

Processo C-82/24

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

1 de fevereiro de 2024

Órgão jurisdicional de reenvio:

Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsóvia, Polónia)

Data da decisão de reenvio:

21 de dezembro de 2023

Demandante:

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

Demandadas:

Veolia Water Technologies sp. z o.o.

Krüger A/S

OTV France

Haarslev Industries GmbH

Warbud S.A.

[*Omissis*]

de 21 de dezembro de 2023

DESPACHO

O Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsóvia, Polónia), XXVI.^a Secção Comercial, [*omissis*]

após apreciação em 21 de dezembro de 2023, em Varsóvia,

[*Omissis*]

do processo

instaurado pela

- Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. [Empresa Municipal das Águas e Canalizações de Varsóvia-Capital, S.A], com sede em Varsóvia,

contra

- Veolia Water Technologies, sociedade de responsabilidade limitada, com sede em Varsóvia,
- Kruger A/S, com sede em Soborg (Dinamarca),
- OTV France, em Saint Maurice Cedex (França),
- Haarslev Industries GmbH w Bruchsal (Alemanha),
- Warbud S.A., com sede em Varsóvia

relativo a um pagamento

instaurado pela

- Veolia Water Technologies, sociedade de responsabilidade limitada, com sede em Varsóvia,

contra a

- Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. [Empresa Municipal das Águas e Canalizações de Varsóvia-Capital, S.A], com sede em Varsóvia

relativo a um pagamento

e instaurado pela

- Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. [Empresa Municipal das Águas e Canalizações de Varsóvia-Capital, S.A], com sede em Varsóvia,

contra

- Veolia Water Technologies, sociedade de responsabilidade limitada, com sede em Varsóvia,
- Kruger A/S, com sede em Soborg (Dinamarca),
- OTV France, em Saint Maurice Cedex (França),

- Haarslev Industries GmbH em Bruchsal (Alemanha),
- Warbud S.A. com sede em Varsóvia

relativo a um pagamento

decide,

1. nos termos do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia 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/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 (atual artigo 18.º, n.º 1, da 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), 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?

2. suspender a instância no processo.

[*Omissis*]

Fundamentação do Despacho de 21 de dezembro de 2023

1 Órgão jurisdicional de reenvio

2 Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsóvia), XXVI.^a Seção Comercial, em formação de:

[*Omissis*]

3 Partes no processo principal e seus representantes

4 Demandante:

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie spółka akcyjna [Empresa Municipal das Águas e Canalizações de Varsóvia-Capital, S.A], com sede em Varsóvia

[*Omissis*]

5 Demandadas:

Veolia Water Technologies, sociedade de responsabilidade limitada, com sede em Varsóvia;

Krüger A/S, com sede em Soborg (Reino da Dinamarca);

OTV, com sede em Saint Maurice (República Francesa);

Haarslev Industries GmbH, com sede em Bruchsal (República Federal da Alemanha);

WARBUD, sociedade anónima com sede em Varsóvia;

[*Omissis*]

6 Objeto do litígio no processo principal e matéria de facto pertinente [*omissis*]

7 Objeto do processo

O presente processo foi instaurado pela entidade adjudicante, a Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie [Empresa Municipal das Águas e Canalizações de Varsóvia-Capital], sociedade anónima com sede em Varsóvia (no processo XXVI GC 277/20), no qual exigiu o pagamento de sanções contratuais, de forma solidária pelas demandadas, no valor de 22 338 591,35 PLN, juntamente com os juros legais de mora. (No decurso do processo, a demandante retirou a sua ação).

8 A Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie [Empresa Municipal das Águas e Canalizações de Varsóvia-Capital], sociedade anónima com sede em Varsóvia, é também a demandante no processo XXVI GC 914/21. A entidade adjudicante instaurou o processo por ação de 14 de junho de 2021, na qual reclamava o pagamento dos montantes de:

- a. 5 661 772,39 EUR, a título de sanções contratuais, juntamente com um pedido alternativo;
- b. 11 351 601,62 PLN (após alteração da ação) a título de indemnização pela incorreta execução do contrato ou, a título subsidiário, o montante de 2 533 839,65 EUR.

9 Ao mesmo tempo, a empresa-líder dos operadores económicos, a Veolia Water Technologies, uma sociedade de responsabilidade limitada com sede em Varsóvia, instaurou o processo XXVI GC 1095/20, no qual exige o pagamento do montante de 3 766 666,36 EUR a título de reembolso dos montantes cobrados pela Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie [Empresa Municipal das Águas e Canalizações de Varsóvia-Capital], sociedade

anónima, com sede em Varsóvia, com base em garantias bancárias fornecidas pela Veolia Water Technologies, sociedade de responsabilidade limitada, com sede em Varsóvia.

- 10 Os processos acima referidos foram apensados para apreciação conjunta e estão a ser tramitados no âmbito do processo XXVI GC 277/20.

11 Factos pertinentes

- 12 Em 1 de agosto de 2008, a Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie, sociedade anónima com sede em Varsóvia [Empresa Municipal das Águas e Canalizações de Varsóvia-Capital] (a seguir também «entidade adjudicante») celebrou com o consórcio de empresas de que fazem parte a Veolia Water Technologies, sociedade de responsabilidade limitada com sede em Varsóvia, como empresa-líder do consórcio, a Krüger A/S, com sede em Soborg (Reino da Dinamarca), a OTV, com sede em Saint Maurice (República Francesa), a Haarslev Industries GmbH, com sede em Bruchsal (República Federal da Alemanha) e a WARBUD, sociedade anónima com sede em Varsóvia (a seguir conjuntamente também «consórcio» ou «operador económico») o contrato n.º 8/JRP/R/2008, relativo à execução do projeto de «Modernização e Ampliação da Instalação de Depuração de Lamas de Czajka (tratamento térmico de lamas de depuração)» (a seguir também «contrato»). O contrato abrangia especificamente a construção de uma Estação de Tratamento Térmico de Lamas de Depuração, que integrava, entre outros, dois recuperadores em duas linhas de incineração de resíduos independentes uma da outra. O contrato foi celebrado na sequência da adjudicação de um contrato público no âmbito de um concurso público ao abrigo da ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Lei de 29 de janeiro de 2004, relativa aos Contratos Públicos). Inicialmente, as obras abrangidas pelo contrato deviam estar concluídas até 30 de outubro de 2010, mas a data-limite da sua execução foi posteriormente fixada em 30 de novembro de 2012.
- 13 As partes reconheceram que fazia parte do contrato, entre outros, um documento de garantia de qualidade (cartão de garantia), segundo o qual o período de garantia devia começar a correr a partir da data de emissão do certificado de execução de obras e durar 36 meses, ao passo que o prazo de garantia devia expirar, o mais tardar, em 30 de abril de 2015, a menos que o início dos ensaios finais e dos ensaios de receção da garantia não fosse possível devido a circunstâncias imputáveis ao operador económico.
- 14 Na subcláusula 6.1 da garantia de qualidade da obra (cartão de garantia), as partes celebraram uma cláusula nos termos da qual «No que diz respeito às questões não reguladas pelo presente cartão de garantia, são aplicáveis as disposições pertinentes do direito polaco, em especial o Código Civil [»]. As partes não especificaram no contrato se essa remissão diz respeito às disposições que regem um contrato de empreitada de obras ou também às disposições relativas à garantia em caso de venda.

- 15 Em 21 de março de 2013, foi emitido o certificado de execução de obras.
- 16 Em 26 de setembro de 2014, a entidade adjudicante notificou aos operadores económicos a avaria do recuperador da linha 2. O recuperador foi substituído por um novo pelos operadores económicos e declarado apto para funcionamento em 22 de fevereiro de 2016. Os operadores económicos substituíram o recuperador ao abrigo da garantia.
- 17 Em 3 de março de 2015, a entidade adjudicante notificou aos operadores económicos a avaria do recuperador da linha 1. O recuperador foi substituído por um novo pelos operadores económicos e declarado apto para funcionamento em 28 de abril de 2016. Os operadores económicos substituíram o recuperador ao abrigo da garantia.
- 18 Em 27 de novembro de 2018, a entidade adjudicante notificou aos operadores económicos a avaria de ambos os recuperadores das linhas 1 e 2, pedindo a sua reparação ou a sua substituição ao abrigo da garantia. Os operadores económicos responderam que o prazo de garantia tinha expirado, pelo que não assumiam a responsabilidade pela garantia e recusaram-se a reparar ou substituir os recuperadores ao abrigo da garantia.
- 19 A demandante considera que o artigo 581.º, § 1, do kodeks cywilny (Código Civil), relativo ao contrato de compra e venda, é aplicável *mutatis mutandis* à relação entre as partes, nos termos do qual o prazo de garantia corre de novo a partir da entrega de um bem isento de defeitos ou da restituição do bem reparado, pelo que, no momento da notificação da avaria aos operadores económicos em 27 de novembro de 2018, o objeto do contrato estava coberto pela garantia, uma vez que o seu prazo de 36 meses recomeça a correr a partir, respetivamente, de 22 de fevereiro de 2016 (para o recuperador da linha 2) e a partir de 28 de abril de 2016 (para o recuperador da linha 1). Caso o objeto do contrato não seja reparado ou substituído ao abrigo da garantia tem direito de exigir uma sanção contratual por incumprimento pelos operadores económicos da obrigação de reparar a avaria dos recuperadores no âmbito da garantia.
- 20 As demandadas consideram que, no momento da notificação da avaria, em 27 de novembro de 2018, o objeto do contrato já não estava abrangido pela garantia devido ao termo do seu prazo, e que o artigo 581.º, § 1, do kodeks cywilny (Código Civil) não é aplicável, uma vez que diz respeito a contratos de compra e venda, quando nem as partes no contrato nem a entidade adjudicante indicaram, no anúncio de concurso, que esta disposição se aplicaria à garantia concedida pelos operadores económicos. Por conseguinte, segundo as demandadas, a aplicação por analogia desta disposição seria contrária aos princípios da transparência, da igualdade de tratamento e da concorrência leal consagrados na Diretiva 2004/18/CE (atual Diretiva 2014/24/UE), visto que implica uma remissão para exigências que não resultam claramente dos documentos do concurso ou das disposições do direito nacional aplicáveis, mas unicamente da interpretação dessas disposições. Além disso, na opinião das demandadas, o contrato, juntamente com

o cartão de garantia, regula de forma completa e exata as disposições relativas à garantia, não sendo intenção das partes que celebraram o contrato renovara garantia.

21 Disposições jurídicas aplicáveis

22 Disposições nacionais

23 Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny [Lei de 23 de abril de 1964, que aprova o Código Civil] (Dz.U. de 1964, n.º 16, posição 93, conforme alterada), a seguir «k.c.»

24 Ao celebrarem um contrato, as partes determinam livremente a sua relação jurídica, não podendo o conteúdo desta e o seu objetivo contrariar a especificidade (natureza) da relação, a lei nem as regras de convivência social. (artigo 353^{1.º} k.c.)

25 Quando, no exercício das suas obrigações, o garante tiver entregue ao titular 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 quando da restituição do bem reparado. Quando o garante tiver substituído uma parte do bem, esta disposição aplica-se *mutatis mutandis* à parte substituída (artigo 581.º, § 1, k.c. [Código Civil] que figura no título relativo ao contrato de venda).

26 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych [Lei de 29 de janeiro de 2004, relativa aos Contratos Públicos] (Dz.U. de 2007, n.º 223, posição 1655, conforme alterada), a seguir «antiga p.z.p.», atual Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych [Lei de 11 de setembro de 2019, relativa aos Contratos Públicos] (Dz.U. de 2023, posição 1605), a seguir «p.z.p.»

27 O objeto do contrato deve ser descrito 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 (artigo 29.º, n.º 1, da antiga p.z.p.; artigo 99.º, n.º 1, da p.z.p.).

28 O caderno de encargos deve incluir pelo menos: 16) as disposições importantes para as partes que serão introduzidas no conteúdo do contrato público celebrado, as condições gerais do contrato ou o modelo de contrato, se a entidade adjudicante exigir que o operador económico celebre um contrato público com ela nessas condições (artigo 36.º, n.º 1, ponto 16, da antiga p.z.p.), atualmente: O caderno de encargos deve incluir pelo menos: 20) o projeto de cláusulas do contrato público a introduzir no contrato público (artigo 134.º, n.º 1, ponto 20, da p.z.p.).

29 Disposições do direito da União

30 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 (JO 2004, L 134, p. 114, de 30 de abril de 2004), a seguir «Diretiva 2004/18/CE», atualmente 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, de 28 de março de 2014), a seguir «Diretiva 2014/24/UE».

- 31 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 (artigo 2.º da Diretiva 2004/18/CE; atualmente artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE).

32 Fundamentação do reenvio prejudicial

33 Perspetiva do direito nacional

- 34 O Código Civil polaco regula, nos seus artigos 647.º a 658.º, os contratos de empreitada de obras. Estas disposições não preveem regulamentação distinta para as garantias. As únicas referências a outros tipos de contratos constam do artigo 656.º k.c. [Código Civil], nos termos do qual as consequências do atraso do empreiteiro no início da obra ou na conclusão do objeto, ou a execução da obra pelo empreiteiro de forma incorreta ou contrária ao contrato, a garantia em caso de defeito no objeto executado, bem como o direito do investidor a rescindir o contrato antes da conclusão da obra aplicam-se *mutatis mutandis* ao contrato de empreitada de obras.

- 35 O instituto da garantia só foi expressamente regulado na ordem jurídica polaca no que respeita ao contrato de venda. Nos termos do artigo 581.º k.c., quando, no exercício das suas obrigações, o garante tiver entregue ao titular da garantia, em vez do bem defeituoso, um bem isento de defeitos ou 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 quando da restituição do bem reparado, ao passo que quando o garante tiver substituído uma parte do bem, esta disposição aplica-se *mutatis mutandis* à parte substituída.

- 36 As disposições do k.c. relativas ao contrato de empreitada (às quais é feita, em parte, referência no título do k.c. [Código Civil] referente ao contrato de empreitada de obras) também não regulam o instituto da garantia. No entanto, em 25 de dezembro 2014 entrou em vigor uma alteração ao artigo 638.º do k.c. [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 mutandis*, mas esta regulamentação não se aplica ao processo controvertido.

- 37 É geralmente aceite na Polónia, tanto pela prática das transações comerciais negócios como pela jurisprudência, que a falta de regulamentação jurídica referente diretamente às garantias no caso de um contrato de empreitada de obras não exclui as partes de uma determinada relação jurídica de aplicarem garantias

também neste tipo de contratos, de acordo com o princípio da liberdade contratual, segundo o qual se pressupõe que as partes que celebram um contrato podem determinar livremente a relação jurídica, desde que o conteúdo ou a finalidade do contrato não sejam contrários às características essenciais (natureza) da relação, à lei ou às regras de convivência social (artigo 353^{1.º} k.c.)

- 38 Dentro dos limites acima mencionados, as partes podem configurar livremente o instituto da garantia utilizando as disposições do k.c. [Código Civil] referentes às garantias no âmbito de um contrato de venda, excluindo a sua aplicação direta e elaborando as suas próprias cláusulas, bem como alterando estas disposições, por exemplo, utilizando-as, numa parte, mediante referência às mesmas, e redigindo as suas próprias cláusulas contratuais na parte restante.
- 39 A questão da 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 órgão jurisdicional de reenvio partilha do ponto de vista segundo o qual, na medida em que se faz referência no contrato às disposições pertinentes do Código Civil, 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 k.c. relativas à garantia aquando da venda.
- 40 Ao mesmo tempo, as disposições nacionais relativas aos contratos públicos também não regulam a questão acima mencionada referindo-se unicamente ao objeto do contrato em geral, exigindo uma definição precisa das exigências e das circunstâncias suscetíveis de ter incidência na elaboração de uma proposta. No entanto, ao especificar as informações que devem constar do anúncio de concurso, não mencionam, por exemplo, as circunstâncias relacionadas com as disposições jurídicas aplicáveis tendo em conta a presunção de conhecimento do direito geralmente aplicável pelos operadores económicos, mesmo quando a aplicação de determinadas normas jurídicas é controversa.
- 41 Assim, tendo em conta o exposto, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o direito polaco em matéria de contratos públicos (independentemente de qual das leis que regulam esta questão é aplicável) 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.
- 42 A instrução efetuada no processo não forneceu ao órgão jurisdicional de reenvio elementos para declarar que as partes tinham efetivamente afastado a aplicação do artigo 581.º k.c. [Código Civil] e que, por conseguinte, na sequência da substituição dos recuperadores o prazo de garantia isento de defeitos teria recomeçado a correr.

43 Perspetiva do direito da União

- 44 A posição da demandante quanto à aplicação por analogia às cláusulas do contrato celebrado entre as partes das disposições relativas à garantia da venda encontra a sua justificação no contexto das disposições de direito nacional, que conduzem à conclusão de que a garantia foi renovada. Por conseguinte, é necessário apreciar se, tendo em conta o carácter transfronteiriço do contrato e o envolvimento, das demandadas, num consórcio composto por operadores de Estados-Membros diferentes, as disposições do direito da União se opõem ou não a esta interpretação do direito nacional.
- 45 Nos termos do artigo 2.º da Diretiva 2004/18/WE (atual artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24/UE), 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.
- 46 Os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação impõem que os proponentes disponham das mesmas oportunidades na formulação dos termos das suas propostas e implica portanto que estas propostas estejam sujeitas às mesmas condições. Este princípio não se opõe aos requisitos impostos aos operadores económicos desde que esses requisitos sejam impostos aos operadores económicos na mesma medida (C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser/Manova A/S).
- 47 No que diz respeito ao princípio da transparência daí resultante, o Tribunal de Justiça declarou, por exemplo, no Acórdão C-35/17 que esta obrigação implica que todas as condições e modalidades do processo de adjudicação sejam formuladas de forma clara, precisa e unívoca, no anúncio de concurso ou no caderno de encargos, de forma, em primeiro lugar, a permitir a todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes compreenderem o seu alcance exato e interpretá-las da mesma maneira e, em segundo lugar, a possibilitar à entidade adjudicante verificar efetivamente se as propostas dos proponentes correspondem aos critérios por que se rege o concurso em causa (v., neste sentido, Acórdãos de 6 de novembro de 2014, Cartiera dell’Adda, C- 42/13, EU:C:2014:2345, n.º 44 e jurisprudência referida e também de 2 de junho de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, n.º 36).
- 48 É à luz dos princípios referidos que se coloca a questão de saber se, e em que medida, o conteúdo das obrigações das partes que não figuram expressamente no contrato público nem nos documentos do concurso pode ser determinado com base nas disposições do direito nacional aplicadas por analogia na fase de execução de um contrato público.
- 49 Se é compatível com o princípio da transparência deduzir as obrigações do operador económico da interpretação do direito constante da jurisprudência nacional, particularmente desvantajosa para os proponentes estabelecidos noutros Estados-Membros, visto que o seu nível de conhecimento do direito nacional e da sua interpretação, bem como a prática das autoridades nacionais, não pode ser comparado à dos proponentes nacionais.

- 50 Isto aplica-se, em particular, a uma interpretação do direito nacional que se baseia não apenas nas disposições do direito nacional que visam expressamente o tipo de contrato em causa, mas também nas que se aplicam para completar, por analogia, as disposições nacionais relativas a outros tipos de contratos.
- 51 É importante observar que a aplicação por analogia dessas disposições possa surtir um efeito indireto no âmbito das obrigações que incumbem aos operadores económicos, tal como resulta das disposições do contrato, mas que não figura expressamente no anúncio de concurso ou no caderno de encargos. Ora, o âmbito das obrigações é expressamente repercutido no preço constante da proposta dos operadores económicos, uma vez que, por razões óbvias, os proponentes nos concursos, enquanto profissionais, atuam com fins lucrativos, de modo que as propostas que apresentam devem comportar uma remuneração superior à das prestações a que estarão obrigados por força do contrato. Tendo em conta o que precede, a não determinação do âmbito destas obrigações, por exemplo, ao não declarar expressamente que a substituição de uma parte do objeto do contrato por uma nova faz com que o período de garantia recomece a correr, pode ter incidência no montante das propostas dos proponentes e, em última análise, para os operadores económicos que não dispõem de pleno conhecimento das especificidades da ordem jurídica nacional interna, pode levar a que esse operador económico presente, no âmbito de um concurso público, uma proposta que não teria apresentado se tivesse pleno conhecimento das disposições que lhe são aplicáveis.
- 52 O Tribunal de Justiça já declarou que 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 (v., neste sentido, Acórdão de 2 de junho de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, n.º 51).
- 53 Embora esta decisão do Tribunal de Justiça visasse outra questão relacionada com o concurso público no âmbito de um contrato público (a saber, a exclusão de um operador económico do concurso), deve ter um alcance mais amplo a conclusão de que não é admissível que um candidato num concurso público deduza unicamente da interpretação do direito nacional obrigações que não decorrem expressamente do direito nacional aplicável e da documentação relativa ao concurso. No entanto, tendo em conta a diferença em termos de substância entre o acórdão acima referido (que era relativo a uma fase do concurso) e o presente processo (relativo à fase de execução do contrato público), justifica-se um pedido de esclarecimento desta questão ao Tribunal de Justiça. Além disso, do ponto de vista do problema apresentado, o conhecimento da prática da aplicação do direito no Estado-Membro em causa levaria este operador a calcular o potencial risco de a garantia ser renovada com um preço potencial e a apresentar uma proposta

menos vantajosa. Esta situação é igualmente suscetível de provocar distorções de concorrência no mercado interno e não é desejável. Os princípios da não discriminação e da igualdade de tratamento entre operadores dos diferentes Estados-Membros devem levar a que o contrato e a documentação relativa ao concurso sejam preparados de forma a permitir a todos os proponentes razoavelmente informados e normalmente diligentes calcular o preço com base em obrigações claramente descritas. Por conseguinte, parece questionável permitir a possibilidade de determinar o alcance destas obrigações com base numa aplicação por analogia do direito nacional, apenas com base numa remissão geral contida no contrato. Estabelecer, no horizonte temporal previsto no concurso público, que as cláusulas de outro contrato são aplicáveis por analogia ao contrato referido no concurso extravasa a diligência normal dos proponentes, tanto mais que esta interpretação resulta de uma prática das autoridades nacionais que não é uniforme.

54 Questão prejudicial e proposta de resposta

- 55 Tendo em conta o que precede, o órgão jurisdicional de reenvio considerou justificado, nos termos do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia 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/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 (atual artigo 18.º, n.º 1, da 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), 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?

- 56 O órgão jurisdicional de reenvio propõe que se responda a esta questão pela afirmativa.