

**Processo C-459/23****Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

21 de julho de 2023

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal, Polónia)

**Data da decisão de reenvio:**

21 de abril de 2023

**Recorrente:**

E. S.A.

**Recorridos:**

W. sp. z o.o.

Bank S.A.

**Objeto do processo principal**

Processo instaurado pela E. Spółka Akcyjna, em G., contra a W. sp. z o.o., com sede em P., e a Bank Spółka Akcyjna com vista a que seja declarada a inexistência da relação contratual que resultou da celebração, em 24 de fevereiro de 2011, entre a E. Spółka Akcyjna, com sede em G. e a W. sp. z o.o., com sede em P., de um «acordo de aquisição de certificados» (CPA - *certificate purchase agreement*).

**Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial**

1) Norma da União sobre a designação de juízes nacionais sem o seu acordo para exercer numa unidade organizacional de um órgão jurisdicional nacional diferente daquela em que normalmente exercem as suas funções. 2) Interpretação de determinadas disposições da Diretiva 2004/17/CE 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 e do artigo 2.º-D, n.º 1, alínea a), da Diretiva 92/13/CEE do

Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações. 3) Interpretação do princípio geral da proibição do abuso de direito. Fundamento jurídico: artigo 267.º TFUE.

### Questões prejudiciais

1. Deve o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, à luz da interpretação feita pelo Tribunal de Justiça no seu Acórdão no processo C-487/19, W.Ż., ser interpretado no sentido de que a designação de um juiz do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) para exercer, temporariamente, noutra secção do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal), sem o seu acordo, viola os princípios da inamovibilidade e da independência dos juízes, por analogia com a transferência de um juiz de um tribunal comum entre duas divisões de um mesmo tribunal, quando:

- o juiz é designado para decidir em processos cuja matéria não coincide com a competência material da secção para a qual o juiz do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) foi nomeado;
- não é assegurada ao juiz uma via de recurso jurisdicional da decisão dessa designação que cumpra os requisitos enunciados no n.º 118 do Acórdão no processo C-487/18, W.Ż.;
- o despacho do primeiro presidente do Sąd Najwyższy relativo à designação para exercer noutra secção e o despacho do presidente que dirige os trabalhos na Izba Cywilna do Sąd Najwyższy relativo à atribuição de processos específicos foram adotados por pessoas nomeadas para o cargo de juiz do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) nas mesmas condições que no processo C-487/18, W.Ż., e, à luz da jurisprudência existente, os processos judiciais que envolvem essas pessoas são nulos ou violam o direito da parte a um processo equitativo nos termos do artigo 6.º da CEDH;
- a designação de um juiz, sem o seu acordo, para exercer por um período determinado noutra secção do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal), diferente daquela em que exerce funções habitualmente, mantendo se as suas obrigações na secção de origem, não tem fundamento no direito nacional;
- a designação de um juiz para exercer, sem o seu acordo, por um período determinado numa secção do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal), diferente daquela em que exerce funções [,] conduz a uma violação do artigo 6.º, alínea b), da Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho (JO L 299)?

2. Independentemente da resposta à primeira questão, deve o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE ser interpretado no sentido de que não é um órgão jurisdicional «estabelecido por lei» um órgão jurisdicional numa formação constituída na sequência da adoção do despacho do primeiro presidente do Sąd Najwyższy de designação para outra secção do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) e do despacho do presidente que dirige os trabalhos na Izba Cywilna do Sąd Najwyższy relativo à atribuição de processos específicos, por pessoas nomeadas para o cargo de juiz no Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) nas mesmas circunstâncias que no processo C 487/18, W.Ż., quando resulta da jurisprudência existente que os processos judiciais que envolvem pessoas assim nomeadas são nulos ou violam o direito da parte a um processo equitativo nos termos do artigo 6.º da CEDH?

3. Em caso de resposta afirmativa à primeira questão ou de resposta à segunda questão no sentido de que um órgão jurisdicional assim composto não é um órgão jurisdicional «estabelecido por lei» devem o artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, bem como o princípio do primado do direito da União ser interpretados no sentido de que os juízes nomeados para uma formação de um órgão jurisdicional estabelecido da forma descrita na primeira e segunda questões podem recusar intervir num processo que lhes é atribuído, incluindo declarar inexistente o despacho de designação para exercer noutra secção do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) e de atribuição de processos específicos, ou devem proferir uma decisão deixando ao critério das partes a incumbência de decidir da sua eventual impugnação por motivo de violação do direito da parte a que o processo seja apreciado por um órgão jurisdicional que cumpre as exigências do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE e do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais?

4. Em caso de resposta às questões *supra* no sentido de que o órgão jurisdicional de reenvio é um órgão jurisdicional estabelecido por lei na aceção do artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, deve o artigo 3.º, n.º 3, alínea b), em conjugação com o artigo 20.º e com o artigo 1.º, n.º 2, alínea c), da Diretiva 2004/17/CE 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, conforme alterado) ser interpretado no sentido de que uma empresa pública como a prevista no artigo 2.º, n.º 1, alínea b), desta diretiva, que exerce atividades de comércio grossista e retalhista de eletricidade, é obrigada a adquirir, através de contratos públicos, os certificados verdes referidos no artigo 2.º, alíneas k) a l), da Diretiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Diretivas 2001/77/CE e 2003/30/CE (JO 140, p. 16, conforme alterada)?

5. Em caso de resposta afirmativa à questão n.º 4, deve o artigo 14.º, em conjugação com o artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2004/17 ser interpretado no sentido

de que, segundo o procedimento previsto para os contratos públicos, deve ser celebrado um acordo-quadro entre essa empresa e o produtor de energia a partir de fontes renováveis, quando o valor total estimado (embora não especificado no contrato) dos certificados verdes adquiridos em execução desse contrato excede o limiar fixado no artigo 16.º, alínea a), dessa diretiva e o valor das operações individuais concluídas em execução desse contrato não excede esse limiar?

6. Em caso de resposta afirmativa às questões, 4 e 5, constitui a celebração de um contrato ignorando totalmente as disposições relativas aos contratos públicos um caso previsto no artigo 2.º-D, n.º 1, alínea a), da Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 76, p. 14, conforme alterada), ou trata-se de um outro caso de violação do direito da União em matéria de contratos públicos que permite declarar a nulidade de um contrato à margem dos procedimentos previstos pelo direito nacional que transpõe a referida diretiva?

7. Em caso de resposta afirmativa às questões 4 a 6, deve o princípio geral da proibição do abuso de direito ser interpretado no sentido de que uma empresa adjudicante na aceção do artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2004/17 não pode pedir a anulação de um contrato que celebrou com um fornecedor em violação das disposições nacionais que transpõem as diretivas da União em matéria de contratos públicos, quando o verdadeiro motivo para pedir a anulação do contrato não é a observância do direito da União, mas a diminuição da rentabilidade da sua execução pela entidade adjudicante?

### **Disposições de direito da União invocadas**

Artigo 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, [TUE];

Artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia;

Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de novembro de 2003, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho;

Diretiva 2004/17/CE 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;

Diretiva 92/13/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à aplicação das regras comunitárias em matéria de procedimentos de celebração de contratos de direito público pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações.

### **Disposições de direito nacional invocadas**

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Lei de 8 de dezembro de 2017, relativa ao Supremo Tribunal): artigo 1.º, artigo 3.º, artigo 30.º, artigo 31.º e artigo 35.º;

Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Lei de 27 de julho de 2001, relativa à organização dos tribunais comuns: artigo 22a.º;

Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Lei de 26 de junho de 1974, relativa ao Código do Trabalho): artigo 140.º;

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Lei de 29 de janeiro de 2004, relativa aos Contratos Públicos): artigo 132.º, artigo 138a.º e artigo 146.º

### **Apresentação sucinta dos factos e do processo principal**

- 1 A recorrente dedica-se à comercialização de eletricidade. O seu único acionista é a E. Spółka Akcyjna. Nesta sociedade, o Skarb Państwa (Tesouro Público) detém mais de 50 % das ações. A recorrida n.º 1 desenvolve atividades no setor da produção, transporte e distribuição de eletricidade. A recorrida n.º 2 é um banco.
- 2 Em 24 de fevereiro de 2011, a recorrente (E. Spółka Akcyjna) celebrou com W. sp. z o.o. (recorrida n.º 1) o «acordo de aquisição de certificados n.º [...]» (CPA – *certificate purchase agreement*). Com base neste acordo, a recorrida n.º 1 comprometeu-se, junto da recorrente, a transferir a propriedade de todos os direitos de propriedade decorrentes de certificados de origem obtidos no âmbito da produção de energia a partir de fontes de energia renováveis (a seguir «FER») e a recorrente comprometeu-se a adquirir todos os seus direitos de propriedade ao abrigo dos referidos certificados através de operações OTC no mercado dos direitos de propriedade da Towarowa Giełda Energii (Bolsa de Energia polaca). O acordo CPA fixa a remuneração dos direitos de propriedade adquiridos ao nível de 0,91 x OzJ (a taxa de substituição unitária em vigor durante o período em que a energia a partir de FER foi produzida).
- 3 A recorrida n.º 1 celebrou um contrato de cessão de créditos com a recorrida n.º 2, a fim de garantir o crédito concedido pela recorrida n.º 2 ao abrigo dos contratos de crédito concedidos à recorrida n.º 1.
- 4 Numa primeira fase, a recorrente adquiriu à recorrida n.º 1 certificados de origem em conformidade com o acordo CPA. Em seguida, procedeu a uma tentativa infrutífera de renegociar as condições de preço. O acordo CPA foi executado pelas partes entre 22 de fevereiro de 2012 e 31 de julho de 2017. Em setembro de 2017, o conselho de administração da recorrente decidiu rescindir a execução de cerca de 150 contratos de venda de direitos de propriedade decorrentes de certificados

de origem análogos ao acordo CPA em causa no processo em apreço. Desde essa altura que as ordens de venda de certificados de origem emitidas pela recorrida n.º 1 deixaram de ser aceites pela recorrente.

- 5 A recorrente intentou no Sąd Okręgowy w Gdańsku (Tribunal Regional de Gdańsk) uma ação de declaração da inexistência da relação contratual decorrente da celebração do acordo CPA em causa.
- 6 Na sua opinião, o acordo CPA padece de nulidade absoluta por força das disposições do artigo 353<sup>1.º</sup> em conjugação com o artigo 58.º, § 1, do kodeks cywilny (Código Civil), em conjugação com o artigo 7.º, n.º 3, e o artigo 132.º, n.º 1, ponto 3, da ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [Lei de 29 de janeiro de 2004, relativa aos Contratos Públicos] (texto consolidado no dia da celebração do acordo CPA: Dz.U. de 2010, N.º 113, posição 759, conforme alterada, a seguir «PZP»).
- 7 Por decisão de 6 de dezembro de 2018, o Sąd Okręgowy w Gdańsku (Tribunal Regional de Gdańsk) julgou a ação improcedente.
- 8 Por decisão de 13 de agosto de 2019, o Sąd Apelacyjny w Gdańsku (Tribunal de Recurso de Gdańsk) negou provimento ao recurso de apelação interposto pela recorrente da decisão do Sąd Okręgowy (Tribunal Regional).
- 9 A recorrente interpôs recurso de cassação da decisão do Sąd Apelacyjny (Tribunal de Recurso).
- 10 Nele fez várias alegações relativas à violação das disposições nacionais de direito processual e material. As alegações relativas à violação do direito material são principalmente relativas a uma interpretação errada de diferentes disposições da PZP, contrária, nomeadamente, à correta interpretação das disposições de diretivas da União (Diretivas 2004/17, 2009/28, 92/13 e 2014/25). Daí que uma decisão quanto à legitimidade das alegações do recurso de cassação careça de interpretação prévia das disposições do direito da União que foram transpostas para o direito polaco pelas disposições nacionais invocadas nos fundamentos do recurso de cassação.
- 11 Por Despacho de 26 de maio de 2020, o Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) admitiu o recurso de cassação. Por Despacho de 2 de junho de 2022, do presidente da IC.SN, foi junto aos processos do juiz Karol Weitz com a referência II CSKP 1588/22. Pelo Despacho n.º 23/2023, de 15 de fevereiro de 2023, do primeiro presidente do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) (a seguir «PPSN»), relativo ao processo de designação de um juiz do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal), o juiz Dawid Miąsik foi designado para decidir na Izba Cywilna (Secção Cível) por um período determinado compreendido entre 1 de abril e 30 de junho de 2023, estabelecendo simultaneamente as regras de atribuição dos processos para cada mês do período de designação. Seguidamente, por Despacho do presidente da ICSN de 2 de março de 2023, o processo II CSKP 588/22 foi junto aos processos do do juiz do Supremo Tribunal Dawid Miąsik, e o

fundamento para a alteração do juiz-relator foi o referido no Despacho n.º 25/2023, com uma data prevista para a audiência em abril de 2023. Por Despacho de 22 de março de 2023, a audiência à porta fechada foi fixada para o dia 21 de abril de 2023. Da formação do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal), constituída deste modo para apreciar o presente processo, fazem parte dois juizes da Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (Secção do Trabalho e da Segurança Social; a seguir «IPiUS») do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) e, a presidir à sessão está um juiz que decide habitualmente na Izba Cywilna (Secção Cível) do Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal). A juíza do SN Jolanta Frańczak foi designada como juíza-relatora.

### **Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial**

Primeira a terceira questões

- 12 No que respeita à primeira a terceira questões, idênticas às do processo C-455/23, o órgão jurisdicional de reenvio partilha da posição do órgão jurisdicional de reenvio nesse processo e para ela remete.

Quarta questão

- 13 Esta questão diz respeito à interpretação do artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva 2004/17. Trata-se de saber se o direito da União deve ser interpretado no sentido de que uma empresa que comercializa eletricidade é obrigada a comprar certificados verdes de acordo com as modalidades previstas pelo direito da União em matéria de contratos públicos. Resulta da referida disposição da Diretiva 2004/17 que essa diretiva se aplica a dois tipos de 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 eletricidade; b) à alimentação dessas redes com eletricidade.
- 14 Na jurisprudência nacional baseada no artigo 132.º, n.º 1, ponto 3, da PZP de 2004, esta disposição é interpretada no sentido de que não inclui sociedades como a recorrente. O artigo 32.º, n.º 1, ponto 3, da PZP considerou como atividades setoriais apenas a «criação de redes» destinadas a prestar serviços relacionados com a produção, o transporte ou a distribuição de eletricidade e a «alimentação dessas redes com eletricidade». A recorrente não é um produtor de energia e, consequentemente, não fornece «energia à rede». Também não constrói essas redes.
- 15 Só desde 28 de julho de 2016 vigora o artigo 132.º, n.º 1a, da PZP (aditado pela ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw [Lei de 22 de junho de 2016 que altera a Lei relativa aos Contratos Públicos e algumas outras leis]), Dz. U. posição 1020), nos termos do qual «Entende-se por distribuição, referida no n.º 1, pontos 3 e 4, também a venda por grosso e a retalho.» Por conseguinte, só após a celebração do acordo CPA é que foi introduzida uma regulamentação

segundo a qual a recorrente, que se dedica à comercialização de energia, é considerada uma entidade adjudicante setorial. O aditamento do n.º 1a ao artigo 132.º da PZP é considerado pela jurisprudência dos órgãos jurisdicionais como uma confirmação da legitimidade da prática das empresas de energia nos anos 2005-2015 que consistia em não aplicar a PZP às operações de aquisição de certificados verdes. Milita a favor disto também o aditamento do artigo 138a.º da PZP. Esta disposição excluía da sujeição às exigências da PZP as empresas que exercem a atividade referida no artigo 132.º, n.º 1, ponto 3 (e que consiste, logo, na criação de redes de energia e não na venda de energia) no âmbito da aquisição de certificados verdes.

- 16 No entanto, o Sąd Najwyższy (Supremo Tribunal) chama a atenção para o facto de o considerando 23 da Diretiva 2014/25 esclarecer que «a produção e venda grossista e retalhista de eletricidade são abrangidas sempre que a presente diretiva se refere ao abastecimento de eletricidade». Nesta situação, continua a não ser claro se o artigo 3.º, n.º 3, alínea b), da Diretiva 2004/17 assim formulado (como o artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2014/25) deve ser interpretado de modo a ter em conta o considerando 23 da Diretiva 2014/25. O conteúdo deste considerando da Diretiva 2014/25 («sem pretender de modo algum alargar o âmbito da presente diretiva») pode ser interpretado no sentido de que se limitou a confirmar uma certa forma de compreender o conceito de atividade setorial que já deveria ter sido adotada ao abrigo da Diretiva 2004/17.
- 17 Resulta das decisões da Comissão Europeia adotadas ao abrigo da Diretiva 2004/17 (por exemplo, a Decisão 2007/141/CE) que o comércio de eletricidade era considerado uma atividade setorial.
- 18 A quarta questão também diz respeito à interpretação do artigo 3.º, n.º 3, alínea b), lida em conjugação com o artigo 20.º da Diretiva 2004/17, a saber, se a aquisição de certificados verdes é efetuada com vista ao exercício de uma atividade de fornecimento de eletricidade. Isto porque se trata de uma compra efetuada para cumprir uma obrigação legal de promoção das fontes de energia renováveis. A atividade de venda de eletricidade pode ser exercida sem a aquisição de certificados verdes, embora isso dê lugar a uma taxa de substituição ou a uma sanção pecuniária. A aquisição de certificados verdes não tem, portanto, «por objetivo» exercer uma atividade de venda de eletricidade.
- 19 Por outro lado, uma vez que o legislador impôs às empresas do mercado da eletricidade a obrigação de adquirir certificados verdes, a sua aquisição é, antes, uma consequência do exercício da sua atividade de fornecimento de eletricidade.
- 20 Além disso, se se admitisse, contudo, que a aquisição de certificados verdes não está abrangida pelo âmbito de uma atividade setorial e, portanto, não se realiza com fins que correspondam à prossecução dessa atividade, na aceção do artigo 20.º da Diretiva 2004/17, o legislador nacional não teria introduzido uma exclusão para esse tipo de aquisições no artigo 138a.º, n.º 1, da PZP. A recorrente refere a necessidade de entender de forma ampla a atividade setorial e os contratos



executados «com fins que correspondam à prossecução dessa atividade» e como abrangendo igualmente as atividades setoriais relacionadas, mais não seja indiretamente, referindo-se ao Acórdão do Tribunal de Justiça, de 10 de abril de 2008, C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Warme-Umwelt, GmbH contra Fernwärme Wien GmbH (ECLI:EU:C:2008:213, n.ºs 28 a 33). Nele se admite que para que o contrato seja abrangido pelo regime dos contratos setoriais é suficiente que o contrato seja realizado «no contexto» do exercício de atividades setoriais. É indubitável que estão enquadradas nesse contexto a obrigação de apresentar certificados verdes e a atividade principal de vender energia da recorrente, uma vez que o volume de vendas de energia depende, em geral, da quantidade de certificados verdes que a recorrente deve adquirir no mercado.

- 21 No acórdão referido (n.º 27), o Tribunal de Justiça sublinhou simultaneamente a necessidade de interpretar restritivamente as disposições da Diretiva 2004/17, o que indicaria que uma empresa pública como a recorrente não é obrigada a adquirir certificados verdes no âmbito de contratos públicos.
- 22 O órgão jurisdicional de reenvio refere igualmente a diferença entre a finalidade da aquisição dos certificados verdes (apoio da política de proteção do ambiente) e os objetivos de proteção da concorrência relativamente aos quais a lei impõe a adjudicação de contratos setoriais segundo modalidades concorrenciais.

#### Quinta questão

- 23 A quinta questão prende-se com o saber se o acordo CPA estava sujeito às regras do direito dos contratos públicos devido à sua formulação.
- 24 Até à data, nos processos considerou-se que o acordo CPA não estava abrangido pelo âmbito de aplicação do direito dos contratos públicos, uma vez que as diferentes operações de transferência dos direitos aos certificados de origem celebrados no âmbito da sua execução não excediam os limiares da União para os contratos setoriais. Estes limiares, à data da celebração do acordo CPA, eram de 387 000 euros. Ficou estabelecido que o valor anual total das transações celebradas pela recorrente e pela recorrida n.º 1, com base no acordo CPA, era de cerca de 3 000 000 PLN (ou seja, cerca do dobro do limiar da União em euros à data da celebração do acordo CPA). Em execução do acordo CPA, as partes concluíram, em regra, uma transação por mês com o valor médio de 65 000 euros. Essas transações não ultrapassavam o limiar da União. Aceitou-se que não havia fundamentos para considerar todas as operações de sessão como um único contrato público, dado que o acordo CPA não indicava a quantidade de eletricidade que devia ser abrangida pelos certificados de origem emitidos pelo presidente da UR nem o montante da prestação da recorrente à recorrida n.º 1. O acordo CPA não foi, portanto, considerado como um acordo-quadro, mas apenas como um acordo que impõe a celebração de contratos de compra e venda de direitos de propriedade, o que significava que segundo as modalidades previstas na PZP apenas deviam ser celebrados contratos de execução (contratos de compra

e venda de certificados de origem da energia emitidos à recorrida n.º 1 durante um determinado mês).

- 25 Por conseguinte, uma vez que o acordo CPA não determinou antecipadamente o valor das transações celebradas com base no acordo e que o valor de cada um dos acordos de execução não excedia os limiares da União, o acordo CPA não está abrangido pelo âmbito de aplicação do direito da União em matéria de contratos públicos.
- 26 Em contrapartida, na opinião da recorrente, em caso de intenção de adquirir bens genéricos idênticos com base em contratos de venda celebrados com um único operador económico, numa perspetiva temporal pré-determinada, no âmbito da realização de um único objetivo económico, o valor do contrato deve ser o valor total de todos os bens cuja aquisição a entidade adjudicante pretende. Invocou a proibição resultante do direito nacional de dividir os contratos com o objetivo de contornar os limiares do direito da União e do artigo 17.º, n.º 2 da Diretiva 2004/17. Isto porque o acordo CPA incidia sobre contratos de execução idênticos em termos de objeto, entre as mesmas partes e numa determinada perspetiva.
- 27 Em alternativa, o recorrente propõe que se considere como valor do contrato todos os certificados de origem adquiridos durante um ano civil a todos os produtores de energias renováveis (incluindo a recorrida n.º 1) para efeitos de execução da obrigação de apresentar para resgate os certificados de origem da energia.
- 28 Por conseguinte, é necessário interpretar as disposições do direito da União referidas na questão n.º 5, a fim de determinar se um acordo como o acordo CPA, que tem por objeto fixar as condições, em termos de preços e quantidades, em que a entidade adjudicante vai celebrar contratos de execução no futuro, está sujeito ao direito dos contratos públicos enquanto acordo-quadro (artigo 14.º, em conjugação com o artigo 1.º, n.º 4, da Diretiva 2004/17) e como determinar a ultrapassagem dos limiares da União que ditam a sujeição ao regime dos contratos públicos da União para efeitos de um processo de declaração da inexistência de um contrato. Nesta situação é decisivo, em termos de sujeição ao direito dos contratos públicos, o valor do contrato estimado *ex ante*, ou apenas *ex post*, com base no valor real das operações de execução realizadas no ano civil em causa, ou o valor total de todas as operações de execução realizadas, não tendo nenhuma delas excedido os limiares da União?

#### Sexta questão

- 29 O acórdão impugnado assenta no pressuposto de que, admitindo que um contrato de venda foi celebrado em violação do direito dos contratos públicos, a qual consistiu em ignorar totalmente o modo de celebração previsto nesse direito, a única via possível para eventualmente contestar a validade de tal contrato é regulada pelo artigo 146.º da PZP. Esta disposição fixa as condições em que um contrato pode ser anulado. Ao mesmo tempo, exclui a aplicação do artigo 189.º do k.p.c. [Código de Processo Civil] (em que o recorrente baseia a sua ação) para

efeitos de declaração de nulidade de um contrato. A lista de motivos para a anulação de um contrato na aceção do artigo 146.º da PZP é fechada. Nas circunstâncias de facto do processo em apreço, apenas é pertinente a aplicação do artigo 146.º, n.º 1, ponto 2, da PZP, segundo o qual «um contrato está sujeito a anulação se a entidade adjudicante não tiver publicado um anúncio de concurso no Boletim de Contratos Públicos ou não tiver comunicado um anúncio de concurso ao Serviço das Publicações da União Europeia». Esta disposição transpõe para o direito polaco o artigo 2.º-D, n.º 1, alínea a), da Diretiva 92/13, com a redação que lhe foi dada pela Diretiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2007, que altera as Diretivas 89/665/CEE e 92/13/CEE do Conselho no que diz respeito à melhoria da eficácia do recurso em matéria de adjudicação de contratos públicos (JO 2007, L 335, p. 31).

- 30 Os órgãos jurisdicionais de ambas as instâncias interpretaram esta disposição no sentido de que inclui no seu âmbito a inexistência de um processo de adjudicação de um contrato público que seja contrário a essa obrigação. Consideraram que esta disposição constituía fundamento jurídico para aplicar sanções aos casos de adjudicação por ajuste direto ilegal de um contrato. Isto porque tal comportamento foi considerado pelo Tribunal de Justiça como a violação mais grave do direito da União em matéria de contratos públicos (considerando 14 da Diretiva 2007/66). Na opinião dos órgãos jurisdicionais de ambas as instâncias, a conduta da entidade adjudicante que consiste na adjudicação por ajuste direto de um contrato público em desrespeito das normas dos contratos públicos enquadra-se na condição de inexistência de anúncio de concurso público. Isto porque, apesar de existir essa obrigação, o procedimento de celebração do contrato exigido pelas disposições da PZP não foi seguido e o correspondente anúncio de concurso também não foi publicado. Ora, para a aplicação do procedimento de anulação do contrato previsto no artigo 146.º da PZP é suficiente o incumprimento da obrigação de publicação. Outros tipos de incumprimento das disposições da PZP são abrangidos pelo âmbito de aplicação dos restantes pontos do artigo 146.º da PZP ou por disposições específicas da PZP.
- 31 Em caso de análise do mérito do presente processo, na opinião do órgão jurisdicional de reenvio seria necessário concordar com este ponto de vista. O conteúdo dos considerandos da diretiva milita a favor disso mesmo. Segundo o considerando 14, as adjudicações por ajuste direto deverão incluir todas as adjudicações de contratos sem publicação prévia de um anúncio de concurso. Tal implicaria, todavia, uma interpretação extensiva e funcional do artigo 146.º, n.º 1, ponto 2, da PZP, que é admitida à luz do direito nacional.
- 32 No entanto, a recorrente defende uma interpretação desta disposição segundo a qual ignorar totalmente a aplicação das disposições da PZP aquando da adjudicação de um contrato público não pode ser considerado uma violação da PZP consistente em não publicar um anúncio de concurso na publicação em questão. Segundo a recorrente, a lista de motivos para a anulação de um contrato público na aceção do artigo 146.º, n.º 1, da PZP é fechada. Na sua opinião, o

incumprimento a que se refere o artigo 146.º, n.º 1, ponto 2, da PZP só ocorre depois de o procedimento de adjudicação do contrato ter sido iniciado pela entidade adjudicante. Sustenta que o legislador faz uma distinção entre a adjudicação de um contrato sem o anúncio exigido e a sua adjudicação sem aplicar as disposições do direito dos contratos públicos e considera que ignorar totalmente a PZP é uma condição distinta da violação da PZP, que não é mencionada no artigo 146.º da PZP. Ora, esta interpretação do artigo 146.º da PZP abre a possibilidade, aprovada na doutrina, de aplicação da sanção de nulidade prevista no artigo 58.º, § 1, do k.c. (Código Civil). A recorrente sustenta, além disso, que a Diretiva 92/13, conforme alterada pela Diretiva 2007/66, se baseia numa harmonização mínima. Por sua vez, a sanção de nulidade em si do artigo 58.º, § 1, do k.c. (Código Civil) é uma sanção mais grave do que a sanção de ineficácia do contrato referida no artigo 146.º da PZP. Isto porque esta última está sujeita a limitações não só quanto às causas da declaração de uma eventual nulidade do contrato mas também quanto ao prazo e quanto à entidade que pode pedir a anulação do contrato.

- 33 Segundo a posição do Urząd Zamówień Publicznych (Gabinete dos Contratos Públicos), para além dos casos de nulidade relativa de um contrato (anulabilidade) por motivos relacionados com a violação dos processos de adjudicação de contratos públicos (referidos no artigo 146.º, n.ºs 1 e 6, da PZP) «também pode haver casos de nulidade absoluta do contrato por motivos diferentes dos relativos ao incumprimento dos processos de adjudicação de contratos públicos (artigo 58.º do k.c. [Código Civil])». No entanto, esta posição não resolve a questão de saber se ignorar totalmente o procedimento de adjudicação de contratos regulado pela PZP constitui uma violação do próprio procedimento de adjudicação de contratos públicos.

#### Sétima questão

- 34 A sétima questão diz respeito à aplicação do princípio da proibição do abuso de direito enquanto princípio geral do direito da União. Os órgãos jurisdicionais das duas instâncias consideraram que o pedido de declaração de inexistência do acordo CPA, devido à sua eventual celebração em violação do direito dos contratos públicos, não podia ser acolhido, uma vez que tal pedido constituía um abuso de direito. Este pedido foi formulado pelo recorrente, como resulta da verificação dos factos, devido à diminuição da rentabilidade da execução desse contrato, na sequência da redução do preço dos certificados de origem no mercado bolsista.
- 35 Segundo o referido princípio, os sujeitos de direito não podem invocar «fraudulenta ou abusivamente as normas da União» (v. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 6 de fevereiro de 2018, Altun e o., C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, n.º 48; de 28 de julho de 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, n.º 37; de 11 de julho de 2018, Comissão/Bélgica, C-356/15, EU:C:2018:555, n.º 99). Por conseguinte, este princípio previne a aplicação «abusiva» do direito da União. Existe abuso do direito da União quando o comportamento do particular é

contrário ao objetivo do direito da União (Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de fevereiro de 2019, *T Danmark e Y Denmark*, C-116/16 e C-117/16, ECLI:EU:C:2019:135, n.ºs 76 e 79 a 80), embora corresponda à letra desse direito. Para que haja abuso de direito, é necessário que seja declarado que o particular, ao invocar o direito da União, beneficia de uma «vantagem». Na opinião do órgão jurisdicional de reenvio, deve entender-se por vantagem qualquer aplicação de uma norma do direito da União segundo as pretensões do particular que a invoca. Essa vantagem pode consistir na libertação de uma parte no processo dos efeitos de uma obrigação que assumiu num contrato contrário ao direito da União (disposições nacionais que transpõem esse direito).

- 36 A constatação da existência de uma prática abusiva exige a reunião de um elemento objetivo e de um elemento subjetivo (Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de fevereiro de 2018, *Altun e o.*, C-359/16, ECLI:EU:C:2018:63, n.º 50; de 13 de março de 2014, *SICES e o.*, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, n.º 31; de 28 de julho de 2016, *Kratzer*, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, n.º 38). O elemento objetivo do teste de abuso consiste em que «deve decorrer de um conjunto de circunstâncias objetivas que, apesar do respeito formal das condições previstas na regulamentação da União, o objetivo prosseguido por essa regulamentação não foi alcançado» (Acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de março de 2014, *SICES e o.*, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, n.º 32; de 14 de dezembro de 2000, *Emsland Starke*, C-110/99, EU:C:2000:695, n.º 52). O elemento subjetivo centra-se no objetivo prosseguido pelo particular e também se baseia na análise de «um conjunto de elementos objetivos» (Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de março de 2014, *SICES e o.*, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, n.ºs 37 e 39), dos quais deve resultar que a finalidade essencial das operações do particular correspondente à letra do direito é obter «uma vantagem indevida» (Acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de março de 2014, *SICES e o.*, C-155/13, ECLI:EU:C:2014:145, n.º 33; e de 28 de julho de 2016, *Kratzer*, C-423/15, ECLI:EU:C:2016:604, n.º 40).
- 37 No caso em apreço, tendo em conta o estatuto da proibição do abuso de direito enquanto princípio geral do direito da União, é necessário que o Tribunal de Justiça se pronuncie sobre a questão de saber se a alegação, por um particular, da ilegalidade de um contrato devido à sua celebração em violação das disposições da União e do direito nacional em matéria de contratos públicos pode ser declarada contrária ao objetivo do direito da União em matéria de contratos públicos quando tal alegação é invocada por essa entidade para se libertar da necessidade de executar um contrato devido a uma alteração das condições no mercado que tornam a continuação da execução desse contrato menos rentável do que tinha presumido no momento da sua celebração. Nestas circunstâncias, a alegação relativa à incompatibilidade do contrato com o direito dos contratos públicos constitui apenas um pretexto para alcançar objetivos completamente distintos dos prosseguidos pelo legislador da União quando previu uma sanção pela celebração de um contrato ignorando um procedimento previsto no direito dos contratos públicos.