe de toda a informação relativa ao contrato e à atividade da entidade adjudicante, verificar os elementos de facto com base nos quais deverá decidir qual das duas diretivas é aplicável.

33. Na realidade, trata-se de uma questão que tem escassa relevância prática, uma vez que, na Diretiva 2004/18 (artigo 2.º) e na Diretiva 2004/17 (artigo 10.º), a regulação dos princípios da contratação é substancialmente a mesma.

34. Em qualquer caso, focar-me-ei na interpretação da Diretiva 2004/18, que é a diretiva a que o despacho de reenvio faz referência e na qual os intervenientes se concentraram ao longo do processo prejudicial.

2. Diretiva 2004/18 e execução do contrato

35. Mais difícil é determinar se o artigo 2.º da Diretiva 2004/18 é aplicável no caso de um incidente ocorrido na fase de execução do contrato, anos depois de este ter sido adjudicado e celebrado.

[8] Nos termos do artigo 12.º da Directiva 2004/18, esta diretiva não é aplicável aos contratos públicos nos domínios regidos pela Diretiva 2004/17.

[9] N.º 35 das suas observações escritas, com indicação da página Internet da entidade adjudicante (https://www.mpwik.com.pl/view/dane-spolki).

36. A dificuldade surge do facto de a Diretiva 2004/18 ter por finalidade a coordenação dos *processos de adjudicação* de determinados contratos públicos. Em concreto, o seu artigo 2.º enunciava três princípios que deviam ser respeitados na «adjudicação dos contratos».

37. A Diretiva 2004/18 regulava de forma desenvolvida a *adjudicação* e continha referências isoladas à *execução* dos contratos. Pelo contrário, posteriormente, a Diretiva 2014/24/UE [10] dedica um capítulo específico à *execução* dos contratos públicos [11].

38. No entanto, esta diferença de regimes deve ser relativizada: matérias que a Diretiva 2014/24 reúne no capítulo dedicado à execução dos contratos são tratadas na Diretiva 2004/18, com uma organização sistemática diferente, no título consagrado ao caderno de encargos e aos documentos do concurso.

39. É o que acontece, por exemplo, com as disposições relativas às condições de execução do contrato (artigo 70.º da Diretiva 2014/24 e artigo 26.º da Diretiva 2004/18) ou à subcontratação (artigo 71.º da Diretiva 2014/24 e artigo 25.º da Diretiva 2004/18).

40. No que diz respeito à modificação de contratos durante o seu período de vigência, embora não figure na Diretiva 2004/18 uma disposição de conteúdo equivalente ao do artigo 72.º da Diretiva 2014/24, o Tribunal de Justiça já interpretou o artigo 2.º da Diretiva 2004/18 no sentido de que, após a adjudicação de um contrato público, não lhe pode ser introduzida uma alteração substancial sem abertura de um novo procedimento de adjudicação [12].

41. Neste panorama normativo, a aplicação da Diretiva 2004/18 no presente processo poderia ter por base três pressupostos: a) o de, na realidade, haver uma alteração contratual quando se interpreta o conteúdo de uma cláusula do caderno de encargos deduzindo da mesma obrigações que não decorrem expressamente das estipulações acordadas [13], b) o de o caderno de encargos ou os documentos do concurso, por incluírem a carta de garantia nos termos em que o faziam, não serem compatíveis com os princípios consagrados no artigo 2.º da Diretiva 2004/18, já desde a fase da adjudicação, e c) o de a carta de garantia constituir, por si só, uma condição de execução do contrato.

42. Destes três pressupostos, afasto o de ter existido uma *alteração* contratual, aspeto em que estou de acordo com o Governo Polaco. A tese da alteração encontra um obstáculo no facto de a cláusula controvertida figurar no contrato desde o momento inicial. Além disso, foi efetiva e pacificamente aplicada, quando, na primeira vez em que isso lhe foi pedido, a Veolia procedeu à substituição dos recuperadores defeituosos.

43. Quando a Veolia negou que existisse uma obrigação de substituição dos «segundos» recuperadores ao abrigo da garantia, não o fez por ter sido introduzida uma alteração, mas porque, no seu entender, essa obrigação contratual se tinha extinguido, por ter expirado o prazo acordado.

[10] Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

[11] Capítulo IV do título II, artigos 70.º a 73.º, da Diretiva 2014/24.

[12] Acórdão de 7 de setembro de 2016, Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634, dispositivo). A alteração tinha sido introduzida durante a fase de execução do contrato.

[13] N.º 29 das observações escritas do Governo Polaco.

44. Considerando a carta de garantia da perspetiva da *adjudicação do contrato*, não encontro motivos para negar, em princípio, a sua validade nem, muito menos, a do contrato na totalidade. Razões de segurança jurídica e a própria sistemática da Diretiva Vias de Recurso [14] impedem uma reabertura do debate sobre a legalidade de uma decisão de adjudicação aceite e não impugnada no momento próprio [15].

45. De facto, resulta do despacho de reenvio que o empreiteiro não pede a declaração da invalidade da adjudicação pelo facto de o contrato conter uma cláusula de garantia que, caso tivesse o alcance temporal que agora a entidade adjudicante lhe confere, o teria levado a não apresentar a sua proposta (ou a propor um preço superior). O que pretende, simplesmente, é que essa cláusula seja interpretada no sentido de que não implica a obrigação de substituir, pela segunda vez, os recuperadores defeituosos.

46. Na medida em que a interpretação prevista pela entidade adjudicante para produzir efeitos na fase de execução do contrato implicasse uma desvirtuação das cláusulas contratuais acordadas (na aceção a que o Tribunal de Justiça fazia referência no Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta) [16], a discussão estender-se-ia, de modo indireto, aos próprios termos da adjudicação.

47. A carta de garantia deveria ser, finalmente, considerada uma condição especial de *execução do contrato*, sujeita ao artigo 26.º da Diretiva 2004/18. Segundo este artigo, as entidades adjudicantes podem exigi-la, desde que seja compatível com o direito da União e seja indicada no anúncio de concurso ou no caderno de encargos [17].

48. Na medida em que a carta de garantia afeta o cumprimento das obrigações contratuais, uma vez celebrado o contrato, não há nenhum obstáculo intransponível à sua qualificação, em última análise, como condição de execução do contrato. Tendo sido verificado que estava prevista no anúncio de concurso ou no caderno de encargos [18], haveria que decidir se é conforme com o direito da União, em especial, com os princípios da não discriminação, da igualdade de tratamento e da transparência.

49. O Tribunal de Justiça permite relacionar os princípios da adjudicação de contratos públicos com a fase de execução dos contratos [19]: «as autoridades adjudicantes devem, *durante todo o procedimento*, cumprir os princípios da adjudicação dos contratos enunciados no artigo 18.º da Diretiva 2014/24, entre os quais figuram, nomeadamente, os princípios da igualdade de tratamento, da transparência e da proporcionalidade» [20].

[14] Diretiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimentos (JO 1989, L 395, p. 33).

[15] Remeto para as Conclusões que apresentei em 17 de outubro de 2024 no processo Fastned Deutschland (C-452/23, EU:C:2024:894).

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

[17] Nas minhas Conclusões de 28 de janeiro de 2021 no processo Riigi Tugiteenuste Keskus (C-6/20, EU:C:2021:79, n.º 79), afirmei que «[a] jurisprudência teve em conta estas condições particulares quando impostas por "considerações de índole social", focando-se em algumas das abrangidas pelo enunciado aberto do artigo 26.º, *in fine*, da Diretiva 2004/18. Nada impede que se estendam a outros domínios, uma vez que a referência às "considerações de índole social e ambiental" é feita a título meramente exemplificativo ("designadamente")».

[18] Da leitura do despacho de reenvio pode inferir-se que a cláusula controvertida figurava no anúncio de concurso e que só é posta em causa a aplicabilidade do artigo 581.º, n.º 1, do Código Civil, visto que, segundo a Veolia, nem o contrato nem o anúncio de concurso «indica[vam] […] que esta disposição se aplicaria à garantia concedida pelos empreiteiros».

[19] A ligação entre o artigo 18.º, n.º 1, e o artigo 70.º da Diretiva 2014/24 pode ser reconhecida nos Acórdãos de 8 de julho de 2021, Sanresa (C-295/20, EU:C:2021:556, n.º 63 e n.º 2 do dispositivo), e de 7 de setembro de 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras (C-927/19, EU:C:2021:700, n.º 90).

[20] Acórdão de 26 de setembro de 2019, Vitali (C-63/18, EU:C:2019:787, n.º 39). O sublinhado é meu. Tratava-se de um processo relacionado com a subcontratação, que, como já assinalei e tal como as condições de execução, a Diretiva 2014/24 regula no capítulo dedicado à execução dos contratos.

50. Sendo a referência à igualdade de tratamento, à não discriminação e à transparência repetida em sucessivos considerandos da Diretiva 2014/24, é lógico interpretar o seu artigo 18.º, n.º 1, que enuncia esses princípios que regem a contratação pública, no sentido de que estes não se circunscrevem à fase da adjudicação dos contratos.

51. É verdade que essa jurisprudência foi proferida em relação às diretivas em matéria de contratos públicos de 2014, inaplicáveis *ratione temporis* no presente caso. Porém, não vislumbro dificuldades intransponíveis para a estender, ressalvadas as devidas diferenças, aos contratos regulados pela Diretiva 2004/18, cujos princípios da adjudicação de contratos públicos (artigo 2.º) devem ser respeitados em todas as fases da vida do contrato.

52. Se assim não fosse, produzir-se-ia um efeito indesejável, ao qual o Tribunal de Justiça se referiu no Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta: «se a entidade adjudicante estivesse autorizada a modificar à sua vontade, *quando da fase de execução do contrato*, as próprias condições do concurso, na falta de habilitação expressa neste sentido constante das disposições pertinentes aplicáveis, os termos que regem a adjudicação do contrato, conforme estipulado inicialmente, seriam desvirtuados» [21].

53. Por conseguinte, no presente processo, não vejo nenhum obstáculo a que o Tribunal de Justiça forneça ao órgão jurisdicional de reenvio a interpretação do artigo 2.º da Diretiva 2004/18.

B. Resposta à questão prejudicial

54. Antes de mais, parece-me conveniente reproduzir os termos do debate que é mantido entre as partes acerca da cláusula de garantia acordada e da delimitação do seu prazo de vigência:

– De acordo com o contrato, foi estipulado um período de garantia cujo início foi fixado na data de emissão do certificado de execução de obras e que expirava 36 meses depois (ou seja, o mais tardar, em 30 de abril de 2015). A garantia estava, pois, em vigor quando a entidade adjudicante notificou à Veolia as «primeiras avarias», o que esta aceitou sem reservas.

– Pelo contrário, quando a entidade adjudicante deu conhecimento à Veolia das «segundas avarias» (27 de novembro de 2018), esse prazo de 36 meses já tinha expirado. Discute-se se, apesar desse facto, o prazo tinha começado a correr de novo a partir da entrega pela Veolia dos recuperadores de substituição, para reparação das primeiras avarias (respetivamente, em 22 de fevereiro de 2016, no que respeita ao recuperador da linha 2, e em 28 de abril de 2016, no que respeita ao recuperador da linha 1).

– Segundo a entidade adjudicante, a renovação do prazo por outro período de 36 meses decorre da aplicação das disposições gerais do direito polaco, às quais a carta de garantia fazia alusão. De acordo com a sua subcláusula 6.1, no que dizia respeito às questões não reguladas por essa carta de garantia, seriam aplicáveis as disposições pertinentes do direito polaco, entre as quais, o Código Civil. Nos termos do artigo 581.º, n.º 1, deste código, relativo ao contrato de compra e venda, o prazo de garantia recomeça a correr a partir do momento em que o bem isento de defeitos é entregue ou no momento da restituição do bem reparado.

[21] Acórdão de 29 de abril de 2004 (C 496/99 P, EU:C:2004:236, n.º 120). O sublinhado é meu.

– Pelo contrário, a Veolia sustenta que o contrato, ao regular a carta de garantia, especificava de forma completa e exata as disposições relativas à garantia. Da sua redação infere-se que não era intenção das partes que celebraram o contrato renovar a garantia para além do acordado.

– A Veolia acrescenta que o artigo 581.º, n.º 1, do Código Civil, disposição relativa ao contrato de compra e venda, não é aplicável. Nem as partes no contrato nem a entidade adjudicante indicaram, no anúncio de concurso, que esta disposição abrangesse a garantia concedida. A sua aplicação por analogia seria contrária aos princípios da transparência, da igualdade de tratamento e da concorrência leal consagrados na Diretiva 2004/18, uma vez que implica uma remissão para condições que não resultam claramente dos documentos do concurso ou das disposições do direito nacional aplicáveis, mas unicamente da interpretação das últimas.

55. O tribunal *a quo* refere, como fundamentos do reenvio prejudicial, alguns fundamentos que dizem respeito ao direito nacional (n.ºs 34 a 42 do despacho de reenvio) e outros relativos ao direito da União (n.ºs 44 a 53 do mesmo despacho).

56. Penso que essa organização sistemática que foi adotada na exposição pode ajudar a compreender melhor a questão prejudicial. Antes de abordar a questão de saber se uma cláusula contratual ou a sua interpretação respeitam a Diretiva 2004/18, há que clarificar qual é a *leitura* que dela faz o órgão jurisdicional de reenvio.

57. Em princípio, compete ao órgão jurisdicional de reenvio, e não ao Tribunal de Justiça, interpretar as cláusulas dos contratos relativamente às quais surgem diferendos entre as partes, à luz da sua redação, da intenção dos contraentes e das normas do direito interno que regem esses contratos.

58. Partindo desta premissa, o órgão jurisdicional de reenvio deverá esclarecer, no que respeita ao direito interno, se a carta de garantia: a) continha uma regulação exaustiva do prazo durante o qual produziria efeitos, ou seja, 36 meses depois da data de emissão do certificado de execução de obras, sem que fosse imposta a sua renovação, ou se, b) por força da subcláusula 6.1, implicava que esse prazo fosse renovado quando fossem supletivamente aplicadas as normas do direito polaco, em especial, as do Código Civil.

59. Caso o órgão jurisdicional de reenvio viesse a acolher a primeira destas soluções, o litígio ficaria decidido e é provável que não tivesse exigido a intervenção a título prejudicial do Tribunal de Justiça.

60. No entanto, tudo parece indicar que o órgão jurisdicional de reenvio não afasta a possibilidade de, no litígio no processo principal, serem aplicáveis as disposições do Código Civil (ou seja, a segunda das opções que assinalei anteriormente).

61. De facto, no despacho de reenvio afirma que «é por analogia, no que respeita às cláusulas contratuais não regulamentadas, à garantia prestada para o objeto de um contrato de empreitada de obras que devem ser aplicadas as disposições do [Código Civil] relativas à garantia aquando da venda» [22]. No seu entender, «o direito polaco em matéria de contratos públicos […] não exclui a aplicação por analogia das disposições do direito nacional que não estão expressamente referidas nas cláusulas contratuais, nos documentos relativos ao concurso e nas disposições jurídicas que regem o tipo de contrato a que diz respeito o concurso» [23].

[22] Despacho de reenvio, n.º 39.

[23] Despacho de reenvio, n.º 41.

62. As reflexões que, em seguida, passarei a expor adotarão como premissa a interpretação que o órgão jurisdicional de reenvio faz do contrato controvertido. Deter-me-ei na aplicação do princípio da transparência, estreitamente ligado ao princípio da igualdade de tratamento.

63. Nas palavras do Tribunal de Justiça, «o dever de transparência, que é um corolário do princípio da igualdade, tem essencialmente o objetivo de assegurar que qualquer operador interessado possa decidir apresentar propostas em concursos, com base em todas as informações pertinentes, e de garantir a inexistência do risco de favoritismo e de arbitrariedade da entidade adjudicante» [24].

64. O dever de transparência tem duas vertentes:

– Em primeiro lugar, «implica um grau de publicidade adequado que permita, por um lado, uma abertura à concorrência e, por outro, o controlo da imparcialidade do procedimento de adjudicação» [25].

– Em segundo lugar, «[e]sse dever implica que todas as condições e modalidades do procedimento de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca, de modo […] a permitir que todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreendam o seu alcance exato e as interpretem da mesma forma […]» [26].

65. Esta última é a abordagem pertinente no âmbito do presente processo. Como já indiquei, o cerne do diferendo reside em decidir se, tendo em conta os termos em que o contrato foi redigido, a Veolia estava em condições de saber a que é que verdadeiramente se obrigava através da sua assinatura.

66. O órgão jurisdicional de reenvio concentra-se, em especial, na eventual aplicação do Acórdão Pizzo [27] no caso em exame, ainda que reconheça que esse processo tinha por objeto a exclusão de um proponente do processo de adjudicação e que o presente processo diz respeito a um incidente ocorrido na fase de execução do contrato.

67. No despacho de reenvio, depois de transcrever o n.º 51 do Acórdão Pizzo [28], o órgão jurisdicional de reenvio:

– Propunha «um alcance mais amplo» da jurisprudência do Acórdão Pizzo. Assim, «não é admissível que [se] deduza unicamente da interpretação do direito nacional obrigações que não decorrem expressamente do direito nacional aplicável e da documentação relativa ao concurso» [29].

– Duvida de que os proponentes razoavelmente informados e diligentes estejam em condições de calcular o preço que apresentam nas suas propostas, se o alcance das suas obrigações, no que

[24] Acórdão de 22 de junho de 2017, Unibet International (C-49/16, EU:C:2017:491, n.º 46).

[25] Acórdão de 4 de abril de 2019, Allianz Vorsorgekasse (C-699/17, EU:C:2019:290, n.º 61).

[26] *Ibidem*, n.º 62.

[27] Acórdão de 2 de junho de 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404); a seguir «Acórdão Pizzo».

[28] «[O] princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência devem ser interpretados no sentido de que se opõem à exclusão de um operador económico do processo de adjudicação de um concurso público na sequência do incumprimento, por parte desse operador, de uma obrigação que não resulta expressamente dos documentos referentes a esse processo ou da lei nacional em vigor, mas da interpretação dessa lei e desses documentos e do mecanismo da colmatação das lacunas existentes em tais documentos, por parte das autoridades ou tribunais administrativos».

[29] Despacho de reenvio, n.º 53.

respeita à garantia, for fixado aplicando por analogia cláusulas (concebidas para outro tipo de contratos) cuja interpretação resulta de uma prática das autoridades nacionais que, para mais, não é uniforme [30].

68. No processo Pizzo, era discutida a exclusão de um proponente, por não preencher um dos requisitos de admissibilidade ao concurso. O requisito que determinou a exclusão não constava expressamente do anúncio de concurso nem do caderno de encargos, mas, pelo contrário, podia ser deduzido de normas nacionais de alcance geral.

69. O Tribunal de Justiça negou que, no processo Pizzo, o princípio da igualdade de tratamento e a obrigação de transparência tivessem sido respeitados. No seu entender, dito de modo muito sucinto, não era admissível uma interpretação dos termos do caderno de encargos que os participantes no processo de adjudicação (especialmente se se tratasse de operadores estrangeiros) não pudessem razoavelmente prever.

70. É certo que, no Acórdão Pizzo, o princípio da igualdade de tratamento e o dever de transparência foram interpretados no quadro de um processo de adjudicação. Porém, se, como defendi [31], se aceitar que o artigo 2.º da Diretiva 2004/18 também pode ser invocado, *mutatis mutandis*, em circunstâncias como as do presente processo, não haveria inconveniente em estender ao mesmo o que Tribunal de Justiça declarou naquele acórdão.

71. Assente esta premissa, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar até que ponto era ou não razoavelmente previsível para um operador diligente uma interpretação da carta de garantia (incluindo a subcláusula 6.1) que permitisse à entidade adjudicante exigir a renovação do prazo acordado.

72. Para chegar a essa interpretação podem ser utilizadas duas abordagens, consoante se tenha em conta apenas, estrita e literalmente, os termos da carta de garantia, mais do que as condições subjetivas do operador e o contexto contratual e normativo, ou, pelo contrário, se preste maior atenção a estes últimos elementos.

73. Seja qual for a abordagem adotada, na minha opinião, o aspeto determinante é a previsibilidade (razoável) da solução que venha a ser acolhida. Previsibilidade que, por sua vez, está relacionada com o conhecimento do direito nacional e com o grau de segurança jurídica que este deve garantir aos operadores económicos no âmbito da contratação pública.

74. Para este efeito, como o órgão jurisdicional de reenvio corretamente sublinha, a duração do prazo de garantia é um fator relevante para que os operadores económicos possam fixar de forma adequada os preços das suas propostas. Esses prazos deverão resultar claramente dos cadernos de encargos e dos restantes documentos do concurso.

75. Além disso, poderá produzir-se uma distorção da concorrência em prejuízo dos operadores económicos de outros Estados-Membros, no caso de estes, confiados na redação da cláusula de garantia, acabarem por vir a ser confrontados com uma interpretação do seu conteúdo que não podiam razoavelmente prever.

[30] Despacho de reenvio, n.º 53, *in fine*.

[31] N.ºs 35 a 53 das presentes conclusões.

76. As condições contratuais devem permitir, por si só, a todos os interessados a compreensão do seu conteúdo e alcance. Só assim são garantidas a transparência e a segurança jurídica indispensáveis.

77. Nas minhas Conclusões no processo Pizzo, afirmei que «não seria lógico que as entidades adjudicantes também estivessem obrigadas a especificar os requisitos cujo cumprimento é imposto por disposições legais de alcance geral que um proponente "razoavelmente informado e normalmente diligente" não pode ignorar» [32].

78. Reitero agora essa afirmação, mas não se pode inferir da mesma o meu assentimento a admitir obrigações contratuais cuja previsibilidade não resulte, razoavelmente, da leitura do próprio contrato, ainda que complementada pelas disposições normativas de caráter geral que sejam indiscutivelmente aplicáveis.

79. Por conseguinte, o órgão jurisdicional de reenvio deverá verificar se, no presente processo, era admissível uma interpretação da carta de garantia que, indo além do seu teor literal, abria a possibilidade de aplicação supletiva de normas do Código Civil polaco relativas à renovação dos prazos de garantia no âmbito dos contratos de compra e venda.

80. A fim de ajudar nessa apreciação, o Tribunal de Justiça pode fornecer ao órgão jurisdicional de reenvio as seguintes indicações:

– Se as partes no contrato fixarem, de forma expressa, um período de garantia específico, definindo a duração e as datas de início e de termo do mesmo, sem preverem a sua renovação, este regime, por si só, poderá ser considerado completo e fechado. Não haverá, pois, necessidade de recorrer a normas gerais do direito interno, uma vez que a vontade contratual, sobre cuja licitude não haverá dúvidas, terá sido manifestada de forma expressa e clara.

– O conteúdo da subcláusula 6.1 só abrange as «questões não reguladas pela presente carta de garantia». Como o que diz respeito ao prazo de garantia era uma *questão regulada* por essa carta, o disposto na subcláusula 6.1 não será aplicável.

– Caso se admita a aplicação das normas do Código Civil (que será uma aplicação supletiva, mais do que uma aplicação por analogia), a interpretação das normas constantes do seu artigo 581.º, n.º 1, deverá impor-se com uma evidência tal que não suscite dúvidas a um operador diligente e razoavelmente informado [33].

– Do despacho de reenvio não parece resultar que uma interpretação do artigo 581.º, n.º 1, do Código Civil que estenda as regras do contrato de compra e venta aos contratos de empreitada

[32] Conclusões de 21 de janeiro de 2016 (C-27/15, EU:C:2016:48, n.º 52). Devo recordar que, no processo Pizzo, os documentos do concurso não incluíam nenhuma referência ao requisito que determinou a exclusão dos proponentes (a falta de pagamento de uma contribuição prevista na lei). No presente caso, a carta de garantia prestada pela Veolia é regulada no contrato e, no que respeita às questões não reguladas, faz expressa remissão para as «disposições pertinentes do direito polaco, em especial o Código Civil».

[33] O Governo Polaco admite a possibilidade de uma interpretação do contrato da qual resulte uma obrigação que não esteja expressamente prevista no mesmo, mas que decorra das disposições nacionais para as quais este remete, na medida em que um empreiteiro razoavelmente informado e normalmente diligente não pudesse ignorar essas disposições (n.º 47 das suas observações escritas).

de obras seja partilhada, de forma unânime, pela doutrina ou pela generalidade dos tribunais nacionais [34]. Pelo contrário, existem dúvidas sobre a viabilidade jurídica dessa interpretação.

– Na falta de uma remissão expressa para a garantia devida no âmbito dos contratos de compra e venta (normalmente, inspirada no objetivo de proteger os consumidores), a lógica inerente à garantia prestada no âmbito dos contratos de empreitada de obras que são celebrados entre profissionais é diferente, do ponto de vista económico [35].

– Para determinar se, apesar de tudo, o consórcio do qual a Veolia fazia parte estava em condições de, razoavelmente, conhecer, desde o início, a interpretação da carta de garantia que a entidade adjudicante sustentou posteriormente, poder-se-ia recorrer a elementos como a implantação na Polónia da empresa-líder e de outro membro do consórcio, ou a sua experiência no domínio da empreitada de obras ao qual pertence o objeto do contrato.

– Nessa mesma linha, poderia ser relevante o facto de a interpretação que a entidade adjudicante faz do conteúdo da carta de garantia ser suficientemente conhecida no setor, de modo que a Veolia ou outros membros do consórcio pudessem aceder facilmente à mesma, mediante assessoramento, se fosse caso disso, acerca da extensão temporal da garantia à luz das normas do Código Civil polaco.

81. Em suma, entendo que os princípios consagrados no artigo 2.º da Diretiva 2004/18 não se opõem, como regra geral, à inclusão num contrato público de empreitada de obras de uma cláusula que, a fim de fixar o alcance temporal da obrigação de garantia do empreiteiro e no que diz respeito às questões não reguladas por essa cláusula, remete para as normas do Código Civil nacional. No entanto, esses princípios não são compatíveis com uma interpretação dessa cláusula, que, estendendo o prazo de garantia para além do que foi acordado entre as partes, seja imprevisível para um empreiteiro razoavelmente informado e normalmente diligente, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio determinar.

V. Conclusão

82. À luz do exposto, proponho que o Tribunal de Justiça responda ao Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsóvia, Polónia) nos seguintes termos:

«O artigo 2.º da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços,

[34] N.º 39 do despacho de reenvio: «[…] [a] aplicação das disposições relativas à garantia de um contrato de compra e venda a um contrato de empreitada de obras por analogia suscita controvérsias tanto na jurisprudência dos órgãos jurisdicionais nacionais como na doutrina». O n.º 36 do mesmo despacho indica que «em 25 de dezembro de 2014 entrou em vigor uma alteração ao artigo 638.º do [Código Civil], que regula o contrato de empreitada de obras, introduzindo o § 2, nos termos do qual, se o adquirente tiver recebido uma garantia sobre a obra concluída, as disposições relativas à garantia de venda aplicam-se *mutatis mutantis*, mas esta regulamentação não se aplica ao processo controvertido».

[35] A Veolia, na nota 3 das suas observações escritas, faz referência a esta questão, salientando que a reparação ou substituição dos elementos de uma instalação tem custos e um risco muito diferentes dos inerentes à venda ao público de bens de consumo (cuja produção se caracteriza por um custo marginal mínimo). Consequentemente, as garantias que são prestadas no âmbito de cada um desses contratos não podem ser equiparadas.

deve ser interpretado no sentido de que:

não se opõe à inclusão num contrato público de empreitada de obras de uma cláusula que, a fim de fixar o alcance temporal da obrigação de garantia do empreiteiro e no que diz respeito às questões não reguladas por essa cláusula, remete para as normas do Código Civil nacional.

No entanto, os princípios da igualdade de tratamento e da transparência, consagrados no artigo 2.º da Diretiva 2004/18, não são compatíveis com uma interpretação dessa cláusula, que, estendendo o prazo de garantia para além do que foi acordado entre as partes, seja imprevisível para um empreiteiro razoavelmente informado e normalmente diligente, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio determinar».