

Asunto C-461/20

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

24 de septiembre de 2020

Órgano jurisdiccional remitente:

Högsta förvaltningsdomstolen (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Suecia)

Fecha de la resolución de remisión:

15 de septiembre de 2020

Parte recurrente:

Advania Sverige AB

Kammarkollegiet

Parte recurrida:

Dustin Sverige AB

HÖGSTA
FÖRVALTNINGS-

ACTA

[omissis]

DOMSTOLEN

15/09/2020

[omissis]

Estocolmo

[omissis]

PARTE RECURRENTE

1. Advania Sverige AB [omissis]

2. Kammarkollegiet (Agencia estatal de servicios legales, financieros y administrativos)

Statens Inköpscentral (Central de compras del Estado)

[omissis]

PARTE RECURRIDA

Dustin Sverige AB, [*omissis*]

RESOLUCIÓN IMPUGNADA

Sentencia de 16 de octubre de 2019 del Kammarrätten i Stockholm (Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo de Estocolmo, Suecia)

ASUNTO

Revisión de la validez de ciertos acuerdos; petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

[*omissis*]

El Högsta förvaltningsdomstolen (Tribunal Supremo de lo Contencioso—Administrativo, Suecia) dicta la siguiente

RESOLUCIÓN

Se solicitará, con arreglo al artículo 267 TFUE, una decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme a la petición de decisión prejudicial que se adjunta (anexo del acta).

[*omissis*]

ANEXO

Petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 del Tratado FUE en relación con la interpretación del artículo 72, apartado 1, letra d), inciso ii), de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Directiva sobre contratación pública)

Introducción

1. Tras la declaración de concurso de un contratista, el administrador concursal cedió cuatro acuerdos marco a un nuevo contratista. Mediante su petición de decisión prejudicial, el Högsta förvaltningsdomstolen (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) desea que se dilucide si puede considerarse que el nuevo contratista se ha subrogado en la posición del contratista inicial en tales condiciones que no sea necesario llevar a cabo un nuevo procedimiento de contratación.

Derecho de la Unión aplicable

2. En virtud del artículo 72, apartado 1, letra d), inciso ii), de la Directiva sobre contratación pública, los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva.
3. El considerando 110 de la Directiva expone: De acuerdo con los principios de igualdad de trato y de transparencia, el licitador adjudicatario no debe ser sustituido por otro operador económico sin la convocatoria de una nueva licitación. No obstante, el licitador adjudicatario que ejecute el contrato ha de poder experimentar ciertos cambios estructurales, como reorganizaciones puramente internas, absorciones, concentraciones y adquisiciones o insolvencia, durante la ejecución del contrato. [La cursiva es del Högsta förvaltningsdomstolen (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo)]. Estos cambios estructurales no deben exigir automáticamente nuevos procedimientos de contratación.

Derecho nacional aplicable

4. En virtud del artículo 13, párrafo primero, del capítulo 17 de la lagen (2016:1145) om offentlig upphandling [Ley (2016:1145) de contratación pública (LOU)], podrá modificarse un contrato o un acuerdo marco mediante la sustitución de un contratista por otro contratista sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación cuando:
 1. el nuevo contratista se subroga total o parcialmente en la posición del contratista inicial a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, y
 2. el hecho de que un nuevo contratista se subroga total o parcialmente en la posición del contratista inicial no implique otras modificaciones sustanciales del contrato o del acuerdo marco.

Del párrafo segundo se desprende que tal cambio de contratista presupone que no deba excluirse al nuevo y que este cumpla los criterios de cualificación exigidos en el procedimiento de contratación inicial.

Exposición de los hechos del litigio

Contexto

5. El presente litigio se refiere a cuatro acuerdos marco con convocatoria de nueva licitación que fueron adjudicados por el Kammarkollegiet (Agencia estatal de servicios legales, financieros y administrativos) mediante un procedimiento restringido con arreglo a la actualmente derogada lagen (2007:1091) om offentlig upphandling [Ley (2007:1091) de contratación pública]. Estos acuerdos marco tienen por objeto la compra de ordenadores, pantallas de visualización, tabletas, etc. Tres acuerdos marco cubren distintas zonas geográficas y el cuarto comprende todo el territorio nacional. Diecisiete candidatos cumplían los criterios de cualificación y pasaron a la fase de selección. Si más de nueve candidatos estaban cualificados para presentar una oferta, debía efectuarse una selección sobre la base del valor añadido global máximo adjudicado.
6. Dustin Sverige AB (en lo sucesivo, «Dustin») y Misco AB (en lo sucesivo, «Misco») formaban parte de los nueve candidatos con valor añadido máximo invitados a presentar ofertas. Advania Sverige AB (en lo sucesivo, «Advania») no formaba parte de estos nueve candidatos, sino de los diecisiete que cumplían los criterios de cualificación. Se firmaron acuerdos marco con un total de seis contratistas dentro de cada sector. A Misco se le adjudicaron acuerdos en todos los sectores y a Dustin se le adjudicaron acuerdos en dos sectores.
7. Mediante escrito de 4 de diciembre de 2017, Misco solicitó al Kammarkollegiet que autorizara la cesión de los acuerdos marco a Advania. El 12 de diciembre de 2017, Misco fue declarada en concurso. El 18 de enero de 2018, el administrador concursal celebró con Advania un contrato de cesión de los acuerdos marco. Este contrato de cesión fue aprobado por el Kammarkollegiet en febrero de 2018.

Demanda de declaración de invalidez de los acuerdos marco

8. Dustin solicitó al Förvaltningsrätten i Stockholm (Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo de Estocolmo) que declarara la invalidez de los acuerdos marco celebrados entre Advania y el Kammarkollegiet. Dustin sostenía que la cesión de los cuatro acuerdos marco de Misco a Advania no constituía una modificación lícita de dichos acuerdos con arreglo al artículo 13 del capítulo 17 de la LOU, dado que Advania no se había subrogado en la posición de Misco a raíz de una reestructuración empresarial. En apoyo de esta demanda, Dustin alegó lo siguiente. No está claro que Advania haya asumido los acuerdos de subcontratación de Misco. Consta que, más allá de cierta información, Advania no ha asumido sistemas, personal o bienes de explotación ni ningún otro contrato relativo a la actividad distinto de los acuerdos marco. Por consiguiente, la cesión de los acuerdos marco no ha supuesto una modificación estructural sustancial de Misco tal como exige la Ley. El contratista existente solo enajenó los acuerdos marco de que se trata y la cesión no constituye una reestructuración empresarial en el sentido de dicha disposición.

9. El Kammarkollegiet expuso lo siguiente. De la información que le fue facilitada se desprende que Advania adquirió toda la actividad de Misco destinada a la ejecución de los acuerdos marco. A raíz de la solicitud de Misco, el Kammarkollegiet estimó que la cesión de que se trata había tenido lugar debido a una reestructuración como consecuencia de la insolvencia de Misco y que existía una identidad continuada entre Misco, que había presentado la oferta, cumplía los criterios de cualificación y había firmado los acuerdos marco, y Advania, que ejecuta a continuación los acuerdos marco. Esta apreciación se basaba en que Advania había asumido todos los acuerdos marco estatales, incluidos los contratos basados en dichos acuerdos con sus derechos y obligaciones; se había hecho cargo del personal de Misco que tenía una importancia determinante para la ejecución de los acuerdos marco (en la medida en que dicho personal quiso trabajar para Advania), de los subcontratistas que Misco había contratado para la ejecución de los compromisos asumidos en los acuerdos marco, así como de los sistemas necesarios para que Misco pudiera ejecutarlos. Advania se subrogó íntegramente en la posición de Misco en lo que respecta a los compromisos asumidos en los acuerdos marco y, parcialmente, en lo que respecta a lo que se había adquirido.

Sentencia del Förvaltningsrätten (Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo)

10. El Förvaltningsrätten (Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo) desestimó la demanda de declaración de invalidez presentada por Dustin. Por lo que respecta a la cuestión de si se cumplían los requisitos para un cambio de contratista previstos en el artículo 13, párrafo primero, del capítulo 17 de la LOU, dicho órgano jurisdiccional consideró lo siguiente. El Kammarkollegiet fue informado por Advania y por el administrador concursal de Misco sobre lo adquirido por Advania y concluyó que existía identidad entre Advania y Misco y que, por tanto, Advania podía subrogarse en la posición de Misco como contratista de los acuerdos marco. El Kammarkollegiet asume un riesgo con el cambio de contratista y su interpretación tiene cierta prioridad en una situación como la presente. El Förvaltningsrätten (Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo) estima que las circunstancias alegadas por Dustin no permiten poner en duda que Advania ha adquirido los acuerdos marco de Misco y las partes de la actividad de Misco necesarias para la ejecución de dichos acuerdos del modo previsto por el artículo 13 del capítulo 17 de la LOU. Los acuerdos marco fueron modificados mediante un cambio del contratista de una forma que encaja en lo que se entiende por reestructuración empresarial.

Recurso de apelación ante el Kammarrätten (Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo)

11. Dustin interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia ante el Kammarrätten i Stockholm (Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo de Estocolmo) y alegó lo siguiente. Los autos del presente asunto no respaldan la tesis de que Advania ha adquirido activos de Misco con el alcance

del que parte el Kammarkollegiet en su resolución por la que autorizó la cesión. Esta autoridad no presentó ningún documento que permita afirmar que algunos de los empleados de Misco pasaron efectivamente a trabajar en Advania, o que, con excepción de ciertas listas de datos, se hayan asumido sistemas. De los siete subcontratos que se mencionan, cuatro fueron celebrados antes del acuerdo de cesión, es decir, en el marco de la actividad inicial de Advania, y en ninguno de ellos se hace alusión a Misco o se indica que el contrato supondría que Advania asumiría una relación contractual existente. Advania tampoco ha asumido ningún otro acuerdo marco de clientes públicos. Estos hechos muestran que Advania, al margen de ciertas listas de información, solo adquirió los acuerdos marco y, por tanto, no asumió ninguna rama de actividad. No puede considerarse que una cesión limitada de este tipo haya tenido como consecuencia que Advania se haya subrogado en la posición de Misco a raíz de una reestructuración de empresarial.

12. El Kammarkollegiet consideró que debía desestimarse el recurso de apelación y alegó lo siguiente. Existen muchas razones para que el examen de este asunto se circunscriba a la cuestión de si se ha producido una reestructuración empresarial. El hecho de que la cesión se haya realizado por motivos de insolvencia, supuesto indicado expresamente en la norma legal, aboga por considerar que se cumple este requisito. Dado que el concurso es un acontecimiento extraordinario, la insolvencia es un tipo particular de reestructuración empresarial. Es improbable que Misco se declarara en concurso con vistas a la comercialización de los acuerdos marco.
13. Advania consideró que debía desestimarse el recurso de apelación y alegó lo siguiente. En el marco del concurso, Misco liquidó todas las partes de su actividad que no podían enajenarse, en particular a Advania. Por consiguiente, carece de pertinencia qué elementos concretos de la masa concursal fueron adquiridos por Advania.

Sentencia del Kammarrätten (Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo)

14. El Kammarrätten (Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo) estimó el recurso de Dustin y resolvió que los cuatro acuerdos marco entre Advania y el Kammarkollegiet eran inválidos. Este órgano jurisdiccional declaró que el Kammarkollegiet había aprobado la cesión de los acuerdos marco debido a la insolvencia de Misco y añadió lo siguiente. Conforme a dicha cesión, Misco transmitió, además de los contratos marco, sus derechos sobre los datos de su personal, su clientela y sus proveedores, las estadísticas y el historial de sus mercancías, además del derecho a hacerse cargo de los subcontratistas de la empresa, y Advania se declaró dispuesta a ofrecer a cierto número de «empleados clave» un empleo en condiciones de mercado. De los autos se desprende que un empleado se integró posteriormente en Advania. También se desprende de los autos que, según Advania, la lista de clientes de Misco no estaba completamente actualizada ni era pertinente, y que los clientes de Misco ya habían tenido tiempo de cambiar de proveedor. No existe ningún elemento que demuestre que, como

consecuencia del acuerdo de cesión, Advania hubiera sustituido a Misco en su relación con subcontratistas. Tampoco existe ningún elemento que demuestre que se hayan transmitido otros acuerdos marco públicos. En cambio, Dustin aportó información que refleja que Misco era parte, por lo menos, en otro acuerdo marco público y que este no se cedió a Advania. Los autos muestran que Misco no transmitió, en lo esencial, ninguna actividad a Advania, a excepción de los acuerdos marco de que se trata. Por consiguiente, en opinión del Kammarrätten (Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo), no puede considerarse que Advania se haya subrogado total o parcialmente en la posición de Misco en el sentido del artículo 13 del capítulo 17 de la LOU. Por lo tanto, se ha producido una modificación sustancial. El Kammarkollegiet no debería haber autorizado el cambio de contratista. En consecuencia, ha habido una contratación directa ilícita.

Alegaciones de las partes

Advania

15. Advania solicita la anulación de la sentencia del Kammarrätten (Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo) y la confirmación de la sentencia del Förvaltningsrätten (Tribunal de Primera Instancia de lo Contencioso-Administrativo). Alega lo siguiente. Advania no cuestiona la apreciación realizada por el Kammarrätten (Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo) sobre los elementos contenidos en la cesión procedente de la masa concursal. En el presente asunto se produjo una reestructuración del anterior contratista por razón de insolvencia seguida de concurso, que tuvo como consecuencia que el administrador concursal enajenó partes de la actividad existente a Advania, entre otros. Las restantes partes de la actividad de la empresa concursada fueron liquidadas. Advania aceptó asumir todas las obligaciones de Misco incluidas en los acuerdos marco y, de este modo, Advania se subrogó plenamente en la posición de Misco en dichos acuerdos. Ni la LOU ni la Directiva sobre contratación pública exigen que deba transmitirse al nuevo contratista una actividad de determinada naturaleza o determinado alcance. Evidentemente, no se trata de un caso en el que solo se haya transmitido un contrato adjudicado y el contratista inicial siga desarrollando su actividad normalmente.

Kammarkollegiet

16. El Kammarkollegiet solicita la anulación de la sentencia del Kammarrätten (Tribunal de Apelación de lo Contencioso-Administrativo) y la declaración de validez de los acuerdos marco. Alega lo siguiente. La cuestión central es cómo debe interpretarse la expresión «se subroga total o parcialmente en la posición del contratista inicial». El Kammarkollegiet considera que debe interpretarse en el sentido de que el contratista cesionario se subroga en los derechos y obligaciones del contratista inicial derivados del acuerdo marco o del contrato cedido. En el supuesto de que deba interpretarse en el sentido de que impone algún tipo de cesión de actividad y de transmisión de elementos patrimoniales, la aplicación de

esta disposición se vería considerablemente limitada. Es sumamente improbable que un nuevo contratista continúe la ejecución de los contratos del mismo modo que el anterior. La cuestión fundamental es que el nuevo contratista pueda ejecutar el contrato de conformidad con las condiciones y requisitos establecidos inicialmente. La asunción parcial de un acuerdo no implica necesariamente que se realicen otras modificaciones sustanciales este.

Dustin

17. Dustin solicita que se desestime el recurso de casación y alega lo siguiente. El hecho de que, como consecuencia de una reestructuración empresarial, el nuevo contratista se haya subrogado total o parcialmente en la posición del contratista inicial no puede referirse razonablemente a la asunción por el nuevo contratista del acuerdo adjudicado. Si este fuera el caso, sería posible adquirir acuerdos adjudicados individuales sin asumir simultáneamente ninguna parte de la actividad a la que se refieren los acuerdos. Este enfoque permitiría comercializar acuerdos adjudicados casi libremente. Tal interpretación permitiría también la asunción parcial de derechos y obligaciones que se derivan del acuerdo, lo que sería difícilmente conciliable con la exigencia de que el cambio de contratista no suponga otras modificaciones sustanciales del acuerdo. Debe poder considerarse que la excepción relativa a los cambios de contratista en caso de reestructuraciones empresariales presupone que la principal finalidad de la operación sea que el nuevo contratista asuma toda (o partes de) la actividad a las que se refiere el acuerdo y que la cesión del propio acuerdo, es decir, el cambio de contratista, sea accesorio en relación con la cesión de la actividad. La subrogación del nuevo contratista en el acuerdo de que se trate es la consecuencia de la modificación y no la condición para que esta se produzca.

Necesidad de una decisión prejudicial

18. En el litigio principal ante el Högsta förvaltningsdomstolen (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo), la interpretación de la disposición relativa al cambio de contratista prevista en el artículo 72, apartado 1, letra d), inciso ii), de la Directiva sobre contratación pública reviste una importancia determinante. Para la resolución del presente asunto es necesario contar con una interpretación de los términos «un nuevo contratista sustituya al designado en un principio [...] como consecuencia de la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia».
19. El Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre la interpretación de dicho artículo en la perspectiva ahora controvertida. El Högsta förvaltningsdomstolen (Tribunal Supremo de lo Contencioso— Administrativo) estima que no está clara la correcta interpretación de esta disposición.

20. Ante esta situación, el Högsta förvaltningsdomstolen (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) considera necesario plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial.

Cuestión prejudicial

21. El hecho de que un nuevo contratista se haya subrogado en los derechos y obligaciones del contratista inicial derivados de un acuerdo marco, tras la declaración de concurso del contratista inicial y la cesión de dicho acuerdo por el administrador concursal, ¿permite considerar que el nuevo contratista sustituyó al contratista inicial en las condiciones previstas por el artículo 72, apartado 1, letra d), inciso ii), de la Directiva sobre contratación pública?

DOCUMENTO DE TRABAJO