



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 9 de setembro de 2021¹

Processo C-461/20

**Advania Sverige AB,
Kammarkollegiet
contra
Dustin Sverige AB**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo, Suécia)]

«Reenvio prejudicial — Contratos públicos — Diretiva 2014/24/UE — Artigo 72.º, n.º 1, alínea d), ii) — Modificação de contratos durante o seu período de vigência — Insolvência — Cessão de acordos-quadro na sequência da falência do contratante inicial — Novo contratante — Conceito de “alteração substancial do contrato” — Exceção à aplicação de um novo procedimento de contratação — Requisitos»

I. Introdução

1. O presente processo, que diz respeito à Diretiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos², tem por objeto uma das exceções à aplicação do procedimento de contratação, nomeadamente, quando o titular do contrato se torna insolvente durante a execução do mesmo. A exceção referida está prevista no artigo 72.º, n.º 1, alínea d), ii), da Diretiva 2014/24 (a seguir «disposição controvertida»).
2. O Tribunal de Justiça é questionado sobre as condições em que essa exceção se aplica e, mais particularmente, se essas condições exigem que o substituto do contratante inicial assuma não só o contrato em causa mas também pelo menos parte da atividade deste último.
3. A questão é colocada no âmbito de um litígio que opõe o Kammarkollegiet, a Agência Sueca de Serviços Jurídicos, Financeiros e Administrativos, e a Advania Sverige AB (a seguir «Advania»), a sucessora do contratante inicial, à Dustin Sverige AB (a seguir «Dustin»), uma sociedade com interesse nos contratos em causa no processo principal. Esta última contesta a cessão à Advania dos acordos-quadro inicialmente adjudicados à Misco AB, após a declaração de falência deste

¹ Língua original: francês.

² Diretiva 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).

contratante inicial, sem procedimento de contratação, em conformidade com a Diretiva 2014/24, e sem que essa cessão seja acompanhada da transferência de pelo menos uma parte da atividade da Misco, nomeadamente a que permite a execução desses acordos-quadro.

4. A insolvência do adjudicatário inicial e a sua substituição por um novo adjudicatário é uma situação que, em princípio, é inesperada e extraordinária, sendo normalmente tomadas todas as precauções para assegurar a solvência dos proponentes. No entanto, este é um problema com que as autoridades adjudicantes são por vezes confrontadas na vida das empresas, como comprova o caso no processo principal, e que o legislador decidiu cobrir pela primeira vez na disposição controvertida. O Tribunal de Justiça é convidado a refletir sobre a questão de saber se essa disposição permite que seja designado um novo adjudicatário, particularmente por um administrador judicial, sem necessidade de novo concurso nem obrigação de que o novo adjudicatário assuma parte da atividade do adjudicatário inicial, e sem, todavia, violar os princípios que regem o procedimento de contratação pública que a Diretiva 2014/24 visa preservar.

5. No final da minha análise, proporei que o Tribunal de Justiça decida que a exceção prevista pela disposição controvertida não exige que o novo adjudicatário, a quem é adjudicado o contrato para substituir o adjudicatário inicial, adquira também parte da atividade deste último.

II. Quadro jurídico

A. Diretiva 2014/24

6. Os considerandos 107 e 110 da Diretiva 2014/24 enunciam:

«(107) É necessário esclarecer as condições em que as modificações de um contrato durante a sua execução exigem um novo procedimento de contratação, tendo em conta a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia. É exigido um novo procedimento de contratação em caso de alterações materiais ao contrato inicial, em particular ao âmbito de aplicação e ao conteúdo dos direitos e obrigações mútuos das partes, incluindo a distribuição de direitos de propriedade intelectual. Tais alterações demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais desse contrato. Isso verifica-se, em particular, nos casos em que as condições alteradas poderiam ter tido influência no resultado do procedimento, se tivessem sido inicialmente contempladas.

[...]

(110) Em conformidade com os princípios da igualdade de tratamento e da transparência, o adjudicatário não deverá, por exemplo quando um contrato seja rescindido devido a deficiências na execução, ser substituído por outro operador económico sem abrir novo concurso relativo ao contrato. Todavia, o adjudicatário responsável pela execução do contrato pode, em particular quando o contrato tenha sido adjudicado a mais do que uma empresa, sofrer algumas alterações estruturais durante essa execução, nomeadamente reestruturações puramente internas, OPA, fusões e aquisições ou falências. Tais alterações estruturais não deverão exigir automaticamente novos procedimentos de contratação para todos os contratos públicos executados pelo adjudicatário em causa.»

7. O artigo 18.º dessa diretiva, sob a epígrafe «Princípios da contratação», dispõe no seu n.º 1:

«As autoridades adjudicantes tratam os operadores económicos de acordo com os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação e atuam de forma transparente e proporcionada.

Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. [...]»

8. O artigo 57.º, n.º 4, alínea b), da referida diretiva prevê:

«As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação, numa das seguintes situações:

[...]

b) Se o operador económico tiver sido declarado em estado de insolvência ou em processo de insolvência, se os seus bens estiverem sob administração judicial ou por um liquidatário, se tiver celebrado um acordo com os credores, se as suas atividades estiverem suspensas ou se encontrarem em qualquer situação análoga resultante de um processo da mesma natureza nos termos da legislação e regulamentação nacionais;»

9. O artigo 72.º da Diretiva 2014/24, intitulado «Modificação de contratos durante o seu período de vigência», prevê:

«1. Os contratos e os acordos-quadro podem ser modificados sem novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos:

[...]

d) Se o adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato for substituído por um novo adjudicatário, por um dos seguintes motivos:

[...]

ii) 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 presente diretiva; [...]

[...]

e) Se as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais na aceção do n.º 4.

[...]

4. A modificação de um contrato ou de um acordo-quadro durante o seu período de vigência é considerada substancial, na aceção do n.º 1, alínea e), quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente. Em qualquer caso, sem prejuízo dos n.ºs 1 e 2, uma modificação é considerada substancial se se verificar uma ou mais das seguintes condições:

- a) A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso;
- b) A modificação altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial;
- c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro;
- d) O adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato é substituído por um novo adjudicatário, em casos não previstos no n.º 1, alínea d).

[...]»

B. Direito sueco

10. A lag (2016:1145) om offentlig upphandling [Lei (2016:1145) Relativa aos Contratos Públicos; a seguir «LOU»]³ previa no seu capítulo 17, artigo 13.º, que um contrato ou um acordo-quadro pode ser modificado através da substituição de um adjudicatário por outro, sem novo procedimento de contratação, se as condições seguintes estiverem preenchidas:

«1) O novo adjudicatário substituir, no todo ou em parte, o adjudicatário inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão, aquisição, ou insolvência, e

2) A circunstância de um novo adjudicatário substituir, no todo ou em parte, o adjudicatário inicial para o novo adjudicatário não implicar outras modificações substanciais do contrato ou do acordo-quadro».

11. O órgão jurisdicional de reenvio esclarece que decorre da segunda condição que essa substituição de fornecedor pressupõe que o novo fornecedor não deva ser excluído pelos motivos de exclusão previstos nessa lei e que preencha os critérios de seleção estabelecidos no contrato inicial.

III. Litígio no processo principal, questão prejudicial e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

12. O Kammarkollegiet tinha aberto um concurso para o fornecimento de equipamento informático, particularmente computadores, ecrãs de computador e *tablets*, através de concurso limitado⁴, em conformidade com a LOU.

³ O órgão jurisdicional de reenvio indica que esta lei foi entretanto revogada.

⁴ Este concurso é descrito no artigo 28.º da Diretiva 2014/24.

13. Dezassete candidatos, incluindo a Advania, demonstraram que preenchiam as condições exigidas. Em conformidade com as regras do concurso limitado⁵, o Kammarkollegiet tinha previsto que se mais de nove candidatos preenchessem estas condições, apenas os nove melhor colocados seriam convidados a apresentar propostas. A Advania não fazia parte desse grupo.

14. Foram celebrados acordos-quadro com seis fornecedores em diferentes domínios. Foram adjudicados à Misco quatro acordos-quadro em todos os domínios em questão. À Dustin foram adjudicados acordos-quadro em dois desses domínios.

15. Por carta de 4 de dezembro de 2017, a Misco requereu ao Kammarkollegiet autorização para ceder os seus quatro acordos-quadro à Advania. Em 12 de dezembro de 2017, a Misco foi declarada falida. Em 18 de janeiro de 2018, o administrador judicial assinou com a Advania um contrato de cessão dos quatro acordos-quadro. A cessão foi aprovada pelo Kammarkollegiet no mês de fevereiro de 2018.

16. No seguimento desta cessão, a Dustin apresentou no Förvaltningsrätten i Stockholm (Tribunal Administrativo, Estocolmo, Suécia) um pedido de declaração de nulidade dos acordos-quadro entre a Advania e o Kammarkollegiet.

17. O Förvaltningsrätten i Stockholm (Tribunal Administrativo, Estocolmo) julgou esse pedido improcedente. Concluiu que a Advania tinha obtido os acordos-quadro e adquirido os ramos de atividade da Misco que permitiam a execução desses acordos-quadro, como exigido pelo capítulo 17, artigo 13.º, da LOU.

18. A Dustin interpôs recurso desta sentença para o Kammarrätten i Stockholm (Tribunal Administrativo de Recurso, Estocolmo, Suécia), que deu provimento ao recurso e declarou nulos os quatro acordos-quadro entre a Advania e o Kammarkollegiet. O Kammarrätten i Stockholm (Tribunal Administrativo de Recurso, Estocolmo) considerou que o Kammarkollegiet tinha autorizado a cessão dos acordos-quadro devido à insolvência da Misco. Declarou, todavia, ao contrário do juiz em primeira instância, que, com exceção dos acordos-quadro em causa, a Misco não tinha transferido praticamente nenhuma atividade para a Advania e, portanto, que a Advania não podia ser considerada como tendo sucedido a título universal ou parcial à Misco na aceção do capítulo 17, artigo 13.º, da LOU. Este tribunal de recurso observou assim, nomeadamente, que apenas um empregado da Misco tinha sido posteriormente transferido para a Advania, que a lista de clientes da Misco transferidos para a Advania não estava totalmente atualizada ou era relevante, e que não existiam provas de que a Advania tivesse retomado subcontratantes da Misco.

19. A Advania e o Kammarkollegiet interpuseram recurso deste acórdão de segunda instância para o Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo, Suécia). Nos seus recursos, não contestam a apreciação do tribunal de recurso relativamente aos elementos extraídos da massa insolvente e incluídos na cessão. No entanto, argumentam que tal cessão preenche a condição de uma sucessão universal ou parcial nos termos do capítulo 17, artigo 13.º, da LOU e da Diretiva 2014/24.

20. Segundo a Advania e o Kammarkollegiet, nem a LOU nem a Diretiva 2014/24 exigem a cessão ao novo fornecedor de uma atividade de certa natureza ou dimensão além dos acordos-quadro.

⁵ V. artigo 65.º da Diretiva 2014/24, com a epígrafe «Redução do número de candidatos qualificados que são convidados a participar».

21. A Dustin, por seu lado, considera que resulta dos termos «sucede ao fornecedor inicial a título universal ou parcial» associados ao conceito de «operações de reestruturação» que figuram na disposição controvertida que o novo contratante deve assumir com o acordo-quadro a totalidade ou parte da atividade do contratante inicial afeta à execução dos contratos em questão.

22. À luz destas diferentes interpretações, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que necessita de uma clarificação do âmbito da disposição controvertida e, particularmente, do que se deve entender por substituição na sequência de «transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência».

23. Nestas condições, o Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«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 [2014/24]?»

24. O pedido de decisão prejudicial, de 15 de setembro de 2020, deu entrada no Tribunal de Justiça em 24 de setembro de 2020.

25. Apresentaram observações escritas a Advania, o Kammarkollegiet, a Dustin, o Governo austríaco e a Comissão Europeia.

IV. Análise

26. A fim de apreciar o alcance da disposição controvertida, recorro desde logo, tal como o Tribunal de Justiça decidiu no Acórdão *pressetext Nachrichtenagentur*⁶, que uma alteração de cocontratante constitui, geralmente, uma alteração de um dos termos essenciais do contrato público. Esta consideração foi retomada no artigo 72.º, n.º 4, alínea d), da Diretiva 2014/24.

27. Daqui decorre que, em princípio, a substituição do adjudicatário inicial constitui uma modificação substancial do contrato que implica um novo procedimento de contratação⁷, em conformidade com os princípios da transparência e da igualdade de tratamento subjacentes à obrigação de concorrência entre os candidatos potencialmente interessados dos diferentes Estados-Membros⁸.

28. A título excecional, a disposição controvertida prevê a possibilidade de designar um substituto para o adjudicatário inicial, em caso de insolvência deste último, sem que seja aplicado tal procedimento.

⁶ Acórdão de 19 de junho de 2008 (C-454/06, a seguir «Acórdão *pressetext*», EU:C:2008:351, n.º 40). Examino as consequências deste acórdão mais pormenorizadamente nos números 70 a 78 destas conclusões.

⁷ V., nesse sentido, o Acórdão *pressetext*, n.º 47, e o artigo 72.º, n.º 1, alínea e), da Diretiva 2014/24.

⁸ V. Acórdão de 7 de setembro de 2016, *Finn Frogne* (C-549/14, EU:C:2016:634, n.º 28). Estes princípios e a obrigação de concorrência são recordados no artigo 18.º da Diretiva 2014/24.

29. Levanta-se a questão de saber precisamente em que condições essa exceção se aplica e, particularmente, se é necessário que o sucessor assuma pelo menos parte da atividade do adjudicatário inicial.

30. Foram apresentadas ao Tribunal de Justiça duas interpretações divergentes da disposição controvertida.

31. Segundo uma primeira interpretação, defendida pelo Kammarkollegiet, pela Advania e pelo Governo austríaco, a disposição controvertida deve ser interpretada no sentido de que a substituição do adjudicatário inicial, na sequência da sua insolvência, não exige que a cessão do contrato para o novo contratante seja acompanhada da retoma por este de parte da atividade do contratante inicial. Consideram que se esses termos fossem entendidos no sentido de que exige algum tipo de transmissão de atividade, a aplicabilidade desta disposição ficaria severamente limitada.

32. A segunda interpretação, defendida pela Dustin e pela Comissão, assenta inversamente na presunção de que o novo contratante assume pelo menos parte da atividade do adjudicatário inicial. A Dustin considera que, de outra forma, se daria quase rédea solta ao comércio de acordos adjudicados.

33. Segundo a Dustin e a Comissão, é importante, para não comprometer os princípios da igualdade de tratamento e da transparência e, portanto, o objetivo de garantir a concorrência, que a identidade material do adjudicatário inicial seja mantida, ou seja, que os ativos utilizados para a execução do acordo-quadro, ou pelo menos parte deles, sejam transferidos para o substituto, para que haja continuidade entre o contratante inicial e o seu substituto. A Comissão admite que isto pode não ser possível quando a atividade do adjudicatário inicial é completamente dissolvida. Contudo, numa tal situação, a fim de assegurar a igualdade de tratamento dos proponentes iniciais, é necessário que a autoridade adjudicante lhes dê prioridade, por exemplo, seguindo a sua ordem de classificação no final do procedimento de adjudicação do contrato inicial.

34. O desafio é considerável. É pedido ao Tribunal de Justiça que precise a margem de manobra de que dispõe a autoridade adjudicante em caso de insolvência do adjudicatário inicial para substituir este último.

35. Na minha opinião, o texto da disposição controvertida não se presta a uma interpretação tal como a proposta pela Dustin e pela Comissão. Na minha análise, tentarei demonstrar que esta disposição deve ser entendida de acordo com a primeira interpretação, com base na sua redação (secção A), no seu contexto interno e externo, ou seja, nas disposições que a enquadram e nos trabalhos preparatórios (secção B), bem como nos objetivos prosseguidos pelo legislador (secção C).

A. Quanto à redação da disposição controvertida

36. Antes de mais, saliento que a redação do artigo 72.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24 prevê que os acordos-quadro possam ser modificados sem um novo procedimento de contratação em cinco casos enumerados nas alíneas a) a e) dessa disposição. A alínea d), ii), cuja interpretação é solicitada ao Tribunal de Justiça, menciona expressamente a insolvência do adjudicatário inicial

como um dos casos em que um acordo-quadro pode ser adjudicado a um novo adjudicatário sem um novo procedimento de contratação, embora essa alteração constitua uma modificação substancial do contrato.

37. A disposição controvertida subordina a aplicação da exceção em causa a vários requisitos, mas estes requisitos não incluem expressamente a transferência de parte da atividade do adjudicatário inicial.

38. Esses requisitos são três, a saber:

- O novo adjudicatário é um operador económico que *preenche os critérios de seleção qualitativa*. É facto assente que essa condição está preenchida numa situação, tal como a do processo principal, em que o novo adjudicatário, neste caso a Advania, era uma das empresas consideradas qualificadas para concorrer⁹.
- A substituição pelo novo adjudicatário não implica quaisquer *outras modificações substanciais ao contrato*. Este requisito também não parece suscitar nenhuma dúvida no processo principal, tal como apresentado pelo órgão jurisdicional de reenvio.
- A substituição pelo novo adjudicatário *não se destina a contornar a aplicação da Diretiva 2014/24*. A substituição em causa não deve ser uma porta traseira pela qual a autoridade adjudicante seleciona o contratante da sua escolha, sem abrir concurso aos candidatos interessados. Voltarei a este último requisito que visa evitar que as regras de adjudicação de contratos previstas nesta diretiva sejam contornadas¹⁰. No entanto, gostaria de salientar desde já que não foi sugerido pelo órgão jurisdicional de reenvio que, no processo principal, a designação do novo contratante se destinasse a evitar a aplicação dessas regras.

39. A Dustin e a Comissão alegam, no entanto, que a necessidade de transferência de pelo menos parte da atividade do adjudicatário inicial decorre implicitamente dos próprios termos da disposição controvertida, segundo a qual o adjudicatário inicial é substituído por outro operador económico após «*transmissão universal ou parcial* da posição do contratante inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência¹¹».

40. Saliento que os termos utilizados variam ligeiramente de uma versão linguística para outra da disposição controvertida. Assim, nas versões em inglês e francês desta disposição, são utilizados os termos «transmissão universal ou parcial», enquanto na versão em sueco da disposição controvertida se afirma que outro operador económico «substitui no todo ou em parte» o fornecedor inicial.

41. No entanto, no contexto do presente caso, esses termos parecem-me ser em grande medida equivalentes.

⁹ V. n.º 13 das presentes conclusões.

¹⁰ V. n.ºs 84, 86 e 87 das presentes conclusões.

¹¹ Sublinhado é meu.

42. Em minha opinião, resulta, corretamente, da ênfase colocada por todas as partes que apresentaram observações ao Tribunal de Justiça sobre o conceito de «transmissão», que o novo contratante sucede a título universal ou parcial ao adjudicatário inicial. A versão inglesa sublinha ainda mais esta ideia ao especificar que a substituição ocorre «como consequência» de uma transmissão universal ou parcial¹².

43. Daqui decorre que o novo contratante assume a totalidade ou parte do património do adjudicatário inicial. Saliento, no entanto, que o conceito de «parte» não está definido na disposição controvertida. A parte pode ser maior ou menor dependendo do acontecimento que deu origem a esta transmissão¹³. A leitura literal destes termos permite, portanto, entender que o novo contratante apenas pode assumir um contrato público ou um acordo-quadro.

44. Saliento, no entanto, que o conceito de «parte» não permite considerar que apenas uma parte de um contrato ou acordo-quadro pode ser transferida, pois isso constituiria uma alteração significativa do contrato ou acordo-quadro e seria contrário à condição de que não deve haver outras «modificações substanciais». Uma redução do âmbito de aplicação do acordo-quadro é, na minha opinião, claramente suscetível de alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do novo contratante de uma forma que não estava prevista no acordo-quadro inicial e, portanto, de constituir uma «modificação substancial» na aceção do artigo 72.º, n.º 4, alínea b), da Diretiva 2014/24.

45. Segue-se que o novo adjudicatário que substitui o adjudicatário inicial deve assumir o acordo-quadro ou o contrato público na sua totalidade. Por outras palavras, ele deve aceitar o conjunto dos direitos e obrigações resultantes desse contrato¹⁴.

46. Como especificado no resto da disposição controvertida, o acontecimento que dá origem à transmissão deve ser uma reestruturação, a qual pode assumir várias formas. O legislador enumera quatro a título de exemplo, portanto, de forma não exaustiva. Constató, tal como a Comissão, que os três primeiros exemplos citados, nomeadamente a OPA, a fusão e a aquisição, têm semelhanças. Nos três casos, as operações referidas implicam a continuidade da empresa em causa, ou seja, a manutenção da sua atividade, bem como dos meios materiais e humanos necessários à mesma.

47. Por outro lado, em caso de insolvência, mencionada como quarto exemplo, a empresa não continua necessariamente a existir. Muitas situações são possíveis. Embora a empresa possa continuar a operar na sua totalidade, ela também pode ser dissolvida e os seus ativos vendidos, se necessário, um a um. Neste último caso, um acordo-quadro que constitua um dos ativos da empresa pode ser transferido separadamente para um terceiro, sem que este venha a assumir outro ativo desta empresa.

48. Lendo apenas o teor da disposição controvertida, não vejo nada que sugira que, em caso de insolvência do contratante inicial, além da cessão de um acordo-quadro de que era titular, uma parte dos outros ativos que possuía deva necessariamente ser transferida para o novo contratante.

¹² Na versão em língua inglesa lê-se: «as a consequence of universal or partial succession into the position of the initial contractor».

¹³ V. n.ºs 46 e 47 das presentes conclusões.

¹⁴ Constató que este ponto não é contestado. A Dustin sublinha que o acordo-quadro não pode ser transferido apenas em parte para o novo contratante.

49. Por conseguinte, não partilho da opinião da Comissão de que o facto de os três primeiros exemplos envolverem a continuação da atividade do adjudicatário inicial e de a insolvência ser, nos termos da norma, colocada no mesmo plano que esses exemplos implicaria também uma continuidade total ou pelo menos parcial da atividade subjacente do contratante inicial. Assim, segundo essa instituição, o legislador não previu o caso em que a atividade do adjudicatário inicial é completamente dissolvida.

50. Considero, pela minha parte, que na falta de uma limitação expressa, no texto da Diretiva 2014/24, do alcance do conceito de «insolvência», esse termo não pode ser compreendido de forma tão restrita como a Comissão propõe.

51. Esta leitura é, a meu ver, corroborada pelo contexto da disposição controvertida.

B. Quanto ao contexto da disposição controvertida

52. Os trabalhos preparatórios demonstram, a meu ver, que a insolvência não é um exemplo de uma reestruturação semelhante à OPA, à fusão e à aquisição, da qual resultaria que o novo adjudicatário deveria apresentar uma identidade material¹⁵ com o adjudicatário inicial e, consequentemente, manter a parte da atividade que este último tinha afeto à execução do contrato público em causa. Pelo contrário, resulta dos trabalhos preparatórios que o legislador previu, desde o início, a insolvência em sentido lato, como uma situação distinta da OPA, fusão e aquisição.

53. Noto, antes de mais, que, no seu Livro Verde sobre contratos públicos¹⁶, a Comissão convidou as partes interessadas a exprimir os seus pontos de vista especificamente sobre as modificações relativas ao adjudicatário, caso a situação deste último se alterasse em resultado de incidentes que comprometessem a sua capacidade de executar o contrato, tais como a falência. A Comissão sublinhou que se devia discutir se era ou não necessário definir, no âmbito da União, instrumentos que permitissem às autoridades adjudicantes fornecer uma solução adequada para tais situações. Por conseguinte, a Comissão perguntou às partes interessadas se consideravam que a legislação da UE deveria prever explicitamente a obrigação ou o direito de as autoridades adjudicantes mudarem de fornecedor ou de pôr termo ao contrato em certos casos e se deveria também estabelecer procedimentos específicos para a escolha do novo fornecedor¹⁷.

54. A Comissão previa, nomeadamente, a possibilidade de substituir o adjudicatário inicial, em caso de insolvência, por um procedimento simplificado ou de nomear o segundo melhor proponente selecionado no final do concurso inicial, ou mesmo de reabrir o concurso apenas com os proponentes que tivessem participado nesse procedimento inicial, desde que este não se tivesse realizado há muito tempo¹⁸.

¹⁵ O conceito de «identidade material» entre operadores económicos é utilizado no âmbito da verificação da conformidade das propostas apresentadas pelos proponentes e está ligado ao conceito de «identidade jurídica». Deve existir uma identidade jurídica e material entre os operadores económicos pré-selecionados e aqueles que apresentam as propostas [v. Acórdãos de 24 de maio de 2016, MT Højgaard e Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, n.º 40) e de 11 de julho de 2019, Telecom Italia (C-697/17, EU:C:2019:599, n.º 34)]. Saliento, no entanto, que este requisito é necessário na fase de contratação e não na fase de execução do contrato.

¹⁶ Livro Verde da Comissão, de 27 de janeiro de 2011, sobre a modernização da política de contratos públicos da UE — Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente [COM (2011) 15 final, a seguir «Livro Verde»].

¹⁷ V. questão 41 do Livro Verde.

¹⁸ V. página 27 e nota de rodapé 61 do Livro Verde.

55. Na sua proposta inicial de diretiva¹⁹, elaborada tendo em conta as observações recebidas sobre o seu Livro Verde, a Comissão propôs que a exceção ao procedimento de contratação pública se aplicasse em caso de reestruturação *ou* insolvência de empresas²⁰. A Comissão distinguiu assim claramente as duas situações, especificando no preâmbulo da sua proposta de diretiva os tipos de situações previstas, qualificadas de «modificações estruturais», nomeadamente a reorganização interna, as fusões e aquisições, bem como a insolvência²¹.

56. O facto de a redação final da disposição controvertida não fazer expressamente essa distinção e de o legislador ter preferido enumerar exemplos das situações previstas não implica, a meu ver, que tenha colocado a insolvência, por um lado, e as OPA, fusões e aquisições, por outro, em pé de igualdade no que respeita à transmissão de atividade para o novo contratante.

57. A minha análise é apoiada pelo significado do termo «operações de reestruturação» que não está limitado às hipóteses em que as atividades da empresa em causa são mantidas²².

58. Considero, assim, que o legislador pretendeu precisar na própria disposição controvertida, e não apenas no preâmbulo da Diretiva 2014/24, como anteriormente proposto, os tipos de situações previstas, sem sugerir que todas elas apresentam características semelhantes no que respeita à retoma da atividade do adjudicatário inicial, a fim de permitir a execução do contrato público.

59. O contexto interno da disposição controvertida no âmbito da Diretiva 2014/24 corrobora, a meu ver, essa interpretação.

60. A disposição controvertida faz parte do artigo 72.º da referida diretiva, intitulado «Modificação de contratos durante o seu período de vigência», que descreve minuciosamente nos seus vários parágrafos as exceções à obrigação de seguir as regras do procedimento de contratação e as suas condições de aplicação. Os n.ºs 1 e 2 enumeram os casos em que os contratos e acordos-quadro podem ser modificados sem um novo procedimento de contratação, e o n.º 5 salienta que, no caso de modificações diferentes das previstas nesses dois números, é necessário um novo procedimento de contratação. O n.º 4 desse artigo especifica o que constitui uma modificação substancial a um contrato ou acordo-quadro, sublinhando que a nomeação de um novo contratante constitui tal modificação, *exceto*, entre outros, nos casos previstos no n.º 1, alínea d) e, nomeadamente, em caso de insolvência, tal como especificado na disposição controvertida.

61. Este artigo 72.º especifica para cada caso previsto as condições em que se aplicam as exceções aos procedimentos de contratação. Ora, como já salientei, estas não mencionam a obrigação de transferir pelo menos parte da atividade do contratante inicial para o novo contratante, em caso de insolvência do contratante inicial.

62. Uma vez que constitui uma exceção à regra geral de procedimento de contratação pública, a disposição controvertida deve certamente ser objeto de uma interpretação estrita no que respeita ao conceito de «insolvência». No entanto, esta interpretação não pode privar a exceção do seu

¹⁹ Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao procedimento de contratação pública [COM (2011)896 final; a seguir «proposta de diretiva»].

²⁰ V. proposta de diretiva, artigo 72.º, n.º 3.

²¹ V. considerando 47 da proposta de diretiva.

²² Como decorre do Parecer do Conseil d'Etat (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, França) (Secção de Finanças) de 8 de julho de 2000 (Cessão de contratos — n.º 141654), uma operação de reestruturação pode resultar do desaparecimento do titular original do contrato público.

efeito útil. Ora, este seria o caso²³, a meu ver, se o conceito de «insolvência» estivesse limitado a situações em que o funcionamento da empresa em causa pudesse ser continuado, pelo menos em parte, e não fosse compreendido no seu sentido mais amplo habitual. A este respeito, sublinho que o termo «insolvência» é utilizado de uma forma geral e que, na minha opinião, é suscetível de abranger todas as situações de insolvência mencionadas no artigo 57.º, n.º 4, alínea b), da Diretiva 2014/24²⁴.

63. Considero, assim, que a exceção relativa à insolvência se aplica sem quaisquer outros requisitos, além dos três mencionados na disposição controvertida e recordados no n.º 38 das presentes conclusões.

64. O considerando 110 da diretiva apoia esta análise ao afirmar que, em caso de «algumas alterações estruturais» no adjudicatário durante a execução do contrato, incluindo a insolvência, não é automaticamente necessária a abertura de novo procedimento. A expressão «algumas alterações estruturais» leva, pela sua generalidade, a uma compreensão particularmente ampla do termo «operações de reestruturação». Os exemplos citados englobam incidentes ou acontecimentos suscetíveis de afetar a própria estrutura de uma sociedade e são tão diversos como uma reestruturação puramente interna ou insolvência, passando pela OPA.

65. A interpretação da disposição controvertida que proponho, segundo a qual não é possível inferir da redação e do contexto dessa disposição que parte da atividade do adjudicatário inicial deve ser transferida para o novo adjudicatário para que se aplique a exceção relativa à insolvência do adjudicatário inicial, é ainda corroborada pelos objetivos prosseguidos pela Diretiva 2014/24.

C. Objetivos da Diretiva 2014/24

66. Os objetivos prosseguidos pelo legislador decorrem da exposição de motivos da proposta de diretiva.

67. Embora confirmando o objetivo de garantir a concorrência entre candidatos em todos os Estados-Membros e reafirmando, para o efeito, os princípios da transparência e da igualdade de tratamento, o legislador pretendeu, em primeiro lugar, ter em conta outros objetivos²⁵ e, em segundo lugar, introduzir uma dose de flexibilidade e simplificação na aplicação das regras²⁶. A proposta de diretiva sublinha, portanto, o desejo de reduzir o formalismo e de responder de forma pragmática aos problemas concretos com que deparam as autoridades adjudicantes e os proponentes, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

68. Como a doutrina salientou²⁷, enquanto as diretivas em matéria de contratos públicos se centravam anteriormente nas regras aplicáveis ao *procedimento de contratação pública* e, particularmente, à concorrência dos candidatos *antes* da adjudicação do próprio contrato, a

²³ No que respeita à colocação em causa do efeito útil da disposição controvertida, ver também os n.ºs 92 a 94 destas conclusões.

²⁴ V. n.º 8 das presentes conclusões.

²⁵ Particularmente, a proteção do ambiente, a promoção da inovação, do emprego e da inclusão social (v. n.º 1 da exposição de motivos da proposta de diretiva).

²⁶ V. a exposição de motivos da proposta de diretiva.

²⁷ V., nomeadamente, Treumer, S., «Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive», *Public Procurement Law Review*, 2014, 3, p. 148.

Diretiva 2014/24²⁸ abrange igualmente a *execução dos contratos públicos* e, por conseguinte, a fase *posterior* à adjudicação do contrato, que inclui a possível modificação dos contratos durante a sua execução.

69. Quanto a este último aspeto, a Diretiva 2014/24 tem plenamente em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, codificando-a. Mas, como demonstrei, foi muito mais longe. É útil examinar essa jurisprudência e a forma como ela se reflete na diretiva, a fim de avaliar as novidades introduzidas por esta última.

70. O Acórdão *presstext*²⁹ é determinante nesta matéria. O processo na base deste acórdão tinha por objeto a modificação de um contrato público durante o seu período de vigência e que dizia respeito, nomeadamente, ao adjudicatário. O Tribunal de Justiça observou que a diretiva existente não abordava esta questão³⁰, embora contivesse indicações pertinentes.

71. O Tribunal de Justiça sublinhou, assim, que esta diretiva se destinava a garantir a transparência dos procedimentos e a igualdade de tratamento dos proponentes, e a dar resposta assim ao objetivo principal de abertura à concorrência em todos os Estados-Membros³¹. Daqui deduziu que as modificações introduzidas nas disposições de um contrato público durante o seu período de vigência constituem uma nova adjudicação de contrato, quando apresentam características substancialmente diferentes das do contrato inicial. O Tribunal de Justiça precisou o que se deve entender por *modificações substanciais* ao indicar que cobrem a introdução de condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite³².

72. O Tribunal de Justiça conclui que, geralmente, a *substituição de um novo adjudicatário* por aquele a quem a autoridade adjudicante tinha inicialmente adjudicado o contrato deve ser considerada como constituindo uma alteração de um dos termos essenciais do contrato público³³.

73. O Acórdão *presstext* especifica situações em que certas alterações que afetam o adjudicatário não constituem, contudo, uma modificação essencial.

74. É o que acontece quando, como no processo subjacente a esse acórdão, a atividade do adjudicatário é transferida para uma das suas filiais que controla a 100 %, que gere e pela qual é solidariamente responsável, e quando a prestação global existente permanece inalterada. Tal operação não é mais do que uma *reorganização interna* do contratante que não modifica de forma essencial os termos do contrato inicial³⁴.

²⁸ Essas observações aplicam-se da mesma forma à Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE (JO 2014, L 94, p. 243).

²⁹ V. n.º 26 das presentes conclusões.

³⁰ V. n.º 30 do Acórdão *presstext*. Tratava-se da Diretiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (JO 1992, L 209, p. 1).

³¹ V. n.ºs 31 e 34 do Acórdão *presstext*.

³² V. n.º 35 do Acórdão *presstext*.

³³ V. n.º 40 do Acórdão *presstext*.

³⁴ V. n.º 45 do Acórdão *presstext*.

75. Este é também o caso quando o adjudicatário é uma pessoa coletiva constituída sob a forma de uma sociedade anónima cotada na Bolsa. O Tribunal de Justiça sublinhou que, com efeito, decorre da própria natureza de tal sociedade que os seus acionistas podem mudar a qualquer momento. Daqui resulta que, em princípio, tal situação não põe em causa a validade da adjudicação de um contrato público a tal sociedade³⁵.

76. O Tribunal de Justiça acrescentou que esta conclusão também se aplica às pessoas coletivas constituídas sob a forma de cooperativa registada de responsabilidade limitada, como no caso subjacente ao Acórdão presstext. Eventuais mudanças na composição do círculo dos sócios de tal cooperativa não provocam, em princípio, uma alteração substancial do contrato adjudicado à mesma³⁶.

77. Estas considerações estão plenamente refletidas na Diretiva 2014/24, por um lado, na disposição controvertida e, por outro, no seu preâmbulo, nos considerando 107 e 110. O considerando 107 faz expressamente referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça, e o considerando 110 menciona tanto as reestruturações puramente internas como as OPA, fusões e aquisições, que envolvem uma mudança dos acionistas ou sócios e, portanto, dos proprietários.

78. Sublinho, no entanto, que a Diretiva 2014/24 não se limita a ter em conta os ensinamentos do Acórdão presstext e que aborda outros tipos de situações.

79. Com efeito, embora o Tribunal de Justiça tenha especificado as situações em que uma alteração que afeta o adjudicatário *não constitui uma modificação substancial* e, por conseguinte, não dá origem a um novo procedimento de adjudicação de contratos públicos, a Diretiva 2014/24 especifica ainda na disposição controvertida os casos em que uma alteração relativa ao adjudicatário, embora constitua normalmente uma *modificação substancial*, não exige, no entanto, uma reabertura de concurso.

80. É o que sucede, nomeadamente, nos casos de OPA, fusões e aquisições, desde que os requisitos enumerados na disposição controvertida sejam preenchidos.

81. Particularmente, no que interessa ao Tribunal de Justiça no presente processo, a Diretiva 2014/24 prevê especificamente o caso da insolvência, que ainda não tinha sido previamente submetido à sua apreciação.

82. A tomada em consideração desta última situação constitui uma inovação tanto relativamente à legislação da União em matéria de contratos públicos como à jurisprudência existente à data da adoção da Diretiva 2014/24. Responde a um problema prático encontrado no âmbito da execução de contratos.

83. O problema é assegurar que, quando a autoridade adjudicante é confrontada com um adjudicatário que já não está em condições de executar o contrato público devido à sua insolvência, possa ser encontrado um substituto sem incorrer em atrasos desproporcionados ou aumentar desproporcionadamente o custo do contrato em questão através de um novo procedimento de contratação. A disposição controvertida destina-se a resolver esse problema, fornecendo uma solução no interesse tanto da autoridade adjudicante como do adjudicatário e dos seus credores. Ora, deve notar-se que o problema criado pela situação de insolvência não é menos significativo, dependendo se a empresa que se tornou insolvente continua a existir em

³⁵ V. n.º 51 do Acórdão presstext.

³⁶ V. n.º 52 do Acórdão presstext.

parte ou está totalmente dissolvida. Em qualquer caso, deve ser encontrado um substituto. Assim, ao não diferenciar expressamente estas situações, parece que o legislador quis responder de forma pragmática a todas elas, assegurando simultaneamente o respeito pelos princípios que regem a adjudicação de contratos públicos, inscritos no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, nomeadamente, a proibição de a autoridade adjudicante limitar artificialmente a concorrência, contornando a aplicação da diretiva.

84. Com efeito, a este último respeito, gostaria, em primeiro lugar, de salientar que, no caso de o adjudicatário inicial se tornar insolvente, o acordo-quadro já foi posto a concurso³⁷ e a proposta que foi aceite já não pode ser substancialmente modificada. Como refere expressamente a disposição controvertida, se forem introduzidas outras modificações substanciais, além da mudança de cocontratante, um dos três requisitos estabelecidos na disposição controvertida³⁸ não é respeitado e deve ocorrer um novo procedimento de contratação.

85. Em segundo lugar, a ocorrência da insolvência do adjudicatário, sem ser um acontecimento raro, constitui uma situação extraordinária que, normalmente, não é prevista pela autoridade adjudicante ou pelo adjudicatário inicial nem é desejável. Recordo que a capacidade económica e financeira é um dos três critérios de seleção dos candidatos previstos no artigo 58.º da Diretiva 2014/24. Além disso, a insolvência de um operador económico na aceção do artigo 57.º, n.º 4, alínea b), da referida diretiva constitui um motivo de exclusão de participação num procedimento de contratação, seja ele facultativo ou obrigatório, consoante o direito nacional.

86. Este carácter extraordinário da situação de insolvência terá, geralmente, o efeito de impedir que a substituição do adjudicatário por um novo adjudicatário constitua uma manobra da autoridade adjudicante para se subtrair à aplicação da Diretiva 2014/24. Saliento que o risco de tal manobra é tanto menos provável quanto, como no processo principal, tenha sido nomeado um administrador judicial que representa não o interesse da autoridade adjudicante, mas sim dos credores do adjudicatário e exerce a sua atividade sob a supervisão de um tribunal.

87. Em qualquer caso, cabe ao tribunal nacional verificar se os interessados não se envolveram em tal manobra. Nomeadamente, cabe-lhe verificar se os critérios de seleção, tais como os relativos à capacidade financeira do adjudicatário, foram examinados. A data em que a insolvência ocorre, particularmente se estiver próxima da data de celebração do contrato, pode ser um indício de que a verificação da conformidade deste critério qualitativo não foi corretamente realizada. Tratando-se de um processo como o que está em causa no processo principal, verifico que não foram fornecidos pormenores a esse respeito ao Tribunal de Justiça, mas que o órgão jurisdicional de reenvio não sugeriu de modo nenhum que as partes envolvidas tivessem a intenção de se subtrair à aplicação da Diretiva 2014/24.

88. Finalmente, verifico que, sempre que tenha sido designado um administrador judicial para gerir os ativos do adjudicatário que se tornou insolvente, a seleção do novo adjudicatário é, em primeiro lugar, da responsabilidade desse administrador e não da autoridade adjudicante. Ora, recordo que, nos termos do artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24, relativa ao âmbito de aplicação dessa diretiva, a adjudicação de um contrato é definida como a aquisição de fornecimentos ou serviços através de um contrato público por uma autoridade adjudicante a operadores

³⁷ V. Treumer, S., «Regulations of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December, 2011», *Public Procurement Law Review*, 2012, 5, pp. 135 a 166, que sublinha que «as regras do contrato público já desempenharam o seu papel».

³⁸ V. o segundo requisito referido no n.º 38 das presentes conclusões.

económicos *escolhidos* por essas autoridades. Assim, na falta de escolha pela autoridade adjudicante, a adjudicação de um contrato público não é exigida pela Diretiva 2014/24, mesmo que seja necessária a aprovação do cocontratante pela autoridade adjudicante.

89. Uma vez que se trata de um contrato que envolve obrigações recíprocas entre o novo contratante e a autoridade adjudicante, essa aprovação, embora não prevista pela Diretiva 2014/24, é de facto necessária, em conformidade com a legislação dos Estados-Membros em matéria de contratos. A autoridade adjudicante pode até ter sido consultada e participado em determinadas negociações antes da nomeação do novo contratante, como parece ter sido o caso no processo principal³⁹. Na minha opinião, isso não é suficiente para considerar que a autoridade adjudicante «escolheu» o cocontratante na aceção da Diretiva 2014/24⁴⁰.

90. É evidente que a possibilidade de designar um novo contratante em caso de insolvência do contratante inicial, sem um novo procedimento de contratação, introduz uma margem de manobra significativa em matéria de contratos de direito público. Contudo, na minha opinião, essa constatação é coerente com a intenção do legislador e respeita os princípios estabelecidos no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24, desde que os três requisitos, recordados no n.º 38 destas conclusões, que regem a aplicação da exceção, estejam preenchidos.

91. A interpretação da Dustin e da Comissão, de que o novo contratante só poderia ser designado se assumisse pelo menos parte da atividade do contratante inicial que permita a execução do contrato, além de não ter sido expressamente prevista pelo legislador e de, a meu ver, ir além do sentido da disposição controvertida, coloca mais problemas do que resolve.

92. Observo, em primeiro lugar, que a obrigação de assumir parte da atividade do contratante inicial diminuiria de forma significativa o âmbito da exceção relativa à insolvência, uma vez que em muitos casos a empresa é totalmente dissolvida. Coloca-se a questão de saber, além disso, que proporção das atividades do contratante inicial teria de ser transferida para que a exceção se aplicasse.

93. Em segundo lugar, uma tal obrigação poderia tornar a tarefa do administrador judicial particularmente difícil. Pode mesmo ser contrária aos poderes que lhe são conferidos, pela lei nacional em matéria de insolvência, para negociar no interesse dos credores⁴¹.

94. A este respeito, partilho da opinião do Governo austríaco de que transferir apenas contratos ou acordos-quadro pode ou não ser comum, dependendo do setor de atividade. No âmbito da insolvência de uma empresa de construção, por exemplo, a transferência de certos grandes estaleiros de construção pode eventualmente envolver a transferência de materiais e pessoal. Contudo, este não é necessariamente o caso dos serviços informáticos ou do fornecimento de equipamento informático. Sublinho, além disso, tal como este Governo, que por vezes uma

³⁹ V. n.º 15 das presentes conclusões.

⁴⁰ Sue Arrowsmith considera, contudo, que se a autoridade adjudicante mantém a possibilidade de influenciar a determinação do cocontratante por razões que não as relacionadas com a sua capacidade técnica ou financeira, ela escolhe o cocontratante e esta escolha deve ser sujeita a um procedimento de contratação; v. *The law of Public and Utilities procurement: Regulations in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, 3.ª edição, 2014, ponto 6-290.

⁴¹ Resulta dos autos do presente processo que tais poderes estão previstos na legislação nacional da Suécia e da Áustria. O Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência (JO 2015, L 141, p. 19) sublinha, no seu considerando 22, que existem divergências consideráveis entre os direitos materiais dos Estados-Membros neste domínio. V. igualmente a este respeito, a Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Diretiva (UE) 2017/1132 (Diretiva sobre reestruturação e insolvência) (JO 2019, L 172, p. 18), em particular os considerandos 1, 4, 7, 8 e 12.

empresa que se tornou insolvente pode, no entanto, continuar a funcionar, desde que transfira um contrato público. Ora, se esta possibilidade fosse excluída, isso não só tornaria impossível a substituição do contratante mas também poderia comprometer a realização dos objetivos do processo de insolvência de preservar na medida do possível a empresa existente, no interesse dos credores.

95. Em terceiro lugar, impor tal transferência de património com o objetivo de evitar que as regras da concorrência sejam contornadas seria não só uma solução onerosa mas também de questionável necessidade, uma vez que a transferência do contrato público está, em qualquer caso, sujeita à condição consagrada na disposição controvertida de que não pode constituir um meio de contornar a aplicação da Diretiva 2014/24.

96. Em quarto lugar, abordarei os problemas específicos levantados pela posição da Comissão sobre a existência de uma obrigação de o administrador judicial se dirigir aos proponentes iniciais em caso de desaparecimento total da atividade do adjudicatário inicial.

97. Recordo que, segundo a Comissão, a intenção do legislador não visava o caso em que a atividade do contratante inicial é completamente dissolvida⁴². Mas esta instituição admite que tal situação possa ocorrer⁴³ e que um contrato público seja o seu único ativo remanescente.

98. Nesse caso, a Comissão considera que a disposição controvertida pode ser interpretada como significando que a exceção ao início de um novo procedimento de contratação é aplicável, desde que o contrato público seja proposto a todos os proponentes iniciais que satisfaçam os critérios de seleção, de uma forma não discriminatória e equivalente, por exemplo, abordando-os pela sua ordem de classificação⁴⁴.

99. Todavia, sublinho, em primeiro lugar, que tal condição não figura na disposição controvertida e que parece ser contrária à intenção do legislador. Com efeito, como indiquei nos pontos 53 e 54 destas conclusões, a Comissão tinha previsto, no decurso dos seus trabalhos preparatórios, a possibilidade de aplicar um procedimento específico em caso de falência, prevendo, nomeadamente, que a entidade adjudicante voltasse a abordar os proponentes iniciais. No final, a Diretiva 2014/24 não adotou esta proposta e não a substituiu por nenhuma outra. Presumo que o legislador tenha claramente rejeitado tal obrigação de se dirigir aos proponentes iniciais.

100. Em segundo lugar, se o contrato público ou acordo-quadro deve ser proposto aos proponentes iniciais pela sua ordem de classificação, isto implica que deve ser adjudicado ao primeiro deles que o aceitar. Mas, esta abordagem não tem em conta a aprovação necessária do novo contratante pela autoridade adjudicante⁴⁵. Um antigo proponente, mesmo que esteja em melhor posição na classificação depois do adjudicatário inicial, não tem o direito automático de obter o contrato em tais circunstâncias.

⁴² V. n.º 49 das presentes conclusões.

⁴³ V. n.º 33 das presentes conclusões.

⁴⁴ A Comissão observa que o direito italiano parece ter adotado uma solução deste tipo. Verifico que nos seus comentários sobre a legislação italiana que transpõe a Diretiva 2014/24, Marion Comba e Sara Richetto mencionam que esse Estado-Membro previu, no artigo 110 D Lgs 50/2016, a possibilidade de a autoridade adjudicante recorrer aos proponentes iniciais de acordo com a sua ordem de classificação (v. Treumer, S., e Comba, M., *Modernising Public Procurement: The approach of EU member States*, Elgar, 2018, Capítulo 7, p. 149).

⁴⁵ V. n.º 89 das presentes conclusões.

101. Em terceiro lugar, se o administrador judicial for obrigado a recorrer desta forma aos proponentes iniciais, poderá ser privado da possibilidade de procurar o melhor proponente no interesse dos credores. Ora, na minha opinião, não há nenhuma indicação na Diretiva 2014/24 de que o legislador da União pretendesse restringir dessa forma os poderes eventualmente conferidos aos administradores judiciais pela legislação nacional⁴⁶.

102. Não posso, portanto, concordar com a interpretação da Comissão.

103. Pelo contrário, como se pode verificar pela análise precedente, considero que, na medida em que os três requisitos estabelecidos na disposição controvertida e recordados no n.º 38 das presentes conclusões sejam satisfeitos, a interpretação dessa disposição como permitindo a atribuição a um novo contratante do único acordo-quadro ou contrato público anteriormente adjudicado, sem necessidade de um novo procedimento de contratação e sem que esse novo adjudicatário seja obrigado a assumir qualquer outra atividade do adjudicatário inicial, responde a um problema concreto na vida das empresas, respeitando os princípios que regem a adjudicação de contratos públicos estabelecidos no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2014/24.

V. Conclusão

104. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pelo Högsta förvaltningsdomstolen (Supremo Tribunal Administrativo, Suécia) da seguinte forma:

O artigo 72.º, n.º 1, alínea d), ii), 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 deve ser interpretado no sentido de que o facto de um novo adjudicatário ter retomado os direitos e obrigações do adjudicatário inicial ao abrigo de um acordo-quadro, após a cessão desse acordo pelo administrador judicial na sequência da falência desse adjudicatário inicial, implica que se deve considerar que o novo adjudicatário sucedeu, no todo ou em parte, ao adjudicatário inicial, na aceção dessa disposição. Não é necessário que esta cessão seja acompanhada pela transferência para o novo contratante de parte da atividade do contratante inicial dedicada à execução do acordo-quadro.

⁴⁶ Esclareço que isto não significa que qualquer dificuldade financeira do adjudicatário inicial possa levar à designação de um substituto, sem um novo concurso, em conformidade com a Diretiva 2014/24. É também necessário que tenha sido iniciado um processo formal de insolvência, como no processo principal.