



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**As modificações objetivas do contrato de
concessão de obras públicas:
Em especial, por razões de interesse público**

Carolina China Barros

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

As modificações objetivas do contrato de concessão de obras públicas:

Em especial, por razões de interesse público

Carolina China Barros

Orientadora: Raquel Maria Resende Duarte de Carvalho

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

Ao meu avô Virgílio.

“Se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, somente com base nesse interesse comum é que a sociedade deve ser governada.”

Rosseau

Agradecimentos

Ao fechar mais um capítulo da minha vida académica, não posso deixar de agradecer a todos os que fizeram parte deste meu percurso e que me ajudaram, de alguma forma, a torná-lo ainda melhor.

À minha orientadora, a Professora Doutora Raquel Carvalho, por ter aceite orientar esta dissertação, por todo o conhecimento que me transmitiu e por me ter acompanhado ao longo destes últimos meses de forma atenta, estando sempre disponível para me ajudar.

Aos Professores e colegas que conheci na Faculdade de Direito- Escola do Porto, da Universidade Católica Portuguesa, por me terem acolhido tão bem e me terem ajudado a desenvolver o gosto pelo Direito Administrativo.

À minha amiga Maria, que tem sido um grande apoio, desde os tempos da licenciatura, e sem a qual este percurso teria sido, sem dúvida, penoso.

Ao José Augusto, por me ter incentivado a estudar Direito e pelas longas horas de conversas que tivemos sobre isso.

À minha avó Isabel e ao meu avô Virgílio, que me criaram, por todo o amor que me deram e por sempre me terem ajudado a prosseguir os meus estudos.

E, especialmente, à minha mãe, companheira de todas as horas, que me incentiva a perseguir os meus sonhos; pela enorme paciência que teve e tem comigo, principalmente nos momentos menos bons; e por nunca me largar a mão.

Resumo

O instituto da concessão não é recente como instrumento de políticas públicas. Contudo, quando confrontado com falta de liquidez para proceder à construção de grandes infraestruturas públicas, o Estado viu-se na necessidade de recorrer à ajuda dos privados e atribuir-lhes o direito de construção e exploração das obras públicas e dos serviços públicos, através de contratos de concessão.

Esta relação não deixa de ser marcada por uma tensão, na medida em que a Administração Pública tem como missão a prossecução do interesse público, enquanto os privados visam celebrar um negócio lucrativo.

Ora, no seguimento da constante evolução e desenvolvimento do Estado de Direito, a Administração Pública é confrontada com novas necessidades, que a levam a fazer novas ponderações ou a alterar as suas prioridades, resultando na necessidade de modificar o contrato por razões de interesse público. Esta modificação, contudo, não pode ser feita de forma arbitrária, pelo que o seu regime é amplamente regulado pelo direito europeu e nacional, de forma a conciliar a prossecução do interesse público com o respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

Por isso mesmo, analisamos, ancorados na jurisprudência europeia e nacional, quais as fontes, os fundamentos, os limites e as consequências que advêm de uma modificação de um contrato administrativo, especialmente as motivadas por razões de interesse público, em concreto, aplicadas às concessões de obras públicas; bem como, o caso base, a partilha do risco, e o instituto do reequilíbrio financeiro do contrato.

Palavras-chave: modificações objetivas; modificação unilateral; concessões; obras públicas; interesse público; caso base; risco; reequilíbrio financeiro.

Abstract

Concessions are not a new public policy instrument. However, when faced with a lack of liquidity to proceed with the construction of large public infrastructures, the State found itself having to resort to the help of private companies and grant them the right to build and operate public works and public services through concession contracts.

This relationship is marked by tension, as the Public Administration's mission is to pursue the public interest, while the private sector's aim is to enter into a lucrative business.

However, following the constant evolution and development of the Rule of Law, the Public Administration is faced with new needs, which lead it to make new considerations or change its priorities, resulting in the need to modify the contract for reasons of public interest. This modification, however, cannot be done arbitrarily, so its regime is widely regulated by European and national law, in order to reconcile the pursuit of the public interest with respect for the legally protected rights and interests of citizens.

That's why we analysed, based on European and national case law, the sources, grounds, limits and consequences of modifying an administrative contract, especially those motivated by reasons of public interest, specifically as applied to public works concessions; as well as the base case, risk sharing and the institute of financial rebalance of the contract.

Keywords: objective modifications; one-sided modification; concessions; public works; public interest; base case; risk; financial rebalance.

Índice

Introdução	12
1. As modificações objetivas dos contratos públicos	13
1.1. Conceito e fundamentos.....	13
1.1.1. Em especial, a modificação por razões de interesse público.....	17
1.2. Limites e consequências	20
2. O contrato de concessão, em especial o contrato de concessão de obras públicas- à luz da Diretiva 2014/23/UE e do CCP	22
2.1. Regime e suas especificidades	24
3. A modificação por ato unilateral em especial	26
3.1. Normas especiais	26
3.1.1. Limites	27
3.2. A relevância do risco e do caso base para a modificação	32
3.2.1. O risco	32
3.2.2. O caso base	38
3.3. O reequilíbrio financeiro à luz do caso base.....	39
Conclusão	48
Bibliografia.....	50
Lista de Jurisprudência	53

Lista de Siglas e Abreviaturas

AIA	Avaliação de Impacte Ambiental - Decreto-Lei n.º 151-B/2013, de 31 de outubro
Al.	Alínea
AP	Administração Pública
Art.	Artigo
CC	Código Civil - Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro
CCP	Código dos Contratos Públicos - Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro
CE	Código das Expropriações- Lei n.º168/99, de 18 de setembro
C.E.	Conselho de Estado
CPA	Código do Procedimento Administrativo- DL n.º4/2015, de 7 de janeiro
Diretiva das Concessões	Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014
DIA	Declaração de Impacte Ambiental – Decreto-Lei n.º151-B/2013, de 31 de outubro
DL	Decreto-Lei
DUE	Direito da União Europeia
IP	Infraestruturas de Portugal
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
LEO	Lei do Enquadramento Orçamental- Lei n.º151/2015, de 11 de setembro
Portagens SCUT	Portagens Sem Custos para o Utilizador
PP.	Páginas
PPP	Parcerias Público-Privadas
Proc.	Processo

RECAPE	Relatório de Conformidade Ambiental do Projeto de Execução
REF	Reequilíbrio económico-financeiro
Rel.	Relator
RREE	Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas- Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro
TCAN	Tribunal Central Administrativo Norte
TCAS	Tribunal Central Administrativo Sul
TIR	Taxa Interna de Rentabilidade
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
Vol.	Volume

Nota ao leitor: ao longo do texto usar-se-ão, desde o início, as presentes siglas/abreviaturas.

Introdução

No âmbito da presente dissertação, propomo-nos a estudar o tema da modificação objetiva do contrato de concessão de obras públicas, dando especial atenção às modificações cujo fundamento assenta em razões de interesse público.

Por conseguinte, importa entender quais são as fontes, os fundamentos, os limites e as consequências que advêm de uma modificação objetiva a um contrato administrativo, concedendo especial relevo às modificações fundadas em razões de interesse público, o que implica a análise dos regimes europeu e português. Também a jurisprudência, europeia e nacional, constitui uma preciosa ferramenta para podermos ter uma melhor apreensão dos conceitos apresentados, bem como a ilustrá-los.

De facto, durante a vigência de um contrato administrativo, é previsível a ocorrência de inúmeras vicissitudes que coloquem em causa a sua execução e, conseqüentemente, representar um obstáculo à prossecução do interesse público. Por isso mesmo, este é um tema que aparece amplamente regulado, quer nas diretivas europeias, quer no CCP, pelo que serão ambos objeto do nosso estudo. Não obstante esta comparação, procedemos, também, à distinção entre a modificação objetiva por razões de interesse público e a figura do resgate.

Depois de termos analisado o regime geral das modificações do contrato administrativo, o terceiro capítulo do presente texto debruça-se, em especial, sobre as modificações objetivas por ato unilateral do contraente público. O objeto mais concreto incide sobre os contratos de concessão de obras públicas, daí a incursão no tema do caso base, bem como o da matriz de riscos, distinguindo-os de uma figura com que, ao princípio, se poderá confundir, a força maior.

Por fim, abordaremos o instituto da reposição do equilíbrio financeiro como consequência, que resulta da ação do concedente de ter procedido a uma modificação objetiva unilateralmente.

1. As modificações objetivas dos contratos públicos

Durante a vigência de um contrato, inúmeras vicissitudes podem colocar em causa a sua execução, bem como o seu conteúdo. Daí a sua grande importância no CCP, que as regulamenta de forma detalhada, pois só assim é possível a normal execução dos contratos, permitindo uma boa gestão dos recursos públicos, ao mesmo tempo que se protege os direitos da contraparte.

1.1. Conceito e fundamentos

O CCP começa por prever, no seu art. 311.º, n.º1, três fontes de modificações objetivas dos contratos: por acordo das partes; através de decisão judicial ou arbitral; ou decorrente de ato administrativo do contraente público.

Em primeiro lugar, relativamente à modificação por acordo das partes, prevê o art. 311.º, n.º1, al. a) CCP, que este não pode revestir forma menos solene do que a adotada no contrato em causa. Neste caso, poderemos questionar-nos se este acordo modificativo escrito se basta adotando a forma de simples declarações negociais ou se, em sentido inverso, é necessário redigir um acordo modificativo do contrato inicialmente adotado. Miguel Assis Raimundo conclui, e, a nosso ver, bem, de que, deve existir um acordo autónomo¹, uma vez que o art. 315.º, n.º1 CCP prevê a publicitação, a cargo do contraente público, de todas as modificações, no portal dos contratos públicos, associada a uma ideia de clareza e de transparência a que o contraente público, na dimensão de contratação pública, está também vinculado. De facto, a modificação objetiva do contrato por acordo das partes engloba não só as modificações que resultem das próprias cláusulas contratuais, como compreende, também, os acordos celebrados já na fase de execução do próprio contrato que visem uma modificação futura das cláusulas do mesmo².

Em segundo lugar, segundo o disposto no art. 311.º, n.º1, al. b) CCP, a modificação objetiva dos contratos pode ser feita através de decisão judicial ou arbitral. Na maioria dos casos, as partes recorrem aos tribunais quando estão perante modificações decorrentes de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, não tendo conseguido chegar a acordo sobre as consequências desse evento. Além disso, a modificação também pode ser

¹ Raimundo, 2022, p. 147.

² Gonçalves, 2021, p. 51.

operada por decisão de um tribunal quando ela venha na sequência da procedência de uma ação de impugnação de um ato administrativo de modificação³.

Atente-se que o art. 311.º, n.º1, al. b), 2.ª parte CCP, refere que os tribunais não podem interferir no exercício da margem de livre decisão administrativa, sendo uma das razões pelas quais Pedro Gonçalves defende que não é possível que um tribunal determine uma modificação contratual por motivos de interesse público⁴, precisamente porque estaria a invadir o campo de ação discricionária de que o contraente público goza neste caso. Em sentido contrário, Miguel Assis Raimundo refere que os tribunais podem decretar uma modificação contratual por motivos de interesse público⁵: tal afirmação deve-se ao facto de se considerar que o interesse público não se consubstancia num conceito puramente subjetivo, submetido exclusivamente aos juízos de valoração do contraente público, pelo que a intervenção dos tribunais será possível nos casos em que estejamos perante uma discricionariedade do contraente público, reduzida a zero⁶, respeitando, assim, o princípio da separação de poderes, posição esta que acompanhamos.

Em relação a esta fonte de modificação objetiva, poderíamos questionar-nos se também estaria sujeita a publicitação. De facto, Miguel Assis Raimundo conclui que sim⁷, até porque o art. 315.º CCP não distingue quais as fontes de modificações objetivas que estão sujeitas a publicitação, pelo que onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Além disso, com a publicitação da modificação, é possível controlar o cumprimento dos limites das modificações, assim como, verificar se o contrato está ou não a ser cumprido pelas partes⁸.

Em terceiro lugar, a modificação objetiva pode ser operada através de um ato administrativo do contraente público, de acordo com o art. 311.º, n.º1, al. c) CCP, que abordaremos adiante.

³ Gomes, 2008, p. 530.

⁴ Gonçalves, 2021, p.57.

⁵ Raimundo, 2022, p.148.

⁶ A discricionariedade é um “poder-dever jurídico”, ou seja, a AP não tem liberdade para escolher qualquer solução que se enquadre dentro da competência ou do fim legal a prosseguir, mas, antes, tem a obrigação de escolher a solução, de entre todas as que tem à sua disposição, que melhor prossiga o interesse público. Neste caso, quando falamos de uma discricionariedade reduzida a zero, trata-se de uma atuação da AP que está regulada em todos os aspetos pela lei, consubstanciando-se na “mera aplicação da lei abstrata ao caso em concreto, por meio de operações lógicas”- Amaral, 2019, p.76.

⁷ Raimundo, 2022, p. 150.

⁸ Em sentido contrário, Gonçalves, 2021, p.59.

Relativamente aos fundamentos, o CCP prevê, no seu art. 312.º, al. a) que as modificações objetivas previstas nas cláusulas contratuais só serão admissíveis se forem “claras, precisas e inequívocas”, assim como as condições em que elas podem ser aplicadas. Se estivermos perante cláusulas modificativas que não respeitem estes requisitos, tal não significa que as modificações sejam inválidas; na verdade, estas podem vir a ser salvas da invalidade se cumprirem os limites fixados na lei para o tipo de modificação em causa, ou seja, podem ser cobertas, por exemplo, ao abrigo do regime da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias.

Por outro lado, o art. 312.º, al. b) CCP prevê a possibilidade de se fundamentar uma modificação objetiva do contrato tendo por base a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias. Ora, para que se possa invocar uma modificação com base neste preceito, é necessário estarem reunidos certos pressupostos: (i) uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, ou seja, o impacto que essa alteração tem no contrato tem de ser significativo, “afetando gravemente, manifestamente, a equação negocialmente estabelecida”⁹, (ii) que afete os critérios que levaram as partes à decisão de contratar, (iii) desde que se pressuponha que a exigência do cumprimento do contrato nos termos acordados afete gravemente o princípio da boa-fé, (iv) e que exceda os riscos próprios do contrato. Note-se que as cláusulas contratuais podem elas próprias ser ultrapassadas pela imprevisão das circunstâncias, na medida em que, por exemplo, era previsível que certo risco se viesse a verificar, mas não ser previsível que essa verificação se desse no período temporal assinalado no contrato pelas partes¹⁰.

Por sua vez, quando estamos perante uma modificação do contrato com fundamento em alteração anormal e imprevisível das circunstâncias não imputável ao concedente, o art. 314.º, n.º2 CCP, estabelece que o cocontratante tem, como contrapartida, o direito a receber uma compensação financeira, segundo critérios de equidade.

Não obstante esta previsão, Pedro Sánchez defende, aqui, que não existe dever do concedente de proceder ao REF, mas, apenas, partilhar com o cocontratante os impactos negativos provenientes do risco económico por ele assumido, pelo que este ficaria

⁹ Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º32/2015, de 16 de junho de 2016, Rel. Luís Bilro Verão.

¹⁰ Raimundo, 2022, p.180.

somente obrigado a assegurar que o cocontratante não se tornasse insolvente, enquanto ele se mostrasse necessário à prossecução do interesse público¹¹.

Por outro lado, há quem critique esta solução, defendendo que o contraente público nada mais estaria a fazer do que a tratar o cocontratante como um *súbdito* do poder administrativo, algo que desvirtua a natureza de um contrato, uma vez que ele consubstancia “um veículo de prossecução do interesse público com apelo à colaboração do particular, colaboração necessariamente voluntária e interessada”¹². Assim, tal como o art. 314.º, n.º2 CCP prevê, a solução passa pela adoção de critérios de equidade, em que se analisa o caso em concreto e se assegura uma harmonia de interesses entre as partes. Esta harmonia passa pela “ponderação do ativo, do passivo da sustentabilidade ou do valor de mercado da sociedade (...) os interesses em longo prazo dos sócios e os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade”¹³. Concordando com a perspetiva de que o cocontratante não pode ser um mero súbdito da parte pública, não nos parece já correto que se esteja a colocar os interesses da parte privada acima dos interesses gerais: não desmerecendo o privado, há que ter em atenção que o contraente público gere recursos financeiros públicos e tem o dever de prosseguir o interesse público, pelo que deve poder tomar todas as medidas que estão ao seu alcance para cumprir com a sua missão. Por isso mesmo, aplicamos a teoria da imprevisão, ou seja, embora não caiba ao contraente público a responsabilidade pela perda do equilíbrio financeiro, não tendo, por isso, que garantir a reposição integral da equação financeira inicialmente prevista, este será chamado para auxiliar e partilhar com o cocontratante os custos anormalmente agravados durante a execução do contrato, somente para garantir a sua contínua execução, uma vez que “a prevalência do interesse público exige (...) que mesmo em situação anormalmente difícil não se liberte o co-contratante particular do compromisso que assumiu”¹⁴.

Face ao conceito de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, podemos distingui-lo de uma figura: o *facto do príncipe*, previsto no, o art. 314.º, n.º1, al. a) CCP. Este exige o preenchimento dos requisitos previstos no art. 312.º, al. b) CCP, a que acresce um novo requisito de necessidade dessa alteração ser imputável ao contraente público, e cujo facto decorra de um ato praticado fora dos seus poderes de conformação do contrato.

¹¹ Sánchez, 2021, pp.110-112.

¹² Fontoura, 2023, p.525.

¹³ *Idem*, p.527.

¹⁴ Oliveira, 1980, p.712.

Estes casos têm como consequência o direito, do cocontratante, ao REF do contrato, à luz do art. 282.º CCP- esta posição é acompanhada pela jurisprudência, por exemplo, no acórdão do TCAS referindo que “sempre se entendeu que, na hipótese de o mesmo resultar de uma medida imputável ao contraente público, havia lugar ao REF, ou seja, ao pagamento de uma indemnização integral dos prejuízos causados, por se tratar de uma situação equiparada à modificação unilateral do contrato”¹⁵.

Levanta-se um problema relativamente ao conceito de contraente público, para efeitos de personalidade jurídica, isto é, questiona-se se apenas estamos perante *facto do príncipe* quando se trata da mesma pessoa que simultaneamente pratica o ato que irá causar uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias na relação contratual, e é parte desse mesmo contrato afetado por tal ato; ou se, por outro lado, também estão aqui abrangidos outros órgãos, que, embora pertencentes à mesma pessoa coletiva e responsável pelo ato modificativo do contrato, não são parte dele: Carla Amado Gomes sustenta esta última posição, explicando que, dentro da mesma pessoa coletiva podem ter sido praticados atos, mas ao abrigo da função política ou administrativa, que irão ter, na mesma, um impacto, ainda que não diretamente, no contrato em causa¹⁶. Por outro lado, parece-nos mais correta a posição de Mário Aroso de Almeida, que afirma que, quando estejamos perante uma modificação que tenha sido levada a cabo pelo contraente público, na sequência de uma alteração das circunstâncias provocada pela ação de outra entidade da AP, que não é parte do contrato, não se obrigaria o contraente público a proceder ao REF do contrato. Esta visão explica-se pelo facto de estarmos num contexto de uma AP policêntrica, em que são várias as atuações públicas que podem vir a ter um grande impacto não só a nível geral, mas, indiretamente, no contrato; da mesma forma, que essas atuações podem até ser contra a vontade do próprio contraente público, pelo que não faz sentido responsabilizá-lo por uma ação que ele não tomou¹⁷.

1.1.1. Em especial, a modificação por razões de interesse público

O poder de modificação objetiva do contrato por razões de interesse público chegou até nós através da jurisprudência francesa, mais concretamente, do acórdão do C.E., sobre

¹⁵ Acórdão do TCAS, 5 de julho de 2017, Proc.08873/12, Rel. Catarina Jarmela.

¹⁶ Gomes, 2008, pp. 548-549.

¹⁷ Almeida, 2022, pp. 663-665. Concordamos com o exemplo dado pelo autor de que parece ser demasiado oneroso responsabilizar uma autarquia local pelo REF, quando essa modificação se deve à atuação da AP central ou do legislador, fazendo uma interpretação restrita do art. 314.º, al. a) CCP, quando se diz que essa decisão tem que ser imputável ao contraente público, ou seja, à parte no contrato.

a *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, de 10 de janeiro de 1902¹⁸. Tratava-se de um contrato entre o município de *Deville-lès-Rouen* com a concessionária *Compaigne Nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen*, em que se previu a atribuição do monopólio de fornecimento de gás da cidade ao privado. Ora, partindo da necessidade de evolução e acompanhamento da situação vivida nos municípios vizinhos de utilizarem eletricidade para iluminação pública, ao invés do já ultrapassado gás, o concedente decidiu que iria atribuir a concessão deste serviço a um terceiro, caso a *Compagnie Nouvelle du Gaz* se recusasse a fazê-lo. Perante isto, o C.E. francês reconheceu o poder ao município de modificar unilateralmente o contrato, uma vez que estavam em causa razões de interesse público. Note-se que, não obstante tivesse sido reconhecido este poder ao concedente, também se previu o direito do concessionário ao REF contratual, pois este devia ser compensado pelo prejuízo que lhe foi causado.

Na sequência deste acórdão, vários ordenamentos jurídicos começaram a implementar este instituto, como é o caso de Espanha, através do art. 190.º, 1.º parágrafo da *ley de contractos del sector público*, incluindo também Portugal, com o CPA de 1991, chegando até aos dias de hoje, com o CCP, mais concretamente com o art. 312.º, al. c). Por isso, daqui surgiu a consciência de que era necessário permitir uma modificação deste teor ao contrato, de modo a que este não se tornasse obsoleto face à evolução tecnológica e social que operaria durante a sua vigência e para acompanhar a própria evolução do interesse público¹⁹.

Por conseguinte, não se exige que tenha ocorrido uma efetiva mudança das circunstâncias, mas que o concedente possa ter apenas mudado as suas prioridades na prossecução do interesse público, tal como a própria letra da lei dá a entender, através da conjunção adversativa “ou”, sugerindo que estas duas ideias surgem em alternância²⁰. Contudo, não foi este o entendimento no acórdão do TCAN que entendeu que “a ponderação de circunstâncias existentes, para efeitos de modificação objetiva do contrato unilateral, deverá ter lugar, sempre e apenas, quando essas circunstâncias não existiam nem eram previsíveis na altura da preparação e celebração do contrato.”²¹ Desta forma, parece-nos mais correta a opinião de Fontoura e Alves que admitem equacionar o conceito

¹⁸ Acórdão do C.E. francês sobre a *Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen*, de 10 de janeiro de 1902, Proc. 94624, Rel. M.Wurtz.

¹⁹ Raimundo, 2022, p.152.

²⁰ Gomes, 2008, p. 535. No mesmo sentido, Raimundo, 2022, p.153.

²¹ Acórdão do TCAN, de 5 de março de 2021, Proc. 01340/20.8BEPRT, Rel. Helena Ribeiro.

de “circunstâncias existentes”²², ou seja, o concedente poderia, ao ponderar como melhor prosseguir o interesse público, abranger circunstancialismos que ainda não se tenham dado, mas que se preveja que vão suceder: são exemplos a mudança do poder executivo, que tenderá a atuar tendo em conta uma tendência que não a prevista pelo seu antecessor; ou a atribuição de responsabilidades a novos titulares de cargos e agentes administrativos, que terão a sua própria visão sobre a melhor forma de prosseguir o interesse público²³. Assim, pensa-se que as circunstâncias nas quais assentou a assinatura do contrato devem ser continuamente analisadas durante a sua vigência, de modo a assegurar que este continua conforme às exigências públicas.

Em relação às necessidades novas, estas não apresentam o mesmo grau de exigência do preceituado no art. 312.º, al. b) CCP, podendo basear-se na “superveniência de circunstâncias normais e desde o início previsíveis”²⁴.

Exemplo desta modificação é o que se sucedeu face à concessão rodoviária do Algarve²⁵. As bases da concessão foram alteradas, uma vez que estava em causa “a viabilização financeira do sector e a sustentabilidade futura das contas públicas”²⁶. Alterou-se o âmbito de responsabilidade do Estado pelo financiamento e pagamento das grandes reparações de pavimento, na medida em que deixam de ser financiadas antecipadamente e com base em previsões de ocorrência que podem nem se vir a verificar, passando a ser financiados “se, e quando, efetivamente necessária e realizada a intervenção”²⁷.

Dediquemo-nos agora a distinguir a figura da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias do poder de modificação unilateral por razões de interesse público.

Em primeiro lugar, enquanto o primeiro instrumento tem sempre uma origem externa (exceto quando o ato é imputável a ato do poder público) e independente da vontade das partes, a modificação unilateral por razões de interesse público dá-se por meio de um ato praticado pelo contraente público, no exercício dos poderes conformadores do contrato,

²² Fontoura, 2023, p.513.

²³ *Idem*, p.512.

²⁴ Almeida, 2022, p.644.

²⁵ DL n.º55-A/2000, de 14 de abril, que aprova as bases de concessão, atribuindo ao consórcio EUROSCUT-Sociedade Concessionária da SCUT do Algarve, S.A., a concessão de conceção, projeto, exploração e conservação de lanços de autoestrada na zona do Algarve, alterado pelo DL n.º214-C/2015, de 30 de setembro.

²⁶ Resolução do Conselho de Ministros n.º83-C/2015.

²⁷ *Idem*.

alterando-o, de acordo com a sua vontade, como consequência de juízos de valoração própria. Além disso, o primeiro pode decorrer de atos administrativos, legislativos, jurídicos ou até mesmo de catástrofes naturais e conflitos armados, ao passo que o segundo é empreendido unicamente através de um ato administrativo ou de um acordo endocontratual, de acordo com o previsto no art. 310.º CCP.

Comparando, agora, o conceito do facto do príncipe com o instrumento da modificação do contrato por razões de interesse público, concluímos que apresentam algumas diferenças entre si, nomeadamente, o facto de o art. 314.º, n.º1, al. a) CCP prever, face ao primeiro, que seja demonstrado que essa alteração imputável ao contraente público decorreu diretamente de um ato por ele praticado, e que teve um impacto negativo e anormal, ainda que indireto, sobre o contrato. Este ato não é necessariamente administrativo, podendo ser, por exemplo, legislativo, que poderá ter impacto no contrato. Já no respeitante ao poder de modificação unilateral, o que está em causa é um ato do ente público que tem por objeto o próprio contrato, daí ser irrelevante fazer a prova da correlação entre ambos, sendo somente fundamental que se demonstre que o ato praticado teve efetivamente um impacto relevante sobre o contrato²⁸.

Por um lado, o *ius variandi* tem como objetivo “afetar o conteúdo e o cerne do contrato, adaptando-o à transmutação, reconfirmação ou superveniência do interesse público”; por outro lado, o facto do príncipe preocupa-se com a satisfação de outros interesses gerais que não obrigatoriamente aqueles contratados entre as partes, somente afetando o objeto do contrato de modo indireto²⁹.

Todavia, estes dois instrumentos também se tocam relativamente à consequência da modificação contratual em ambos os casos, que é a da reposição do equilíbrio financeiro do contrato, de acordo com o art. 314.º, als. a) e b) CCP.

1.2. Limites e consequências

O art. 313.º CCP aponta os limites às modificações objetivas a serem feitas aos contratos, referindo, no n.º6, que, em caso destes limites não serem respeitados, é necessário que se abra um novo procedimento para a adoção de um novo contrato, para

²⁸ Raimundo, 2022, p.174

²⁹ António, 2015, p.12.

respeito dos princípios da concorrência, igualdade e transparência, conforme mencionado no acórdão Pressetext³⁰.

O primeiro limite aplicável, independentemente do tipo de fundamento de modificação objetiva em causa, está descrito no n.º1 e diz respeito à impossibilidade de alteração da natureza global do contrato. Tal facto está relacionado com a proteção do princípio da intangibilidade do objeto do contrato, isto é, como este se encontra delimitado pelas peças do procedimento e pelas cláusulas nele previstas, a alteração das mesmas implicaria sempre a adoção de um novo procedimento, caso contrário poderíamos estar a colocar em causa a importância das regras da contratação pública, que passariam a ser “uma mera formalidade sem qualquer conteúdo ou utilidade”³¹.

Ainda neste tópico, Fontoura e Alves chamam a atenção para uma distinção que se deve fazer aquando da aplicação deste limite: por um lado, o conceito da *alteração da natureza global do contrato*, e, por outro, a *alteração do objeto contratual*, com o primeiro conceito a ser mais abrangente que o segundo. Ora, a alteração da natureza global do contrato pode incluir a alteração das prestações principais que podem desvirtuar o sentido e objetivo inicialmente atribuído pelas partes ao contrato³². Também o próprio legislador nacional reforçou esta ideia, ao mencionar, expressamente, no texto do art. 313.º, n.º1, a necessidade de se atentar às alterações que possam ser feitas às prestações principais do contrato, uma vez que a sua alteração pode indicar que estamos perante um contrato que já nada tem que ver com o inicialmente previsto.

Face aos n.ºs 2 e 3 do artigo 313.º, relativos aos limites de modificação objetiva fundada em razões de interesse público, esses serão tratados mais adiante, no ponto 3.

A par do já aqui referido, existe, também, um regime especial de limites às modificações objetivas do contrato, que diz respeito aos limites face aos trabalhos e outras prestações complementares, previstas no art. 370.º CCP. De facto, este preceito refere-se aos contratos de empreitada de obras públicas; mas, por remissão dos artigos 420.º-A, 447.º-A e 454.º, este regime aplica-se, também, respetivamente, aos contratos de concessão de obras públicas e de serviços públicos, aos contratos de aquisição de bens móveis, e aos contratos de aquisição de serviços.

³⁰ Acórdão do TJUE- Pressetext, de 19 de junho de 2008, Proc. C-456/06, Rel. Cunha Rodrigues.

³¹ Martins A. G., 2010, p.74.

³² Fontoura, 2023, p.536.

A execução dos trabalhos e prestações complementares pode ser ordenada pelo contraente público se se verificar que a mudança de empreiteiro não seja viável por razões económicas ou técnicas, “em função da necessidade de assegurar a permutabilidade ou interoperabilidade com equipamentos, serviços ou instalações existentes”; e quando seja altamente inconveniente ou a sua mudança cause um aumento considerável dos custos para o contraente público, segundo a al. a) do n.º2 do art. 370.º CCP. Por fim, o n.º4 do referido preceito prevê, ainda, que o valor dos trabalhos complementares não pode ultrapassar, de forma acumulada, 50% do preço contratual inicial; contudo, a Diretiva 2014/24/UE vai mais longe e refere, no art. 72.º, n.º1, que o limite de 50% se aplica a cada modificação em concreto³³.

2. O contrato de concessão, em especial o contrato de concessão de obras públicas- à luz da Diretiva 2014/23/UE e do CCP

O contrato de concessão começou a ser utilizado pelo Estado como um instrumento capaz de prosseguir o interesse público³⁴. Com este contrato, o contraente público está a servir-se dos recursos financeiros do cocontratante, do seu *know-how*, aproveitando a sua capacidade de gestão. De facto, podemos considerar que a capacidade de gestão dos privados será mais cautelosa, visto que estes investem os seus próprios recursos, visando atingir o lucro, enquanto as entidades públicas gerem recursos públicos, sendo a sua principal função prestar qualquer serviço da forma mais eficiente aos cidadãos, atingindo o fim público pretendido, e não daí retirar qualquer lucro.

Hoje, um pouco por todo o Mundo, e especialmente na UE, as concessões são o tipo contratual mais usado para realizar grandes infraestruturas, como no caso das vias ferroviárias e rodoviárias, na construção de pontes e túneis, em que o concessionário é remunerado pelas taxas cobradas aos utentes³⁵.

Neste contexto, a Diretiva das Concessões veio consagrar um regime único e diferenciador dos contratos de concessão face aos contratos de empreitada e de aquisição de serviços, necessário para se poder eliminar os obstáculos que impediam o estabelecimento de um mercado comum das concessões ao nível europeu e com o objetivo

³³ Costa, 2021, pp.53-54.

³⁴ Melo, 2011, p.25.

³⁵ Trepte, 2007, p.206.

de assegurar a convergência e a igualdade de tratamento. Para tal, ela veio expandir a noção de concessão face ao previsto pelas Diretivas de 2004, ao estabelecer a presença obrigatória de um elemento estruturante e caracterizador deste tipo de contratos- o risco de exploração- para se poder distinguir um contrato de concessão dos demais: “o direito de exploração é acompanhado da transferência para o concessionário dos imprevistos inerentes a essa mesma exploração”³⁶, pelo que se o concedente assumir a responsabilidade por esses mesmos imprevistos, não estamos perante uma verdadeira partilha de riscos.

No sentido de aumentar a transparência e justiça dos procedimentos de adjudicação destes contratos, a Diretiva veio estabelecer a obrigatoriedade de publicação deste tipo de contratos, no JOUE. Os limiares comunitários são atualizados de dois em dois anos, segundo o art. 9.º, n.º1, pelo que o montante atual, previsto pelo Regulamento Delegado (UE) 2023/2497, da Comissão, de 15 de novembro, que alterou a referida Diretiva, é de 5.538.000€.

No domínio do direito interno, os vários tipos de contratos de concessão encontram-se regidos pelo CCP. Em primeiro lugar, o art. 407.º, n.º1 contém a noção de contrato de concessão de obras públicas, referindo-se a ele como um contrato em que o cocontratante está obrigado à execução ou à conceção e execução de obras públicas, adquirindo o direito de exploração da obra, durante um determinado período de tempo, podendo também ter o direito ao pagamento de um preço. Por sua vez, o art. 407.º, n.º2 contém a noção de contrato de concessão de serviços públicos, isto é, um contrato através do qual o cocontratante se obriga a gerir uma atividade de serviço público, em nome próprio mas prosseguindo sempre o interesse público, durante um determinado período de tempo, sendo remunerado pelo contraente público ou pelos próprios resultados que retirar da gestão da concessão. Por fim, o art. 408.º prevê o contrato de concessão de exploração de bens do domínio público, que consiste na obrigação do cocontratante explorar um bem do domínio público, mediante a existência de um título jurídico-administrativo e a exclusividade³⁷, cuja retribuição pode ser proveniente ou das taxas de utilização cobradas aos utentes ou por compensações atribuídas pelo contraente público, previstas no contrato.

³⁶ Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário, 2000/C 121/02, p.4.

³⁷ Correia, 2005, p.103.

2.1. Regime e suas especificidades

Num contrato de concessão, por um lado, temos o concedente, e, por outro, o concessionário. Relativamente ao concessionário, de acordo com o art. 411.º CCP, este deve manter a sua sede em Portugal e deve ter objeto social exclusivo, ou seja, prossegue somente a atividade que lhe tivera sido concessionada: o preceito dá a entender que o objetivo do legislador foi criar uma espécie de “sociedade-veículo”³⁸ que se dedique apenas à atividade prevista no contrato, o que faz todo o sentido nos contratos de grande dimensão, de modo a que o privado dedique toda a sua atenção à atividade em causa e, assim, a sua execução seja mais eficiente.

É também um direito do concessionário, de acordo com o art. 409.º CCP, exercer alguns poderes e prerrogativas de autoridade, atribuídos mediante estipulação contratual, tais como realizar expropriações por utilidade pública; utilizar, gerir e proteger infraestruturas afetas ao serviço público que ele deve prosseguir.

Em contrapartida, os deveres do concessionário, para além daqueles que possam estar assentes no contrato, são os constantes do art. 414.º CCP, nomeadamente o dever de realizar a atividade que lhe foi concessionada: no caso de um contrato de concessão de obras públicas, o concessionário pode ter a seu cargo a conceção e a execução da obra ou ficar-se somente pela sua execução; enquanto no caso de um contrato de concessão de serviços públicos, é dever do concessionário gerir o serviço ou atividade que lhe tivera sido concessionada. Como o contrato de concessão tem como objeto atividades que são fundamentais para o normal funcionamento e desenvolvimento da sociedade, é evidente que a lei preveja que o concessionário esteja obrigado a informar o concedente sobre todos os aspetos relacionados com a execução do objeto do contrato, bem como dar-lhe a conhecer qualquer circunstância que possa vir a condicionar a normal execução do contrato³⁹.

Especificamente sobre as concessões de obras públicas, o concessionário tem o dever de manter a obra em bom estado de conservação e em perfeitas condições de utilização, como consagra o art. 427.º CCP.

Por sua vez, os direitos do concedente são o espelho dos deveres do concessionário. Os seus direitos consistem, segundo o art. 420.º CCP, na possibilidade de sequestrar a

³⁸ Raimundo, 2022, p.300.

³⁹ *Idem*, p.305.

concessão, resgatá-la, estabelecer tarifas mínimas e máximas pela utilização das obras ou dos serviços; exigir a partilha de benefícios⁴⁰; e exigir que o concessionário realize a obra ou preste o serviço que lhe foi adjudicado. Além do mais, importa lembrar que o concedente reúne em si os poderes de conformação do contrato, decorrente da sua investidura de *ius imperii*.

O regime das concessões relativamente às modificações que podem ser feitas aos contratos remete integralmente para o regime das empreitadas de obras públicas. Pedro Sánchez aponta esta aposta do legislador como uma tentativa de uniformização do CCP com a Diretiva 2014/24/UE, que não diferencia este regime em relação aos vários tipos de contratos administrativos⁴¹.

A mesma técnica foi adotada em relação às empreitadas nos contratos de concessão de obras públicas: de acordo com o art. 426.º CCP, estas regem-se pelo regime do contrato de empreitada de obras públicas, feitas as necessárias alterações, com exceção no que diz respeito às matérias sobre conservação e uso da obra e dos bens afetos à concessão e das zonas de exploração comercial, previstos nos arts. 427.º e 428.º CCP, respetivamente.

Pensa-se que as normas afetas ao regime dos contratos de empreitada de obras públicas não poderão ser, aqui, afastadas, nem por estipulação contratual, uma vez que elas são normas garantísticas, isto é, visam proteger a posição do empreiteiro face a eventuais abusos por parte do dono da obra. O exemplo, que aqui trazemos, consiste em saber se seria possível que um empreiteiro não gozasse do direito de reembolso das quantias pagas a título de sanção contratual devidas ao incumprimento de prazos na execução da obra quando recuperasse esse atraso na execução dos trabalhos e a obra ficasse concluída dentro do prazo estipulado para a concessão, no âmbito do art. 403.º, n.º3 CCP: ao que respondemos que não, porque estar-se-ia a afastar uma norma garantística, que tem como objetivo proteger o empreiteiro⁴².

É de notar que, a respeito da figura do resgate, esta não deve ser confundida com a modificação objetiva por razões de interesse público. De facto, o resgate mais não é do que a resolução do contrato por razões de interesse público (esta prevista, no geral, no art.

⁴⁰ DL n.º55-A/2000, de 14 de abril- a cláusula 24 consagra que no caso de operação de financiamento da concessão rodoviária do Algarve, os impactes favoráveis que dela decorram são partilhados, em partes iguais, entre as partes.

⁴¹ Sánchez, 2021, p.138.

⁴² Melo, 2012-B, p.547.

302.º, al. c) e regulada no art. 334.º CCP), mas aplicada especificamente aos contratos de concessão. Ora, o resgate está previsto no art. 422.º CCP, consistindo na cessação do contrato por motivos de interesse público, embora seja necessário que se cumpra, primeiro, o “prazo de garantia”⁴³. Isto é, o resgate só pode ser operado passado o prazo fixado no contrato para tal, ou, no caso das partes nada terem previsto, passado um terço do prazo de vigência do contrato.

Não obstante este prazo funcionar como garantia ao concessionário, de que durante a vigência do contrato ele será capaz de obter parte ou até todo o investimento financeiro feito, este não deixa de levantar alguns problemas: desde logo, imagine-se que uma concessão tem um prazo de vigência de 30 anos; neste caso, se se aplicasse o prazo supletivo previsto no art. 422.º, n.º1 CCP, a concessão só poderia ser resgatada ao final de 10 anos, mesmo que a cessação do contrato fosse uma condição necessária para a prossecução do interesse público: face a isto, refere, e bem, Miguel Assis Raimundo, que a solução é inoportável⁴⁴. Além disso, também não se percebe porque razão não se poderia fazer cessar o contrato, se se demonstrasse que o cocontratante já teria recebido o retorno financeiro dos investimentos que fez, permitindo ao concedente desvincular-se de um contrato que já em nada lhe é proveitoso, desde que fosse assegurada a devida indemnização ao privado, nos termos do art. 422.º, n.º5 CCP. Desta forma, partilhamos da opinião de que este limite temporal de resgate da concessão é de “duvidosa inconstitucionalidade”⁴⁵, por violação do princípio da prossecução do interesse público, passando a solução por se admitir aplicar a esta situação o art. 14.º, n.º1 CE, ou seja, mesmo nos casos em que a concessão esteja temporalmente limitada de ser resgatada, a mesma pode ser expropriada⁴⁶.

3. A modificação por ato unilateral em especial

3.1. Normas especiais

Como já abordado, o contraente público tem o poder de modificar unilateralmente as cláusulas do contrato, cujo fundamento assente em razões de interesse público, segundo

⁴³ Raimundo, 2022, p.316.

⁴⁴ Exemplo retirado de Raimundo, 2022, p.317.

⁴⁵ Sousa, 2009, p.415.

⁴⁶ Raimundo, 2022, p.318.

o art. 302.º, al. c) CCP. No entanto, este poder fica limitado pelas chamadas *cláusulas imodificáveis*, isto é, determinadas cláusulas contratuais que não podem ser alteradas por via do poder de modificação objetiva unilateral do contrato: falamos da intangibilidade de algumas das cláusulas financeiras do contrato, como meio de garantir a equação financeira prevista no caso base.

Contudo, entende-se que esta intangibilidade se aplica somente quando, a par da modificação unilateral do preço propriamente dito, não se alterem também as outras prestações devidas pelo privado, isto é, pretende-se evitar que, apesar de serem mantidas as prestações exigidas ao cocontratante, o concedente passasse a pagar um valor inferior pelas mesmas, uma vez que tal significaria desequilibrar financeiramente o contrato. Contudo, tal previsão não significa uma intangibilidade absoluta de prestações contratuais que possam vir a ter impacto na remuneração do cocontratante, como é o caso dos trabalhos complementares, dado que o objeto do *ius variandi* não é diretamente a remuneração, mas o modo como o contrato é executado⁴⁷.

3.1.1. Limites

Relativamente aos limites à modificação objetiva do contrato por razões de interesse público, estes encontram-se previstos nos n.ºs 2 e 3 do art. 313.º CCP. Primeiramente, o n.º2 proíbe modificações substanciais ao contrato e consagra a defesa do princípio da concorrência aquando do procedimento pré-contratual; contudo, o texto deste preceito pode induzir em erro na medida em que trata estas duas ideias como independentes, utilizando a conjunção adversativa “ou” para se referir às mesmas. Nesta matéria, seguimos a posição de Miguel Assis Raimundo, que refere que “as alíneas do n.º2 do artigo 313.º não são, apenas, exemplos de situações contrárias à concorrência, mas concretizações da ideia mais ampla, resultante da leitura global do proémio desse n.º2”⁴⁸, ou seja, quando o artigo se refere à proibição de modificações substanciais do contrato, essas visam a proteção da concorrência, não devendo ser entendidas como duas ideias distintas, como o legislador português deu a entender, até porque não é essa a ideia frisada no art. 72.º da Diretiva 2014/24/UE. Apesar do legislador português ter complexificado a ideia da Diretiva, percebemos que não foi sua intenção separar o preceito em dois limites, uma vez que o direito europeu da contratação pública tem como corolário a proteção da

⁴⁷ Raimundo, 2022, pp.164-165.

⁴⁸ *Idem*, p.204.

concorrência no seu mercado interno; sendo assim, a ideia de proteção da concorrência tem que estar sempre associada quando falamos de modificação substancial do contrato⁴⁹.

O art. 313.º, n.º2 exemplifica⁵⁰, nas suas três alíneas, o que é uma modificação substancial do contrato, sendo que as mesmas são alternativas, pelo que o preenchimento de qualquer uma delas é suficiente para considerar que aquela modificação é proibida por lei. Ora, primeiramente, de acordo com a al. a), uma modificação substancial do contrato é aquela que altera as prestações inicialmente previstas de tal forma que teriam alterado a qualificação dos candidatos, a alteração da ordenação das propostas avaliadas, a não exclusão ou a apresentação de outras candidaturas ou propostas, durante o procedimento pré-contratual e desde que objetivamente demonstradas.

Além disso, o TJUE já se tinha pronunciado sobre esta questão, no acórdão *Succhi di Frutta*, em que proibia modificações ao contrato, cujo teor, se tivesse sido previsto no caderno de encargos, na fase pré-procedimental, teria levado a apresentação de outras candidaturas, à não exclusão de propostas ou ainda à escolha de uma proposta diversa daquela que ganhou o concurso⁵¹. Importa ainda referir que o legislador nacional adotou uma posição mais restrita que a Diretiva, uma vez que acrescentou à definição de modificação substancial do art. 72.º, n.º4 da Diretiva a alteração da ordenação das propostas avaliadas, quando o legislador europeu apenas teve em conta alterações ao contrato que tivessem tido impacto direto no resultado⁵².

Relativamente à exigência do CCP face à “demonstrabilidade objetiva”, esta também é uma inovação do legislador nacional, uma vez que não encontra correspondência na Diretiva 2014/24/UE. A doutrina tem entendido esta questão complexa, por ser de prova difícil, mas tem visto esta inovação como uma tentativa do legislador de restringir a aplicação deste limite somente a modificações que, com grande probabilidade, iriam alterar o desfecho do procedimento, afastando alterações pontuais, consequentemente,

⁴⁹ Fontoura, 2023, p.539.

⁵⁰ Martins A. G., 2010, p.225. Neste sentido, não é necessário que se subsuma uma possível modificação a qualquer uma das als. do n.º2 do art. 313.º, já que estas são meramente exemplificativas. A tónica, aqui, é averiguar quando essas modificações se consubstanciam em substanciais ou não, para o contrato.

⁵¹ Acórdão TJUE- *Succhi di Frutta*, de 29 de abril de 2004, Proc. C-496/99, Rel. R. Schintgen, onde se pode ler que “a Comissão não poderia posteriormente alterar as condições do concurso e, designadamente, as relativas à proposta a apresentar, de um modo não previsto no próprio anúncio de concurso, sem violar o princípio da transparência.” Esta alteração substancial poria em causa o princípio da igualdade de tratamento entre os proponentes, uma vez que não teriam as mesmas oportunidades na formulação das suas propostas.

⁵² Fontoura, 2023, p.543.

dando maior margem para se fazerem modificações ao contrato em relação a este ponto em específico⁵³. Sobre isto, Miguel Assis Raimundo refere que há casos em que esta demonstrabilidade objetiva é de fácil perceção, por exemplo, quando exista um impacto sobre a concorrência em que estejamos perante uma alteração de parâmetros que não tenham sido submetidos à concorrência e que, conseqüentemente, tenham levado à exclusão de uma proposta, que caso não tivesse sido excluída, poderia, muito bem, ter sido a adjudicada⁵⁴.

Em segundo lugar, a al. b) acrescenta que é também uma modificação substancial ao contrato a alteração do equilíbrio económico a favor do cocontratante de modo a que este seja colocado numa posição mais favorável do que a que tinha sido prevista inicialmente, pelo que é proibido. O TJUE também se pronunciou sobre este tema, no acórdão *Pressetext*, considerando uma modificação substancial aquela que decorre de uma alteração que modifica o “equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma não prevista nos termos do contrato inicial”⁵⁵, tais como uma alteração aos preços inicialmente previstos, o prazo do contrato ou as tarifas a cobrar aos utentes num contrato de concessão⁵⁶. Contudo, o acórdão refere que não basta estas meras alterações para que se considere que estamos perante uma alteração substancial. Ana Gouveia Martins dá o exemplo da alteração do contrato em que se preveja disponibilizar bens e serviços de forma gratuita ao cocontratante, sem justificação aparente⁵⁷.

Por fim, a al. c) refere-se ao alargamento considerável do âmbito do contrato como sendo uma modificação substancial ao mesmo, tendo igual previsão na já referida Diretiva, no seu art. 72.º, n.º4, al. c). De facto, o TJUE já se tinha pronunciado sobre este limite no acórdão *Finn Frogne A/S*⁵⁸, em que refere que “as disposições do contrato passariam a apresentar características substancialmente diferentes das do contrato inicial (...) se as alterações têm por efeito seja a extensão do contrato a favor do adjudicatário ou ainda se essas alterações são suscetíveis de por em causa a adjudicação do contrato”. No entanto, podemos equacionar se, em sentido contrário, a redução considerável do conteúdo das prestações do contrato não seria um limite a ter em conta. Este acórdão também se pronunciou sobre esta hipótese, em que referia que, no caso em análise, a

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Raimundo, 2022, p.205.

⁵⁵ Acórdão do TJUE- *Pressetext*, de 19 de junho de 2008, Proc. C-456/06, Rel. Cunha Rodrigues.

⁵⁶ Raimundo, 2022, p.206.

⁵⁷ Martins A. G., 2010, p.224.

⁵⁸ Acórdão TJUE- *Finn Frogne A/S*, de 7 de setembro de 2016, Proc. C-549/14, Rel. D. Šváby.

alteração ao contrato seria substancial “quer quanto ao objeto do contrato, conforme alterado, quer quanto à significativa redução do seu montante, sendo o contrato alterado suscetível de interessar às empresas mais pequenas”, ou seja, se estas previsões tivessem constado do caderno de encargos, aquando do procedimento pré-contratual, previa-se que teriam aparecido mais operadores económicos no concurso.

Numa outra perspetiva, não podemos deixar de referir que nem todas as modificações objetivas por razões de interesse público estão sujeitas ao limite previsto no art. 313.º, n.º2 CCP, em relação à modificação substancial do contrato: são essas as que se enquadram, pela negativa, nos limites referidos no n.º3 do respetivo preceito. Ao invés, consideramos que às modificações que se enquadrem dentro dos limites do n.º3 deve ser, de igual forma, aplicável o limite previsto no n.º1, que diz respeito à alteração da natureza global do contrato.

Mas, então, qual é a diferença entre o conceito de modificação substancial do contrato e o de alteração da natureza global do contrato? Em primeiro lugar, diríamos que estes conceitos não aparentam ser sinónimos, uma vez que o legislador nacional utiliza-os para limites diferentes, isto é, prevê a alteração da natureza global do contrato como um limite geral aplicável a todas as modificações com os mais variados fundamentos, enquanto o conceito de modificação substancial do contrato aparece unicamente face às modificações que tenham como fundamento razões de interesse público. O alcance que o legislador nacional deu aos dois conceitos é bem diferente daquele que foi previsto na Diretiva 2014/24/UE, uma vez que enquanto, no CCP, se associa a alteração da natureza global do contrato à alteração do objeto do contrato ou das suas prestações principais, na Diretiva, o legislador europeu desenvolveu somente o conceito de modificação substancial do contrato, no art. 72.º, n.º4, limitando-se a fornecer exemplos relativos ao conceito de alteração da natureza global do contrato, no Considerando 109⁵⁹.

Voltando à questão dos limites quantitativos, o primeiro a ser referido é um limite ao qual a doutrina vem chamando de “modificações de minimis”⁶⁰, previsto no art. 313.º, n.º3, al. a) CCP. Sendo assim, são admissíveis as modificações objetivas com fundamento em razões de interesse público que sejam de valor inferior aos limiares europeus previstos nos n.ºs 2, 3 e 4 do art. 474.º CCP, bem como de valor inferior a 10%; ou, no caso dos

⁵⁹ Fontoura, 2023, pp.539-541.

⁶⁰ Raimundo, 2023, p.207.

contratos de empreitada de obras públicas, que sejam de valor inferior a 15% do preço contratual inicial. É necessário ter em atenção que estas modificações só são admissíveis se estiverem dentro do limite previsto no art. 313.º, n.º1 CCP, que proíbe a alteração da natureza global do contrato, não se exigindo que estas não constituam uma modificação substancial ao contrato ou configurem uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência, tal como refere o n.º2 do mesmo artigo. Pedro Sánchez refere que esta previsão tem como objetivo conceder “uma margem de gestão flexível do contrato”⁶¹.

O art. 313.º, n.º4 CCP prevê, ainda, que, no caso de modificações sucessivas, o valor a considerar para efeitos de cálculo da percentagem do valor da modificação será o valor acumulado das modificações, no caso da alínea a). Mais uma vez, encontramos uma diferença face à Diretiva 2014/24/UE, que estabelece que o valor a ter em conta é o valor líquido acumulado das modificações sucessivas, segundo o seu art. 72.º, n.º2.

Não podemos ignorar outro limite, previsto na al. b), do n.º3 do art. 313.º CCP, que diz respeito às *circunstâncias imprevisíveis*. De facto, este preceito consagra um limite misto, uma vez que impõe um limite quantitativo e um limite qualitativo: as modificações objetivas fundadas em razões de interesse público, se decorrerem de circunstâncias que uma entidade diligente não pudesse ter previsto, se a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo as justificarem, e, se o seu valor não ultrapassar 50% do preço contratual inicial, não ficam sujeitas ao limite previsto no n.º2, relativo à modificação substancial do contrato, mas somente ao limite do n.º1, que diz respeito ao limite da alteração da natureza global do contrato. Por sua vez, Miguel Assis Raimundo considera problemática a decisão do legislador de não ter sujeitado a modificação por circunstâncias imprevisíveis ao limite previsto no n.º2⁶².

Se olharmos para o art. 315.º, n.º2 CCP, percebemos que este se refere à al. b) do n.º3 do art. 313.º CCP como um fundamento- “as modificações que se fundem na al. b) do n.º3 do art. 313.º”. Desta forma, o limite previsto de 50% do preço contratual inicial aplica-se às modificações que tenham como fundamento razões de interesse público, mas que decorram de circunstâncias que uma entidade adjudicante não pudesse prever e que se justifiquem na natureza duradoura do contrato e no decurso do tempo do mesmo. Por isso, este limite é aplicável aos contratos de longa duração e quando já tenha decorrido

⁶¹ Sánchez, 2021, p.125.

⁶² Sobre o desenvolvimento desta perspetiva, Raimundo, 2022, pp. 214-116.

grande parte do tempo inicialmente previsto, já que essas modificações são mais prováveis de acontecerem “à medida que a sua vigência se prolonga no tempo e que mais facilmente existe espaço para uma alteração das condições de facto e de direito que orientaram as partes quando tomaram a sua decisão de contratar”⁶³.

3.2. A relevância do risco e do caso base para a modificação

3.2.1. O risco

O risco é um conceito indeterminado, que não reúne consenso quanto à sua definição, estando, muitas vezes, associado a uma atividade perigosa, também difícil de definir. Numa tentativa de chegar a uma noção, Baptista Machado define risco como “o perigo de um prejuízo que alguém suporta como titular de uma posição jurídica”⁶⁴.

Segundo o Considerando 18 e o art. 5.º, n.º1 da Diretiva das Concessões, o risco (e a sua alocação às partes) surge como a principal característica de um contrato de concessão, na medida em que há sempre transferência de risco para o particular, naquilo a que se denomina de *risco de exploração*, que consiste na possibilidade de o concessionário não recuperar todos os investimentos que fez em relação às obras ou serviços que lhe foram adjudicados. É evidente de que o interesse do particular em ganhar a adjudicação do contrato é lucrar com a concessão em causa; contudo o mesmo pode ganhar ou perder os investimentos que fez, uma vez que existe sempre uma incerteza presente no negócio.

Normalmente, na concessão de obras públicas, é na fase de exploração que o concessionário consegue recuperar os investimentos que fez, seja por via dos pagamentos efetuados pela utilização do serviço, que podem ser feitos pelo próprio contraente público ou pelos particulares; seja através do pagamento de rendas pelo contraente público⁶⁵.

De acordo com o art. 5.º, n.º1 da Diretiva das Concessões e com o art. 413.º, n.ºs 1 e 2 CCP, se o concessionário tivesse a certeza e a garantia de que iria lucrar com o negócio ou se se verificasse que a entidade pública assumia qualquer responsabilidade por quaisquer perdas potenciais do particular, garantindo-lhe uma receita igual ou superior

⁶³ Sánchez, 2021, p.126.

⁶⁴ Machado, 1984, p.196.

⁶⁵ Gonçalves, 2016, p.588.

aos investimentos que ele fez e às despesas que suportou em relação ao contrato, não estaríamos perante uma verdadeira transferência de risco. Efetivamente, o particular deve estar sujeito às regras do mercado e à imprevisibilidade da oferta e da procura⁶⁶. Todavia, também no art. 5.º, n.º1 da Diretiva, prevê-se que o concessionário assume o risco de exploração quando não tenha garantia de vir a recuperar o investimento que fez, perante “condições normais de exploração”.

De acordo com o Considerando 20 da Diretiva, o risco de exploração não corresponde aos riscos habituais que se podem verificar em qualquer contrato, de onde se destacam os riscos associados à má gestão por parte do cocontratante, incumprimentos contratuais da sua parte ou, ainda, casos de força maior. Para que estejamos perante um contrato de concessão, ao qual se associa o risco de exploração, é necessário que esse risco decorra de fatores externos ao próprio contrato e que saiam do controlo das partes, isto é, o contrato deve estar sujeito aos riscos provenientes da oferta, da procura ou de ambos. Quando falamos em risco de procura referimo-nos ao risco que resulta do aumento ou da diminuição da procura para usar uma dada infraestrutura ou serviço, enquanto o risco de oferta está associado à prestação de um dado serviço ou a disponibilização de uma dada obra não corresponda à procura, por estar sujeito à concorrência (ou não) que possa ser feita ao objeto do contrato em causa.

A partilha dos riscos deve estar especificada no instrumento contratual, uma vez que quanto mais clara for a matriz de risco, mais fácil será de entendermos o caso base. Efetivamente, Pedro Gonçalves defende uma otimização na alocação de riscos, ou seja, deve especificar-se quais os riscos conhecidos até então e determinar qual das partes contratuais reúne as melhores condições para gerir cada um deles e, se for preciso, de os suportar⁶⁷. Em consonância, o DL n.º111/2012, de 23 de maio, relativo ao regime jurídico das PPP, no art. 7.º, consagra que a partilha de riscos entre as partes deve estar “claramente identificada contratualmente”, de acordo com a capacidade das mesmas para gerir esses riscos.

O modelo de concessão adotado pelo DUE e pelo nosso direito nacional concretiza-se com a transferência de risco de exploração para o cocontratante. Contudo este risco é

⁶⁶ Podemos encontrar disposições semelhantes no ordenamento jurídico espanhol, mais concretamente na *Ley de Contractos del Sector Público*- Lei 9/2017, de 8 de novembro, que prevê, no art.14.º, uma efetiva e significativa transferência de risco para o concessionário.

⁶⁷ Gonçalves, 2016, p.588.

reduzido, uma vez que não cabe ao particular ser responsabilizado pela maioria dos riscos decorrentes da própria natureza do contrato⁶⁸. Também o Considerando 19 refere que, mesmo nos casos em que não exista uma significativa transmissão do risco para o particular, não é por isso que tal contrato não possa ser considerado como uma concessão, uma vez que o risco pode ser limitado contratualmente, em que as partes acordam na atribuição de uma indemnização parcial, por exemplo, por motivos imputáveis ao contraente público ou por motivos de força maior.

De acordo com Pedro Melo, podemos identificar vários tipos de risco nos contratos de concessão⁶⁹.

Desde logo, o risco de tráfego, que está associado à utilização, pelos utentes, de um dado serviço ou infraestrutura, uma vez que é possível quantificar-se, ainda que com maior ou menor grau de aproximação, essa mesma utilização. Por exemplo, nas concessões SCUT, a concessionária é remunerada consoante o tráfego registado na via concessionada, estando essa previsão quantificada no caso base. Neste caso, embora o concessionário seja remunerado exclusivamente pelo concedente, essa remuneração vai depender do tráfego registado na via concessionada (quanto maior for o número de veículos a utilizar a via, maior será a remuneração do concessionário). Contudo, foram aprovadas alterações às bases das concessões SCUT, nomeadamente da concessão SCUT do Norte Litoral, através do DL n.º 44-B/2010, de 5 de maio, em que se passa a prever um regime de disponibilidade, isto é, o concessionário passa a assumir o risco de tráfego e o risco de cobrança de taxas de portagens, passando a existir portagens reais, cuja receita corresponde à sua remuneração- tal está patente na Base II, n.º 3 do referido DL.

Em segundo lugar, o risco financeiro está associado às entidades financiadoras dos concessionários, que disponibilizam capital para o projeto concessionado em causa, assumindo o risco de não verem reembolsado esse mesmo capital, a par dos juros a ele associados. Neste âmbito, não devemos confundir o risco financeiro das entidades financiadoras, como os bancos, com a obrigação contratual dos concessionários de obterem o financiamento necessário para poderem construir e explorar a obra ou o serviço público que lhe foi adjudicado. Contudo, sobre eles também recai este risco financeiro, quando, por exemplo, se verifique um aumento dos custos de financiamento, em

⁶⁸ Torgal, 2017, p.1079.

⁶⁹ Melo, 2011, pp.146 e ss.

consequência da imprevisibilidade dos mercados financeiros e do aumento da inflação, em que os concessionários terão de reembolsar essa diferença às entidades financeiras.

Em terceiro lugar, o risco ambiental comporta a obrigação de o concessionário respeitar toda a legislação ambiental, desde logo a sujeição a procedimentos de AIA e a conformação dos seus projetos às conclusões que daí advierem. Quando um projeto tenha sido submetido a um processo de AIA, ainda em fase de estudo prévio, é necessário ser realizado um procedimento para verificação da conformidade ambiental do mesmo projeto de execução. Este procedimento, do qual resulta o RECAPE, consiste num documento que comprova o cumprimento, por parte do concessionário, das condições impostas pela DIA⁷⁰. Ora, o que acontece, por norma, é que a escala utilizada num projeto de execução é inferior à escala utilizada num estudo prévio, pelo que apresenta mais pormenor e, conseqüentemente, permite serem detetados problemas nesta fase de RECAPE, que passaram despercebidos aquando da emissão da DIA. Por isso, a Comissão de Avaliação poderá obrigar os concessionários a adotar medidas compensatórias dos impactes negativos que o projeto por eles apresentado possa ter causado ao ambiente.

Em quarto lugar, o risco de disponibilidade consiste na perspectiva que as partes contrataram de que uma determinada atividade/obra concessionada estaria disponível, no sentido de cumprir todas as condições técnicas e de segurança e assim poder estar ao serviço da população. Por exemplo, em relação às subconcessões rodoviárias do “Programa de Subconcessões da EP”, o concedente paga ao cocontratante pela disponibilidade das vias, assim como pela prestação do serviço em si. Ora, quando o cocontratante esteja em falta, não conseguindo garantir a disponibilidade da infraestrutura em causa, o concedente tem o direito de deduzir o valor pago pela disponibilidade da remuneração total que é devida ao cocontratante.

Em quinto lugar, relativamente ao risco de conceção e construção, este baseia-se na responsabilidade que o cocontratante tem de elaborar os projetos necessários para, depois, poder iniciar a execução da obra concessionada. Dentro deste risco estão também os gastos que o concessionário tem na obtenção de licenças, assim como a obrigatoriedade de cumprir certos prazos acordados com o concedente, tais como prazos fixados no caso base para dar início à construção da obra ou prazos para a entrada em serviço da mesma. Apesar de este risco estar previsto em praticamente todos os contratos de concessão de

⁷⁰ Verificação da Conformidade Ambiental do Projeto de Execução, da APA.

obras públicas, quando o concedente venha modificar os pressupostos inicialmente previstos e tal consubstancie uma alteração considerável à equação financeira do contrato, então o cocontratante terá direito ao REF do mesmo. Exemplo disto é o que sucedeu com a alteração das Bases da concessão rodoviária do Algarve em que o concessionário passou a assumir a responsabilidade pela qualidade da conceção, do projeto e da execução das obras de construção e conservação dos vários lanços de autoestrada (cláusula 42.1)⁷¹.

Em sexto lugar, o risco de expropriações, em que o concessionário pode prever, no caso base, se estas irão ter lugar; o valor necessário para cobrir as indemnizações decorrentes dos processos expropriativos e; quanto tempo esses processos irão demorar, para que consiga prever a duração da concessão de modo a que esta lhe consiga ser rentável: exemplo desta prática é a concessão da Costa de Prata, que refere, na Base XXIII, o valor máximo que a concessionária terá que pagar relativamente a indemnizações ou outras compensações delas derivadas⁷². Note-se que, por um lado, as partes podem acordar que seja o concedente a conduzir esses processos e a realizar as expropriações, sendo que o cocontratante assume parte do valor das indemnizações devidas. Por outro lado, o acordo pode prever que seja o cocontratante a assumir o processo expropriativo e a realizá-lo, sendo também ele o responsável pelo pagamento integral das indemnizações devidas: este é o caso da Concessão do Douro Litoral, previsto na Base 22⁷³.

Em sétimo lugar, quanto ao risco legislativo, os contratos podem sofrer, ainda que indiretamente, alterações nos pressupostos inicialmente previstos, motivadas por atos legislativos, que em nada têm que ver com a atuação do concedente. Nestas situações, pode ocorrer que o concedente se recuse a proceder ao REF, alegando que estaríamos perante a figura do *facto do príncipe*. Assim, numa tentativa de resolver a questão, a doutrina dividiu-se quanto a apurar o responsável pelo REF do contrato, questão essa previamente abordada.

Por fim, o risco arqueológico apresenta-se, em regra, como um risco da parte concedente, pelo que, no caso de descoberta de património histórico durante a execução da obra pública, o concessionário deve comunicar, de imediato, essa ocorrência ao concedente, assim como assegurar a sua preservação. Ora, como o risco recai sobre o

⁷¹ DL n.º55-A/2000, de 14 de abril, que aprova as bases da concessão do Algarve.

⁷² DL n.º87-A/2000, de 13 de maio, que aprova as bases da concessão Costa de Prata.

⁷³ DL n.º392-A/2007, de 27 de dezembro, que aprova as bases da concessão Douro Litoral.

concedente, fica este obrigado ao REF do contrato. Todavia, temos de ter em atenção o conceito de “descoberta”, pois poderemos estar perante um caso de “descoberta relativa”, em que já existiam indícios de algum património histórico presente no terreno onde viria a ser executada a obra, mas dos quais não se sabia a extensão nem o seu valor arqueológico; ou poderemos estar perante um caso de “descoberta absoluta”, em que há um desconhecimento absoluto da presença deste tipo de achados. Contudo, em ambos os casos, Pedro Melo defende que o concessionário tem direito ao REF⁷⁴, algo que já não se verificará se realmente não estivermos perante qualquer descoberta, na medida em que o concessionário já saberia da localização e da extensão do património que viria a ser achado.

Já se estivermos perante um facto, que seja responsável pelo desequilíbrio contratual, e se ele estiver dentro dos riscos a serem suportados pelo contraente público, então, será ele o responsável pelo REF do contrato. Além disso, podemos estar perante eventos imprevisíveis, responsáveis pelo desequilíbrio financeiro do contrato, em que nem o contraente público nem o cocontratante vão ser responsáveis por este desequilíbrio, precisamente por corresponder a um risco que nenhum deles assumiu. Por isso, a compensação financeira terá que ocorrer por recurso a juízos de equidade e ao princípio da boa-fé, segundo o art.314.º, n.º2 CCP.

A matriz de risco, tal e qual é prevista nos contratos de concessão, não deve ser confundida com os casos de força maior. Segundo Raquel Carvalho, a força maior assenta na “imprevisibilidade, inimputabilidade às partes e consequente impossibilidade objetiva e definitiva do cumprimento da obrigação assumida”⁷⁵, sendo necessário aferir se o credor perdeu interesse na prestação; se o objeto do contrato desapareceu, extinguindo o contrato; ou se a execução do contrato foi apenas suspensa temporariamente, isto é, enquanto dura o evento caracterizado como sendo de força maior. Neste caso, a força maior funcionaria como uma cláusula exoneratória⁷⁶, dado que liberta as partes das prestações do contrato, uma vez que, como não se pode afirmar que o devedor incumpriu com a sua prestação, o evento deixa as partes livres de responsabilidades. Não obstante este cariz de inimputabilidade subjetiva, nada obsta a que as partes não venham a prever que a superveniência de um caso de força maior é geradora de se exercer o direito ao REF do

⁷⁴ Melo, 2011, p.156.

⁷⁵ Carvalho, 2020, p.198.

⁷⁶ *Idem*, p.199.

contrato, do mesmo modo que pode ser previsto que no caso de verificação desses eventos de força maior, a consequência seja a resolução do contrato⁷⁷.

Pelo contrário, a parte que assumiu o risco contratual não fica exonerada de responsabilidades, devendo assumir as consequências da efetivação desse mesmo risco, uma vez que este assenta numa previsão de que aquele evento viesse a acontecer, embora não se soubesse quando. Enquanto os casos de força maior exoneram o devedor, as consequências da verificação do risco são da responsabilidade de quem inicialmente o assumiu.

A propósito deste assunto abordarmos a questão relativa ao decréscimo no tráfego rodoviário médio diário registado, em 2020, na Rede Nacional de Autoestradas, tal como evidenciado pelo Boletim Anual das Parcerias Público-Privadas de 2020⁷⁸, sendo a quebra explicada pela pandemia covid-19 e o consequente confinamento da população. De facto, referente ao mês de abril, a circulação rodoviária baixou de 19.069 veículos por dia, em 2018, para 6.231 veículos por dia, em 2020. Nesta situação, o DL n.º 19-A/2020, no art. 3.º, veio declarar que a compensação deveria ser feita através da prorrogação do prazo da execução das prestações ou de vigência do contrato, não havendo lugar à revisão de preços ou assunção por parte do ente público de um dever de prestar à contraparte. Já o art. 4.º, n.º 2 refere que, nos casos em que a remuneração do ente privado decorra de pagamentos do ente público, este deve determinar a redução dos pagamentos devidos, correspondente à redução ou suspensão das obrigações do ente privado.

3.2.2. O caso base

O caso base corresponde à equação financeira que permitirá às partes calcular o REF do contrato. Esta equação financeira compreende a matriz de risco, isto é, o levantamento dos riscos, a sua identificação e respetiva alocação, para que, no caso de haver um desequilíbrio do contrato, ser possível saber quem assume o risco e de que forma é que o mesmo é compensado.

O caso base é visto como um “instrumento de demonstração do equilíbrio inicial entre os sacrifícios e os benefícios dos co-contratantes privados e de cálculo dos montantes

⁷⁷ Melo, 2012-A, p. 40.

⁷⁸ UTAP, 2020, p.25.

necessários à reposição da sua eventual perturbação”⁷⁹. A par disto, é no caso base que se preveem as estimativas e projeções, relativamente às variáveis que possam influenciar o desenvolvimento de um contrato, quanto ao nível dos gastos e dos rendimentos⁸⁰.

Além disso, é no caso base que se contém as projeções relativas aos gastos e aos rendimentos do concessionário, sendo com base no conhecimento dessa informação que os bancos analisam a concessão em causa e se propõem financiar o projeto. Caso contrário, como é razoável, nenhuma entidade bancária estaria disponível para financiar um projeto às escuras.

Além do mais, caso base pode, também, consubstanciar-se num documento contratual, na medida em que é nele que se fixa o ponto do equilíbrio financeiro do contrato. De facto, o equilíbrio entre os rendimentos e os gastos pode ser associado ao conceito de equilíbrio prestacional dos contratos⁸¹. Isto é, ao referirmo-nos aos rendimentos do concessionário, o que está em causa é a prestação do contraente público no contrato, enquanto quando aludimos aos gastos, estes correspondem à contraprestação do cocontratante. Note-se que quer os rendimentos quer os gastos consagrados no caso base são meras projeções e estimativas, de modo a que se possa fixar, no presente, o ponto de equilíbrio contratual entre ambos os conceitos.

Note-se que outra das funções do caso base é garantir uma “justa remuneração”, ou seja, ele contém a equação financeira que contém a previsão dos gastos e dos lucros que advirão da atividade concessionada, expectados por ambas as partes, pelo que nos perguntamos se o concedente poderá rescindir o contrato de concessão se a remuneração prevista no caso base for atingida antes do termo contratual. Segundo a posição de Leite Alves, quando se verificar que a TIR objetiva foi atingida, tal é possível⁸².

3.3. O reequilíbrio financeiro à luz do caso base

O princípio do REF dos contratos de concessão teve origem na jurisprudência francesa do início do século XX, através das decisões tomadas pelo C.E..

⁷⁹ Alves, 2017, p.83.

⁸⁰ Gonçalves, 2016, p.592.

⁸¹ *Idem*, 594.

⁸² Alves, 2017, p.109.

O primeiro caso diz respeito ao já abordado acórdão sobre a *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*,⁸³ em que o C.E. francês, previu que o concessionário teria o direito ao REF do contrato, por se considerar que este devia ser compensado pelo prejuízo que lhe tinha sido causado.

O segundo caso trata-se do acórdão relativo à *Compagnie générale française d'éclairage de Bordeaux*,⁸⁴ em que o concessionário pretendia que o município de Bordeaux fosse responsável pelo aumento do custo do carvão, provocado pelo decurso da Primeira Guerra Mundial. Apesar de, em circunstâncias normais, ser o concessionário a assumir o risco pela variação do preço de mercado da matéria-prima em causa, como estávamos perante uma alteração ao contrato provocada por eventos externos e imprevisíveis para ambas as partes, o C.E. concluiu que não seria razoável obrigar a concessionária a assumir, por si só, os encargos adicionais com o contrato, prevendo o direito que esta tinha ao REF do mesmo, “há que decidir, por um lado, que a empresa é obrigada a prestar o serviço concedido e, por outro, que deve suportar apenas durante este período transitório a parte das consequências onerosas (...) que a interpretação razoável do contrato lhe permite suportar”⁸⁵.

O REF é uma consequência do princípio da prossecução do interesse público⁸⁶. Por um lado, o contraente público tem o poder de modificar unilateralmente o contrato, quando estejam em causa razões de interesse público; por outro, o cocontratante tem o contrarrespetivo direito ao REF contratual, sendo esta uma das formas, ainda que indiretas, de prosseguir o interesse público, uma vez que é do interesse comum que o contrato prossiga sem percalços, continuando o privado a executar a atividade de interesse público que lhe tinha sido confiada.

A previsão do REF foi discutida na doutrina francesa, com Péquignot a reduzir este princípio a uma equação financeira, nos termos de que $a/b = a'/b'$, isto é, enquanto no primeiro caso $a=b$, as prestações devem manter-se estáticas, representando o equilíbrio entre os gastos assumidos pelo particular e a cobertura das suas despesas; no segundo caso, em que a'/b' , as prestações, dada a sua natureza dinâmica, podem ser alteradas, por facto que gere a obrigação de proceder ao REF do contrato, contando que a relação inicial

⁸³ Acórdão do C.E. francês sobre a *Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen*, 1912.

⁸⁴ Acórdão do C.E. francês sobre a *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, de 30 de março de 1916, Proc. 59928, Rel. M. Berget.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Amorim, 2022, p.598.

de $a=b$, entre os gastos assumidos e a cobertura dos mesmos, se mantenha inalterada. Posto isto, o REF deve ser feito tendo em conta a base de remuneração inicial que o privado aceitou contratar com o concedente público, uma vez que a relação inicial se mantém inalterada na fórmula matemática apresentada pelo autor⁸⁷. Por contraposição, Badaoui considera esta visão demasiado rígida, uma vez que o particular poderia ter feito cálculos errados ou haver um agravamento superveniente do custo da mão de obra ou da matéria-prima, sendo que, ao adotar esta fórmula matemática, tal poderia resultar num ressarcimento inferior àquele que, na prática, seria o justo a ser devolvido, já que o dano poderia ser superior ao equilíbrio financeiro inicialmente acordado⁸⁸. Também Laubadère não aderiu à equação matemática de Péquignot⁸⁹.

Influenciada pela doutrina francesa, no nosso ordenamento jurídico, a discussão gerou-se, nos anos 90, à volta da forma de como se procederia ao REF do contrato, com parte da doutrina a defender a via da indemnização, enquanto outra parte via a solução na própria equação financeira prevista no caso base, tal como inicialmente acordado entre as partes.

A primeira perspetiva era defendida por Marcello Caetano, que previa que, no caso do contraente público impor novos encargos ao privado, este deve receber “o pagamento do preço de prestações impostas a mais, ou atribuição de uma indemnização pelos danos sofridos, ou por aumento das tarifas, mas tem de tomar em consideração os lucros apurados”.⁹⁰No mesmo sentido, para Augusto Athayde, o particular não seria indemnizado à luz da teoria de responsabilidade contratual, até porque a AP, apesar do dever de indemnizar, não esteve em “falta”, mas sim à luz da teoria do equilíbrio financeiro do contrato administrativo. Ora, a indemnização devia cobrir não só os lucros cessantes, como os danos emergentes que pudessem resultar dessa modificação do contrato⁹¹.

Por outro lado, Sérvulo Correia apoia a segunda perspetiva, na medida, em que defende que, por respeito ao significado do contrato, deve ser mantida a fórmula do REF

⁸⁷ *Apud* Athayde, 1973, p.92.

⁸⁸ *Apud* Alves, 2017, p.85.

⁸⁹ Laubadère, 1996, p.772.

⁹⁰ Caetano, 1970, p.622.

⁹¹ Athayde, 1973, p.99. Nesta obra, o autor, influenciado pela doutrina francesa, como Laubadère e Badaoui, defende que “quanto às prestações diversas das iniciais que a Administração lhe vem impor (...) a regra vigente será outra: a da indemnização integral do particular pelo prejuízo sofrido” (p.95).

inicialmente prevista pelas partes⁹². Mário Esteves de Oliveira partilha da mesma opinião, já que afirma que o privado deve ser ressarcido não por via indemnizatória, mas segundo o preço que ele provavelmente quererá no momento em que o contrato foi celebrado⁹³.

Foi neste seguimento e a partir do “Contrato Lusoponte”- o contrato de concessão relativo à Ponte 25 de Abril e à Ponte Vasco da Gama- que a definição de REF se consolidou no nosso ordenamento jurídico⁹⁴. Podemos, então, dizer que esta figura nasce da prática contratual concessória, em que o legislador nacional se inspirou para, mais tarde, positivar o seu regime no art. 282.º CCP⁹⁵.

A especificidade destes contratos de concessão é que o seu financiamento é feito em regime de *project finance*⁹⁶: neste caso, são feitas previsões, incluídas no caso base, acerca dos *cash flows* que o projeto irá gerar quando estiver em fase de exploração, que funcionarão como garantia para as entidades financiadoras do contraente privado, ou seja, o financiamento era garantido pelo próprio projeto concessionado. Daí ser necessário que sejam elaboradas projeções, assentes em expectativas financeiras de ambas as partes, onde se preveja o investimento inicial, os lucros e os gastos com o projeto, bem como o prazo da concessão estimado para que a mesma venha a gerar *cash flows* para os investidores. Assim, segundo, António Martins, “a rendibilidade prevista para a concessão seria dada pela taxa (TIR) que iguala o investimento inicial aos *cash flows* (...) resultantes dos recebimentos e pagamentos derivados dos rendimentos e gastos previstos- ao longo do período considerado”⁹⁷.

A par disto, o art. 282.º, n.º5 CCP vai ao encontro da segunda perspetiva, pelo que podemos concluir que a posição adotada hoje em dia é a de Péquignot: quanto mais

⁹² Correia S., 1972, p.33.

⁹³ Oliveira, 1980, p.711.

⁹⁴ Não obstante não aprofundemos o seu estudo, não podemos deixar de mencionar que o REF está previsto também para o contrato de empreitada de obras públicas, de acordo com o art. 354.º CCP. Como já referido, o regime das concessões de obras públicas, no art. 426.º CCP, remete, com as necessárias adaptações, para o regime das empreitadas; contudo este não fornece os pressupostos de que depende o exercício do direito ao REF, pelo que temos que aplicar o regime geral dos contratos administrativos, consagrado no art. 282.º CCP, e conjugá-lo com os arts. 311.º e ss. CCP, relativos às modificações objetivas do contrato.

⁹⁵ Vieira, 2007, pp.53-54. O autor critica esta técnica legislativa, considerando que, uma vez que foram adotadas, para o regime geral dos contratos administrativos, soluções que tinham sido construídas em específico para as concessões, estas podem tornar os restantes contratos pouco flexíveis e desadequados, por exemplo, relativamente às regras do REF.

⁹⁶ Contudo, em relação ao contrato de empreitada de obras públicas, principalmente no âmbito local, não é comum que as partes prevejam uma TIR. Não havendo elementos concretos que permitam a determinação do REF contratual, este terá que ser definido recorrendo à vontade hipotética das mesmas, como prevê o art. 239.º CC, tal como explica Tiago Amorim, em Amorim, 2022, p.608.

⁹⁷ Martins, 2011, p.7.

precisa for a estimativa feita da TIR resultante da equação financeira prevista no caso base, menor será a probabilidade de, no futuro, ela ter que vir a ser revista e reduzida, podendo causar uma perda de interesse económico-financeiro por parte do cocontratante em prosseguir na execução do contrato. A possibilidade de não se atingir a TIR inicialmente prevista no caso base é, assim, um dos fatores de risco que caracteriza um contrato de concessão⁹⁸.

Regra geral, o caso base é imutável; contudo, apesar das partes não poderem, quando se apercebam de algum erro⁹⁹ nas previsões acerca dos gastos e dos lucros que da atividade concessionada possam resultar, alterar a equação financeira prevista inicialmente no caso base, a verdade é que quando estamos perante situações de exercício lícito dos poderes de modificação do contrato por parte do concedente, que extrapolem a normal conformação da relação contratual, a equação inicialmente prevista pode ser alterada, conforme apontado pelo art. 314.º CCP.

Por sua vez, no regime dos contratos de empreitada de obras públicas, o art. 354.º CCP não é tão exigente, na medida em que não exige que se verifiquem os pressupostos de uma modificação unilateral ao contrato ou uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias para se poder operar o direito ao REF do contrato. Aquilo que se prevê é somente que sejam praticados danos pelo dono da obra ou danos a que este dê causa. Além disso, não é necessário demonstrar que houve uma alteração significativa na equação financeira inicialmente prevista, mas apenas que se dê um agravamento dos encargos com a obra¹⁰⁰.

Desta forma, será que o caso base deve ser alterado? Em primeiro lugar, compete-nos dizer que, como o caso base contém a equação financeira do contrato, usada para alcançar o REF, faz todo o sentido que, se se der alguma das causas geradoras do REF, que, por sua vez, faça alterar alguma das variáveis previstas nessa equação, o valor correspondente a essa variável no caso base seja alterado, pois só assim será possível determinar a medida do desvio face aos valores inicialmente previstos¹⁰¹. Como refere Mário Aroso de

⁹⁸ *Idem*, p.8.

⁹⁹ Este erro pode ser voluntário ou involuntário e diz respeito a situações em que o cocontratante não tem direito ao REF do contrato, tais como quando as previsões apontadas pelo privado são demasiado otimistas face àquilo que se verifica na realidade, desde taxas de inflação, estudos técnicos deficitários ou preços de matérias-primas que podem sofrer flutuações no seu valor, derivado, por exemplo, de crises inflacionistas. Sobre este tema ver Alves, 2017, p. 92.

¹⁰⁰ Raimundo, 2022, p.282.

¹⁰¹ Contudo, esta exceção não deve ser usada como precedente para se alterar o caso base sempre que haja alguma alteração das circunstâncias (que não dê causa ao REF) em que as partes assinaram o contrato e,

Almeida, primeiramente, o caso base deve ser revisto, de acordo com os novos valores, e, só, posteriormente, é que devem ser feitos os cálculos respeitantes ao REF¹⁰². No primeiro momento, é necessário corrigir os valores expectáveis inicialmente previstos no caso base face aos valores efetivamente registados durante a execução do contrato, sendo que, depois, se deve apurar o desvio que daqui resulta face aos valores dos critérios-chave, constantes no caso base. No segundo momento, substituem-se os valores resultantes deste desvio pelos valores que são expectáveis de serem registados em consequência da ação do contraente público. Só face a estes últimos valores é que se apura o desvio que resulta face aos critérios-chave constantes no caso base. Ora, é só este último desvio que o contraente público deve cobrir para assegurar o REF, pois, de outra forma, se se fizesse o cálculo com base nos valores inicialmente previstos, o contraente público estaria a assumir os riscos de exploração, que foram assumidos inicialmente pelo cocontratante e, a garantir que, em qualquer circunstância, a TIR prevista seria sempre atingida¹⁰³.

Em sentido contrário, António Martins afirma que se se adotasse esta técnica poderíamos estar perante um REF que já não seria calculado com base nos valores inicialmente previstos na equação financeira, uma vez que é habitual existirem divergências entre os valores inicialmente previstos e aqueles que realmente se verificam. Acrescenta, por isso, que interessa ao contraente privado deixar “do lado do concedente o ónus do REF sempre que a rentabilidade verificada desça abaixo da prevista” e sugere que, em vez de se adotar uma TIR, dever-se-ia prever um intervalo de valores, dentro dos quais não haveria lugar ao REF¹⁰⁴. Ora, esta solução parece-nos vantajosa somente para o contraente privado, que em todas as situações veria o contraente público a assumir os seus riscos. Sabemos que um negócio ruinoso para o contraente público poria, conseqüentemente, em causa o interesse público, que estaria a assegurar que o negócio

por isso, elas o queiram ver alterado. Se tal fosse permitido, a certa altura, as partes estariam vinculadas a um contrato completamente diferente e a eliminarem os riscos próprios do mesmo. Tal como refere Mário Aroso de Almeida, “apenas se trata (...) de alterar o valor de uma variável específica, em função da ocorrência de um fundamento específico de reposição do equilíbrio financeiro”, sendo que o objetivo desta alteração “não é o de assegurar ao concessionário uma determinada taxa de rentabilidade, mas de determinar a medida do dever de reposição que deve ser imposto ao concedente para que este assuma a quota de responsabilidade que lhe deve caber”, em Almeida, 2015, p.692.

¹⁰² Almeida, 2015, p.690.

¹⁰³ Por exemplo, no preceito 117 da concessão rodoviária do Algarve- DL n.º55-A/2000, de 14 de abril- prevê-se os casos em que o concessionário tem direito ao REF, desde logo quando esteja em causa uma modificação unilateral, por parte do concedente, das prestações do contrato, que tenha um resultado direto sobre as mesmas e que consubstancie um aumento de custos ou perda de receitas para o concessionário. A este REF associa-se, na cláusula 116., a possibilidade de alteração do Caso Base, procedendo-se à redução da TIR prevista em cerca de 7%.

¹⁰⁴ Martins, 2011, pp.25-25.

em causa fosse sempre lucrativo para a outra parte, mesmo sendo prejudicial para si mesmo.

Para que o cocontratante tenha direito ao REF do contrato, de acordo com o art. 282.º, n.º2 CCP, têm que estar preenchidos, cumulativamente, quatro pressupostos: (i) tendo em conta a repartição do risco no contrato, este não poderia estar na esfera do privado; (ii) facto gerador do desequilíbrio financeiro não se encontre dentro dos riscos próprios do contrato; (iii) o facto que dê fundamento ao REF tenha alterado os pressupostos iniciais, nos quais o privado determinou o valor das prestações a que se obrigou; e (iv) o contraente público tem que conhecer ou não devia ignorar esses mesmos pressupostos.

Importa, também, referir que o REF pode ser operado através de três modalidades diferentes, de acordo com o art. 282.º, n.º3 CCP: (i) através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou vigência do contrato; (ii) através da revisão de preços; (iii) ou do pagamento, feito pelo concedente público, ao cocontratante do valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou do agravamento dos encargos inicialmente previstos, durante a execução do contrato. A lei deixa na livre disponibilidade das partes a escolha da modalidade que preferem adotar, podendo, mesmo, conjugar mais do que uma, por exemplo, o pagamento feito pelo concedente pode ser adotado conjuntamente com a medida de revisão dos preços¹⁰⁵.

Relativamente aos contratos de empreitada de obras públicas, o REF pode ser operado da mesma forma, uma vez que o art. 354.º CCP prevê o pagamento, feito pelo dono da obra, do valor dos encargos correspondentes, devidos ao empreiteiro; no entanto, parte da doutrina não vê porque razão não poderiam ser aplicadas, aqui, as restantes modalidades referidas no art. 282.º, n.º2 CCP, como a revisão de preços, assim como as opções que tenham sido previstas pelas partes no contrato¹⁰⁶.

Segundo o n.º4 do art. 282.º CCP, o REF deve ser feito, relativamente ao evento que lhe deu origem, de forma única, completa e final, para todo o período do contrato. Contudo, esse pagamento pode ser parcialmente diferido no tempo, quando não seja possível fazer uma razoável avaliação imediata dos efeitos específicos do evento que geraram esse desequilíbrio financeiro, ou sobre cuja existência, incidência ou

¹⁰⁵ Amorim, 2022, pp.613-614.

¹⁰⁶ Martins L. L., 2010, p.362.

quantificação não exista concordância entre as partes¹⁰⁷. Sobre isto, Leite Alves refere, e bem, que a equação matemática adotada por Péquignot de $a/b = a'/b'$ não parece ser adequada para calcular o montante necessário ao REF face a danos futuros, uma vez que a fórmula a/b tenderá a gerar valores muito diferentes daqueles que se verificarão na realidade, quer por excesso quer por defeito, acontecendo o mesmo com os valores que resultariam da equação do caso base quando comparados com os valores praticados efetivamente no futuro¹⁰⁸. Se se optasse por aplicar a referida equação, o que aconteceria era que, por exemplo, com o pagamento da indemnização igual à diferença entre a procura prevista inicialmente no caso base e a estimativa feita em relação à procura futura, poder-se-ia colocar em causa a característica base de um contrato de concessão, ou seja, estar-se-ia a reduzir o risco da procura. Sendo assim, o risco de procura deixaria de estar dependente da variação da procura prevista inicialmente face à procura real, para estar dependente da variação da procura prevista inicialmente no caso base face à previsão feita em relação à procura futura¹⁰⁹.

Numa outra perspetiva, poder-se-ia equacionar que os danos futuros viessem a ser coincidentes com os valores apurados pela equação matemática; contudo, no caso do REF ser efetuado de forma única, completa e final, tal facto iria alterar a equação prevista inicialmente. Isto deve-se ao facto da equação financeira incluir a calendarização faseada dos gastos e das receitas, durante a execução do contrato. Esta mesma calendarização é fulcral para ajudar o contraente público a tomar a decisão de contratar ou não, na medida em que este tem que verificar se a mesma é compatível com a sua programação financeira plurianual, tal como previsto no art. 14.º LEO. Do mesmo modo, a programação é importante para o contraente privado, pois permite-lhe fazer previsões dos gastos e das receitas que poderá vir a ter para poder concluir se lhe é viável disponibilizar-se para prosseguir a atividade a ser concessionada¹¹⁰.

Por sua vez, o art. 282.º, n.º5 CCP consagra que o REF pretende repor o equilíbrio dos valores previstos inicialmente e não outros novos. Sobre isto, colocamo-nos ao lado da posição de Mário Aroso de Almeida, que defende que no contrato estamos perante “taxas

¹⁰⁷ No caso de ser possível calcular, no presente, quais serão os danos futuros, o pagamento não deve ser único, completo e final, mas antes faseado, a ser pago anualmente pelo Estado à concessionária, tal como previsto pela LEO. Esta é a posição adotada por Leite Alves, com a qual concordamos, que cita, em Alves, 2017, p.100, um acórdão do tribunal arbitral que proferiu decisão no mesmo sentido.

¹⁰⁸ Alves, 2017, p.96

¹⁰⁹ *Idem*, p.97.

¹¹⁰ *Ibidem*.

de rentabilidade estimadas”¹¹¹, uma vez que os valores que as partes acordaram inicialmente não estão garantidos, sendo essa uma característica dos contratos de concessão, a assunção do risco pelas partes. Por isso se diz que é restabelecido o equilíbrio que existia aquando da conduta do contraente público, que causou uma alteração das circunstâncias em que assentaram os pressupostos que as partes contrataram inicialmente, e não uma reposição do equilíbrio e dos valores que as partes desejariam que tivessem sido atingidos. Por outro lado, António Martins parece prever uma “taxa de rentabilidade garantida”, uma vez que refere que o REF tem como objetivo assegurar ao cocontratante que a TIR prevista seja sempre garantida, ou seja, quando se preveja que as previsões estabelecidas inicialmente não vão ao encontro daquilo que é efetivamente praticado, o cocontratante tem o direito ao REF do contrato, por proteção das suas expectativas económico-financeiras de quando aceitou prosseguir a atividade concessionada¹¹².

Ora, esta formulação de REF, adotada por António Martins, não nos parece ser a mais correta, porque, para além de eliminar o risco de exploração para o cocontratante, que tomaria sempre como garantida a TIR prevista, seria uma enorme sobrecarga financeira para o contraente público, que, apesar de não ter contribuído nem tomado conhecimento para que a TIR prevista não fosse atingida, ao ser confrontado com a mínima alteração das variáveis inicialmente previstas, teria automaticamente que compensar a contraparte. Por isso, tal como refere Mário Aroso de Almeida, o REF terá por base “restabelecer o grau de desequilíbrio que existia no momento em que aquela conduta [a do contraente público] foi adotada e que teria subsistido, sem alterações, se essa conduta não tivesse sido adotada”¹¹³.

Não obstante a lei permitir às partes definirem, ainda de que modo limitado, os termos em que se poderá processar o REF, é necessário compatibilizar esta norma com a do n.º6 do mesmo artigo, ou seja, as partes devem ter em conta que a previsão por elas delineada não pode eliminar os riscos próprios de um contrato de concessão, ou seja, a reposição não pode ser feita de modo a beneficiar alguma das partes; não pode colocá-las numa posição mais favorável do que a prevista inicialmente; nem pode cobrir eventuais perdas que estão associadas aos riscos próprios do contrato. Por isso, é importante a concreta

¹¹¹ Almeida, 2015, p.688

¹¹² Martins, 2011, p.18.

¹¹³ Almeida, 2015, p.689.

definição das regras de distribuição do risco, no caso base, pois serão elas a ditar o modo como o REF será atingido.

Conclusão

Com a presente dissertação, podemos concluir que um contrato administrativo pode ser modificado por acordo das partes, por decisão judicial ou arbitral, ou por ato administrativo do contraente público, de acordo com o art. 311.º CCP.

Relativamente a esta última previsão, que foi alvo de um estudo mais aprofundado no presente texto, o contraente público, que modifique o contrato unilateralmente, terá que justificar a sua ação em razões de interesse público, seja porque as necessidades se alteraram, seja porque as suas prioridades mudaram, pelo que é necessário uma nova ponderação das circunstâncias, conforme o consagrado no art. 312.º, al. c) CCP. Não obstante o poder de conformação contratual por parte do contraente público, a sua atuação está balizada pelos limites elencados no art. 313.º CCP.

Como consequência desta sua ação, o princípio da boa-fé contratual e o princípio da confiança e proteção das partes exigem que o contraente público fique onerado de repor o equilíbrio financeiro do contrato, assegurando a estabilidade que tinha sido contratada com o concessionário inicialmente.

De facto, em todos os preceitos, pudemos concluir pela tensão existente entre a parte pública e a parte privada. Desde logo, esta tensão é visível quando nos confrontamos com as razões que levaram o contraente público a modificar o contrato: ora, se por um lado, é missão do contraente público a ponderação das circunstâncias em que o contrato foi assinado e se executa, decidindo, em função disso, modificar o contrato quando conclua que tal será fundamental para a correta prossecução do interesse público; por outro lado, o cocontratante não pode ficar prejudicado por um facto que não é da sua responsabilidade, pelo que cabe ao contraente público a responsabilidade de repor o equilíbrio financeiro do contrato, até para seu próprio interesse, uma vez que é do interesse comum que o cocontratante possa continuar a executar a atividade que lhe foi confiada, já que ela é importante para o desenvolvimento da sociedade.

Esta tensão pode, ainda, ser uma consequência da característica principal de um contrato de concessão, o risco. Isto é, dá-se a partilha do risco quando o concessionário não tenha

garantia de vir a recuperar o investimento que fez, perante condições normais de exploração. Ou seja, da mesma forma que o cocontratante tem o direito de receber o retorno do investimento feito no contrato, quando este seja próspero e as receitas superem os gastos, o contraente público também tem o correspondente direito, devendo ser chamado à partilha desses benefícios.

Por fim, esta tensão resulta, ainda, da discussão gerada em torno de como se deveria processar o REF do contrato: se, por um lado, o objetivo do cocontratante é conseguir retorno financeiro de todos os negócios em que participa, por outro, o contraente público tem como missão a prossecução do interesse público. Esta reposição terá, obrigatoriamente, impacto no caso base, uma vez que, tendo sido alterada uma das variáveis da equação financeira nele prevista, o valor correspondente a essa variável deve ser também alterado. Por isso, concluímos que a melhor solução passa pelo caso base ser revisto à luz dos novos valores e só, mais tarde, é que devem ser feitos os cálculos para o REF, caso contrário o contraente público estaria a garantir a TIR prevista e, consequentemente, a eliminar os riscos que recaíam do lado do privado, estando ele agora a assumir esses riscos e os factos que desequilibraram financeiramente o contrato, que em nada se deveram à sua conduta. Ora, um negócio ruinoso para o Estado é um negócio ruinoso para o interesse público, uma vez que os fundos que o contraente público gere e investe não resultam de capitais próprios, mas antes de recursos públicos.

Bibliografia

- Almeida, M. A. (2015). Apontamento sobre o problema da repartição do risco. Em C. A. (coord.), *Estudos em Homenagem a Rui Machete* (pp. 679-692). Coimbra: Almedina.
- Almeida, M. A. (2022). *Teoria Geral do Direito Administrativo* (10.^a ed.). Coimbra: Almedina.
- Alves, P. L. (2017). O Caso Base. Em J. M. (coord.), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira* (pp. 83-110). Coimbra: Almedina.
- Amaral, D. F. (2019). *Curso de Direito Administrativo* (4.^a ed., Vol. II). Coimbra: Almedina.
- Ambiente, A. P. Verificação da Conformidade Ambiental do Projeto de Execução. Obtido em 8 de janeiro de 2024, de <https://apambiente.pt/avaliacao-e-gestao-ambiental/verificacao-da-conformidade-ambiental-do-projeto-de-execucao>
- Amorim, T. (2022). A reposição do equilíbrio financeiro dos contratos administrativos. Em C. A. (coord.), *Comentários ao Código dos Contratos Públicos* (5.^a ed., Vol. II, pp. 597-615). Lisboa: AAFDL Editora.
- António, I. (outubro de 2015). A propósito do poder de modificação unilateral do contrato por parte contraente público: "Ius Variandi". *Revista Eletrónica de Direito*, n.º3. Obtido em 5 de março de 2024, de <https://cij.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2015-nordm-3/a-proposito-do-poder-de-modificacao-unilateral-do-contrato-por-parte-contraente-publico-ldquoius-variandirdquo/>
- Athayde, A. d. (1973). Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de Modificação Unilateral pela Administração. Em D. F. (coord.), *Estudos de Direito Público em honra do Professor Marcello Caetano* (pp. 73-106). Lisboa: Edições Ática.
- Caetano, M. (1970). *Manual de Direito Administrativo* (10.^a ed., Vol. I). Lisboa: Coimbra Editora.
- Carvalho, R. (2020). A força maior. Em C. A. (coord.), *Direito Administrativo de Necessidade e de Exceção* (pp. 195-216). Lisboa: AAFDL Editora.

- Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário. (2000/C 121/02). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 2-13. Obtido em 15 de 12 de 2023, de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:PT:PDF>
- Correia, F. A. (2005). A concessão de uso privativo do domínio público: breves notas sobre o regime jurídico de um instrumento de valorização e rentabilização dos bens dominiais. *Direito e Justiça- VI Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo* (pp. 101-116). Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Editora. Obtido em 20 de fevereiro de 2024, de <https://revistas.ucp.pt/index.php/direitoejustica/article/view/11333>
- Correia, S. (1990). Contrato Administrativo. *Dicionário Jurídico da Administração Pública, III*, pp. 54-89.
- Costa, A. D. (2021). O novo regime dos limites à modificação objetiva dos contratos administrativos- antes tarde... *Revista de Direito Administrativo n.º12*, pp. 49-54.
- Fontoura, J. L. (2023). Modificação objetiva do contrato: um (des)equilíbrio complexo? Em C. A. (coord.), *Comentários ao Código dos Contratos Públicos* (5.ª ed., Vol. II, pp. 499-555). Lisboa: AAFDL Editora.
- Gomes, C. A. (2008). A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos. Em P. G. (coord.), *Estudos de Contratação Pública* (Vol. I, pp. 519-567). Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora.
- Gonçalves, P. C. (2016). Função do Caso Base em Contratos Administrativos de Concessão. Em M. R. (coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros* (Vol. II, pp. 587-603). Coimbra: Almedina.
- Gonçalves, P. C. (2021). A reforma de 2021 do CCP em matéria de contratos reservados e de modificações objetivas de contratos. Em C. A. (coord.), *Comentários ao Código dos Contratos Públicos* (4.ª ed., Vol. I, pp. 43-71). Lisboa: AAFDL.
- Laubadère, A. (1996). *Traité de Droit Administratif* (14.ª ed.). Paris: LGDJ.
- Machado, B. (1984). Risco Contratual e Mora do Credor. *Revista de Legislação e Jurisprudência Ano 116 n.º3712*, pp. 194-198.

- Martins, A. (2011). Sobre o equilíbrio financeiro das concessões e a taxa interna de rendibilidade (TIR) accionista: uma perspetiva económica. *Revista de Contratos Públicos* N.º3, pp. 5-25.
- Martins, A. G. (2010). A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas. Em J. M. (coord.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia* (Vol. II, pp. 59-118). Lisboa: Coimbra Editora.
- Martins, L. L. (2010). Alguns aspetos do contrato de empreitada de obras públicas no código dos contratos públicos II: em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos. Em P. G. (coord.), *Estudos de Contratação Pública* (Vol. III, pp. 339-394). Coimbra: Coimbra Editora.
- Melo, P. (2011). *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*. Coimbra: Almedina.
- Melo, P. (2012-A). Contratos de Concessão de Obras Públicas e Força Maior. *Revista de Contratos Públicos* n.º6, pp. 21-40.
- Melo, P. (2012-B). O Direito das Obras Públicas. Em P. G. (coord.), *Tratado de Direito Administrativo Especial* (Vol. VI, pp. 443-556). Coimbra: Almedina.
- Oliveira, M. E. (1980). *Direito Administrativo* (Vol. I). Lisboa: Almedina.
- Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República n.º32/2015 Relator Luís Bilro Verão. (16 de junho de 2016). Obtido em 9 de fevereiro de 2024, de <https://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr/2085>
- Raimundo, M. A. (2022). *Direito dos Contratos Públicos- Regime Substantivo* (Vol. II). Lisboa: AAFDL.
- Sánchez, P. F. (2021). *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: AAFDL Editora.
- Sousa, M. R. (2009). *Direito Administrativo Geral. Contratos Públicos*. (2.ª ed., Vol. III). Lisboa: Dom Quixote.

- Torgal, L. (2017). Sobre a Nova Definição Europeia de Concessão (Diretiva 2014/23/UE). Em P. G. (coord.), *Estudos em Homenagem a Mário Esteves de Oliveira* (pp. 1073-1110). Coimbra: Almedina.
- Trepte, P. (2007). *Public Procurement in the EU- A Practitioner's Guide* (2.^a ed.). Oxford: Oxford University Press.
- UTAP. (2020). *Boletim Anual das PPP*. Ministério das Finanças. Obtido em 8 de janeiro de 2024, de https://www.utap.gov.pt/Publicacoes_utap/Boletim%20Trimestral%20PPP%20T2020.pdf
- Vieira, P. S. (2007). Regime das concessões de obras públicas e de serviços públicos. *Cadernos de Justiça Administrativa n.º64*, pp. 47-54.

Lista de Jurisprudência

Jurisprudência portuguesa

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 5 de julho de 2017, Proc. 08873/12, Rel. Catarina Jarmela. Obtido em 9 de fevereiro de 2024, de <https://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/8da7021a09d72ebd80258183003afb2a?OpenDocument>
- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 5 de março de 2021, Proc. 01340/20.8BEPRT, Rel. Helena Ribeiro. Obtido em 12 de março de 2024, de <https://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/daa03d03948e3b718025869900496a4c>

Jurisprudência francesa

- Acórdão do Conselho de Estado francês sobre a *Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen*, de 10 de janeiro de 1902, Proc. 94624, Rel. M. Wurtz. Obtido em 12 de janeiro de 2024, de <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de->

[justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/ce-10-janvier-1902-compagnie-nouvelle-du-gaz-de-deville-les-rouen](https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/ce-10-janvier-1902-compagnie-nouvelle-du-gaz-de-deville-les-rouen)

Acórdão do Conselho de Estado francês sobre a *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, de 30 de março de 1916, Proc. 59928, Rel. M. Berget. Obtido em 20 de março de 2024, de <https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-30-mars-1916-compagnie-generale-d-eclairage-de-bordeaux>

Jurisprudência do TJUE

Acórdão TJUE- *Succhi di Frutta*, de 29 de abril de 2004, Proc. C-496/99, Rel. R. Schintgen. Obtido em 25 de março de 2024, de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61999CJ0496>

Acórdão do TJUE- *Pressetext*, de 19 de junho de 2008, Proc. C-456/06, Rel. Cunha Rodrigues. Obtido em 25 de março de 2024, de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/ALL/?uri=CELEX:62006CJ0454>

Acórdão TJUE- *Finn Frogne A/S*, de 7 de setembro de 2016, Proc. C-549/14, Rel. D. Šváby. Obtido em 27 de março de 2024, de <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=35775BFC48AA4D5AC5E49A880BD0113E?text=&docid=183107&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8347463>