

Processo C-461/20**Pedido de decisão prejudicial****Data de entrada:**

24 de setembro de 2020

Órgão jurisdicional de reenvio:

Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo, Suécia)

Data da decisão de reenvio:

15 de setembro de 2020

Recorrentes:

Advania Sverige AB

Kammarkollegiet

Recorrida:

Dustin Sverige AB

SUPREMO TRIBUNAL ATA [...]

ADMINISTRATIVO 15-09-2020 [...]

Estocolmo

[...]

RECORRENTES

1. Advania Sverige AB [...]

2. Kammarkollegiet (Agência de Serviços Jurídicos, Financeiros e Administrativos)

Statens Inköpscentral (Central de compras do Estado)

[...]

RECORRIDA

Dustin Sverige AB, [...]

DECISÃO OBJETO DE RECURSO

Acórdão do Kammarrätten i Stockholm (Tribunal Administrativo de Recurso, Estocolmo) de 16 de outubro de 2019 [...]

OBJETO

Fiscalização jurisdicional da validade de um contrato; pedido de decisão prejudicial a apresentar ao Tribunal de Justiça da União Europeia

[...]

O Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo, Suécia) profere o seguinte

DESPACHO

É requerida ao Tribunal de Justiça da União Europeia uma decisão prejudicial, nos termos do artigo 267.º TFUE, em conformidade com o pedido de decisão prejudicial anexo (à ata).

[...]

ANEXO

Pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, relativo à interpretação do artigo 72.º, n.º 1, alínea d), ii), da Diretiva 2014/24/UE relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (a seguir «Diretiva relativa aos Contratos Públicos»)

Introdução

1. Depois de um fornecedor ter sido declarado insolvente, a sua massa insolvente cedeu quatro acordos-quadro a um novo fornecedor. Com o seu pedido de decisão prejudicial, o Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo) pretende esclarecer se se pode considerar que se verificou uma transmissão da posição do fornecedor inicial para o novo fornecedor em circunstâncias tais que dispensem um novo procedimento de contratação.

Disposições pertinentes do direito da União

2. Nos termos do artigo 72.º, n.º 1, alínea d), ii), da Diretiva relativa aos Contratos Públicos, os acordos-quadro podem ser modificados sem novo procedimento de

contratação, se o adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato for substituído por um novo adjudicatário, por transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da diretiva.

3. O considerando 110 desta diretiva indica o seguinte. Em conformidade com os princípios da igualdade de tratamento e da transparência, o adjudicatário não deverá ser substituído por outro operador económico sem abrir novo concurso relativo ao contrato. Todavia, o adjudicatário responsável pela execução do contrato pode sofrer algumas alterações estruturais durante essa execução, nomeadamente reestruturações puramente internas, OPA, fusões e aquisições ou falências [sublinhado pelo Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo)]. Tais alterações estruturais não deverão exigir automaticamente novos procedimentos de contratação.

Legislação nacional pertinente

4. Nos termos do capítulo 17, § 13, primeiro parágrafo, da Lagen (2016: 1145) om offentlig upphandling [Lei (2016: 1145) relativa aos Contratos Públicos; a seguir «LOU»], «um contrato ou acordo-quadro pode ser modificado através da substituição de um adjudicatário por outro, sem novo procedimento de contratação, se:
 1. Se verificar uma transmissão universal ou parcial da posição do adjudicatário inicial para o novo adjudicatário, na sequência de reestruturações de empresas, incluindo OPA, fusão, aquisição, ou insolvência, e
 2. A transmissão universal ou parcial da posição do adjudicatário inicial para o novo adjudicatário não implicar outras modificações substanciais do contrato ou do acordo-quadro».

Resulta do segundo parágrafo que essa substituição do adjudicatário pressupõe que o novo prestador de serviços não esteja excluído e que preencha as condições de qualificação exigidas no âmbito do contrato inicial.

Matéria de facto do processo principal

Antecedentes

5. O processo tem por objeto quatro acordos-quadro com reabertura de concurso, adjudicados pelo Kammarkollegiet através de concurso limitado, em

conformidade com a Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling [Lei (2007:1091) relativa aos Contratos Públicos], entretanto revogada. Os acordos-quadro dizem respeito à aquisição de computadores, monitores, *tablets*, etc. Três dos acordos-quadro abrangem diferentes zonas geográficas e o quarto acordo-quadro engloba o território nacional. Qualificaram-se dezassete candidatos, que passaram à seleção. Se houvesse mais de nove candidatos qualificados para apresentarem propostas, seria feita uma seleção com base no mais elevado valor acrescentado global atribuído.

6. A Dustin Sverige AB (a seguir «Dustin») e a Misco AB (a seguir «Misco») encontravam-se entre os nove candidatos com valor acrescentado mais elevado que foram convidados a apresentar propostas. A Advania Sverige AB (a seguir «Advania») não figurava entre estes nove, mas entre os dezassete qualificados. Foram celebrados acordos-quadro com um total de seis fornecedores em cada domínio. Foram adjudicados à Misco acordos em todos os domínios. À Dustin foram adjudicados acordos em dois domínios.
7. Por carta de 4 de dezembro de 2017, a Misco requereu ao Kammarkollegiet que aprovasse a cessão dos acordos-quadro à Advania. Em 12 de dezembro de 2017, a Misco foi declarada insolvente. Em 18 de janeiro de 2018, o administrador da insolvência assinou com a Advania um contrato de cessão dos acordos-quadro. A cessão foi aprovada pelo Kammarkollegiet em fevereiro de 2018.

Pedido de declaração de nulidade dos acordos

8. A Dustin apresentou no Förvaltningsrätten i Stockholm (Tribunal Administrativo, Estocolmo) um pedido de declaração de nulidade dos acordos-quadro entre a Advania e o Kammarkollegiet. A Dustin alegou que a cessão dos quatro acordos-quadro pela Misco à Advania não constituía uma modificação permitida dos acordos-quadro na aceção do capítulo 17, § 13, da LOU, uma vez que não se tinha verificado uma transmissão da posição da Misco para a Advania na sequência de uma reestruturação da empresa. Em apoio do seu pedido, a Dustin alegou o seguinte. Não é claro que a Advania tenha retomado os acordos de subcontratação da Misco. Pode constatar-se que, com exceção de certas informações, a Advania não retomou quaisquer sistemas, empregados, ativos operacionais ou quaisquer outros contratos relativos à atividade exercida, além dos próprios acordos-quadro. A cessão dos acordos-quadro não implicou, portanto, uma alteração estrutural profunda da Misco, conforme é exigido pela LOU. O fornecedor existente limitou-se a vender os acordos em questão e a cessão não constitui uma reestruturação da empresa na aceção dessa disposição.
9. O Kammarkollegiet alegou o seguinte. Resulta das informações recebidas pelo Kammarkollegiet que a Advania adquiriu todas as atividades da Misco relativas à execução dos acordos-quadro. No que respeita ao pedido da Misco, o Kammarkollegiet considerou que a cessão em causa tinha ocorrido devido a uma reestruturação decorrente da insolvência da Misco e que se mantinha uma identidade contínua entre a Misco, que tinha apresentado propostas, se tinha

qualificado e tinha assinado acordos-quadro, e a Advania, que executa depois os acordos-quadro. Esta posição baseava-se no facto de a Advania ter retomado todos os acordos-quadro estatais, incluindo os contratos celebrados ao abrigo dos acordos-quadro, com os respetivos direitos e obrigações, o pessoal da Misco que desempenhava um papel determinante na execução dos contratos (na medida em que esse pessoal quisesse ser transferido para a Advania), os subcontratantes a que recorria para executar as obrigações contratuais da Misco e os sistemas, etc., necessários para a Misco poder executar tais contratos. Verificou-se uma transmissão universal da posição da Misco para a Advania no que respeita às obrigações dos acordos-quadro e uma transmissão parcial no que respeita ao que foi adquirido.

Sentença do Förvaltningsrätten

10. O Förvaltningsrätten (Tribunal Administrativo) julgou improcedente o pedido de declaração de nulidade da Dustin. No que respeita à questão de saber se estavam preenchidos os requisitos para a substituição de um adjudicatário, previstos pelo capítulo 17, § 13, primeiro parágrafo, da LOU, o Förvaltningsrätten (Tribunal Administrativo) declarou o seguinte. A Advania e o administrador da insolvência da Misco explicaram ao Kammarkollegiet o que a Advania adquiria e o Kammarkollegiet concluiu seguidamente que existia identidade entre a Advania e a Misco, pelo que a posição da Misco enquanto adjudicatária do acordo-quadro podia ser transmitida para a Advania. É o Kammarkollegiet que assume um risco com a substituição do fornecedor e que dispõe de um certo direito de interpretação na situação que daí decorre. Esse órgão jurisdicional considera que as circunstâncias invocadas pela Dustin não constituem fundamento para contestar a aquisição pela Advania dos acordos-quadro da Misco e de partes das atividades desta última, com vista à execução dos acordos-quadro, nos termos previstos pelo capítulo 17, § 13, da LOU. Os acordos-quadro foram modificados através da substituição do adjudicatário de uma forma que se insere no que pode ser considerado uma reestruturação da empresa.

Recurso para o Kammarrätten

11. A Dustin interpôs recurso da sentença do Förvaltningsrätten (Tribunal Administrativo) para o Kammarrätten i Stockholm (Tribunal Administrativo de Recurso, Estocolmo), alegando o seguinte. A instrução do presente processo não permite concluir que a cessão à Advania dos ativos da Misco se tenha verificado com a amplitude que o Kammarkollegiet tomou em conta na sua decisão de aprovação da transmissão. Esta autoridade não invocou nenhuma circunstância que corroborasse a afirmação de que algum empregado da Misco tivesse efetivamente sido transferido para a Advania ou de que tivessem sido cedidos quaisquer sistemas, com exceção de certas listas de dados. Dos sete contratos de subcontratação apresentados em juízo, quatro foram celebrados antes do contrato de cessão, ou seja, no âmbito da atividade inicial da Advania, e nenhum deles faz referência à Misco nem indica que o contrato implicaria que a Advania sucedesse

numa relação contratual existente. A Advania também não retomou quaisquer outros acordos-quadro com clientes do setor público. Estas circunstâncias demonstram que, com exceção de certas listas de informações, a Advania se limitou a adquirir os acordos-quadro e não retomou, portanto, nenhum ramo de atividade. Não se pode considerar que uma cessão tão limitada dê origem a uma transmissão para a Advania da posição da Misco na sequência de uma reestruturação da empresa.

12. O Kammarkollegiet pediu que fosse negado provimento ao recurso e alegou o seguinte. Há muitos elementos que apontam no sentido de que a fiscalização deve incidir apenas sobre a questão de saber se se verificou uma reestruturação da empresa. O facto de a cessão resultar de uma insolvência — expressamente mencionada no texto da LOU — indica que este requisito está preenchido. Em seu entender, uma vez que a insolvência é um acontecimento extraordinário, a liquidação constitui um tipo particular de reestruturação de empresas. É pouco provável que a Misco se tenha tornado insolvente para comercializar os acordos-quadro.
13. A Advania considerou que devia ser negado provimento ao recurso e alegou o seguinte. No âmbito da sua insolvência, a Misco liquidou todas as suas atividades no que respeita às partes que não puderam ser cedidas, nomeadamente, à Advania. A natureza exata do que a Advania adquiriu à massa insolvente não é, portanto, relevante.

Acórdão do Kammarrätten

14. O Kammarrätten (Tribunal Administrativo de Recurso) deu provimento ao recurso da Dustin e declarou nulos os quatro acordos-quadro entre a Advania e o Kammarkollegiet. O Kammarrätten considerou que a aprovação pelo Kammarkollegiet da cessão dos acordos-quadro tinha sido concedida devido à insolvência da Misco. O Kammarrätten (Tribunal Administrativo de Recurso) indicou igualmente o seguinte. Nos termos do contrato em causa, a Misco cedeu, além dos acordos-quadro, o direito aos dados do pessoal, dos clientes e dos fornecedores da empresa, às estatísticas e ao histórico dos produtos, bem como o direito de retomar os subcontratantes da empresa e a Advania declarou-se disposta a oferecer emprego a um certo número de «empregados-chave» em condições de mercado. Resulta da instrução do processo que um empregado foi posteriormente transferido para a Advania. Afigura-se igualmente que, segundo a Advania, a lista de clientes da Misco não era totalmente atualizada nem relevante e que os clientes da Misco já tinham mudado de fornecedor. Nada indica que, em consequência do contrato de cessão, alguns subcontratados da Misco tivessem sido retomados pela Advania. Também nada indica que tenham sido cedidos outros acordos-quadro públicos. Pelo contrário, a Dustin apresentou provas que demonstram que a Misco era parte em, pelo menos, outro acordo-quadro público e que esse acordo-quadro não foi cedido à Advania. Resulta da instrução que a Misco não cedeu, em substância, qualquer atividade à Advania, com exceção dos acordos-quadro em questão. Por conseguinte, segundo o Kammarrätten (Tribunal Administrativo de

Recurso), não se pode considerar que tenha havido uma transmissão universal ou parcial da posição da Misco para a Advania, na aceção do capítulo 17, § 13, da LOU. Existe, portanto, uma modificação substancial. O Kammarkollegiet não devia ter aprovado a substituição do fornecedor. Trata-se, por conseguinte, de um ajuste direto não autorizado.

Posições das partes

Advania

15. A Advania pede a anulação do Acórdão do Kammarrätten (Tribunal Administrativo de Recurso) e a confirmação da sentença do Förvaltningsrätten (Tribunal Administrativo) e alega o seguinte. A Advania não coloca em causa a apreciação do Kammarrätten quanto ao que estava incluído na cessão da massa insolvente. No caso em apreço, o que está em causa é uma reestruturação do adjudicatário precedente em razão de uma insolvência e subsequente liquidação, o que implica que a massa insolvente vendeu partes da atividade existente, nomeadamente à Advania. As restantes partes da atividade da empresa insolvente foram liquidadas. A Advania aceitou assumir todas as obrigações contratuais da Misco e, por conseguinte, verificou-se uma transmissão universal da posição da Misco para a Advania no que respeita aos acordos-quadro. Nem a LOU nem a Diretiva relativa aos Contratos Públicos impõem que sejam transferidas para o novo adjudicatário atividades de uma determinada natureza ou alcance. É evidente que não se trata de um caso em que só foi cedido um contrato adjudicado e a atividade do adjudicatário inicial prosseguiu normalmente.

Kammarkollegiet

16. O Kammarkollegiet pede a anulação do Acórdão do Kammarrätten (Tribunal Administrativo de Recurso) e a declaração de validade dos acordos-quadro, alegando o seguinte. A questão central é a da interpretação a dar à expressão «transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial». O Kammarkollegiet considera que deve ser interpretada no sentido de que o contratante adquirente sucede na posição do contratante inicial no que respeita aos direitos e obrigações previstos no acordo-quadro ou no contrato que tenha sido cedido. Se for interpretada no sentido de que exige algum tipo de transmissão de atividade e de património, a aplicação desta disposição ficará consideravelmente limitada. É muito improvável que um novo adjudicatário continue a exercer a atividade da mesma forma que o anterior. O que é central é que o novo adjudicatário possa executar o contrato em conformidade com as condições e os requisitos inicialmente estabelecidos. A cessão parcial de um acordo não implica necessariamente que sejam introduzidas outras modificações substanciais ao acordo.

Dustin

17. A Dustin pede que seja negado provimento do recurso e alega o seguinte. A transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial para o novo contratante na sequência de uma reestruturação de uma empresa não pode razoavelmente dizer respeito à retoma pelo novo contratante do acordo adjudicado. Se assim fosse, seria possível adquirir acordos adjudicados individuais sem retomar simultaneamente qualquer parte da atividade a que tais acordos respeitam. Essa abordagem quase daria rédea solta ao comércio de acordos adjudicados. Com tal interpretação, seria também possível assumir apenas parcialmente os direitos e obrigações decorrentes do acordo, o que seria dificilmente conciliável com a exigência de a substituição do adjudicatário não implicar outras modificações substanciais do acordo. Pode presumir-se que a exceção relativa à substituição do adjudicatário em caso de reestruturação da empresa está subordinada à condição de a operação ter por objeto principal a retoma da totalidade ou de uma parte da atividade a que o acordo respeita e de a cessão do próprio acordo, ou seja, a substituição do adjudicatário, ser acessória relativamente à transmissão da atividade. O facto de o novo adjudicatário passar a ser parte no acordo em questão é a consequência da modificação e não constitui uma condição prévia para que a mesma se possa realizar.

Necessidade de uma decisão prejudicial

18. No processo submetido ao Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo), a interpretação a dar à disposição relativa à substituição do adjudicatário, constante do artigo 72.º, n.º 1, alínea d), ii), da Diretiva relativa aos Contratos Públicos, reveste uma importância determinante. A apreciação do litígio exige uma interpretação do que se deve entender por «transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência».
19. O Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou sobre a interpretação do referido artigo no presente contexto. O Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo) considera que a interpretação correta da disposição não é clara.
20. Face ao exposto, o Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo) considera necessário submeter ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial.

Questão

21. A circunstância de um novo adjudicatário ter retomado os direitos e obrigações do adjudicatário inicial decorrentes de um acordo-quadro, após a declaração de insolvência do adjudicatário inicial e a cessão do acordo pela massa insolvente, implica que se considere que se verificou uma transmissão da posição do

adjudicatário inicial para o novo adjudicatário, nos termos previstos no artigo 72.º, n.º 1, alínea d), ii), da Diretiva sobre os Contratos Públicos?

DOCUMENTO DE TRABALHO