

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

# Contratação Pública

JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA E FISCAL

ABRIL 2018

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



**Diretor do CEJ**

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

**Diretores Adjuntos**

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

**Coordenador do Departamento de Formação**

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

**Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais**

Helena Leitão, Procuradora da República

**Grafismo**

Ana Caçapo - CEJ


**Capa**

Edifício do CEJ

**Foto**

Victor Pimenta - CEJ





Face ao renovado Código dos Contratos Públicos o CEJ realizou a 29 e 30 de Novembro de 2017 um seminário em que procurou abordar, com a presença de membros da Comissão Revisora, de académicos/as das várias escolas de Direito em Portugal e com magistrados/as, as principais questões suscitadas por essa renovação.

Com a colaboração de todos os intervenientes o que agora se publica são os textos e os vídeos das comunicações nele apresentadas, as quais servirão agora para ajudar toda a comunidade jurídica na leitura não apenas das novidades que o Código traz consigo, mas principalmente do regime de contratação pública que dele resultou, como instrumento que pretende actuar sobre a transparência e a responsabilidade dos decisores públicos.

É mais um e-book da “Coleção Formação Contínua” que continua a cumprir o objectivo do Centro de Estudos Judiciários: disponibilizar em forma de acesso universal conteúdos de excelência.

(ETL)

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Ficha Técnica

**Nome:**

Contratação pública

**Jurisdição Administrativa e Fiscal:**

Margarida Reis – Juíza de Direito, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição

Marta Cavaleira – Juíza de Direito e Docente do CEJ\*

Fernando Martins Duarte – Juiz de Direito e Docente do CEJ\*\*

**Coleção:**

Formação Contínua

**Plano de Formação 2017/2018:**

Contratação pública - 29 e 30 de novembro de 2017 (programa)

**Conceção e organização:**

Anabela Russo – Juíza Desembargadora TCA-Sul, Coordenadora Regional Sul-CEJ

Margarida Reis

Sofia David - Juíza Desembargadora do Tribunal Central Administrativo Sul

**Intervenientes:**

Maria João Estorninho – Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Luís Verde de Sousa – Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Carlos Luís Medeiros de Carvalho – Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal Administrativo

Ana Sofia Alves – Juíza de Direito do Tribunal Administrativo e Fiscal de Sintra

Bernardo Azevedo – Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Cláudia Viana – Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho

Licínio Lopes Martins – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Vera Eiró – Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova

Raquel Carvalho – Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto

**Revisão final:**

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

---

\* Desde fevereiro de 2018.

\*\* Desde abril de 2018.

## **Notas:**

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

## **Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):**

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.  
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

### **Exemplo:**

**Direito Bancário** [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito\\_Bancario.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf).

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

<b>Identificação da versão</b>	<b>Data de atualização</b>
1. <sup>a</sup> edição – 23/04/2018	

# Contratação pública

## Índice

<b>1. Apreciação crítica à alteração de 2017 ao Código dos Contratos Públicos</b> Maria João Estorninho	9
<b>2. Tipo e escolha de procedimentos, em especial, as alterações ao ajuste direto</b> Luís Verde de Sousa	19
<b>3. Primeiro balanço das alterações legislativas ao CCP</b> Carlos Luís Medeiros de Carvalho	37
<b>4. Alterações ao regime do “preço anormalmente baixo”</b> Ana Sofia Alves	57
<b>5. Novidades em sede de apreciação e exclusão de propostas</b> Bernardo Azevedo	79
<b>6. Os critérios de adjudicação</b> Cláudia Viana	83
<b>7. Os (novos) trabalhos complementares</b> Licínio Lopes Martins	87
<b>8. Acordos quadro, centrais de compras, sistemas de aquisição dinâmicos e catálogos electrónicos</b> Vera Eiró	91
<b>9. Principais novidades do regime substantivo dos contratos – invalidade e modificações objetivas e subjetivas</b> Raquel Carvalho	95

## PRINCIPAIS NOVIDADES DO REGIME SUBSTANTIVO DOS CONTRATOS – INVALIDADES E MODIFICAÇÕES OBJETIVAS E SUBJETIVAS<sup>1</sup>

Raquel Carvalho<sup>2</sup>

1. O âmbito de aplicação do regime substantivo;
2. O alcance das alterações no regime substantivo da Parte III.
3. O regime da invalidade: alcance das alterações;
  - 3.1. O artigo 283.º e a invalidade derivada;
  - 3.2. O artigo 284.º e a invalidade própria;
  - 3.3. O artigo 285.º e o regime de invalidade.
4. A revogação do artigo 283.º A e a nova redação do artigo 287.º;
  - 4.1. As questões suscitadas pela nova opção legislativa.
5. O regime das modificações do contrato: alcance das alterações;
  - 5.1. A previsão do conceito de modificação no direito europeu;
  - 5.2. Os tipos de modificação;
  - 5.3. A modificação objetiva;
    - 5.3.1. Os fundamentos da modificação objetiva;
    - 5.3.2. Os limites do artigo 313.º;
    - 5.3.3. A alteração no artigo 314.º;
6. A modificação subjetiva;
  - 6.1. A cessão da posição contratual;
  - 6.2. O novo artigo 318.º A;
  - 6.3. A subcontratação;
  - 6.4. O pagamento direto a subcontratado.

### 1. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO REGIME SUBSTANTIVO

1. O legislador português, após ter ultrapassado em muito o tempo de transposição das Diretivas de 2014 relativas à contratação pública, publicou a 31 de agosto de 2017 o diploma que procede à referida transposição. Pela primeira vez, as Diretivas contêm normas sobre a execução e resolução de contratos públicos, o que determinou necessariamente que a transposição se estendesse para a Parte III do Código.

2. A mera contabilização das normas alteradas na Parte III permite perceber a extensão da intervenção legislativa: 39 artigos que sofrem alterações, tendo sido acrescentados 15 novos artigos. Acresce que foram revogadas doze disposições normativas, aí se incluindo por vezes, artigos integrais.

<sup>1</sup> O texto resulta da apresentação feita na sessão de dia 30 de novembro de 2017, na Ação de formação pública subordinada ao tema Contratação Pública. A autora agradece à Direção do Centro de Estudos Judiciários a amabilidade do convite. Omitiram-se as palavras de circunstância. Atendendo ao tema da sessão, o texto dedica-se no essencial à descrição, análise e problematização das novidades legislativas, quando relevantes.

<sup>2</sup> Professora Associada. Universidade Católica Portuguesa, CEID - Centro de Estudos e Investigação em Direito, Faculdade de Direito – Escola do Porto, Rua Diogo Botelho, 1327, 4169-005, Porto, Portugal.

A nona revisão do Código dos Contratos Públicos (CCP) não é, por conseguinte, uma simples revisão por transposição.<sup>3</sup>

**3.** Se pretendemos abordar a questão das alterações legislativas no regime substantivo, importa perceber, antes de qualquer outra coisa, qual o respetivo âmbito de aplicação.

Para o efeito, torna-se necessário ter em consideração o artigo 1.º do CCP (Âmbito) e o artigo 280.º (Direito aplicável).<sup>4</sup>

Em rigor, o âmbito de aplicação do CCP deveria ficar imediatamente evidente no artigo 1.º do diploma, segundo a melhor técnica legislativa.

Infelizmente, não foi essa a opção do legislador.

**4.** Assim, o artigo 1.º do CCP estabelece a repartição da aplicação das normas da Parte II (n.º 2)<sup>5</sup> – aos contratos públicos – e da Parte III (n.º 5)<sup>6</sup> – às relações contratuais administrativas – ainda que comece por determinar que o Código “*estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo*” (n.º 1).

Foi, portanto, opção de o legislador manter dois conceitos: contrato público e contrato administrativo (n.º 1 do artigo 1.º) e introduzir, sem dar qualquer orientação ao intérprete sobre o respetivo alcance, uma outra expressão, a de relações contratuais administrativas (n.º 5 do artigo 1.º).

Todavia, não satisfeito com as opções tomadas no artigo 1.º, o legislador decidiu igualmente, no artigo que regularia o direito aplicável aos contratos sujeitos à Parte III, tornar a pronunciar-se sobre a repartição de normas a aplicar aos contratos administrativos, aos contratos públicos e às relações contratuais administrativas.

Tendo levado a cabo a revogação do n.º 6 do artigo 1.º do CCP, que antes continha os designados “fatores de administratividade” dos contratos, a versão revista do artigo 280.º,

<sup>3</sup> Não nos debruçamos sequer sobre a reorganização do próprio diploma e que consta do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto.

<sup>4</sup> Para Mário Aroso de Almeida, “o conteúdo do artigo [280.º] é novo e aponta para uma modificação estrutural do nosso Direito dos Contratos Públicos – modificação, aliás, de tal dimensão que nem o legislador da revisão parece ter-se apercebido do seu verdadeiro alcance e, por isso, das suas implicações”, (“Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Carla Amado Gomes/ Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 23). Sérvulo Correia é igualmente de opinião que a transversalidade que a revisão do CCP veio estabelecer (ainda que antes já existissem alguns indícios da mesma, *máxime* em alguns dos limites à modificação dos contratos que constavam do artigo 313.º) caminha “em direção à unidade de contratos públicos” (“A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos”, *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, nº 2, 2017, p. 13 (<http://www.e-publica.pt/v4n2a01.html>, consultado a 3/1/2018).

<sup>5</sup> “O regime da contratação pública estabelecido na parte II é aplicável à formação dos contratos públicos que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código e não sejam excluídos do seu âmbito de aplicação” (destacado nosso).

<sup>6</sup> “A parte III do presente Código contém o regime substantivo aplicável à execução, modificação e extinção das relações contratuais administrativas”

começa precisamente por estabelecer os ditos critérios, estabelecendo a aplicação aos contratos públicos das disposições da Parte III, melhor descrita no n.º 3 do referido artigo.<sup>7/8</sup>

Importa, portanto, para a análise das alterações do regime substantivo ter em mente o que resulta do n.º 3 do artigo 280.º que determina a aplicação aos contratos sujeitos à Parte II, ainda que não configurem relações contratuais administrativas (não sejam por isso e, em simultâneo, contratos administrativos) o seguinte conjunto de disposições relativas:

- (i) À defesa dos princípios gerais da contratação pública e dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento e não-discriminação;
- (ii) Aos regimes de invalidade;
- (iii) Aos limites à modificação objetiva; e
- (iv) Aos limites à cessão da posição contratual e subcontratação.

##### 5. O que concluir, ainda que brevemente, da conjugação destas disposições?

O legislador parece ter escolhido trabalhar apenas com o conceito de contrato público (artigo 1.º), embora utilize o conceito de contrato administrativo logo na parte final do n.º 1. Contudo, só nos indica o que pretende que seja um contrato administrativo no n.º 1 do artigo 280.º; introduz um conceito que aparentemente é novo: o de relações contratuais administrativas, o qual, na nossa opinião, se destina apenas a designar aqueles contratos que comungam em simultâneo da natureza de público (porque se sujeitam às regras da Parte II) e de administrativo (porque se enquadram nos fatores de administratividade agora previstos no n.º 1 do artigo 280.º).

Existem, por conseguinte, à luz das opções atuais do legislador português, os seguintes tipos de contratos e respetivos regimes:

- a) Contratos públicos que não geram relações contratuais administrativas que estão sujeitos à Parte II (artigo 1.º, n.º 2) e aos regimes resultantes do n.º 3 do artigo 280.º;
- b) Contratos administrativos que não estão sujeitos à Parte II, pois não preenchem os critérios do artigo 1.º, n.º 2, mas preenchem os critérios do n.º 5 do artigo 1.º;

<sup>7</sup> Importa relembrar que o Anteprojeto sujeito a discussão pública não previa a revogação do n.º 6 do artigo 1.º Sêrvulo Correia critica esta opção (*in* “A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos”, *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 4, nº 2, 2017, p. 16, <http://www.e-publica.pt/v4n2a01.html>, consultado a 3/1/2018).

<sup>8</sup> Já ao tempo da discussão pública do Anteprojeto, a doutrina entendia que as disposições contidas no então artigo 280.º, n.º 3 (“Aos contratos sujeitos à Parte II que não configurem relações contratuais administrativas aplicam-se as disposições do presente capítulo relativas aos regimes de invalidade, de limites à modificação, de cessão da posição contratual e subcontratação”) deveriam estar no artigo 1.º (Pedro Gonçalves/Licínio Martins, “Reflexões Gerais sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos”, *in Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, 2016 (documento online em pdf), p. 5; Ana Gouveia Martins, A modificação dos contratos no anteprojeto do Código dos Contratos Públicos”, *in* Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, e-book, ICJP, 2016, p. 295.

c) Contratos públicos que revestem em simultâneo a natureza de contratos administrativos, dando origem a relações contratuais administrativas e por isso estão sujeitos simultaneamente às Partes II (por serem contratos públicos) e III (por serem administrativos), conforme resulta das disposições conjugadas dos n.ºs 1 do artigo 1.º, n.º 1 do artigo 280.º.

Não é, assim, muito fácil perceber a pretensão do legislador ao consagrar um novo conceito nem se afigura razoável a “distribuição” das normas que definem o respetivo âmbito de aplicação das duas partes do CCP.

## 2. O ALCANCE DAS ALTERAÇÕES NO REGIME SUBSTANTIVO DA PARTE III.

6. O n.º 3 do artigo 280.º estabelece ser de aplicar aos “*contratos sujeitos à parte II ainda que estes não configurem relações jurídicas contratuais administrativas*” as disposições dos regimes da invalidade e das modificações objetivas e subjetivas.

No que respeita ao regime da invalidade, a nona revisão do CCP levou a cabo alterações nos artigos 283.º, 284.º, 285.º e revogou o artigo 283.º A. Ainda com relevância para este domínio, importa chamar a atenção para o facto de também o artigo 287.º ter sofrido alterações.

Já no que respeita aos regimes de modificação do contrato, há que salientar alterações legislativas nas disposições sobre modificação objetiva e subjetiva do regime comum e alterações a propósito dos regimes substantivos dos contratos em especial. Neste contexto, importa ainda sublinhar a introdução, quer no regime geral quer nos regimes dos contratos em especial, de novos artigos<sup>9</sup>.

## 3. O REGIME DA INVALIDADE – ALCANCE DAS ALTERAÇÕES<sup>10</sup>

### 3.1. O artigo 283.º e a invalidade derivada

7. No domínio do regime da invalidade derivada, o legislador optou por manter inalterável o princípio do paralelismo de formas de invalidade, quando o desvalor jurídico é o da nulidade. Todavia, o n.º 2 do artigo 283.º agora revisto estabelece que “*os contratos são anuláveis se tiverem sido anulados ou se forem anuláveis os atos procedimentais em que tenha assentado a sua celebração, devendo demonstrar-se que o vício é causa adequada e suficiente da invalidade do contrato, (...)*”.<sup>11</sup> O legislador introduziu, assim, a propósito do desvalor jurídico da anulabilidade uma condição e impôs a necessidade de prova (demonstração) ao julgador quanto à suficiência e adequação do vício do ato em que assenta a celebração do contrato

<sup>9</sup> Daremos particular atenção às disposições contidas nos artigos 312.º, 313.º, 318.º, 318.º A, 319.º e 321.ºA, para além de pontualmente nos referirmos às disposições dos regimes substantivos dos contratos em especial.

<sup>10</sup> NOTA DA AUTORA: já tivemos oportunidade de escrever sobre as alterações ao regime substantivo de invalidade num artigo em vias de publicação nos Cadernos de Justiça Administrativa. Por razões de cortesia com o convite endereçado pelo Conselho de Direção da referida publicação, a abordagem do tema será aqui adaptada.

<sup>11</sup> Corresponde, com uma ou outra adaptação, ao que constava do anteprojecto.

para gerar a anulabilidade do contrato. Pela nossa parte, esta opção apenas peca em dois aspetos: restringe-se ao desvalor da anulabilidade e é relativamente desvirtuada pelo incisivo final do mesmo n.º 2 que, pretendendo auxiliar o intérprete, lhe “arranja” uma complicação ao estabelecer “*designadamente por implicar uma modificação subjetiva do contrato celebrado ou uma alteração do seu conteúdo essencial*”.<sup>12</sup>

A introdução desta condição altera em termos que nos parece significativos a opção fundamental do legislador quanto ao paralelismo de formas de invalidade, em particular no que respeita à anulabilidade.<sup>13</sup> Assim, agora o desvalor jurídico da nulidade parece continuar a aplicar-se sem sujeição a qualquer demonstração de suficiência ou adequação, mas a anulabilidade do contrato, ainda que o ato em que assenta a sua celebração seja anulado, só ocorrerá se for demonstrado que o vício que está na origem da anulação do ato é suficiente e adequado para tornar o contrato anulável.<sup>14</sup>

Já nos merece alguma perplexidade os exemplos que o legislador dá e que só percebemos por nos parecer resultar da movimentação do segmento normativo do n.º 4 para o n.º 2: quer uma modificação subjetiva quer a modificação de conteúdo essencial do contrato (seja lá o que isso consubstanciar) configuram situações demasiado graves para conduzirem apenas a anulabilidade do contrato.<sup>15</sup>

**8.** O n.º 3 do artigo 283.º, que previa as situações de consolidação dos atos anuláveis como circunstância impeditiva da aplicação do n.º 2, foi revogado. Era já o que se previa no anteprojeto e que se compreende, dada a dependência da invalidade do contrato da invalidação dos atos em que tivesse assentado a sua celebração. Não esqueçamos que a invalidade derivada do contrato é uma invalidade suspensa até efetivação da invalidade do ato, pelo que, se este se consolidou e, por conseguinte, não pode ser invalidado, também o contrato não o poderá ser<sup>16</sup>. A revogação operada não conduz, parece-nos, a que se deixe de aplicar o regime que a norma instituía, por funcionamento das regras e princípios de direito administrativo.

**9.** Por fim, a revisão do artigo 283.º também restringiu a redação do n.º 4 ao retirar a parte final “*ou quando se demonstre inequivocamente que o vício não implicaria uma modificação subjetiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial*”. Como já

<sup>12</sup> O legislador parece ter retirado este segmento do anterior n.º 4 do artigo 283.º que regula o afastamento do efeito anulatório.

<sup>13</sup> Referindo-se a esta opção como uma nova perspetiva da própria “invalidade contratual”, Ana Raquel Moniz, “A Invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão, Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 825.

<sup>14</sup> Continua, na nossa perspetiva, a não ser uma comunicação automática. Vide, na doutrina e de forma exemplificativa, Mário Aroso de Almeida, *Anulação de Actos Administrativos e Relações Jurídicas Emergentes*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 324, Raquel Carvalho, *As Invalidades Contratuais nos Contratos Administrativos de Solicitação de Bens e Serviços*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 87 e ss.

A jurisprudência, em regra, também tem decidido neste sentido [por exemplo, Acórdão do TCA (N) de 15/4/2010, Proc. n.º 01480/09.4BEERG, relator: José Augusto Araújo Veloso], ainda que muito recentemente tenha surgido um Acórdão divergente [Acórdão do TCA (S) de 30/08/2017, Proc. n.º 1512/16.0BELSB, relatora: Cristina dos Santos].

<sup>15</sup> Aliás, o legislador deveria ter tido mais cuidado com esta “movimentação” na medida em que ela se conexiona com possíveis limites às modificações admitidas no âmbito das Diretivas.

<sup>16</sup> Raquel Carvalho, *As Invalidades Contratuais...*, cit., p. 120; Mário Aroso de Almeida, *Anulação de Actos Administrativos...*, cit., p. 324

dissemos, este segmento normativo foi parcialmente movido para o n.º 2, deixando, por conseguinte, a ponderação ser fator para afastar o efeito anulatório para passar a funcionar como fator de ponderação para operar a comunicação da invalidade.<sup>17</sup>

### 3.2. O artigo 284.º e a invalidade própria

**10.** A alteração legislativa mais significativa que o legislador operou nas causas de invalidade própria referem-se ao n.º 2 do artigo 284.º<sup>18</sup>

De acordo com a revisão, os contratos poderão ser nulos se:

- a) Se verificar algum fundamento de nulidade previsto no CCP;
- b) Se verificar alguma das causas de nulidade previstas no artigo 161.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA);
- c) Se verificar alguma causa de nulidade prevista em legislação especial;
- d) Se verificar designadamente (i) *“alteração dos elementos essenciais do caderno de encargos e da proposta adjudicada que devessem constar do respetivo clausulado”*; (ii) *“aposição de cláusulas de modificação que violem o regime previsto no presente Código quanto aos respetivos limites”*.

**11.** A nova redação do n.º 2 do artigo 284.º introduz um conjunto de causas de nulidade que poderá levantar alguns problemas ao intérprete.

O primeiro desses problemas relaciona-se com a determinação do conteúdo das outras causas de nulidade previstas no CCP. Uma vez que estamos nas causas de invalidade própria, parece ser evidente e coerente com o sistema, entender que tais causas não poderão ser as causas que caibam no n.º 1 do artigo 283.º, pois este artigo regula as causas de nulidade derivada do

<sup>17</sup> É interessante referir que a jurisprudência administrativa aplica com relativa frequência o n.º 4 do artigo 283.º, quando chamada a pronunciar-se sobre a invalidade derivada do contrato, sendo vários os Acórdãos neste sentido. É, todavia, interessante mencionar um Acórdão recente em que o Tribunal, reafirmando a orientação jurisprudencial de que o n.º 4 concede uma ampla discricionariedade judicial, aí inclui consideração do “que aconteceu após a adjudicação do contrato” (Acórdão do STA de 20/06/2017, Proc. n.º 267/17, relatora: Maria Benedita Urbano: “À apreciação do afastamento do efeito anulatório, de acordo com a condição prevista na primeira parte do n.º 4 do artigo 283.º do CCP, deve presidir uma ampla discricionariedade jurisdicional, cabendo ao julgador efectuar uma ponderação de todos os interesses em presença, devendo o mesmo ter em conta uma realística relevância da gravidade do vício e considerar não apenas o ocorrido na fase de formação do contrato, mas, de igual forma, o ocorrido já após a adjudicação do contrato”).

<sup>18</sup> A versão que acabou por vingar na revisão é distinta da que se propunha no Anteprojeto, em particular no que respeita aos exemplos de causas de nulidade: *“Os contratos são nulos quando se verifique algum dos fundamentos previstos no presente Código, no artigo 161.º do Código do Procedimento Administrativo ou em lei especial, designadamente: a) Os contratos que careçam em absoluto de forma legal; b) Os contratos cujo objeto ou conteúdo seja impossível, ininteligível ou constitua ou seja determinado pela prática de um crime; c) Os contratos que ofendam o conteúdo essencial de direito fundamental; d) Os contratos celebrados sob coação física ou coação moral; e) Os contratos que ofendam casos julgados; f) Os contratos celebrados com alteração dos elementos essenciais das peças do procedimento que devessem constar do respetivo clausulado; g) Os contratos celebrados com aposição de cláusulas de modificação que violem o regime previsto no presente Código quanto aos respetivos limites”*.

contrato. O que, se pensarmos bem, reduz significativamente as hipóteses de causas de nulidade: todas as que, na consideração do legislador conduzam, por razões procedimentais, à nulidade de atos em que assente a celebração do contrato, estarão excluídas. Mesmo aquelas que, por exemplo, digam respeito ao caderno de encargos [que não se reconduzem à previsão da alínea d)] e que, na nossa perspetiva, deveriam ser consideradas de outra forma.<sup>19</sup> Ficarão disponíveis as causas de nulidade ocorridas em fase pós-adjudicatória, como por exemplo, aquelas associadas à forma.

**12.** No que diz respeito à remissão para o artigo 161.º do CPA, preferíamos uma remissão mais inócua e para as causas de nulidade de direito administrativo, uma vez que a remissão para artigos identificados sempre conduzirá, no futuro, à necessidade de interpretações atualistas e à manutenção de vigilância quanto a alterações legislativas. Além disso, a remissão simplista para o artigo 161.º desconsidera o lugar normativo do artigo em causa que se refere às causas de nulidade de atos administrativos. Que são atuações administrativas estruturalmente distintas das dos contratos. Acresce ainda que a disposição em causa se poderá aplicar a contratos que não geram relações contratuais administrativas, isto é, lembre-se, a contratos públicos e não administrativos. Por isso, a aplicação das causas de nulidade previstas no artigo 161.º, quer seja a contratos administrativos quer seja a contratos públicos (aqui por maioria de razão) deve ser feita com “as devidas adaptações”.

Além disso, é preciso ter muita cautela na aplicação das normas constantes do artigo 161.º do CPA, pois algumas podem vir a contender com a construção da invalidade derivada e própria do CCP. Apenas como exemplo, a alínea l) do n.º 2 do artigo 161.º estabelece como causa de nulidade “*salvo em estado de necessidade, [a] preterição total do procedimento legalmente exigido*”. Recorde-se que a jurisprudência firme do Tribunal de Contas tem vindo a sustentar, antes do CPA de 2015, com fundamento ora assente na falta de elemento essencial da adjudicação ora na preterição absoluta de forma legal, a nulidade da adjudicação quando não é seguido o procedimento pré-contratual devido e conseqüentemente a nulidade – derivada – do contrato.

<sup>19</sup> Reproduzimos aqui o que já dissemos no texto que está para publicação nos Cadernos de Justiça Administrativa (referido na nota 10 deste texto), na nota 14 do respetivo texto: “Sempre sustentamos que há causas de invalidade de atos procedimentais, designadamente da adjudicação, mas que deverão ser igualmente consideradas como causas de invalidade própria comuns ao contrato, uma vez que, se não existisse o procedimento pré-contratual, inequivocamente seriam causas de invalidade própria do contrato. É o caso das cláusulas contratuais propostas pela entidade adjudicante/contraente público. A existência de procedimento pré-contratual obrigatório impõe que a definição do clausulado se faça em momento cronologicamente anterior ao acordo. Mas não fora essa obrigação, ninguém teria dúvidas que uma cláusula inválida, proposta por um contraente, conduz a uma invalidade própria do contrato. No caso de contratos públicos (e administrativos), a invalidade é comum ao ato procedimental e ao contrato. Além de nos parecer uma construção mais rigorosa, é igualmente aquela que melhor tutela os interesses públicos e privados em presença. Na verdade, a consideração apenas como causa de invalidade derivada significa que a não impugnação atempada ou a não impugnação de todo do ato procedimental em que assenta a celebração do contrato, inviabiliza a invalidação do contrato (a invalidade derivada do contrato, recorde-se, depende da invalidação do ato procedimental). O que, no limite, permite a manutenção do contrato com cláusula inválida. A consideração da hipótese como sendo uma causa de invalidade própria, comum a ato procedimental, desliga a conexão e permite a impugnação autónoma do contrato, assim se tutelando os interesses públicos e privados em presença (sobre esta construção, vide o nosso *As Invalidades Contratuais...*, cit.)”.

**13.** No que respeita à remissão para legislação especial, trata-se de prever regimes especiais, em particular de contratos típicos, pelo que a resolução das questões se deverá fazer casuisticamente à luz dos princípios gerais de aplicação de regimes gerais e regimes especiais.

**14.** Por fim, o legislador acaba por apenas enunciar expressamente dois exemplos de nulidade:

(i) *“alteração dos elementos essenciais do caderno de encargos e da proposta adjudicada que devessem constar do respetivo clausulado”;*

(ii) *“aposição de cláusulas de modificação que violem o regime previsto no presente Código quanto aos respetivos limites”.*

A primeira questão relaciona-se com o advérbio “designadamente”. Quis o legislador concretizar o corpo do n.º 2? Todo ele ou, em vez disso, acrescentar mais dois fundamentos? Atendendo à diversidade de cláusulas precedentes, entendemos que o legislador terá querido acrescentar. Em rigor, as previsões constantes das duas alíneas relacionam-se com situações de modificações não permitidas. E se melhor se reparar, relacionam-se com aspetos decididos procedimentalmente e que o n.º 2 do artigo 284.º acolhe como causas de invalidade própria.

**15.** Por último, cabe dar conta da incompreensível restrição que o adjetivo “públicos” acrescentado ao nome “contratos” no n.º 3, e que já era proposto no Anteprojeto. Deixando de lado a crítica à aplicação, sem mais, do direito estatutário dos sujeitos jurídicos privados aos contratos celebrados por entidades não privadas, a restrição operada pela revisão só pode ser considerada um lapso de revisão formal.<sup>20</sup>

### 3.3. O artigo 285.º e o regime de invalidade

**16.** O Código mantém a remissão para o regime da invalidade do ato administrativo em relação aos contratos com objeto passível de ato administrativo e outros contratos sobre o exercício de poderes públicos, remetendo depois no n.º 2 para o regime do Código e da legislação especial o regime dos contratos públicos.

Ainda antes de analisar as implicações de se referir restritivamente a contratos públicos, importa determinar que regime (ou que mais regime) contém o Código. Existem de facto algumas normas que se referem a situações de invalidade e que se situam na Parte II do Código:

a) Nulidade do caderno de encargos prevista no n.º 8 do artigo 43.º, passível de sanção nos termos do artigo 164.º do CPA, *ex vi* n.º 9 do mesmo artigo 43.º;

b) Regime de substituição de cláusulas nulas prevista no n.º 2 do artigo 299.º A

<sup>20</sup> Referindo-se a esta opção como sendo um alargamento da aplicação das regras do Código Civil aos contratos públicos, Madalena Mendes, “Modificação e Invalidade do Contrato”, in *Relatório de análise e de reflexão crítica sobre o Anteprojeto de Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Grupo de Contratação Pública, 17 setembro 2016, p. 87 (documento pdf).

**17.** A distração do legislador voltou a manifestar-se, ao restringir (?) a aplicação “do presente Código e o previsto na legislação administrativa” (no n.º 2 do artigo 285.º) e a suscetibilidade de aplicação dos institutos da conversão e redução, independentemente do desvalor jurídico (n.º 3 do artigo 285.º) aos contratos “públicos”.<sup>21</sup> Se não se colocarem problemas de maior quando estes contratos públicos gerarem relações contratuais administrativas, isto é, forem, em simultâneo, contratos administrativos, já o caso mudará de figura quando assim não seja. Em dois cenários:

(i) Nos contratos “meramente” públicos, por que razão se haverá de aplicar, no regime que regula a relação jurídica emergente do contrato, o direito administrativo?

(ii) Nos contratos administrativos, as respetivas relações jurídicas emergentes não deverão, por maioria de razão – a estatutária – ser reguladas pelo direito administrativo?

(iii) Os contratos “meramente” administrativos deixam de poder ser reduzidos ou convertidos?<sup>22</sup>

Na verdade, parece existir uma contradição entre as normas constantes do artigo 280.º e estas, a que nos temos vindo a referir como contendo “distrações” do legislador. Repare-se que nos termos do n.º 1 do artigo 280.º, “a parte iii aplica-se aos contratos sujeitos à parte ii que configurem relações jurídicas contratuais administrativas” e o n.º 2, por sua vez, explicita que “as demais relações contratuais administrativas, incluindo as estabelecidas entre contraentes públicos, são regidas pela legislação especialmente aplicável, sem prejuízo da aplicação subsidiária do regime da parte iii, quando os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa.” As eventuais razões a que se refere o legislador na parte final dirão respeito, por exemplo, a normas que tutelam o valor da concorrência e que não fazem sentido em contratos administrativos que não estavam sujeitos à Parte II. Mas o inverso não é verdadeiro. Em regra, os contratos públicos estão sujeitos à Parte II (n.º 2 do artigo 1.º) e a Parte III aplica-se, em regra, “à execução, modificação e extinção das relações contratuais administrativas” (n.º 5 do artigo 1.º) que podem ou não nascer de contratos públicos.

Ora, o regime da invalidade está na Parte III, pelo que a redação redutora dos n.ºs que temos vindo a apontar só pode significar uma derrogação àquele regime legal, mas, na nossa opinião, sem justificação visível.

**18.** A referida distração tem, contudo, mais implicações na justa medida em que, no n.º 2, tal opção limita a aplicação do regime da invalidade previsto no Código e “o previsto legislação

<sup>21</sup> “Distração” que já se evidenciava no anteprojeto.

<sup>22</sup> Mas não serão todos: os que forem substitutivos de atos administrativos ou sobre o exercício de poderes públicos, como estão sujeitos ao regime do ato, sê-lo-ão na mesma medida. Mas o que justifica que os contratos públicos geradores de relações jurídicas contratuais administrativas sejam passíveis de redução e conversão e os meramente administrativos não? Ou será que o legislador entende que só existem duas categorias de contratos: os públicos que podem ou não gerar relações contratuais administrativas e os de substituição de atos administrativos e sobre o exercício de poderes públicos? A grande objeção a esta construção encontra-se no âmbito de aplicação da Parte II: podem existir contratos que, por diversas razões, não fiquem sujeitos à Parte II, mas gerem relações contratuais daquela natureza. Qual será então o seu regime substantivo?

administrativa” (!?) aos contratos públicos. Quer esta norma significar a exclusão daquele âmbito dos contratos administrativos que não sejam contratos públicos?

Acresce que o legislador altera também uma opção inicial do CCP de fazer aplicar os institutos da redução e da conversão, independentemente do desvalor jurídico, aos contratos administrativos. A levar como opção querida esta restrição, os contratos administrativos que não sejam públicos não poderão ser convertidos nem reduzidos (exceção feita aos contratos que se enquadrem no n.º 1 do artigo 285.º, por se lhes aplicar o “regime de invalidade previsto para o ato administrativo”).

**19.** Impõe-se de seguida compatibilizar esta última opção legislativa com a que resulta do n.º 4 do artigo 285.º

O n.º 4 parece apontar uma preferência pela aplicação dos institutos da redução e da conversão, em situações de anulabilidade, devido ao segmento normativo “e o efeito anulatório”. Todavia, o teor literal do n.º 4, que já não se refere a “contratos públicos”, mas apenas a “contratos”, não pode olvidar a definição de âmbito de aplicação contida no n.º anterior.

Esta sequência merece-nos os seguintes comentários<sup>23</sup>:

«(i) Apesar de o n.º 4 se referir apenas a “contratos”, como se trata de regime sequencial, uma vez que a norma se inicia por “caso não seja possível a redução ou a conversão, o n.º 4 também só terá aplicabilidade aos contratos públicos;

(ii) O legislador claramente prefere a redução/conversão do contrato anulável, concretizações do princípio geral do aproveitamento da atuação administrativa, uma vez que só admite a ponderação do afastamento do efeito anulatório se aqueles institutos não forem possíveis;

(iii) Ao contrário do que sucede para a não comunicação da anulabilidade, em que o legislador não se pronuncia sobre a instância que fará a ponderação, no n.º 4 do artigo 285.º o legislador permite que o afastamento do efeito anulatório possa resultar de decisão arbitral ou judicial, insistindo no critério da “gravidade do vício”, agora para efeitos de regime.<sup>24</sup> Esta opção permite concluir que não pode ser um vício de invalidade derivada, porque esse terá o tratamento jurídico do n.º 2 do artigo 283.º».<sup>25</sup>

#### **4. A revogação do artigo 283.º A e a nova redação do artigo 287.º**

**20.** Ao contrário do que se previa no Anteprojeto, o legislador optou por revogar o artigo 283.º A e transferir as respetivas prescrições para os n.ºs 5 a 8 do artigo 287.º do CCP.

<sup>23</sup> Contido já na publicação a que nos referimos na nota 10.

<sup>24</sup> No Anteprojeto, apenas se permitia o afastamento por decisão judicial.

<sup>25</sup> Tentando conciliar as duas disposições, considerando-as sobreponíveis, Ana Raquel Moniz, “A Invalidade do Contrato no Código dos Contratos Públicos”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Tiago Serrão, Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 857.

Como se sabe, a transposição da Diretiva Recursos (Diretiva 2007/66) foi feita pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, sendo que uma das novidades então introduzidas no CCP foi a do artigo 283.º A. As prescrições normativas aí contidas diziam respeito às situações de não publicação de anúncio obrigatório e ao incumprimento do prazo *standstill*, tendo o legislador entendido que ambas se reconduziam a exemplos de invalidade derivada.

No diploma de revisão, o legislador alterou a sua conceção acerca desta questão, convertendo as duas situações de invalidade em situações de ineficácia.<sup>26</sup>

Pessoalmente, não concordamos com esta alteração legislativa porquanto nos parece que resulta de uma leitura “apressada” do conceito de “privação de efeitos” a que se refere a Diretiva. Ambas as situações que impõem, ao abrigo do artigo 2.º D da Diretiva a consequência da privação de efeitos, reconduzem-se, na nossa opinião, a situações de invalidade, uma vez que traduzem o incumprimento de obrigações procedimentais: uma antes da adjudicação (a publicação de anúncio), a outra pós-adjudicatória, mas anterior à celebração do contrato (o prazo de celebração deste). Aliás, se bem se atentar na própria literalidade da Diretiva, parece ser essa também a conceção do legislador europeu a propósito da natureza das situações. Na verdade, o considerando 19 estabelece “em caso de violação de outras exigências formais, os Estados-Membros poderão considerar inadequado o princípio da privação de efeitos” (destacado nosso). O legislador entende que as duas situações que impõem a privação de efeitos são “violação de exigências”, senão não se referiria a outras como tal. Ora, a expressão “privação de efeitos” é uma expressão neutra, como muitas que o legislador europeu utiliza amiúde, para poder abarcar as soluções específicas de cada Estado Membro. Assim, na nossa perspetiva, uma solução interna que tenha como efeito a privação de efeitos tem de ser aquela que se relaciona com o incumprimento de requisitos (ainda que formais). E essa solução é a invalidade.

#### 4.1. As questões suscitadas pela nova opção legislativa

**21.** A opção pela solução da ineficácia coloca algumas dúvidas sobre a dimensão judicial da tutela.

Deixando de lado a inicial impossibilidade de aplicação do artigo 287.º aos contratos públicos porque a redação do n.º 3 do artigo 280.º se referia apenas a capítulo e que foi corrigida pela Declaração de Retificação, importa contudo precisar que a aplicação do artigo 287.º se fará por aplicação do segmento normativo “*as disposições do presente capítulo que têm por objetivo a defesa dos princípios gerais da contratação pública e dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento e não-discriminação*”. Uma vez que as prescrições dos n.ºs 5 a 8 do artigo 287.º se ligam inexoravelmente a questões de concorrência e igualdade de tratamento.

**22.** Mais complexa se revela a tarefa de resolver as questões de legitimidade processual para arguir a agora ineficácia do contrato com aqueles fundamentos.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Alguma doutrina vinha sustentando que a Diretiva se referia a ineficácia: “Pena é também que não se aproveite para deslocar para o regime da ineficácia do contrato – em consonância com o Direito Europeu – o que tem vindo a ser tratado como causa de invalidade (por exemplo, os casos de inobservância do período de *standstill* ou de publicitação obrigatória no JOUE)”, Maria João Estorninho, “Uma oportunidade perdida...Breve apreciação crítica do anteprojeto de agosto de 2016 de revisão do Código dos Contratos Públicos”, Maria João Estorninho/ Ana Gouveia Martins (coord), Atas da Conferência *A revisão do código dos contratos públicos* (ebook), cit., p. 26.

Repare-se que qualquer outra questão de incumprimento de requisitos formais/materiais do procedimento de contratação pública, encontrará resposta no regime de invalidade e nas correspondentes regras adjetivas de legitimidade. Podemos por isso encontrarmo-nos perante situações menos graves (pelo menos na perspetiva do legislador europeu da Diretiva Recursos) de incumprimento de requisitos formais de procedimento que gerem invalidade e estes, mais graves (mereceram dedicação específica pelo legislador) são apenas de ineficácia.

**23.** O n.º 1 do artigo 77.º A do Código do Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA) regula hoje o leque das pessoas legitimadas para arguir a invalidade total ou parcial do contrato. Trata-se de uma disposição com um vasto número de pessoas com legitimidade e que se destina a dar uma ampla possibilidade de tutela judicial efetiva a todos quantos poderão ser prejudicados por situações de incumprimento de regras que afetem a validade do contrato.

Regula depois no n.º 3 a legitimidade para as ações sobre execução do contrato, com dimensão significativamente mais reduzida. Parece ser de entender que as questões de ineficácia do contrato se reconduzem a questões sobre execução, determinando então o n.º 3 do artigo 77.º A quem pode propor a ação com esse fundamento. Da brevíssima e necessariamente não profunda análise do elenco constante do n.º 3 do referido artigo, podemos de imediato concluir que apenas a previsão da alínea d) (*“Por quem tenha sido preterido no procedimento que precedeu a celebração do contrato”*) tem alguma relação com os fundamentos que agora constam do artigo 287.º do CCP. Mas exclui, por exemplo, quem não se apresentou a concurso, por não ter sequer sabido do mesmo, por não ter sido publicado o anúncio.<sup>28</sup> Porque este nem sequer se pode entender ter sido preterido....

Compare-se agora, num pequeno exercício académico, esta situação com uma de incumprimento de exigência formal (não considerada como das mais graves pelo legislador europeu) mas que caiba nas previsões do artigo 283.º. O contrato poderá ser invalidado por ação de uma das pessoas legitimadas ao abrigo do n.º 1 do artigo 77.º A, numa hipótese de menor gravidade jurídica...

A questão que se evidencia é a de saber se a solução substantiva, conjugada com a atual solução adjetiva, cumpre o espírito da Diretiva Recursos de dar proteção judicial efetiva àqueles que, pelo incumprimento de requisitos reputados de importantes em sede de contratação pública, veem a sua esfera jurídica atingida.<sup>29</sup>

## 5. O REGIME DAS MODIFICAÇÕES DO CONTRATO: ALCANCE DAS ALTERAÇÕES

---

<sup>27</sup> Ana Raquel Moniz enuncia uma questão anterior que é a de saber se é necessária uma declaração judicial, uma vez que as disposições normativas não o esclarecem (*in ob. cit.*, pp. 859-860) Tratando-se de questão atinente à execução do contrato, parece-nos, o n.º 1 do artigo 307.º coloca-a no âmbito das declarações negociais. Acresce que a Diretiva Recursos aponta para a não automaticidade do funcionamento da consequência de privação de efeitos, insistindo na intervenção de um organismo. Por fim, o próprio artigo 287.º, no seu n.º 7, ao prever a imposição de medidas alternativas para a hipótese de afastamento da privação de efeitos, refere expressamente a decisão judicial ou arbitral, heterónoma, portanto, à Administração.

<sup>28</sup> Ou por quem preenchesse a alínea f) do n.º 1 do artigo 77.º A, caso se tratasse de um caso de invalidade.

<sup>29</sup> Importa ainda chamar a atenção para uma questão, que extravasa a nossa reflexão, que é a de saber se a solução de ineficácia não inviabiliza também a possibilidade de indemnização aos lesados no procedimento concursal.

**24.** A revisão do CCP introduziu alterações significativas em várias disposições normativas relacionadas com a modificação dos contratos, em virtude das novas disposições sobre execução dos contratos públicos estabelecidas no artigo 72.º da Diretiva 2014/24/EU<sup>30</sup>, no artigo 89.º da Diretiva 2014/25/EU e no artigo 43.º da Diretiva 2014/23/EU.

As disposições relevantes alteradas, em sede de regime comum, foram as constantes dos artigos 312.º, 313.º, 314.º, 315.º, 318.º, 319.º, tendo ainda sido adicionadas, com relevância, os artigos 318.º A e 321.º A pelo que será essencialmente sobre elas que nos debruçaremos. Contudo, dadas as conexões relevantes, resultantes das opções de revisão, poderemos igualmente incluir nas nossas reflexões, ainda que *per accidens*, de disposições sobre modificação nos contratos em especial.<sup>31</sup>

#### 5.1. A previsão do conceito de modificação no Direito da União Europeia

**25.** As Diretivas de 2014 sobre contratação pública incluíram pela primeira vez disposições dedicadas sobre a execução dos contratos.<sup>32</sup> Trata-se da primeira consagração em legislação europeia ainda que não seja uma novidade nas preocupações europeias, designadamente na jurisprudência. Aliás, terá sido o impulso desta que terá levado o legislador a consagrar normas sobre execução, ainda que não tenha traduzido *quale tale* o pensamento pretoriano.

Embora o que importe seja analisar o modo como o legislador português levou a cabo a transposição das disposições sobre a modificação de contratos públicos, é importante perceber o caminho percorrido pelo legislador europeu até à efetiva consagração para melhor entender o alcance do que é hoje, em Direito da União Europeia da Contratação Pública, uma modificação do contrato público.

**26.** O impulso da jurisprudência, iniciado significativamente com o Acórdão *Pressetext*,<sup>33</sup> saldou-se, de forma sucinta, nos seguintes aspetos:

- a) Reconhecimento de uma certa “opacidade” da execução de contratos públicos celebrados na sequência de procedimentos de contratação pública fortemente desenhados e enformados pelos princípios da concorrência, igualdade, não discriminação e transparência;

<sup>30</sup> O artigo 71.º regula a questão da subcontratação que, sendo uma alteração na relação contratual, não consubstancia exatamente uma modificação subjetiva no contrato, uma vez que não há alteração das partes no contrato.

<sup>31</sup> Designadamente as disposições contidas nos artigos 370.º, 372.º, 378.º, 380.º, 420.º A, 454.º do CCP.

<sup>32</sup> Como já tivemos oportunidade de sustentar, em rigor, as Diretivas de 2004 continham já algumas regras sobre modificação, designadamente quando regulavam os trabalhos complementares nos contratos de empreitada de obras públicas e de serviços, a propósito de recurso a procedimento de negociação sem publicação de anúncio [cfr. o disposto na alínea a) do n.º 4 do artigo 31.º da Diretiva 2004/18]. *Vide* Raquel Carvalho, “As Novas Diretivas da Contratação Pública e a tutela da concorrência na execução dos Contratos Públicos”. *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano V, 19, pp. 225-250.

<sup>33</sup> Acórdão C-454/06, de 19 de junho de 2008 – daqui em diante sempre designado como Acórdão *Pressetext*. Existem decisões judiciais anteriores sobre esta temática: Acórdão Comissão/França, C – 337/98, de 5 de outubro de 2000; Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA, C – 496/99, de 29 de abril de 2004; Acórdão ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano, C – 347/06, de 17 de julho de 2008.

- b) Reconhecimento de que tais princípios não se esgotavam no momento da celebração do contrato, mas que permaneciam como valores importantes na execução dos contratos públicos, em particular naqueles de execução duradoura;
- c) A percepção de que descurar as questões de concorrência na fase de execução dos contratos públicos estaria também na origem de fenómenos de corrupção;<sup>34</sup>
- d) Criação, em sequência daquelas asserções, de um conceito operativo fundamental: o de alteração substancial do contrato;
- e) Identificação consequente de um conjunto de requisitos que concretizam a referida alteração e que a tornavam inadmissível.<sup>35</sup>

## 5.2. Os tipos de modificação

**27.** Compulsando o artigo 72.º da Diretiva sobre Contratos Públicos (tomada como exemplo) e os considerandos (107 e ss.), podemos com relativa segurança estabelecer que o conceito de modificação do contrato inclui, na Diretiva, um espectro amplo de situações.

Assim, haverá modificação quando existir:

- (i) alterações materiais ao contrato inicial,
- (ii) âmbito de aplicação,
- (iii) ao conteúdo dos direitos e obrigações mútuos das partes,
- (iv) identidade das partes.<sup>36</sup>

Teve o legislador europeu o cuidado de estabelecer as hipóteses de modificação admissível, reservando para o último n.º do artigo 72.º o estabelecimento da prescrição normativa que parece ser a regra: as modificações devem, em regra, implicar a abertura de um novo procedimento: *“As modificações das disposições de um contrato público ou de um acordo-quadro durante a sua vigência que sejam diferentes das modificações previstas nos n.ºs 1 e 2 obrigam a novo procedimento de contratação nos termos da presente diretiva.”*<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Gimeno Feliú chama precisamente à atenção para o facto de “uma das principais portas da corrupção... tem sido a generosa interpretação do direito de modificar contratos, não só por imprevisibilidade, mas por novas necessidades ou conveniências políticas, alterando o preço final até percentagens superiores a 200%”, La Reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridade, p. 21, [Online] Available at: [www.aepda.es/pdf](http://www.aepda.es/pdf).

<sup>35</sup> Trata-se de alteração que “introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite” (Ponto 35 do Acórdão Presetext); “quando alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos” (Ponto 36); “modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial” (Ponto 37).

<sup>36</sup> Cfr. considerando (107) e considerando (110).

<sup>37</sup> No sentido de que este n.º 5 do artigo 72.º configura a regra geral sobre modificação dos contratos públicos, cfr. Miguel Assis Raimundo, “Uma Primeira Análise das Novas Diretivas (Parte II)”, *Revista de Contratos Públicos* nº 10, 2014, pp.164-165. Em sentido não coincidente, Steen Treumer, “Contract Changes and the Duty to Retender Under the New EU Public Procurement Directive”, PPLR 3, 2014, pp. 148-149. Manifestando-se contrária ao entendimento

De seguida, embora a técnica legislativa seja a inversa, podemos encontrar na Diretiva o seguinte conjunto de situações em abstrato:

- a) Modificações não substanciais, que são admissíveis;
- b) Modificações substanciais admissíveis;
- c) Modificações substanciais proibidas;
- d) Modificações permitidas em função do valor.

**28.** De forma rápida, que requisitos estão previstos para cada uma delas?

(a) Modificações previstas na alínea e) do n.º 1 do artigo 72.º e que não forem substanciais na aceção do n.º 4, isto é, as que tornarem “o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente” ou preencham um ou mais dos requisitos seguintes:

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

b) Modificações consideradas substanciais, mas admissíveis porque:

- (1) Previstas nas peças do procedimento, em cláusula de revisão ou opção claras, precisas e inequívocas, independentemente do seu valor, desde que não alterem natureza global do contrato [alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º];
- (2) Que se traduzam em prestações adicionais ou complementares, não previstas caso a celebração de um contrato autónomo com outro operador não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, por se revelar altamente inconveniente ou provocar uma duplicação substancial dos custos para a autoridade adjudicante, de

---

de que a norma não será exaustiva quanto às situações de modificações admissíveis, em particular, as que não foram tratadas pela jurisprudência, como sustenta Sue Arrowsmith (*The Law of Public and Utilities Procurement – regulation in the EU and UK*, Sweet and Maxwell, 3ª edição, 2014, p. 602), Ana Gouveia Martins, A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., p. 287.

valor inferior a 50% do valor e com publicação de um anúncio da modificação no JOUE [alínea b) do n.º 1 do artigo 72.º];

(3) Ditadas por:

(i) circunstâncias imprevisíveis por uma entidade adjudicante diligente, desde que

(ii) não alterem a natureza global do contrato,

(iii) não excedam 50% do valor do contrato,

(iv) publicação de um anúncio da modificação no JOUE [alínea c) do n.º 1 do artigo 72.º];

(4) Porque relacionadas com alteração subjetiva [alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º];

c) Não admissíveis as modificações que não respeitem as condições estabelecidas nos n.ºs 1 e 2 e respetivos parágrafos;

d) São admissíveis modificações fundadas apenas em critério quantitativo, desde que o valor da modificação respeite os limiares comunitários fixados para a adjudicação dos contratos, seja inferior a 10% /15% do valor do contrato (consoante o contrato) e se mantenha a natureza global do contrato (n.º 2 do artigo 72.º).

### 5.3. A modificação objetiva

#### 5.3.1. Os fundamentos da modificação objetiva

**29.** O artigo 312.º do CCP contém os fundamentos da modificação objetiva dos contratos: um, fundado no interesse público e associado ao exercício do poder de modificação unilateral do conteúdo das prestações [alínea b)]; outro, assente na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias associadas a inexigibilidade das prestações à luz do princípio da boa-fé e à não verificação dos riscos próprios do contrato.

Pretendendo transpor as disposições europeias, o legislador apenas alterou o proémio do artigo 312.º, introduzindo a referência a “condições” previstas no próprio contrato. Se, com esta alteração, o legislador quis transpor a previsão da alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/EU, tê-lo-á feito de forma insuficiente. Na verdade, o que o legislador europeu pretende, mais do que uma vez sublinhado não só pela própria letra da norma, pelo considerando, bem como pela jurisprudência e doutrina, é que seja evidente, desde o procedimento pré-contratual em que circunstâncias pode ocorrer a modificação. Daí que se se preveja:

a) Ou “nos documentos iniciais do concurso em cláusulas de revisão (podendo incluir cláusulas de revisão dos preços)”;

b) Ou “opção claras, precisas e inequívocas”, sendo que elas devem “indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas”.

Ora, quanto à previsão nos documentos do concurso, o n.º 4 do artigo 42.º alude, brevemente, às condições de modificação do contrato.<sup>38</sup>

Já no que respeita à previsão constante do artigo 312.º, ela poderá ser insuficiente face à exigência enunciada em b). Contudo, há que conciliar esta previsão com a que resulta expressamente da alínea j) do n.º 1 do artigo 94.º, que refere, como fazendo parte do contrato escrito, “as eventuais condições de modificação do contrato expressamente previstas no caderno de encargos, incluindo cláusulas de revisão ou opção, claras, precisas e inequívocas”.<sup>39</sup>

### 5.3.2. Os limites do artigo 313.º

30. O artigo 313.º, conquanto já contivesse prescrições normativas que tutelavam a concorrência, muito antes das Diretivas assim o imporem<sup>40</sup>, é alvo de revisão significativa.<sup>41</sup>

Há dois domínios importantes a registar quanto a estas alterações.

O primeiro respeita à limitação de aplicação objetiva das disposições do artigo 313.º aos contratos públicos, na justa medida em que tal limitação é introduzida no n.º 1, tendo depois relevância para a aplicação dos n.ºs 2 e 5. O outro respeita ao confronto das alterações introduzidas com as imposições das Diretivas.

31. Começando então pelo primeiro domínio.

O n.º 1 do artigo 313.º passa a estabelecer que “a modificação de qualquer contrato público, com os fundamentos previstos no artigo anterior, encontra-se sujeita aos seguintes limites”. Consequentemente, os limites a seguir enunciados apenas serão de aplicar a contratos que sejam qualificados como públicos, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 1.º do CCP. O que, *a contrario*, permite, pelo menos, perguntar se não se poderão aplicar a contratos que não o sejam.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> “4 - Os parâmetros base referidos no número anterior podem dizer respeito a quaisquer aspetos da execução do contrato, tais como o preço a pagar ou a receber pela entidade adjudicante, a sua revisão, o prazo de execução das prestações objeto do contrato ou as suas características técnicas ou funcionais, bem como **às condições da modificação do contrato**, devendo ser definidos através de limites mínimos ou máximos, consoante os casos, sem prejuízo dos limites resultantes das vinculações legais ou regulamentares aplicáveis” (destacado nosso).

<sup>39</sup> Em qualquer caso, nunca poderão ser previstas modificações ou opções que alterem a natureza global do contrato ou do acordo-quadro.

<sup>40</sup> Cfr. Raquel Carvalho, “As novas diretivas da contratação pública e a tutela da concorrência na execução dos contratos públicos”, *Revista Concorrência e Regulação*, n.º 19 (data 2014, mas efetivamente publicada em 2016), pp. 243-244).

<sup>41</sup> A doutrina converge no entendimento de que o legislador português consagrou uma restrição grave na possibilidade de modificação dos contratos, para além do que decorre das Diretivas. *Vide* Mário Aroso de Almeida, “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Carla Amado Gomes/ Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 29.

<sup>42</sup> Criticando novamente esta opção do legislador, até porque a delimitação objetiva, faz-se a partir das prescrições do artigo 280.º, Ana Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos

Significa igualmente que então os fundamentos se de modificação devem relacionar com os aspetos procedimentais que preocupavam o legislador europeu. Dos cinco fundamentos enunciados, apenas um já existia na redação anterior e é o que de forma expressa se relaciona com a proteção da concorrência [alínea b)].

**32.** As demais alíneas, com exceção da alínea e), preveem inequivocamente situações associadas à tutela de valores concorrenciais:

(i) *“não pode conduzir à alteração substancial do objeto do contrato”* – consagração do princípio da intangibilidade do objeto e com a expressão utilizada no n.º 4 do artigo 72.º da Diretiva [relevante para a alínea e) do n.º 1 do mesmo artigo];

(ii) proibição de *“alterações que, se fizessem parte do caderno de encargos, teriam ocasionado, de forma objetivamente demonstrável, a alteração da ordenação das propostas avaliadas ou a admissão de outras propostas”* – parece relacionar-se com a previsão da alínea a) do n.º 4 do artigo 72.º (alteração substancial);

(iii) alterações quantitativas aqui relacionadas com os fundamentos da modificação e não com o tipo de contrato como se prevê no n.º 2 do artigo 72.º ou com o limite absoluto de 50% previsto no n.º 1 do artigo 72.º;<sup>43</sup>

(iv) não pode alterar o equilíbrio do contrato colocando o cocontratante em situação mais favorável do que a que resulta do equilíbrio inicial.<sup>44</sup>

Apesar de o n.º 1 do artigo 313.º prever cinco limitações, a verdade é que mesmo assim não parece o legislador ter transposto adequadamente as normas das Diretivas:

a) Não estabelece a possibilidade de modificação em função do valor (respeitando os valores dos limiares, com respeito da natureza global do contrato) e que resulta do n.º 2 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/UE;<sup>45</sup>

b) A alínea d) surge como limite absoluto, numa opção que não resulta como tal das Diretivas.<sup>46</sup>

---

Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., p. 309.

<sup>43</sup> Criticando a exigência dos limites quantitativos, até por se referirem a “limites inexistentes nas diretivas”, por não se perceberem as razões que levam ao estabelecimento dos limites de 10% para a modificação não imputável a alteração das circunstâncias e 25% à imputável aquela alteração, Ana Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 314 e ss..

<sup>44</sup> Para Mário Aroso de Almeida, “as alíneas c) e e) do n.º 1 do artigo 313.º parecem encontrar correspondência na previsão das alíneas a) e b) do n.º 4 da Diretiva 2014/24 (devendo, por isso, a alínea c) ser lida em conformidade com esta última alínea b))”, (in , “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Carla Amado Gomes/ Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 30).

<sup>45</sup> Existe apenas a previsão da alínea d) do n.º 1 mas que não contempla a transposição do referido n.º 2 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/EU.

<sup>46</sup> Neste sentido, Mário Aroso de Almeida, “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 30

**33.** Apesar de não estar obrigado a transpor todas as formas de modificação objetiva do contrato, o legislador tinha todavia de incluir «“modificação [que] alarga[sse] consideravelmente o âmbito do contrato ou acordo-quadro” (cfr. art. 72º, n.º 4, alínea c) da Directiva n.º 2014/24/UE), um dos três critérios concretizadores de alteração substancial que constam da Directiva e cuja relevância fulcral já decorreria da jurisprudência comunitária». <sup>47</sup> O que não sucede expressamente ainda que se possa interpretar a alínea a) como contendo essa possibilidade (Ana Gouveia Martins) ou da alínea b) (Mário Aroso de Almeida). <sup>48</sup>

**34.** A delimitação operada pela expressão “contrato público” releva depois para o âmbito de aplicação do n.º 2: não se aplicam aos contratos (públicos) dois limites, desde que os contratos sejam duradouros e a não aplicação dos limites se justifique pelo decurso do tempo: passam a ser permitidas modificações que configurem “*uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência*” (???) e ; modificações que, “*se fizessem parte do caderno de encargos, teriam ocasionado, de forma objetivamente demonstrável, a alteração da ordenação das propostas avaliadas ou a admissão de outras propostas*”.

A mera leitura literal dos preceitos evidencia a necessidade imperiosa de encontrar um sentido útil da remissão para a alínea b), na economia do preceito, dirigido, no essencial a tutelar o valor da concorrência. Mário Aroso de Almeida sustenta que “a previsão do n.º 2 do artigo 313.º, (...), ao afastar a aplicabilidade da alínea b) do n.º 1, não terá, naturalmente, o propósito de permitir modificações que configurem formas de “impedir, restringir ou falsear a concorrência”, mas o de admitir que não terão tal configuração as modificações que, sendo, à partida, excluídas pela alínea b) do n.º 1, por tornarem os contratos materialmente diferentes, alargando consideravelmente o respetivo âmbito ou o respetivo período de duração, devam ser admitidas por “result[ar]em da natureza duradoura do vínculo contratual, desde que o decurso do tempo as justifique”. Só encontra um sentido útil a este n.º 2 quando o relaciona com uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, salvando assim uma prescrição normativa à primeira vista incoerente. <sup>49</sup>

**35.** A delimitação é ainda relevante – ou pode sê-lo – para encontrar a extensão normativa da previsão do n.º 3. O legislador estabelece que para os contratos regulados no Título II da Parte III valem os limites aí previstos. A dúvida que se coloca é a de saber se tais contratos só estão sujeitos a esses limites ou, sendo também contratos públicos, estão igualmente sujeitos aos limites previstos no artigo 313.º

Pela nossa parte, se os contratos especialmente regulados na Parte III forem sujeitos aos procedimentos da Parte II, por se verificarem os respetivos requisitos, são contratos públicos. Por conseguinte, as razões que fundamentam os limites que temos vindo a enunciar estão presentes, logo, aplicar-se-ão também os limites previstos no artigo 313.º

<sup>47</sup> Ana Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 320.

<sup>48</sup> Mário Aroso de Almeida, “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 30.

<sup>49</sup> Mário Aroso de Almeida, “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Carla Amado Gomes/ Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 30.

Importa, no entanto, verificar se há ou não necessidade de conciliar regimes jurídicos, sendo que o legislador deverá ter reservado para a regulamentação especial, limites associados especificamente ao tipo de contrato e não limites associados aos mesmos interesses públicos que pretende tutelar no artigo 313.º ou, ainda que referidos aos mesmos interesses públicos, configuram normas especiais. Caso em que, então, se aplicam as normas especiais obviamente.<sup>50</sup>

É então útil verificar a propósito da regulamentação do contrato de empreitada de obras públicas e do contrato de concessão, que também sejam contratos públicos, que disposições contêm limites à respetiva modificação objetiva.

**36.** No que respeita à empreitada de obras públicas, a revogação dos artigos 376.º e 377.º eliminou, para efeitos de modificação do contrato, que não de responsabilidade, a distinção entre erros e omissões e trabalhos a mais.<sup>51</sup>

Encontramos algumas regras sobre as modificações:

a) O n.º 2 do artigo 370.º prescreve o seguinte: *“Quando os trabalhos complementares resultem de circunstâncias não previstas, pode o dono da obra ordenar a sua execução ao empreiteiro desde que, de forma cumulativa: a) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves e impliquem um aumento considerável de custos para o dono da obra; b) O preço desses trabalhos, incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias não previstas, não exceda 10 % do preço contratual; e c) O somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos complementares não exceda os limites previstos na alínea d) do artigo 19.º, quando o procedimento adotado tenha sido o ajuste direto, na alínea c) do mesmo artigo quando o procedimento tenha sido o da consulta prévia ou na alínea b) do artigo 19.º quando o procedimento adotado tenha sido o concurso público ou o concurso limitado por prévia qualificação sem publicação do respetivo anúncio no Jornal Oficial da União Europeia”.*

b) O n.º 4 do mesmo artigo prescreve: *“Quando os trabalhos complementares resultem de circunstâncias imprevisíveis ou que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto, pode o dono da obra ordenar a sua execução desde que, de forma cumulativa: a) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves e impliquem um aumento considerável de custos para o dono da obra; e b) O preço desses trabalhos, incluindo o de anteriores trabalhos complementares igualmente decorrentes de circunstâncias imprevisíveis, não exceda 40% do preço contratual”.*<sup>52</sup>

<sup>50</sup> No mesmo sentido, sublinhando que as normas especiais regulam apenas as modificações associadas a trabalhos complementares e, por conseguinte, os limites associados a modificações fundadas em alterações anormais e imprevisíveis de circunstâncias se aplicarão a contratos regulados em especial, Mário Aroso de Almeida, “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 31.

<sup>51</sup> Cfr. o disposto no artigo 378.º do CCP. Relembre-se que, na linha do que estabelecem as diretivas, o legislador português reúne agora sob a mesma designação os trabalhos ordenados após a celebração do contrato de empreitada na designação de trabalhos complementares (cfr. as epígrafes dos artigos 370.º e ss.).

<sup>52</sup> Estas normas devem aplicar-se aos contratos de aquisição de bens móveis, por força do disposto no artigo 438.º do CCP.

Esta última disposição não é coincidente com a previsão da alínea d) do n.º 1 do artigo 313.º que se refere a um limite de 25%, no caso de circunstâncias imprevisíveis. Sendo o artigo 370.º previsão especial, constando do regime substantivo e atendendo ao que se estabelece no n.º 2 do artigo 313.º, o limite quantitativo a aplicar deverá ser o de 40%.<sup>53</sup>

**37.** No que respeita às concessões, o legislador português introduziu um novo artigo – o artigo 420.º A – que no seu n.º 2 estabelece: “*Quando a modificação do contrato se fundar em circunstâncias imprevisíveis, o valor da modificação não pode ultrapassar 50% do valor do contrato*”.<sup>54</sup> De novo, há norma especial face à previsão do artigo 313.º, devendo aplicar-se a norma especial.<sup>55</sup>

**38.** Há um aspeto do regime das modificações objetivas que o artigo 313.º não esclarece e que se relaciona com a previsão constante do último parágrafo da alínea b) do n.º 1 do artigo 72.º e que respeita à consideração aí “não cumulativa” de cada modificação. Como sustentava Ana Gouveia Martins, ao tempo referindo-se ao anteprojeto, «é crucial, por razões de segurança jurídica, que se explicita se os limites quantitativos máximos previstos valem para cada modificação per se, tal como permitem as Directivas (salvo fraude à lei) ou se, no caso de sucessivas modificações, se deve proceder ao cálculo do valor acumulado, tal como indicia a redacção do art. 313º, alínea d) quando se refere ao “aumento total de preço originado pelas eventuais modificações”». <sup>56</sup>

**39.** Este aspeto é igualmente importante por causa das obrigações de publicidade das modificações. Na verdade, as Diretivas impõem que “*depois de modificarem um contrato nos casos previstos nas alíneas b) e c) do presente número, as autoridades adjudicantes publicam um anúncio da modificação ou modificações no Jornal Oficial da União Europeia. Os anúncios incluem as menções previstas no Anexo V, parte G, e são publicados em conformidade com o artigo 51.º*”.<sup>57</sup>

O regime da publicitação no CCP consta do artigo 315.º e levanta algumas questões.

Em primeiro lugar, o n.º 1 do referido artigo refere que “*modificações objetivas do contrato que representem um valor acumulado superior a 10 % do preço contratual*” (destacado nosso) devem ser publicitadas no portal dos contratos públicos.

O que significa desde logo que as modificações que fiquem abaixo desse valor, designadamente as que são fundadas em interesse público [alínea b) do artigo 312.º em

<sup>53</sup> Julgamos que o mesmo raciocínio se deverá fazer a propósito dos serviços complementares, cuja previsão de modificação por circunstâncias imprevisíveis, está regulada no n.º 3 do artigo 454.º do CCP.

<sup>54</sup> Pretende transpor o artigo 43.º da Diretiva 2014/23/EU. O n.º 1 do artigo 420.º A pretende regular as modificações não previstas no contrato, não esclarecendo se os requisitos são cumulativos ou não.

<sup>55</sup> Sustentando, ainda perante a previsão do Anteprojeto (mas que se manteve na redacção da revisão) que o artigo 313.º, na alínea d) deveria ser revisto, Ana Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojeto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos, cit., pp. 321-322.

<sup>56</sup> Ana Gouveia Martins, A modificação dos contratos no anteprojeto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos, cit., pp. 323-324.

<sup>57</sup> Parágrafo da alínea e) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/EU.

conjugação com a parte final da alínea d) do n.º 1 do artigo 313.º] não o serão.<sup>58</sup> E este aspeto é igualmente relevante para os contratos em especial, sempre que as modificações tenham o limite de 10%<sup>59</sup>

Dir-se-á que o regime introduzido é mais exigente por comparação com o que resultava do anterior artigo 315.º que se referia a 15%, mas fica por perceber se não satisfaria melhor os princípios da concorrência e da transparência não existir o limite quando a modificação resulta do exercício do poder de modificação unilateral (ou acordo) com fundamento em interesse público.

É introduzido um novo número, o n.º 3, que impõe que as modificações previstas na regulamentação especial a propósito das empreitadas de obras públicas (artigo 370.º, n.º 4), contratos de serviços (artigo 454.º, n.º 3) e concessões (artigo 420.º A, n.º 2), desde que estes contratos tenham sido precedidos de anúncio no JOUE, também devam ser aí publicitadas.<sup>60</sup>

É, portanto, necessário distinguir entre as obrigações de publicitação no portal dos contratos públicos e as da publicação no JOUE. As normas expressamente referidas no artigo 315.º a propósito dos contratos especificamente regulados dizem respeito a modificações fundadas em “circunstâncias imprevisíveis”. Ora, nas Diretivas a previsão de publicação de modificações no JOUE não distingue a obrigação em função do tipo de modificação. Repare-se: “Depois de modificarem um contrato nos casos previstos nas alíneas b) [trabalhos complementares] e c) [circunstâncias imprevisíveis] do presente número, as autoridades adjudicantes publicam um anúncio da modificação ou modificações no Jornal Oficial da União Europeia”.<sup>61</sup>

**40.** Em relação aos contratos sobre poderes públicos, foi corrigida a remissão para o fundamento na alteração anormal e imprevisível das circunstâncias. Na verdade, sob pena de ocorrer violação do princípio da separação dos poderes, o juiz não pode impor modificações a contratos (ou atos) à luz de uma leitura do interesse público administrativo.<sup>62</sup>

**41.** O n.º 5 do artigo 315.º impõe a adopção de novo procedimento caso a modificação não se contenha nos limites definidos no Código (e não apenas no artigo 313.º).

### 5.3.3. A alteração no artigo 314.º

<sup>58</sup> Referindo-se precisamente a esta questão, Ana Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), Atas da Conferência A *Revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 335.

<sup>59</sup> É o caso das previsões dos artigos 370.º, n.º 2; 454.º, n.º 2 e 420.º A n.º 1.

<sup>60</sup> Esta previsão normativa é mais um argumento de que aquelas normas são especiais face às regras da alínea d) do n.º 1 do artigo 313.º.

<sup>61</sup> Cfr. o n.º 2 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/EU. No sentido de que a restrição contida no n.º 3 do artigo 315.º, ao tempo da prescrição do anteprojecto (que também não contemplava os dois fundamentos de modificação) violava o Direito da União Europeia e sustentando que a remissão se devia fazer apenas para os artigos, Ana Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), Atas da Conferência A *Revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 339-340.

<sup>62</sup> Cfr. o disposto na parte final do n.º 1 do artigo 3.º do CPTA, como primeira enunciação dos limites ao poder judicial e que ao longo do Código é, a propósito de outras disposições, reforçado (cfr. o disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 71.º, no n.º 5 do artigo 95.º, no n.º 1 do artigo 179.º do CPTA).

**42.** Não foi apenas o artigo relativo aos limites à modificação que foi alterado. Também as prescrições relativas às consequências das modificações objetivas sofreram alterações.

O artigo 314.º sofreu uma alteração no corpo do n.º 1 do artigo e foi introduzido um número 3.

No que respeita à nova redação do n.º 1, que agora prevê a reposição do equilíbrio financeiro *“sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja, para além de outras especialmente previstas na lei: (...)”*, importa perceber qual terá sido a intenção do legislador. Estará a referir-se a outras previsões legais (de fundamento) para além das previstas nas duas alíneas desse artigo? Não constituiria qualquer problema não fosse a existência da prescrição normativa contida no n.º 1 do artigo 282.º do CCP que, regulando a reposição do equilíbrio financeiro, estabelece que *“há lugar à reposição do equilíbrio financeiro apenas nos casos especialmente previstos na lei ou, a título excecional, no próprio contrato”*. Ou seja, o n.º 1 do artigo 282.º apenas admite, excecionalmente, a previsão no contrato de outros fundamentos. Quer o legislador que mesmo esta previsão tenha fundamento na lei? Ou, ao contrário do que parece, está a referir-se a outro tipo de modificações?

**43.** Já no que respeita à introdução do n.º 3, qual terá sido a razão para o legislador reproduzir no n.º 3 do artigo 314.º o n.º 2 do artigo 282.º?

Repare-se na redação do n.º 2 do artigo 282.º: *“Sem prejuízo do disposto no número anterior, o cocontratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o cocontratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos.”* O n.º 3 do artigo 314.º estabelece: *“Quando a modificação do contrato tenha por fundamento as circunstâncias previstas na alínea a) do artigo 312.º, o cocontratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos com base nos quais determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos.”*

O alcance normativo não é integral, sendo o n.º 3 do artigo 314.º mais restrito, na medida em que a condição legal para operar o equilíbrio financeiro se circunscreve ao fundamento da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias.

Para além deste “embate de redações”, em rigor é difícil conciliar este n.º 3 com o n.º 2 do mesmo artigo. Senão, repare-se: *“Os demais casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias conferem direito à modificação do contrato ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade.”* Em que ficamos? Há reequilíbrio financeiro ou apenas modificação ou compensação? Ou quis o legislador permitir, além da modificação e/ou compensação, a possibilidade de reequilíbrio financeiro, mas apenas quando *“tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos com base nos quais determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos.”*? Caso em

que, então, havendo alteração anormal e imprevisível das circunstâncias a consequência poderia ser:

- a) Modificação do contrato ou compensação financeira se o facto invocado como fundamento (alteração anormal e imprevisível) altere os pressupostos com base nos quais se determinou o valor das prestações, mas o contraente público não conhecia nem devia conhecer esses pressupostos (será possível este cenário)?
- b) Reposição do equilíbrio financeiro se o facto altere os pressupostos e estes fossem ou devessem ser conhecidos pelo contraente público.

A única leitura razoável e conciliável possível é a de que o legislador, quando no artigo 314.º se refere à alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, se queria referir particularmente à dimensão em que tal alteração é imputável ao contraente público.<sup>63</sup>

## 6. A MODIFICAÇÃO SUBJETIVA

**44.** No domínio da modificação subjetiva, há que ter em consideração que o legislador português encontrava mandato de transposição em dois artigos da Diretiva 2014/24/UE:

- a) No artigo 71.º; e
- b) Na alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º.<sup>64</sup>

O artigo 71.º da Diretiva regula aspetos da subcontratação que, em rigor, mantém intacta a dimensão subjetiva do contrato público e apenas altera alguns aspetos da execução do mesmo, fazendo intervir, em certas condições, uma terceira parte.

O n.º 3 (e também o n.º 7) do artigo 71.º permite que os Estados Membros consagrem os pagamentos diretamente aos subcontratados, o que sucedeu entre nós com a introdução do artigo 321.º A. A estas disposições regressaremos mais tarde.

As demais disposições normativas do artigo 71.º referem-se às cautelas com a utilização do instituto da subcontratação, designadamente no que respeita:

<sup>63</sup> Sustentando ao tempo do anteprojeto (cuja redação era esta) que o legislador ou abdicava do n.º 3 do artigo 314.º ou a remissão se devia fazer para a alínea a) do n.º 1 do artigo 314.º (que se refere à alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público), Ana Gouveia Martins, “A modificação dos contratos no anteprojeto do Código dos Contratos Públicos”, in Maria João Estorninho/Ana Gouveia Martins (coord.), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, cit., pp. 332-333. Lendo assim, à luz da efetiva revisão, o n.º 3 do artigo 314.º, Rui Medeiros, “Stress tests à revisão do CCP”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 51, nota 7.

<sup>64</sup> Não devendo esquecer-se a importância dos considerandos, designadamente quanto a esta questão, o considerando 110: “Em conformidade com os princípios da igualdade de tratamento e da transparência, o adjudicatário não deverá, por exemplo quando um contrato seja rescindido devido a deficiências na execução, ser substituído por outro operador económico sem abrir novo concurso relativo ao contrato. Todavia, o adjudicatário responsável pela execução do contrato pode, em particular quando o contrato tenha sido adjudicado a mais do que uma empresa, sofrer algumas alterações estruturais durante essa execução, nomeadamente reestruturações puramente internas, OPA, fusões e aquisições ou falências. Tais alterações estruturais não deverão exigir automaticamente novos procedimentos de contratação para todos os contratos públicos executados pelo adjudicatário em causa”.

- (i) À previsão da possibilidade nas peças do procedimento (n.º 2);
- (ii) Sujeição aos requisitos de não impedimento pelos subcontratados e verificação dos mesmos (n.º 5).

Na alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º encontra-se a previsão da cessão da posição contratual, forma genuína de modificação subjetiva, admissível se se preencher um dos seguintes requisitos:

- a) Previsão antecipada nos documentos do procedimento da possibilidade de substituição do adjudicatário inicial, em cláusulas de revisão ou opções, claras inequívocas e precisas [subalínea i da alínea d) conjugada com a alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º]; ou
- b) Transmissão total ou parcial do operador económico [subalínea ii da alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º]; ou
- c) Assunção pela entidade adjudicante das obrigações assumidas pelo contraente principal com os subcontratantes, se tal estiver previsto, nos termos do disposto no artigo 71.º [subalínea iii da alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º].

Fora destas hipóteses, ocorrerá uma modificação substancial, não admitida pelas Diretivas.

**45.** Do conjunto de disposições sobre “modificação subjetiva”, expressão não adotada pelo legislador nacional, que incluem os artigos do Capítulo VI (artigos 316.º a 324.º), apenas foram modificados os artigos 318.º e 319.º e introduzidos os artigos 318.º A e 321.º A.

É sobre estas disposições que nos iremos debruçar.

### **6.1.** A cessão da posição contratual

**46.** O artigo 318.º regula aspetos comuns quer à cessão da posição contratual quer à da subcontratação. Foi um dos artigos alterados no sentido de acomodar as disposições das Diretivas sobre o assunto.

As alterações respeitam apenas à cessão da posição contratual. A partir de janeiro de 2018, a cessão deve estar prevista no contrato “*em cláusula de revisão ou opção inequívoca*”<sup>65</sup>, exceto se verificar uma de duas possíveis situações:

- a) “*Quando haja transmissão universal ou parcial da posição do cocontratante, na sequência de reestruturação societária, nomeadamente, oferta pública de aquisição, aquisição ou fusão, a favor de cessionário que satisfaça os requisitos mínimos de habilitação e de capacidade técnica e de capacidade económica e financeira exigidos ao cocontratante*”; ou
- b) “*Quando o próprio contraente público assume as obrigações do cocontratante para com os subcontratados*”.

Duas observações a esta propósito:

<sup>65</sup> Cfr. o disposto na alínea j) do n.º 1 do artigo 96.º do CCP.

a) A previsão de cessão da posição contratual surge agora com regime mais rigoroso, exigindo-se que haja previsão no contrato, ainda que o n.º 2 do mesmo artigo se refira a autorização e acrescente “ainda” a necessidade de verificação de outros requisitos.<sup>66</sup> O corpo do n.º 1 pretende por isso transpor a subalínea i) da alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º, ainda que não tenha sido estabelecido o travão da “alteração da natureza global”. A norma do artigo 318.º necessita de ser conciliada com as regras contidas no artigo 316.º, que se manteve inalterado, e que estabelece que “*na falta de estipulação contratual ou quando outra coisa não resultar da natureza do contrato, são admitidas a cessão da posição contratual e a subcontratação, nos termos do disposto nos artigos seguintes*”. Parece, portanto, admitir o legislador genericamente a possibilidade de cessão e a nova redação do artigo 318.º vem contrariar essa indicação genérica ao ser imperativo na prescrição do n.º 1.<sup>67</sup> Por outro lado, parece resultar do n.º 2 do mesmo artigo 318.º e da novel alínea e) do n.º 1 do artigo 307.º, que a cessão é igualmente possível através de autorização, que configura um ato administrativo;

b) Das duas situações excecionadas que o n.º 1 do artigo 318.º consagra, a alínea a) corresponde parcialmente à subalínea ii) da alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º, na medida em que a norma portuguesa não estabelece como hipótese a considerar a insolvência, como resulta da norma da Diretiva nem se referindo novamente à ressalva das modificações substanciais e defesa das normas das diretivas relativas à concorrência;<sup>68</sup> a alínea b) apenas não menciona a previsão da hipótese de cessão na legislação nacional.

No que respeita à omissão relativa à insolvência, parece claro, e nisso acompanhamos a posição de Miguel Lorena de Brito, que o legislador português é claramente contrário à admissibilidade da hipótese para efeitos de modificação subjetiva. Na verdade, a insolvência surge como impedimento [alínea a) do n.º 1 do artigo 55.º], é causa de caducidade da adjudicação (n.º 1 do artigo 87.º A), é fundamento para a resolução sancionatória [alínea h) do n.º 1 do artigo 333.º]. Divergimos de Miguel Lorena de Brito quanto à sua posição de ser admissível a cessão com este fundamento, se prevista nas opções claras e inequívocas do contrato pelas mesmas razões que o próprio apresenta como justificativas da posição do legislador.<sup>69</sup> Se este não consagra a insolvência como uma das hipóteses, na linha do que se

<sup>66</sup> A versão inicial do artigo 318.º referia-se a o “contrato poder autorizar” a cessão da posição contratual. Tornando-se obrigatória a previsão contratual, o advérbio “ainda” introduzido no corpo do n.º 2 é estranho. Referindo-se a salto lógico, fruto, na nossa opinião, mais uma vez, da falta de revisão integral do texto, Miguel Lorena de Brito, “A modificação subjectiva do contrato no Código dos Contratos Públicos revisto”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 904.

<sup>67</sup> Que leva Miguel Lorena Brito a descrever a situação de cessão da posição contratual como “de genericamente admissível a contratualmente condicionada” (in “A modificação subjectiva do contrato no Código dos Contratos Públicos revisto”, in Carla Amado Gomes/ Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 900.

<sup>68</sup> “transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva”. Para uma análise dedicada a cada um dos aspetos da alínea a) do n.º 1 do artigo 318.º, vide Miguel Lorena Brito, “A modificação subjectiva do contrato no Código dos Contratos Públicos revisto”, in Carla Amado Gomes/ Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, pp. 910 e ss.

<sup>69</sup> Miguel Lorena Brito, “A modificação subjectiva do contrato no Código dos Contratos Públicos revisto”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 923.

previa nas Diretivas, assumindo a recusa, e já sendo dada importância à situação em outras disposições, designadamente na resolução, parece-nos contrário ao espírito do legislador entender que a mera decisão da entidade adjudicante, ao prever essa hipótese no contrato, é justificação bastante para permitir a modificação com esse fundamento. Quando o legislador europeu previu a hipótese de cláusulas contratuais e, de seguida, prevê situações que não necessitam dessas previsões, deixa claramente para as primeiras o espaço para previsão de situações distintas e relacionadas especificamente com o contrato.

## 6.2. O novo artigo 318.º A

**47.** O legislador português introduziu uma forma de cessão da posição contratual motivada pelo incumprimento do cocontratante no artigo 318.º A.

Para o efeito, devem mostrar-se preenchidos os seguintes requisitos (n.º 1):

- a) Previsão contratual;
- b) Requisitos de incumprimento que podem justificar a resolução;
- c) Cessão da posição a concorrente do procedimento que conduziu à adjudicação ao cocontratante;
- d) Indicação do cessionário, pelo contraente público, respeitando a ordem sequencial do procedimento pré-contratual..

O enunciado linguístico permite a conclusão de que esta forma de modificação subjetiva surge em alternativa a uma resolução por incumprimento.

A questão que se coloca é, por conseguinte, a de saber esta opção pode excluir, de todo, toda e qualquer resolução por incumprimento ou se pode ser prevista apenas para certas circunstâncias de incumprimento.

Além disso, como se trata de previsão contratual, ela reflete um acordo integrante do sinalagma ou trata-se de exercício discricionário do contraente público em relação ao poder de resolução que fica vertido no contrato?

**48.** Quanto à forma de proceder, o n.º 2 estabelece a interpelação gradual, mas, em lado algum, se refere que existe adjudicação, o que até se pode perceber, atendendo que estamos perante uma nova forma de cessão da posição contratual.<sup>70</sup> Refere-se a lei apenas, no n.º 4, a ato do contraente público. De todo o modo, a parte final do n.º 2, enigmaticamente refere “novo contrato para a adjudicação da conclusão dos trabalhos”. Que novo contrato, se estamos perante uma cessão da posição contratual, ainda que imposta?<sup>71/72</sup>

---

<sup>70</sup> Daí que também se compreenda que o cessionário fica obrigado a executar o contrato “nas mesmas condições já propostas pelo cedente no procedimento pré-contratual original” (n.º 3).

<sup>71</sup> Cfr. o disposto no n.º 4 do artigo 318.º A.

<sup>72</sup> Interrogando-se também, Miguel Lorena Brito, “A modificação subjectiva do contrato no Código dos Contratos Públicos revisto”, in Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 927.

**49.** Por fim, nem uma explicação sobre os efeitos da cessão, em particular no que respeita às relações satélite que o cedente possa ter estabelecido por causa do contrato nem sobre os efeitos do incumprimento.<sup>73</sup>

### 6.3. A subcontratação

**50.** A subcontratação não foi alterada no mesmo sentido que a cessão da posição contratual. Desde logo, continua a ser possível de forma inequívoca a subcontratação mediante autorização.<sup>74</sup>

A revisão de 2017 tornou, no entanto, o artigo 319.º aplicável apenas à subcontratação. O regime agora aí instituído é o que já antes resultava do mesmo artigo, ainda que inicialmente se aplicava também à cessão. O n.º 4 acrescentado ao artigo 319.º parece ser uma medida de agilização da subcontratação, presumindo a lei que a ausência de resposta expressa é uma rejeição de autorização.

### 6.4. O pagamento direto a subcontratado.

**51.** A previsão do pagamento direto aos subcontratados é a novidade mais relevante nesta sede e que resulta do n.º 3 do artigo 71.º da Diretiva 2014/24/EU.

Está estipulado no n.º 1 do artigo 321.º A que *“o subcontratado pode reclamar, junto do contraente público, os pagamentos em atraso que lhe sejam devidos pelo cocontratante, exercendo o contraente público o direito de retenção sobre as quantias do mesmo montante devidas ao cocontratante por força do contrato principal”*.<sup>75</sup>

Apenas uma observação: o teor do n.º 6, excluindo as concessões e contratos que configurem parcerias público-privadas não faz sentido se apenas se referir a si própria, caso em que se excluiria de aplicação (?). Querirá o legislador excluir o pagamento direto a subcontratado nas concessões? Parece ser esse o sentido útil da norma.

## 7. Conclusão

**52.** A revisão levada a cabo em 2017, relativa à Parte III, no que respeita ao regime da invalidade e das modificações dos contratos é extensa e levanta algumas questões importantes de conciliação de regimes substantivos e adjetivos.

<sup>73</sup> Com esta crítica, Pedro Leite Alves, “Alguns problemas em sede de execução e (in)cumprimento do contrato”, in Carla Amado Gomes/ Ricardo Pedro/Tiago Serrão/Marco Caldeira (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 937.

<sup>74</sup> Os n.ºs 3 e ss. do artigo 318.º mantiveram-se inalterados.

<sup>75</sup> O ordenamento jurídico português já teve disposição semelhante, precisamente com prescrição com a epígrafe, direito de retenção, no artigo 267.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março: “1 - Os subempreiteiros podem reclamar junto do dono da obra pelos pagamentos em atraso que sejam devidos pelo empreiteiro, podendo o dono da obra exercer o direito de retenção de quantias do mesmo montante devidas ao empreiteiro e decorrentes do contrato de empreitada de obra pública. 2 - As quantias retidas nos termos do número anterior serão pagas directamente ao subempreiteiro, caso o empreiteiro, notificado para o efeito pelo dono de obra, não comprove haver procedido à liquidação das mesmas nos 15 dias imediatos à recepção de tal notificação.”

Além de inúmeras “distrações” do legislador que têm implicações na aplicação dos regimes substantivos, designadamente com a utilização da expressão “contratos públicos”, os regimes instituídos levantam questões de conformidade com as Diretivas (as de 2014 e a Recursos, nos aspetos teleológicos), de conciliação entre normas revistas e normas não revistas.

A entrada em vigor do diploma revisto e a sua aplicação pelos operadores jurídicos e judiciários poderá ajudar a melhor compreender um regime substantivo que é, na verdade, mais profundo do que pareceria, a começar pelo próprio paradigma do “contrato”.

### Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/yfni8rdkb/flash.html?locale=pt>

Título:

**Contratação Pública**

Ano de Publicação: 2018

ISBN: 978-989-8908-12-4

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

[cej@mail.cej.mj.pt](mailto:cej@mail.cej.mj.pt)