



UNIVERSIDADE  
CATÓLICA | FACULDADE  
PORTUGUESA | DE DIREITO  
ESCOLA DE LISBOA

# **A salvaguarda do princípio da concorrência em sede de modificações contratuais na vigência de concessões de serviços públicos**

Tese de Mestrado

Curso de Mestrado: Direito Administrativo – Contratação Pública

Realizado por Nuno de Sousa Moura,

Aluno nº 142710059

Orientação: Professor Doutor Luís Manuel da Costa Sousa da Fábrica

30 de Agosto de 2012

# Índice

- 1. Nota introdutória: Sistematização da problemática em análise**
  
- 2. A figura da Concessão de Serviços Públicos**
  - 2.1. Definição e Características
  - 2.2. A Concessão de Serviços Públicos no Direito Comunitário
  - 2.3. A Concessão de Serviços Públicos no Direito Nacional
  
- 3. O poder de modificação unilateral**
  - 3.1. Natureza Jurídica
  - 3.2. O poder de modificação unilateral no Código dos Contratos Públicos
  
- 4. Os princípios da contratação pública. Em especial: O princípio da prossecução do interesse público e o princípio da concorrência**
  - 4.1. Os princípios da contratação pública
  - 4.2. O princípio da prossecução do interesse público
  - 4.3. O princípio da concorrência

## **5. A salvaguarda do princípio da concorrência na óptica da jurisprudência comunitária**

5.1. O Acórdão ASM Brescia Spa/ Comune di Rodengo Siano (Proc. C-347/06)

5.2. O Acórdão Presstext (Proc. C-454/06)

## **6. Influência do entendimento comunitário relativo ao princípio da concorrência na jurisprudência do Tribunal de Contas**

6.1. O Acórdão nº 20/10 do Tribunal de Contas

6.2. O Relatório de auditoria nº26/2009 da 2ª secção do TC – Caso Liscont

## **7. Conclusão**

## **1. Nota introdutória: Sistematização da problemática em análise**

A presente tese tem por objecto de estudo o possível conflito que se poderá gerar entre, por um lado, o princípio da prossecução do interesse público, princípio basilar cujo respeito é exigível em sede de todas as formas de actuação administrativa e, por outro, o princípio da concorrência, princípio este que é reconhecido de forma unânime, tanto pela doutrina bem como pela jurisprudência, como sendo um dos princípios fundamentais da contratação pública, aquando da ocorrência de uma modificação ao clausulado contratual original durante a execução de uma concessão de serviços públicos.

Sendo certo que numa fase pré-contratual, anterior à celebração do vínculo *inter partes*, a adopção de um procedimento concursal aberto à concorrência permite a obtenção, com maior grau de probabilidade, de propostas economicamente mais vantajosas para a Administração Pública, alcançando-se, por esta via uma, maior margem para a satisfação dos interesses públicos em causa, o mesmo já não se poderá dizer quando ocorra uma modificação do contrato durante a vigência do mesmo. Dessa forma iremos verificar, nomeadamente através da análise de jurisprudência, quer comunitária, quer nacional, qual a linha de fronteira que vem sendo traçada pelos julgadores para operarem a distinção entre os casos em que uma modificação contratual se pode efectivar por via de um acto unilateral da Administração e os casos em que esta mesma modificação corresponde, na verdade, à adjudicação encapotada de um novo contrato e que, portanto, implicará o necessário recurso a um procedimento aberto à concorrência.

Para o efeito, num primeiro momento faremos uma apresentação sintética da figura correspondente à concessão de serviços públicos, pois será este o tipo contratual sobre o qual irão incidir as modificações unilaterais decorrentes dos acórdãos apreciados no presente relatório.

Seguidamente, debruçar-nos-emos sobre o mecanismo da modificação unilateral por forma a descobrirmos, por um lado, quais os pressupostos e fundamentos que poderão estar na origem da invocação deste poder de conformação contratual ao dispor do ente concedente, bem como, por outro, sabermos quais os limites que deverão ser respeitados para que a modificação se tenha como válida.

No terceiro capítulo do nosso estudo faremos referência, de forma sucinta, aos princípios que norteiam a contratação pública, em especial, aos princípios da prossecução do interesse público e da concorrência. A menção aos citos princípios revela-se de inegável importância para o nosso trabalho uma vez que, embora sejam muitas vezes convergentes entre si, o seu confronto poder-se-á, efectivamente gerar em sede de modificação unilateral de um contrato público, uma vez que o instituto em apreço tem o interesse público como fundamento para a sua operatividade por um lado, e o princípio da concorrência como limite, por outro.

Posteriormente, analisaremos o papel, preponderante, assumido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias na interpretação, promoção e defesa do princípio da concorrência em sede de eventuais modificações contratuais que versem sobre concessões de serviços públicos.

Chegados ao sexto capítulo do nosso relatório, serão apresentados dois casos de jurisprudência nacional – materializados sob a forma quer, por um lado, de acórdão quer, por outro, de relatório, elaborados, ambos, pelo Tribunal de Contas - dos quais decorre a influência determinante que o TJCE desempenhou, e desempenha, no preenchimento e conseqüente delimitação do princípio da concorrência ao nível de um contrato de concessão.

Por fim, no sétimo e último capítulo, iremos tecer breves considerações acerca da temática analisada.

## 2. A figura da Concessão de Serviços Públicos

### 2.1. Definição e Características

Para que possamos recortar com precisão a problemática, por nós supra enunciada no presente relatório, revela-se de fundamental importância efectuarmos, em traços gerais, uma alusão ao tipo contratual correspondente à figura da concessão de serviços públicos, uma vez que é na ocorrência de uma modificação contratual durante a vigência desta última que iremos verificar se existe, ou não, uma excessiva salvaguarda do princípio da concorrência em detrimento do princípio da prossecução do interesse público.

Mas o que é, afinal de contas, uma concessão de serviços públicos?

A concessão de serviços públicos reconduz-se a um modelo contratual através do qual a Administração, no seu papel de ente concedente, atribui a uma outra entidade, o concessionário, o direito de gerir, por sua conta e risco, um bem ou um serviço classificado enquanto público, direito este que estará, em regra, reservado por lei a uma qualquer entidade pública.

Note-se, no entanto, que a concessão de serviços públicos corresponde, somente, a uma das possíveis aplicações da técnica concessória, na medida em que uma concessão poderá versar, não somente sobre os serviços catalogados como públicos, como também poderá ter por objecto, por exemplo, obras públicas.

Assim sendo, a figura da concessão de serviços públicos reconduz-se a um dos diversos tipos concessórios ao dispor da Administração. De entre outros poderemos destacar a concessão de obras públicas e, ainda, a concessão de exploração de bens do domínio público. (1)

PEDRO GONÇALVES e LICÍNIO LOPES MARTINS referem-se à concessão de serviços públicos *“como o acto ou negócio jurídico (acto ou contrato administrativo) através do qual uma entidade pública transfere para outra entidade o direito à*

(1) Por forma a aprofundar o estudo da figura referente à concessão de obras públicas vide: LINO TORRAL, *“Concessão de Obras Públicas e Ajuste Directo”* in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Almedina Editora, 2010. ; Quanto à figura referente à concessão de exploração de bens de domínio público vide ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *“Contrato Público e Domínio Público”* in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008

*exploração de actividades públicas ou procede à criação, na esfera jurídica de outra entidade, de direito relativos à utilização dos bens públicos.”* (2)

Da definição dada pelos Autores poderemos retirar algumas conclusões. A saber:

Primeiro, não obstante do modo de actuação administrativa preferencial se reconduzir à celebração de um contrato público, a atribuição de concessões poderá operar, igualmente, sob a forma de acto administrativo.

Segundo, de forma implícita, podemos também admitir que o concessionário escolhido pela Administração, enquanto contraparte negocial, possa assumir tanto uma natureza pública, bem como privada, embora a tendência de escolha recaia, esmagadoramente, sobre os entes privados, face à elevada capacidade e superiores meios de que estes dispõem para promover uma mais eficiente e eficaz satisfação das necessidades da comunidade.

Terceiro, através de uma concessão de serviços públicos dá-se a aquisição, por parte do concessionário, de um direito *ex novo* na sua esfera jurídica: O direito de gerir e de explorar um serviço público, por sua conta e risco. Assim sendo, é de destacar o carácter derivado que caracteriza este novo direito do concessionário, uma vez que o mesmo é resultado de uma cessão, efectivada pelo concedente, de uma parcela de poderes que lhe são próprios. Consequentemente, é gerada, inevitavelmente, uma partilha de responsabilidades e de obrigações entre concedente e concessionário.

Enquanto o concessionário se vê encarregue da execução e exploração do serviço, o ente administrativo assumirá tarefas de fiscalização e de controlo sobre a actuação da sua contraparte negocial durante o período de execução da concessão de serviço público.

Nesta óptica acima exposta poderemos concluir que a figura da concessão corresponde a um dos vários sistemas de parceria e colaboração entre o sector público e o sector privado: A privatização recairá sobre a exploração/gestão do bem ou serviço, enquanto que a sua natureza e titularidade continuarão a ser tidas como públicas.

(2) Pedro Gonçalves e Licínio Lopes Martins, " Os serviços económicos e a concessão no Estado Regulador", in Estudos de Regulação Pública, Vol. I, Coimbra Editora, 2004, p. 226

Por ora, uma vez apresentada, em termos muito genéricos, a figura da concessão de serviços públicos, vejamos como vem sendo encarada, tanto pelo Direito comunitário, bem como, pelo Direito nacional.

### **2.3. A Concessão de Serviços Públicos no Direito Comunitário**

Antes de mais é conveniente referirmos que o conceito de concessão de serviços públicos e o seu respectivo regime jurídico não se encontram previstos em nenhuma das Directivas Comunitárias da Contratação Pública, actualmente vigentes - Directiva 2004/17/CE e Directiva 2004/18/ respectivamente. – (3) (4)

Deparamo-nos, portanto, com uma lacuna, em sede de direito comunitário, no que à figura da concessão de serviço público diz respeito.

No entanto, e conforme resulta da Comunicação Interpretativa da Comissão sobre Concessões em Direito Comunitário (5), embora não exista, em sede de Direito Comunitário, um conjunto de regras gerais que disciplinem, quer as fases pré-contratual, quer de execução, de uma concessão de serviço público, terão sempre que ser respeitados os Princípios e Regras do Tratado, “*na medida em que são adjudicadas através de actos imputáveis ao Estado e têm por objecto a prestação de actividades económicas.*” (6)

Esta Comunicação contribuiu, igualmente, para melhor entendermos o conceito de concessão de serviços públicos na óptica comunitária uma vez que procedeu à sua definição. Assim sendo, serão considerados como concessões de serviços públicos “*os actos imputados ao Estado, pelos quais uma autoridade pública confere a um terceiro – quer através de um acto contratual, quer através de um acto unilateral que tenha obtido o consentimento deste terceiro – a gestão total ou parcial de serviços que decorram normalmente das suas competências e em relação aos quais este terceiro assuma os riscos de exploração.*” (7)

Relativamente à supra citada definição convém fazermos algumas chamadas de atenção.

(3) Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais

(4) Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços

(5) Comunicação Interpretativa da Comissão sobre Concessões em Direito Comunitário, 200/C121/02, de 24 de Fevereiro de 1999

Note-se, desde logo, de que, na óptica comunitária, a noção de Estado deverá ser entendida com elevada amplitude, atendendo ao facto de esta considerar como actos do Estado, não só aqueles que provêm da pessoa colectiva Estado, como também aqueles que são decorrentes de entidades que, embora possuam autonomia jurídica face ao ente estatal, estão dependentes ou interligadas a ele.

Relativamente à figura do “terceiro” referenciado na Comunicação deveremos, igualmente, encará-la de forma ampla. No entendimento da Comissão terceiro será, não só, todo o universo de entidades pertencentes ao sector privado, mas também, as empresas públicas, quando não estejam em relação “*in house*” (8) entre elas, ou seja, quando estas sejam juridicamente distintas entre si e nenhuma delas exerça sobre as outras, conforme assume a própria Jurisprudência do TJCE no Acórdão Teckal, “*um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços.*” (9)

A assunção dos riscos por parte do privado é, igualmente, tida como uma exigência, segundo a supra citada Comunicação, para que estejamos perante uma concessão de serviços públicos. Assim, terão de correr por conta do particular, os imprevistos inerentes à exploração da actividade por ele prosseguida. Porém, poder-se-ão colocar algumas reticências relativamente à imperatividade deste requisito nos casos em que a remuneração do privado não advenha, na sua integralidade, da cobrança de taxas aos utentes ou de outros resultados financeiros de exploração, ou seja, nos casos em que ela é, igualmente, assegurada, em parte, pelo ente concedente – no âmbito do chamado regime de solidariedade financeira –.

Ora, nestes casos, segundo a Comunicação, será necessário que o preço pago pelo concedente cubra apenas parte dos custos e não elimine o risco inerente à exploração, porém reconhece que a linha de fronteira é difícil de traçar, apelando para o entendimento que vem sendo dado a esta questão pela Comissão.

(6) Comunicação Interpretativa da Comissão sobre Concessões em Directo Comunitário, 200/C121/02, de 24 de Fevereiro de 1999, ponto 2.4 – *Âmbito de Aplicação da Presente Comunicação Interpretativa*

(7) *Idem*

(8) Vide BERNARDO AZEVEDO, “*Contratação In House: Entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado*” in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008

(9) Acórdão Teckal, Proc C-107/98, p. I-8154

## 2.4. A Concessão de Serviços Públicos no Direito Nacional

Ao contrario do silêncio decorrente das Directivas Comunitárias referentes à matéria da contratação pública, o legislador nacional primou pela originalidade ao plasmar, no nosso Código dos Contratos Públicos, não só uma noção de concessão de serviços públicos, como também ao prever um conjunto de regras gerais e especiais aplicáveis a este tipo contratual.

Note-se, desde logo, que a concessão de serviços públicos é tida como sendo um contrato administrativo especialmente regulado no âmbito do CCP. Esse simples facto denota o relevo que a figura assume no âmbito da contratação pública nacional.

Considerada como sendo um verdadeiro contrato administrativo, há concessão de serviços públicos são aplicáveis, não só as regras que incidem sobre a fase pré-contratual – previstas na parte II do CCP, cuja operatividade se estende aos contratos públicos que se insiram no âmbito de aplicação do Código – como também aquelas que versam sobre o momento de execução do contrato – plasmadas na parte III do CCP, e que são aplicáveis caso o contrato seja qualificado como sendo administrativo. -.

Enquanto verdadeiros contratos administrativos poderão incidir, sobre as concessões de serviços públicos, os poderes de conformação contratual ao serviço do concedente que se encontram previstos no Código dos Contratos Públicos, mais precisamente no seu artigo 302.º, de entre os quais se destaca, para o nosso presente estudo, o poder de modificação objectiva contratual, cujo regime se encontra elencado nos artigos 311.º a 314.º do CCP, nomeadamente o poder de modificação unilateral, também denominado de *ius variandi*, poder este que iremos abordar numa fase posterior do presente relatório.

Por ora importa referirmos que o artigo 407.º do CCP prevê uma definição de concessão de serviço público. Nos termos do presente artigo “ *Entende-se por concessão de serviços públicos o contrato pelo qual o co-contratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma actividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, indirectamente, pelo contraente público.*” ‘.

Ao analisarmos este preceito apercebemo-nos, desde logo, de que, tal como resulta da Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário, para qualificarmos um contrato como concessão de serviços públicos, deverá haver uma assunção do risco de exploração por parte da entidade concessionária. Se assim não for, não poderemos considerar aquele contrato como sendo uma verdadeira concessão de serviços públicos.

Porém, relativamente à forma de retribuição do concessionário, o CCP admite que esta não se faça, somente, através da cobrança de taxas aos utentes/utilizadores ou através dos resultados financeiros de exploração da actividade concessionada, exigência esta que fora decorrente da Comunicação Interpretativa da Comissão, embora não o seja em termos absolutos, como já tivemos oportunidade de referir – *vide* 2.3 –. Na verdade, encontra-se previsto de forma explícita pela lei nacional, que a remuneração do concessionário possa ser feita directamente pelo próprio concedente. Ao postular esta solução, o legislador nacional vem dispensar a discussão que se vem registando em sede de Direito Comunitário, de se saber até que ponto poderemos estar perante uma concessão de serviços públicos, quando a remuneração do concessionário não provenha, exclusivamente, da exploração do serviço público a seu cargo, vindo admitir que, mesmo nestes moldes, desde que não ocorra uma transferência dos riscos que caracterizam a exploração da actividade para a entidade adjudicante, o contrato seja tido como concessão de serviços públicos.

Como fora supra enunciado, para além de nos fornecer uma definição de concessão de serviços públicos, no seu artigo 407.º/ nº2, o CCP introduz, igualmente, um conjunto de regras, quer gerais, quer especiais, aplicáveis a este tipo contratual.

O elenco destas normas gerais situa-se entre os artigos 407.º e 425.º, preceitos estes inseridos no Capítulo II – capítulo referente às concessões de obras públicas e concessões de serviços públicos –, do Título II – título este que regula os contratos administrativos de maior relevo – inserido na Parte III do CCP – que prevê o regime substantivo aplicável aos contratos que assumam natureza administrativa. -

De entre estas normas gerais destacam-se aquelas que prevêm os direitos e obrigações do concessionário – artigos 414.º e 415.º do CCP - , a que obriga à ocorrência de uma efectiva transferência do risco para o concessionário – artigo 413.º do CCP - , bem como a disposição legal que vem reconhecer quais os direitos do concedente – artigo 420.º do CCP - , nomeadamente o direito de, verificados certos pressupostos, lançar mão de figuras como o sequestro ou, em último caso, o resgate – instrumentos regulados nos artigos 421.º e 422.º do CCP, respectivamente -. (10)

Sem queremos ser exaustivos na enumeração dos preceitos que integram o conjunto de regras gerais aplicáveis, quer às concessões de obras, quer às concessões de serviços públicos, damos nota de que poderemos também encontrar normas que se debruçam sobre variados aspectos da vida da concessão, nomeadamente, quanto ao seu prazo – artigo 410.º CCP - , quanto às actividades que poderão ser prosseguidas pelo concessionário e que não se enquadrem no objecto principal da concessão – artigo 411.º CCP –, bem como, quanto ao dever de cedência de elementos informativos por parte do concedente – artigo 417.º.

Por último, destaque, ainda, para as matérias reguladas pelo artigo 423.º, que prevê quais os casos em que é lícito ao concedente promover a resolução do contrato de concessão, pelo artigo 424.º. que vem reconhecer a responsabilidade do concessionário por eventuais danos causados a terceiros durante a execução da concessão, e pelo artigo 425.º, que vem estipular quais os efeitos decorrentes da extinção do contrato de concessão no seu termo previsto.

Já as regras previstas no CCP, e que são especialmente aplicáveis no âmbito de uma concessão de serviços públicos, são duas. A saber: O artigo 429.º, do qual decorrem quatro princípios cuja observância ter-se-á de salvaguardar aquando da exploração de uma actividade de serviço público – Os princípios da Continuidade e da Regularidade; O princípio da Igualdade; O princípio da Adaptação às Necessidades – e o artigo 430.º que estabelece a aplicabilidade, com as necessárias adaptações, do regime decorrente da secção I – do qual constam as regras gerais a aplicar no âmbito, quer de uma concessão de obras, quer de uma concessão de serviços públicos – a contratos afins do contrato de concessão de serviços públicos.

(10) No tocante às figuras do resgate e sequestro vide: CARLA AMADO GOMES: “A conformação contratual no Código dos Contratos Públicos”, in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008

### **3. O Poder de Modificação Unilateral**

#### **3.1. Natureza Jurídica**

Importa, agora, para o nosso estudo embarcarmos naquela que é a figura correspondente à modificação unilateral de um contrato público.

O poder de modificação contratual, ou seja, a faculdade de que goza a Administração para promover, respeitados certos pressupostos e fundamentos, a alteração de um contrato público faz parte do leque dos denominados poderes de conformação contratual, também designados por poderes exorbitantes.

Na verdade, são cinco os vectores sobre os quais incidem e se manifestam esses poderes supra citados. A saber: direcção; fiscalização; rescisão unilateral; modificação unilateral e, ainda, aplicação de sanções fundadas na inexecução ou execução defeituosa de um contrato.

Para o que agora nos importa, no tocante à modificação unilateral do contrato, podemos afirmar que à Administração é facultado este especial mecanismo para que lhe seja possível a assunção das suas vestes de entidade reguladora e fiscalizadora da actuação do ente particular na vigência de um contrato que o tem como contraparte negocial. É, portanto, um instrumento essencial para garantir e alcançar a satisfação dos interesses públicos sobre os quais os contratos poderão versar.

Assim sendo, poderemos concluir que, não só o poder de modificação unilateral como também todas as restantes manifestações do poder de conformação contratual se reconduzem a instrumentos extremamente úteis e necessários para a promoção, zelo e garantia do interesse público.

Note-se, porém, que todos estes poderes, nomeadamente o poder de modificação unilateral, conhecem limites. Consequentemente, só sendo respeitados estes limites é que tais poderes se poderão tornar verdadeiramente aptos a produzir os seus efeitos.

Iremos determinar, seguidamente, quais os limites, previstos pelo legislador nacional no Código dos Contratos Públicos, que deverão ser respeitados para que a modificação unilateral de um contrato administrativo adquira a sua operacionalidade e necessária validade, em especial o limite atinente ao respeito pelo princípio da concorrência.

### **3.2. O poder de modificação unilateral no Código dos Contratos Públicos**

O artigo 311.º do Código dos Contratos Públicos, sob a epígrafe, “*modificação objectiva do contrato*”, apresenta as vias pelas quais se torna possível promoverem eventuais alterações ao mesmo, sendo que estas poderão ocorrer, quer por via de acordo modificativo *inter partes* – artigo 311.º/nº 1 alínea a) – quer através do recurso à via judicial ou arbitral, ou seja, com recurso aos tribunais – artigo 311.º/nº 1 alínea b) –.

Já o número dois do cito preceito reporta-se aos casos em que o contrato é susceptível de modificação por acto administrativo – decorrente do poder de modificação unilateral, um dos instrumentos de conformação contratual ao dispor do contraente público, e que se encontra previsto no artigo 302.º alínea c) do CCP.

Importa, agora, atendermos aos motivos pelos quais se torna possível proceder à modificação de um contrato administrativo no âmbito do CCP.

O artigo 312.º do diploma *supra* citado vem-nos esclarecer, dizendo quais são esses mesmos fundamentos.

Na sua alínea a), é-nos apresentado como motivo gerador de modificação contratual o instituto da alteração das circunstâncias, em moldes semelhantes àqueles que se encontram previstos no Código Civil, mais precisamente, no seu artigo 437.º. É de notar, contudo, que o preceito presente no Código dos Contratos Públicos apresenta um requisito adicional ao nível da efectivação da figura, quando comparado com a noção constante do Código de Seabra, correspondendo este, à exigência de uma alteração das circunstâncias revestida de carácter, não somente “anormal”, mas também, “imprevisível”.

Somos confrontados, conseqüentemente, com um requisito de operatividade da figura correspondente a uma verdadeira inovação introduzida pelo legislador.

Parece-nos, contudo, que este instituto só poderá ser invocado quando a modificação contratual tenha na sua base acordo modificativo ou recurso à via jurisdicional/arbitral, ficando, conseqüentemente, excluído se a modificação ocorrer por acto unilateral do contraente público, desde logo porque o artigo 311.º n.º2 do CCP dispõe que a modificação do contrato, quando ocorra por acto administrativo – e, portanto, pela via unilateral – se funde, somente, em “razões de interesse público”, pelo que, a alteração das circunstâncias não encontrará previsão legal que permita a sua invocação enquanto fundamento de modificabilidade contratual por via unilateral.

A alínea b) do cito preceito permite, também, o recurso à alteração de um contrato administrativo tendo por fundamento “razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes”.

É admissível que ocorra uma modificação do contrato, invocando como fundamento razões de interesse público, tendo em conta a constante mutabilidade das necessidades colectivas que, por força do princípio da prossecução do interesse público - *Vide 4.1* -, cabe aos entes públicos – e privados encarregues de prosseguir tarefas de natureza pública – satisfazer, bem como, devido às inevitáveis inovações técnicas e tecnológicas cada vez mais recorrentes e preponderantes nos nossos dias, sendo o acompanhamento da sua evolução possível através de ajustamentos ao nível do clausulado contratual, fundamental para uma eficaz e premente satisfação dessas mesmas necessidades.

Porém, o preceito não se encontra isento de críticas, pecando pela sua excessiva generalidade e abstracção, conferindo, inevitavelmente, uma ampla margem de liberdade às partes no contrato para procederem a modificações contratuais. Seria preferível que o legislador tivesse conferido um maior balizamento a este fundamento, sem, no entanto, desconsiderarmos os limites à modificação objectiva contratual previstos no artigo 313.º do CCP.

Para além da figura atinente à alteração das circunstâncias e dos motivos de interesse público, a doutrina maioritária tem entendido que a modificação contratual poderá operar, ainda, em dois casos concretos, embora estes não se encontrem expressamente previstos no artigo 312.º do CCP. São eles: *O fait du prince* – ou facto do príncipe – e os casos de força maior – *vis maior* –. (11)

Estabelecendo limites gerais e, conseqüentemente, exigíveis ao nível da modificação contratual, quer por via bilateral, quer unilateral, surge-nos o artigo 313.º do CCP.

Não obstante do respeito pelos limites tradicionais, que já vinham sendo reconhecidos, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, ao exercício do poder de modificação unilateral, como o princípio da intangibilidade do objecto do contrato – pode-se mudar o contrato, o que não se pode é mudar de contrato – bem como o dever de reposição do equilíbrio financeiro, por parte do contraente público, o artigo 313.º CCP vem exigir, ainda, o respeito pelo princípio da concorrência – *Vide 4.3* – com o intuito de impedir que, durante a vigência do contrato, as partes desrespeitem os pressupostos e regras que estiveram na origem da adjudicação.

Como bem assinala PEDRO GONÇALVES no seu comentário ao Acórdão Pressetext (...)” *a partir de certa altura, torna-se evidente que a definição de limites ao poder de modificação do contrato não serve apenas como facto de protecção dos interesses do co-contratante; os interesses da transparência e da objectividade, acautelados pelo procedimento de adjudicação da concessão, também poderiam ser postos em causa pela ausência de limites ao poder de modificação*” (12)

O artigo 313.º do CCP vem introduzir, desta forma, como novo limite à modificação dos contratos públicos, a salvaguarda e o respeito pelo princípio, de origem comunitária, da concorrência por forma a evitar que com a modificação do contrato se desvirtuem os pressupostos de adjudicação que hajam sido inicialmente previstos aquando do momento anterior à adjudicação do mesmo, o que conferiria, a acontecer tal modificação nesses moldes, uma situação de desigualdade a todos os outros concorrentes que não haviam sido seleccionados para contratar com o ente público, pois, não se afiguraria possível determinarmos, munidos de uma certeza absoluta e irrefutável que, se a modificação ocorrida na execução contratual se apresentasse, *ad*

(11) Vide MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “ *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos*” in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérgio Correia – Volume II, Coimbra Editora, 2011.

*initium*, nas peças do procedimento, o contraente particular escolhido não teria sido um dos outros que haviam sido preteridos.

O artigo 312.º/ n.º2 do CCP parece reflectir esta tomada de posição ao afirmar que a modificação contratual só será admissível “*quando seja objectivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação*”.

Note-se, no entanto, que este mesmo preceito vem admitir uma excepção ao princípio da concorrência ao salvaguardar “*a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo*” como motivos justificativos pelos quais poderá ser possível desconsiderar o dito princípio e, conseqüentemente, possibilitar uma alteração contratual, mesmo que não seja possível a demonstração de que a ordem das propostas não seria outra se o caderno de encargos previsse esta modificação.

Poderemos concluir que o respeito pelo princípio da concorrência, decorrente do artigo 313.º/n.º1 do CCP surge-nos como limite à modificação contratual, não só como forma de acautelar os interesses dos concorrentes que não foram seleccionados para adjudicação no âmbito do procedimento pré-contratual, mas também com o intuito de evitar que, com a alteração do clausulado contratual se restringisse e impedisse o acesso a potenciais interessados no contrato *a posteriore*.

Em ambos os casos será possível o recurso à via jurisdicional como forma dos lesados acautelarem os seus interesses e expectativas. Como refere PEDRO GONÇALVES, “*A introdução de uma modificação que não se enquadre no “fim da concorrência” (scope of competition) prosseguido pela celebração do contrato original corresponde, de facto, à adjudicação de um novo contrato, podendo por isso desencadear a reacção impugnatória de terceiros: seja contra o acto administrativo de modificação, seja contra o contrato modificativo (...)*”. (13)

(12) PEDRO GONÇALVES, “ *Acórdão Pressetext: Modificação do contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato*” in *Cadernos de Justiça Administrativa* n.º 73, CEJUR Edições, 2009, p.15

(13) PEDRO GONÇALVES, “ *Acórdão Pressetext: Modificação do contrato existente vs. Adjudicação de novo*

Analiseemos, de seguida, os princípios da prossecução do interesse público e da concorrência. O primeiro por constituir fundamento bastante para promover uma alteração unilateral ao clausulado contratual. O segundo por corresponder a um dos limites à modificação contratual

#### **4. Os princípios da contratação pública. Em especial: O princípio da concorrência e o princípio da prossecução do interesse público**

##### **4.1. Os princípios da contratação pública**

Os princípios respeitantes à contratação pública, aliados a um conjunto de regras jurídicas aplicáveis, quer às fases de formação, celebração, bem como, de execução dos contratos celebrados por uma pessoa colectiva integrada na administração pública corresponderão ao Direito da contratação pública.

No âmbito da contratação pública serão aplicáveis, desde logo, princípios gerais de direito interno e comunitário – v.g, igualdade, imparcialidade, concorrência -, princípios específicos da realidade comunitária - v.g, proibição da discriminação em razão da nacionalidade e reconhecimento mútuo - e, ainda, princípios específicos da contratação pública – v.g, intangibilidade das propostas -.

Tais princípios terão como função corresponder a parâmetros normativos de compreensão e estruturação da contratação pública, tendo por base a lógica de que a sua observância permitirá a tomada de decisões juridicamente correctas e optimizadas do ponto de vista dos fins a serem prosseguidos.

Nas palavras de ANA FERNANDA NEVES, os princípios da contratação pública “*Conformam a definição concreta e a realização dos procedimentos de contratação assim como a actuação do contraente público na relação jurídica. E constituem padrões de controlo da sua correcção jurídica.*” (14)

CLÁUDIA VIANA defende, neste contexto, que a existência de Directivas Comunitárias não obsta à invocação imediata dos princípios da contratação pública ao dizer que “ (...) *a circunstância do regime comunitário específico da contratação pública estar concretizado em directivas não retira espaço à aplicação directa dos princípios comunitários, já que são os princípios que constituem o alicerce e a base da construção jurídica feita por aquelas.*” (15)

As Directivas desempenharão, numa posição maioritariamente defendida pela doutrina, uma função meramente instrumental relativamente aos princípios da contratação pública, destinando-se a garantir e potenciar a sua operacionalidade.

Neste sentido pronuncia-se, igualmente, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA ao afirmar que “ (...) *os princípios se constituem como factor de interpretação das regras constantes das directivas comunitárias ou das leis internas, como tópico de determinação do seu sentido e alcance das normas escritas, impondo por exemplo, uma interpretação mais extensiva ou mais restritiva ou vedando uma coisa ou outra.*” (16)

Note-se que esta função interpretativa, desempenhada pelos princípios comunitários, decorre da própria Directiva 2004/18/CE - relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviço - onde, no seu 2º Considerando se vem afirmar que “*a adjudicação de contratos...deve respeitar os princípios do Tratado (...)*”.

Ao nível da contratação pública deparamo-nos com a existência de um leque de princípios estruturantes, ou seja, um conjunto de princípios que se caracterizam por assumirem uma posição qualificada nos procedimentos administrativos de adjudicação. A estes dá-se-lhes o nome de princípios fundamentais da contratação pública, encontrando-se previstos no artigo 1º/ nº 4 do Código dos Contratos Públicos.

Autores como MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS criticam a reduzida enumeração de princípios no preceito *supra* citado vindo dizer que “ *O art.1º,4 CCP limita-se a referir como aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais*

(15) CLÁUDIA VIANA, “ *Princípios Comunitários na Contratação Pública*”, Coimbra Editora, 2007, p. 110.

(16) RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “ *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*”, in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008, p. 53

*os princípios da transparência, da igualdade, e da concorrência, que estão longe de esgotar os princípios fundamentais aplicáveis aos procedimentos pré-contratuais.”* (17)

A nosso ver, o *animus* do legislador, ao proceder a uma listagem limitada de princípios fundamentais da contratação pública, foi a de conceder uma maior valoração jurídico-interpretativa aos mesmos quando estes estejam em divergência para com outros. Nesse sentido aponta a posição de RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA: “*São princípios que devem ser vistos como verdadeiras condicionantes jurídicas das decisões que aí se tomem, reconhecendo-se-lhes uma força qualificada no confronto com outros princípios, sobre os quais, em caso de conflito, não-de prevalecer. As entidades adjudicantes estão portanto vinculadas, em cada procedimento ou concurso que se lançar, a observar inderrogavelmente esses princípios.*” (18)

Cumpre-nos, ainda, neste ponto em apreço, fazer referência às concessões de serviço público, na medida em que, embora este tipo contratual não se encontre especificamente regulado ao nível das Directivas comunitárias – contrariamente às concessões de obras públicas, que são objecto de regulação específica -, conforme resulta do artigo 17º da Directiva 2004/18/CE, os seus procedimentos adjudicatórios continuarão a ter que respeitar as regras e princípios fundamentais decorrentes do Tratado CE, conforme fora por nós anteriormente referido no presente estudo, tendo sido esta a posição sustentada pela Comissão Europeia na sua Comunicação Interpretativa sobre Concessões no Direito Comunitário.

Também no Acórdão Telaustria (19) o TJCE veio reconhecer a aplicabilidade dos princípios comunitários ao nível dos contratos de concessão de serviços públicos.

Concluimos portanto que, tanto os contratos respeitantes a concessões de obras, bem como aqueles que se reconduzam a concessões de serviços públicos terão sempre que respeitar os princípios decorrentes do Tratado.

Porém, parte da doutrina vem entendendo que a aplicação dos princípios comunitários a contratos excluídos do âmbito de aplicação das Directivas deveria ser alvo de uma profunda reflexão. Um dos autores partidários desta posição é RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, ao argumentar que “ (...) esta posição do TJ e da Comissão Europeia

(17) MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, “ *Direito Administrativo Geral – Tomo III*”, 2ª edição, Dom Quixote Editora, 2009, p. 336

(18) RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, “ *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*”, in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008, p. 57

(19) Acórdão do TJCE, Proc. C-324/98

*sobre a aplicação dos princípios comunitários da concorrência, da igualdade e da transparência aos contratos excluídos do âmbito das directivas (sobretudo em função do valor), nos termos em que tem vindo a ser entendida, devia ser repensada, designadamente, pela insegurança jurídica que provoca nas entidades adjudicantes (assim, Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, 2005, p.197). Por nós, compreende-se e aceita-se a posição teórica, mas a sua aplicabilidade prática pelo TJ devia estar reservada apenas para os casos mais flagrantes e ostensivos de violação dos ditos princípios.” (20)*

#### **4.2.O princípio da prossecução do interesse público**

Analisando o contrato de concessão de uma forma generalizada, a principal característica que dele releva é, sem dúvida, o interesse público. É por força deste último que o contrato é celebrado; é por ser considerado, em determinado momento espaço-temporal de interesse público, que ao utente é prestado determinado serviço ou é erguida determinada obra. Constituindo, o interesse público, um verdadeiro norte deste tipo contratual cabe-nos proceder a uma breve análise do mesmo.

Ao longo do amadurecimento da presença do interesse público nas funções estatais o seu conceito evoluiu de forma pragmática, não sendo possível um entendimento único e preciso do mesmo. A noção de interesse público só será oferecida através da análise de um instituto jurídico determinado e do próprio sistema em que está inserido.

O princípio do interesse público pode-se caracterizar por estar munido de elevada abstracção e generalidade face à constante mutabilidade das necessidades colectivas, cuja satisfação deverá ser assegurada pelos Estados. O seu conceito estará dependente, não só das evoluções técnicas e tecnológicas, cada vez mais prementes nos dias que correm, como também das próprias mentalidades e dos próprios costumes da colectividade. Assim, aquilo que para um Estado poderá ser considerado como sendo objecto de interesse público, para outro poderá não se inserir nessa categoria valorativa.

Nas doudas palavras de MARCELLO CAETANO encontramos o reconhecimento do carácter camaleónico pelo qual se prima o interesse público quando o Autor vem

afirmar que “ *O interesse público é, em relação à Administração, uma ideia transcendente, que não depende dela, pelo contrário, exerce sobre ela o seu império. Desde que a colectividade exija, por virtude de transformações económicas, técnicas, morais ou simplesmente políticas, que os serviços administrativos tomem outro rumo, o carácter instrumental destes, como meios directos ou indirectos de satisfação das necessidades colectivas, impõe a adaptação.*” (21)

Note-se, no entanto, que o interesse público não poderá ser concebido em contraposição com os interesses individuais de cada um, devendo ser entendido, isso sim, como uma conjugação de interesses privados convergentes. Veja-se, por exemplo, a actividade prosseguida por um hospital ou por uma escola. Esta não será mais do que a satisfação dos interesses privados dos doentes e dos estudantes, não obstante, é considerada como sendo uma actividade de interesse público. (22)

Apesar de não ser possível alcançarmos uma definição jurídica unitária e precisa de interesse público, este será sempre um conceito indissociável das prestações estatais realizadas em prol da sociedade, surgindo como fundamento e fim do exercício de funções e da tomada de decisões no âmbito do Direito Administrativo, encontrando-se enraizado em todas as formas de actuação administrativa.

Como bem assinalam MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS: “ *O interesse público é o norte da administração pública; é por isto que o art. 266º, I CRP e o art. 4º CPA individualizam o princípio do interesse público em termos categóricos.*” (23)

Tendo em conta as dificuldades económico-financeiras que assolam inúmeros Estados nas últimas décadas, aliadas a uma maior especialização e melhores meios técnicos e tecnológicos do sector privado, temos assistido ao fenómeno atinente à privatização da prossecução dos interesses públicos. Os Estados entregam, ao sector privado, actividades de interesse público para que este as prossiga com maior eficiência e eficácia, sendo remunerado, directamente pelos utentes, indirectamente pelo Estado ou por ambos. O Estado passa, assim, a desempenhar um papel de entidade reguladora das actividades agora prosseguidas por entes privados.

(21) MARCELO CAETANO, “ *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*”, 3ª Edição, Almedina Editora, 2010, p.183

(22) Neste sentido vide RENÉ CHAPUS, “ *Droit Administratif General*”, Tome 1, Paris: Domat Droit Public, 1999, p.538

(23) MARCELO REBELO DE SOUSA/ANDRÉ SALGADO MATOS, “ *Direito Administrativo Geral – Tomo I*”, 3ª edição, Dom Quixote Editora, 2008, p. 207

Ora, o tipo contratual, por excelência, através do qual o Estado permite a prossecução de uma actividade de interesse público a operadores privados corresponde à figura da concessão.

Através da concessão, o órgão da Administração – concedente – transfere, temporariamente, salvo raras excepções (24), para uma entidade privada – concessionário – o desempenho de uma actividade pública que, aceitando realizá-la, exercerá em nome próprio e por sua conta e risco, a satisfação do interesse colectivo. O particular torna-se, assim, num verdadeiro colaborador da Administração.

Nesta modalidade contratual, ainda que haja delegação ou transferência da actividade pública e que esta não seja exercida directamente pela administração pública, não ocorre uma mutação da finalidade a ser prosseguida, ou seja, a prossecução do interesse público continuará a ser o pólo orientador do contrato.

Destarte, como forma de garantir o regular e pontual cumprimento das tarefas públicas cujos particulares são incumbidos de prosseguir, a Administração passa a assumir funções de controlo e fiscalização dessas mesmas tarefas, revelando-se uma autêntica Administração de garantia. Se tal não acontecesse correríamos o sério risco de nos depararmos com uma sobreposição de interesses privados sobre os interesses da comunidade, uma vez que, dada a própria natureza das empresas privadas, cuja actuação está orientada para a obtenção de ganhos e mais-valias, não seria expectável que os particulares assumissem as suas novas atribuições de forma descomprometida com as suas directrizes e padrões comportamentais o que poderia implicar, na ausência de um olhar atento do Estado, um decréscimo na qualidade da prestação do bem ou serviço público, pois, *“Na verdade o concessionário não prossegue (no plano das suas motivações) um interesse público; o único interesse que o move é um interesse próprio, privado, específico da sua qualidade de empresário, ou seja, o interesse (legítimo) de obter lucro”*. (25)

Nas palavras de MAGALHÃES COLLAÇO *“ Êrro fôra evidentemente crer-se que o Estado, pelo facto de conferir a concessão, se tenha abandonado nas mãos do*

(24) V.g: As concessões que tenham por objecto a gestão e manutenção de cemitérios poderão assumir carácter de perpétuo

(25) PEDRO GONÇALVES, " A Concessão de Serviços Públicos", Almedina Editora, 1999, p.171

*concessionário, não apenas renunciando aos seus direitos, mas esquivando-se aos seus deveres (...), pois, “ (...) ainda mesmo que o Estado o quisesse, não poderia fazer sem que juridicamente faltasse à sua missão, visto que a sua responsabilidade e autoridade não cessam no dia em que confere a concessão, e, ao contrário, depois de a haver conferido, perante a universalidade dos cidadãos fica por fiador de um funcionamento regular e contínuo, cómodo e suficiente.”* (26)

Na esteira do pensamento supra citado diz-nos MARCELLO CAETANO que “(...) a Administração depois de celebrado o contrato, não pode demitir-se da sua função realizadora dos interesses colectivos. A ela pertence a atribuição de cumprir a missão a que correspondem as obrigações estipuladas no contrato. Por isso tem de continuar a zelar por ele, vigiando a execução do contrato, não com a simples preocupação de salvaguardar um interesse pessoal mas com o empenho de que se satisfaçam os interesses transpessoais de que a lei a incumbiu.” (27)

Convém, antes de concluirmos o presente ponto do nosso estudo, darmos nota de que o interesse público não constitui um monopólio da Administração, cuja prossecução só poderia ser, eventualmente, assumida por privados se esta assim o entendesse

De facto, não só é admissível como também é, por vezes, incentivado que entidades estranhas à esfera própria da Administração possam, através de actuações espontâneas, promover e prosseguir verdadeiros fins de interesse público. Damos como exemplo as associações e fundações de interesse geral que cooperam com a Administração no alcance e promoção desses mesmos fins de interesse público.

(26) João de Magalhães Collaço, " *Concessões de Serviços Públicos (Sua Natureza Jurídica)* ", Coimbra, Imprensa da Universidade, 1914, p.92

(27) MARCELO CAETANO, " *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo* ", 3ª Edição, Almedina Editora, 2010, p.183

### 4.3.O princípio da concorrência

Embora as Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE não refiram expressamente a concorrência como um princípio fundamental da contratação pública, são diversos os Considerandos de diplomas comunitários que fazem referência ao facto da concorrência efectiva ser objecto da contratação pública, em geral, e dos procedimentos adjudicatórios em especial, impondo, desta forma, condutas e proibindo outras, em termos tais que esta deve ser considerada como um verdadeiro princípio fundamental, opção que foi, aliás, tomada pelo nosso legislador no artigo 1º/ nº4 do CCP. Hoje em dia é consensual, tanto ao nível doutrinal, bem como, jurisprudencial que a concorrência é tida como um dos princípios fundamentais ao nível da contratação pública.

Nas palavras de ANA FERNANDA NEVES: “ *O princípio da concorrência tutela os interesses relativos ao acesso aos mercados públicos e o interesse público na contratação óptima. Postula a realização de procedimento pré-contratual, ainda que exista outra entidade adjudicante com interesse na adjudicação, cuja participação não deve distorcer a concorrência em relação aos proponentes privados. Veda restrições injustificadas e desproporcionadas à liberdade de candidatura. Implica que nenhum obstáculo ou favor seja introduzido nas regras de um procedimento em que há vários interessados numa vantagem pública, de molde que a escolha do co-contratante resulte do confronto juridicamente correcto das respectivas propostas.*” (28)

Assim sendo, quando empregue no âmbito da contratação pública, o princípio da concorrência promove a proibição, não de todas e quaisquer discriminações mas, apenas, daquelas que se caracterizam por serem injustificadas, como as que se fundam na nacionalidade ou aquelas que obstruem as liberdades fundamentais. Através da concorrência é possível a promoção, alcance e concretização da igualdade e liberdade enquanto máximas que vinculam os Estados-membros nas suas relações com os entes privados.

Nesta óptica de liberdade e de igualdade de oportunidades pronunciam-se MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS ao afirmar que “ *O princípio da concorrência determina que seja garantido o mais amplo acesso aos procedimentos por parte dos interessados em contratar, e que, em cada procedimento seja consultado o maior número possível de interessados, no respeito pelo mínimo que a lei imponha.*” (29)

O princípio da concorrência terá como finalidade salvaguardar o normal funcionamento dos mercados, a protecção subjectiva dos concorrentes - exigências decorrentes da própria CRP nos seus artigos 81º alínea f) e 99º alínea a) -, bem como, a prossecução do interesse público, na medida em que, quanto mais aberto ao mercado for o procedimento de adjudicação, melhores serão, em teoria, as condições financeiras para a Administração.

Actualmente, a jurisprudência comunitária, bem como o Tribunal de Contas, influenciado por esta última, têm tido em consideração, não só o princípio da concorrência na fase pré-contratual, ou seja, no momento anterior ao da adjudicação, mas também em sede de execução contratual. É nesse sentido que iremos analisar, a posteriori no presente trabalho, acórdãos, tanto do TJCE como do TC, que vêm demonstrar a crescente preocupação jurisprudencial com a protecção da concorrência aquando da verificação de uma modificação contratual. Os tribunais comunitários e nacionais têm pretendido tutelar as posições, não só dos concorrentes que não foram seleccionados para contratar com a administração, mas que poderiam tê-lo sido se o objecto da modificação constasse *ad initium* das peças do procedimento, mas também dos potenciais interessados que, por força de uma alteração ao clausulado contratual, se vêm impossibilitados de apresentar propostas a contratar, podendo revelar-se, ou não, tal modificação, uma prática restritiva, impeditiva, da concorrência

## **5. A salvaguarda do princípio da concorrência na óptica da jurisprudência comunitária**

### **5.1 O Acórdão ASM Brescia Spa/ Comune di Rodengo Siano (Proc. C-347/06)**

Seguindo a posição assumida noutros acórdãos <sup>(30)</sup> o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias vem, desde logo, reconhecer a aplicabilidade dos princípios e regras gerais decorrentes do Tratado CE a todos os contratos, mesmo aqueles que não se encontrem abrangidos pela regulação das directivas comunitárias – como é o caso, por exemplo, do contrato de concessão de serviços –, pelo que, também neste tipo contratual deverá ser tido em conta, de entre outros, o princípio da concorrência.

O acórdão ASM Brescia/ Comune di Rodengo Siano foi, contudo, um dos primeiros através dos quais o TJ se pronunciou sobre o tema da modificação contratual. <sup>(31)</sup>

No caso em apreço, a *ASM Brescia* era concessionária de um serviço público de distribuição de gás natural no território da *Comune di Rodengo Siano* com base num contrato, não submetido à concorrência, celebrado entre ambas as partes, datado de 27 de Fevereiro de 1984, sendo que, o fim da vigência do mesmo ocorreria a 31 de Dezembro de 2014. Porém, através da inclusão de uma cláusula adicional ao contrato, a vigência do mesmo expiraria, agora, a 31 de Dezembro de 2029.

Tendo o acordo sido celebrado na década de 80, mais precisamente no ano de 1984, este tratava-se de um contrato de concessão celebrado numa época em que o TJ ainda não havia declarado que estes tipos contratuais, quando apresentassem interesse transfronteiriço, teriam que estar sujeitos a determinadas obrigações de concorrência – nomeadamente o recurso à via concursal com o intuito de se promover a sua adjudicação –.

No sentido de salvaguardar as posições jurídicas dos concessionários, o TJ vem reconhecer que a rescisão deste tipo de concessões – cujo procedimento não fora aberto

(30) Vide, Acórdão Comissão/ Itália, Proc. C-412/04 e Acórdão Secap SpA/ Comune di Torino, Procs. 147/06 e 148/06

(31) Pioneiros nesta matéria foram, igualmente, os Acórdãos Comissão/ França, Proc. C-337/98 e Comissão/ CAS Succhi di Frutta Spa, Proc. C-496/99.

ao mercado – possa ser “acompanhada de um período de transição que permita aos co-contratantes dissolverem as suas relações contratuais em condições aceitáveis”.

Ora, no caso em apreço deparamo-nos, precisamente, com um prorrogação automática, prevista em sede de direito interno Italiano (32), do período de transição, findo o qual, cessa antecipadamente a concessão de distribuição de gás natural como a que está em causa no processo, adjudicada sem procedimento de submissão à concorrência.

É com a finalidade de se respeitarem as orientações provenientes do Direito Comunitário, orientações estas que vêm exigir a sujeição de todos os tipos contratuais aos princípios decorrentes do Tratado, que surge em Itália o Decreto-lei nº 273/ 2005, na sequência do qual, resulta a rescisão do contrato de concessão, do caso em apreço, a efectuar pela *Comune di Rodengo Siano*.

Assim sendo, esta última resolve fixar, a 31 de Dezembro de 2005, a cessação antecipada da concessão por forma a levar a cabo um concurso público e designar um novo gestor para o referido serviço.

Indignada com o sucedido, a *ASM Brescia* resolve impugnar esta deliberação no órgão jurisdicional de reenvio – *Tribunale Amministrativo per la Lombardia* –.

De forma a dissipar dúvidas e a obter um esclarecimento cabal, o tribunal administrativo Italiano resolve colocar ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias três questões prejudiciais, sendo que aquela que nos merece maior destaque corresponde ao facto de sabermos se os princípios comunitários da igualdade de tratamento, não discriminação e da transparência se opõem a uma regulamentação como a que se encontra neste processo, que prevê a prorrogação, nas condições nela fixadas, do período de transição, findo o qual, cessa antecipadamente a concessão serviços, no caso em apreço, de distribuição de gás natural.

(32) Mais precisamente no art. 15º/ nº5 DI nº 164/2000: “ Relativamente à actividade de distribuição de gás, as concessões existentes à data em vigor do presente decreto assim como as concessões adjudicadas às sociedades derivadas da transformação dos actuais gestores prosseguem até ao termo do prazo fixado, se este termo ocorrer antes do final do período de transição previsto no nº7. As concessões em vigor relativamente às quais não esteja previsto o termo do prazo cujo termo ocorra depois de terminado o período transitório, manter-se-ão até ao fim do período transitório.”

Na resposta a esta questão que lhe fora colocada, o Tribunal de Justiça salienta, desde logo, que uma concessão de serviço público, como a que está em causa no processo principal, embora não se encontre regulada por directivas comunitárias deve respeitar as regras e princípios fundamentais do Tratado, uma vez que, sendo afastada a via concursal, estar-se-ão a defraudar expectativas de potenciais interessados no contrato o que pode, conseqüentemente, considerar-se como sendo uma medida restritiva e impeditiva da concorrência, verificando-se, portanto, a preocupação da jurisprudência comunitária em salvaguardar o princípio da concorrência.

Embora o TJ, tenho afirmado que a prorrogação de um contrato – de concessão de serviço público de distribuição de gás -, implica que *“seja protelada a adjudicação de uma nova concessão mediante procedimento de concurso público”* o que constitui *“uma diferença de tratamento em detrimento das empresas que possam estar interessadas nessa concessão”*, vem, igualmente, admitir que possam existir excepções e que, portanto, *“essa diferença de tratamento pode (...) justificar-se por circunstâncias objectivas”*, como a necessidade de se respeitar a segurança jurídica. É por isso que o tribunal de justiça vem decidir que *“ o princípio da segurança jurídica não só permite como, além disso, impõe que a rescisão dessa concessão seja acompanhada de um período de transição que permita aos co-contratantes dissolverem as suas relações contratuais em condições aceitáveis, tanto do ponto de vista das exigências do serviço público, como do ponto de vista económico.”*

O nº 7 do mesmo preceito prevê: “ A duração do período de transição referido no nº5 é de cinco anos a contar de 31 de Dezembro de 2000 (...)”

Note-se, contudo, que, posteriormente, entrou em vigor o DI nº 273/2005 que prevê, no seu art. 23º que é automaticamente protelado, de 31 de Dezembro de 2005 para 31 de Dezembro de 2007, o fim do período de transição referido no art. 15/nº 5 do DI nº164/2000, bem como, sob determinadas condições, a prorrogação automática deste período de 31 de Dezembro de 2007 para 31 de Dezembro de 2009.

## 5.2 O Acórdão Pressetext (Proc. C-454/06)

Marco significativo na jurisprudência comunitária, o Acórdão Pressetext abandona o paradigma inicial pelo qual se vinha pautando o Tribunal de Justiça, de regulamentação limitada aos processos de selecção do contraente privado, versando, desta vez, sob aspectos relativos à fase de execução do contrato.

O Acórdão centra-se, concretamente, no regime de modificação dos contratos públicos fornecendo uma visão claramente restritiva quanto à sua operacionalidade, tendo em conta a protecção do princípio da concorrência, vindo esclarecer quais as condições em que as alterações ao clausulado contratual correspondem a uma verdadeira modificação ou, por outro lado, se consubstanciam na adjudicação de um novo contrato, não precedida do necessário procedimento pré-contratual.

O Acórdão Pressetext tem por objecto de análise um contrato que fora alvo de dois aditamentos.

Relativamente aos factos, em 1994 a APA, agência de imprensa Austríaca, celebrou um contrato com o Estado Austríaco estipulando que, mediante remuneração, forneceria diversas prestações, de entre elas, uma denominada de “*serviço OTS*”.

Refira-se que, numa das cláusulas contratuais, previa-se a renúncia das partes à resolução do contrato até determinada data – 31 de Dezembro de 1999 –.

Em Setembro de 2000, a APA constitui uma filial – a APA-OTS –, que detém na sua totalidade e a quem passou a confiar as prestações atinentes ao “serviço OTS”. O Estado anuiu. Ocorreu, portanto, uma mudança subjectiva no contrato, ou seja, uma mudança de co-contratante.

Em 2001 dá-se o primeiro aditamento ao contrato do qual decorre o ajustamento do preço no sentido de se converter a remuneração contratual de Xelim para Euro, bem como, uma adaptação da cláusula de indexação, para efeitos de fixação do preço, resultando numa ligeira redução do preço final

Mais tarde, em 2005, surge um segundo aditamento, sendo introduzidas novas mudanças no contrato, tais como, a prorrogação da vigência da cláusula de não

resolução – de 31 de Dezembro de 1999 para 31 de Dezembro de 2008 – e, o aumento – de 15% para 25% - de um desconto nos preços dos serviços prestados. Assim, neste segundo aditamento registou-se, para além de outra alteração do preço, uma alteração à cláusula de não resolução.

Inconformada com o sucedido uma empresa concorrente da APA, de seu nome Pressetext, vem propor uma acção no tribunal Austríaco considerando que a cessão da posição contratual do “*serviço OTS*”, bem como, os dois aditamentos contratuais corresponderiam, na verdade, a uma nova adjudicação, violando-se, conseqüentemente, a seu ver, as regras procedimentais que seriam exigíveis e, desta forma, o princípio da concorrência.

O tribunal Austríaco decidiu enviar o processo para o TJ colocando-lhe sete questões prejudiciais às quais, este último, apenas necessitou de responder a três.

O Tribunal de Justiça vem decidir que as modificações resultantes dos dois aditamentos efectuados não corresponderiam à adjudicação de um novo contrato, argumentando que nem toda a alteração aos contratos corresponde a uma “*alteração substancial*”. Em relação à mudança de co-contratante o TJ vem considerar que esta se tratou de uma mera “*reorganização interna do co-contratante*” que não modifica os termos essenciais do contrato, pois a filial era detida em 100% do seu capital-social pelo co-contratante. Quanto à alteração do preço, o Tribunal de Justiça vem admitir que este possa ser objecto de ajustamentos sem que desses possa resultar uma nova adjudicação, ou seja, uma “*alteração substancial*”, sempre que o equilíbrio económico-financeiro do contrato não seja posto em causa. Foi o que aconteceu no caso em apreço: Por um lado deu-se um mero ajustamento residual na conversão monetária e, por outro, o aumento do desconto é admitido, pelo Tribunal, tendo em conta que esta seria uma modificação prevista nas próprias cláusulas primitivas fixadas no contrato.

Por fim, relativamente à alteração da cláusula de não resolução, o órgão jurisprudencial vem afirmar que “*O Direito Comunitário não proíbe a celebração de contratos públicos de serviço por tempo indeterminado*”, pelo que, a existência de tal cláusula não é tida por ilícita.

Note-se porém que, estando os contratos de concessão sujeitos a prazo certo, no direito nacional à luz do artigo 410º CCP, sendo este fixado “*em função do período necessário para a amortização*” do investimento e “*remuneração*” do concessionário – artigo 410º/ nº1 - ou, não estando previsto nas cláusulas contratuais, sujeito ao limite máximo de 30 anos – artigo 410º/ nº2 -, deveremos concluir que este aditamento ao contrato não seria admissível se o tipo contratual correspondesse a uma concessão.

Da decisão do TJCE poderemos retirar o entendimento de que a modificação ao clausulado contratual é admissível até ao ponto em que não põe em causa os interesses dos proponentes, bem como, dos potenciais concorrentes numa nova adjudicação. Mas quando é que esses interesses estarão postos em causa? O Tribunal de Justiça veio fornecer, precisamente no Acórdão Priesstext, o critério através do qual se torna possível discernirmos quando é que nos encontramos fora dos limites da modificação contratual, ou seja, quando existe uma “*alteração substancial*” ao referir que “*as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência corresponderão a uma nova adjudicação (...) quando apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam susceptíveis de demonstrar a vontade das partes em renegociar os termos essenciais do contrato*”. (33) – Como o preço ou o prazo –.

Note-se, contudo, que tanto a doutrina como a jurisprudência já considerarão legítima uma modificação em moldes substanciais quando essa possibilidade constar do próprio clausulado contratual inicial. (34)

Assim sendo, chegamos à conclusão que, para determinarmos se uma modificação do contrato é, ou não, conforme com o princípio da concorrência e, portanto, não apresenta “*alterações substanciais*” será necessária uma apreciação casuística do contrato em apreço por forma a verificarmos se, por um lado, as alterações estão, ou não, previstas *ad initium* no contrato e, por outro, não estando previstas, se as mesmas correspondem, ou não, à introdução de características substancialmente diferentes daquelas que constam do contrato inicial, ao ponto de ser demonstrável a vontade das partes em renegociar os seus termos essenciais.

(33) PEDRO GONÇALVES, “*Acórdão Priesstext: Modificação do contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato*”, Cadernos de Justiça Administrativa nº 73, CEJUR Edições, 2009, p. 17

(34) PEDRO GONÇALVES, “*Acórdão Priesstext: Modificação do contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato*”, Cadernos de Justiça Administrativa nº 73, CEJUR Edições, 2009, pp. 17-18.

O TJ vem, ainda, neste Acórdão, fornecer três exemplos de situações reconduzíveis a uma “*alteração substancial*” do contrato. São elas:

a) Quando a alteração de um contrato público introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite.

b) Quando o contrato é alterado numa “*medida importante*”: A expressão adquire dimensão qualificável devendo ser aplicáveis as regras referentes à adjudicação de trabalhos a mais ou serviços a mais – artigos 370.º e 454.º do CCP, respectivamente.

c) Quando a alteração do contrato modifica o equilíbrio económico do mesmo a favor do co-contratante de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial.

Em Portugal o Acórdão Pressetext não foi inovador em toda a sua plenitude, nomeadamente no ponto em que vem impor, como limite ao mecanismo da modificação contratual, o respeito pelo princípio da concorrência, tendo em conta que o nosso Código dos Contratos Públicos de 2008 já o prevê enquanto tal no seu artigo 313º/ nº1.

## **6. Influência do entendimento comunitário relativo ao princípio da concorrência na jurisprudência do Tribunal de Contas**

### **6.1 O Acórdão nº 20/10 do Tribunal de Contas**

O Acórdão nº 20/10, de 1 de Junho, do Tribunal de Contas vem demonstrar que a Jurisprudência nacional veio acolher a visão restritiva com que o TJ aborda a questão da modificação contratual no âmbito da contratação Pública ao recusar visto a instrumento contratual de onde constavam alterações ao contrato por se ter verificado uma “*alteração substancial*” do clausulado contratual tendo vindo a entender que esta modificação corresponderia, conseqüentemente, a uma nova adjudicação desrespeitadora dos procedimentos pré-contratuais legalmente exigíveis.

Através de uma análise sintética ao Acórdão poderemos verificar que o TC partiu, efectivamente, do conceito “*alteração substancial*” fornecido pelo TJ, no Acórdão Pressetext, para fundamentar a sua decisão de recusa de visto. Ora vejamos.

Na sequência de um concurso público, fora celebrado, a 23 de Outubro de 1996 um contrato de concessão de serviço público atinente à recolha e transporte de resíduos sólidos entre o Município de Sintra e um consórcio composto pelas empresas *Mota, SA, Dragados y Construcciones, SA e Ramalho Rosa, SA*. Este contrato teria a duração de 4 anos e seria renovável por iguais períodos, se nenhuma das partes o denunciasses por escrito até 6 meses antes do termo.

A 31 de Agosto de 1998 é lavrado um contrato de cessão da posição contratual – ocorrendo, conseqüentemente, uma modificação subjectiva no contrato – através do qual o consórcio acima referido cede à sociedade SUMA, SA a sua posição no contrato, tendo sido essa cessão autorizado pela Câmara.

Em 2000 ocorre a primeira renovação do contrato.

No dia 31 de Outubro do mesmo ano é criada a empresa municipal HPEM, para a qual o Município de Sintra transmitiu a sua posição contratual – regista-se, portanto, mais uma cessão de posição contratual –.

Antes de prosseguirmos com a exposição dos factos convém tecermos algumas considerações relativamente a estas alterações subjectivas que impenderam sobre o clausulado contratual até então.

Por um lado, a jurisprudência comunitária vem repudiar que as mesmas aconteçam, considerando que a substituição do co-contratante por um novo se trata de uma alteração aos termos essenciais do contrato e, portanto, correspondente a uma nova adjudicação desrespeitadora dos procedimentos pré-contratuais, a menos que essa substituição estivesse prevista nos termos do contrato inicial. Por outro lado, o legislador nacional vem admitir a figura da cessão da posição contratual ao nível da contratação pública, encontrando-se o seu regime previsto nos artigos 316º a 324º CCP. Deparamo-nos portanto com posições, no mínimo, paradoxais no tratamento da modificação contratual subjectiva. Enquanto o legislador nacional entende, de forma ampla, que é admissível a operatividade do mecanismo da cessão da posição contratual, a jurisprudência comunitária vem restringir a sua verificação aos casos em que esta se encontra expressamente prevista no contrato original.

Continuemos, então a descrição fáctica das ocorrências vindouras.

Tendo-se sempre renovado o contrato até então, a 27 de Junho de 2008, a HPEM e a SUMA procederam a uma modificação do mesmo, tendo sido estabelecido que: “ *O contrato tem um período de 96 meses, renovável por iguais períodos, se nenhuma das partes o denunciar por escrito, até 12 meses antes do seu termo.*”

A 26 de Janeiro de 2010 a HPEM remeteu o instrumento contratual relativo a esta alteração ao TC para que este o apreciasse e concedesse o necessário visto.

De entre vários, foram apresentados como fundamentos para a alteração do prazo de vigência do contrato: A vontade da HPEM em centrar a sua actividade no sistema de recolha lateral robotizada em substituição da recolha traseira; A anuência da SUMA em alterar o sistema de recolha existente pelo preferido da HPEM; O avultado

investimento, por parte da SUMA, para a mudança do sistema, sendo que, 8 anos seria o tempo mínimo necessário para a amortização dos avultados investimentos a fazer, de forma a garantir o necessário equilíbrio financeiro do contrato.

Quanto à decisão, relativa à modificação das condições de realização das prestações contratuais, o Tribunal de Contas vem admitir que esta possa ocorrer, mas desde que esta não interfira com os pressupostos procedimentais, não implique um desequilíbrio económico-financeiro a favor do contraente privado e não conduza a uma “*substancial alteração*” contratual e à vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato.

O TC vem argumentar que, no documento, relativo ao concurso público, (35) efectuado para a determinação da entidade co-contratante, as características, capacidade e tipologia do equipamento constituíam parâmetros de análise de escolha do adjudicatário, pelo que, a sua alteração não se afigura viável, na medida em que, se as exigências técnicas presentes em tais documentos correspondessem às actuais, os critérios de valoração não seriam os mesmos, logo, as propostas seriam diferentes e, conseqüentemente, a escolha do co-contratante poderia ser outra que não aquela que se havia registado.

Vem o Tribunal de Contas ainda alegar que a onerosidade destas alterações ao equipamento conduz a uma necessidade e vontade efectivas de as partes renegociarem o prazo de duração do contrato, sendo este um dos seus termos essenciais, pelo que, existe uma verdadeira “*alteração substancial*” das obrigações contratuais com repercussão no equilíbrio financeiro.

De acordo com este entendimento está PEDRO GONÇALVES ao afirmar que “*ultrapassa os limites do conceito de modificação de contratos a “modificação” de um contrato de concessão (com uma duração de 30 anos) para, próximo do fim da sua vigência, viabilizar a realização de novos investimentos de um montante que determina a prorrogação do contrato...por quase mais 30 anos.*” (36)

(35) Acórdão nº 20/ 10 do TC, p.4

(36) PEDRO GONÇALVES, “*Acórdão Preetext: Modificação do contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato*”, Cadernos de Justiça Administrativa nº 73, CEJUR Edições, 2009, p. 15

Relativamente à modificação do prazo de vigência do contrato, o órgão jurisdicional argumenta que a sua prorrogação vai implicar uma maior e mais estável garantia de negócio para o contraente privado, modificando o equilíbrio económico do contrato a seu favor, bem como promover o protelamento da adjudicação de um novo contrato por concurso, o que constitui uma diferença de tratamento em detrimento de empresas que possam estar interessadas nesse contrato e, ainda, a impossibilidade para o contraente público fazer cessar o contrato por motivos que lhe sejam convenientes e de beneficiar de uma nova consulta do mercado.

Nestes termos, o TC vem considerar que a prorrogação do prazo de vigência do contrato corresponde, também ela, à introdução de uma “*alteração substancial*” a este último, vindo a referir que esta apenas seria possível se estivesse expressamente prevista no contrato ou nas peças de procedimento que o antecederam <sup>(37)</sup> – que não estava – ou se esta fosse neutra para os interesses envolvidos no contrato, no procedimento ou em eventuais novas adjudicações.

O TC vem, então, decidir que “ *O instrumento contratual ora em apreço envolve uma modificação substancial a uma das condições essenciais do contrato, em resultado de uma relevante alteração dos pressupostos técnicos do procedimento. Esta modificação não estava prévia e expressamente autorizada nem é indiferente à luz dos critérios do procedimento de adjudicação e dos interesses económicos em jogo. Em face do exposto deve, pois, concluir-se que o instrumento contratual em análise consubstancia, na prática, a adjudicação de um novo contrato, que deveria ter sido precedido da realização do procedimento pré-contratual adequado.*” <sup>(38)</sup>

Verificamos, após uma análise sucinta a este Acórdão do Tribunal de Contas, que a jurisprudência Portuguesa, também ela, vem a adoptar o critério delimitador da “*alteração substancial*” configurado nos mesmos termos que havia sido pelo Tribunal de Justiça, para recortar o campo de aplicabilidade de uma modificação contratual em sede de contratação pública.

(37) Neste sentido se pronunciam FREITAS DO AMARAL E LINO TORRAL in “ *Estudos sobre Concessões e outros actos da Administração*”, Almedina Editora, 2002, p.554

(38) Acórdão n.º 20/ 10 do TC, p.18

## **6.2 O Relatório de auditoria nº26/2009 da 2ª secção do TC – Caso Liscont**

Caso mediático em que o Tribunal de Contas entendeu, através de relatório por si elaborado, estar em causa o desrespeito pelo princípio da concorrência, é o da prorrogação do prazo, por mais 27 anos, sendo que estava a 7 do seu termo, do contrato de concessão de serviços públicos, celebrado em 1984, entre a Administração do Porto de Lisboa – doravante APL – e a empresa Liscont, contrato este que teria por objecto o direito de exploração, por parte da Liscont, de um terminal de contentores situado nas instalações portuárias de Alcântara Sul.

A cita prorrogação do prazo consta do Decreto-lei nº 188/2008, de 23 de Setembro, bem como, da cláusula 22ª do aditamento ao contrato celebrado entre a APL e a Liscont.

Os fundamentos apresentados, no *supra* citado Decreto, para que se procedesse a tal alteração contratual jaziam no facto de que, após duas décadas de vigência, o contrato de concessão teria que ser alvo de aditamento em virtude do enorme crescimento verificado ao nível do transporte marítimo, do mercado de serviços portuários e, conseqüentemente, do aumento da procura dos serviços prestados pelo terminal portuário de Alcântara.

Do Decreto-lei nº 188/88, bem como do contrato celebrado entre a APL e a Liscont, do qual decorre a prorrogação do prazo da concessão, resulta, ainda, que atendendo à configuração do terminal, tal aumento obrigaria a uma significativa necessidade de aperfeiçoamento e renovação das condições existentes deste último, sob pena de se atingirem níveis de congestionamento impeditivos de uma adequada realização dos relevantes fins de interesse público subjacentes à sua exploração.

O que se visava era, pois, adequar o terminal a eventuais novas exigências do serviço público, atendendo à procura estimada e à evolução tecnológica verificada ao nível do sector marítimo portuário.

No âmbito da renovação das condições do porto de Lisboa, as partes acordaram a execução, por parte da Liscont, de diversas infra-estruturas, nomeadamente, a ampliação do cais terminal, a construção de uma plataforma de descarga de composições

ferroviárias, bem como, a aquisição de equipamentos respeitantes à movimentação, gestão, estacionamento e transporte de cargas.

Note-se, também, que para além da prorrogação do prazo, de entre outras alterações, a modificação contratual contemplou, igualmente, a elevação da rendibilidade dos accionistas da Liscont – de 11% para 14% – sem contrapartidas para a APL, o que representa, segundo o TC, uma redução de *value for money* do contrato para o contraente público e uma “*remuneração desproporcional*”, tendo em conta o contexto económico-financeiro vigente.

Confrontado com este aditamento e com os fundamentos que estiveram na sua origem, o Tribunal de Contas procedeu à feitura de um relatório de auditoria, através do qual, expôs a sua posição.

O TC veio referir, desde logo, que “*o prazo de 27 anos contratualizado consubstancia, objectivamente, um prazo conservador, que não acautela adequadamente, como podia e devia ter sucedido, os interesses financeiros do concedente público, dado que, se este tivesse negociado a manutenção da rendibilidade accionista de 11%, proposta pela concessionária no modelo financeiro inicial, e não tivesse acabado por aceitar a rendibilidade efectivamente contratualizada de quase 14%, o citado prazo de 27 anos poderia, naturalmente, ter sofrido uma redução de cerca de 10 anos.*” (39)

No que concerne à prorrogação do prazo o Tribunal de Contas vem, ainda, dizer que “*(...) o contraente público deveria ter ponderado como solução mais prudente, transparente e menos arriscada no tocante à defesa dos interesses financeiros públicos, esperar pelo termo da concessão, em 2015, para proceder, então ao lançamento de um concurso público (...)*” (40), vindo, ainda, acrescentar que “*Se se tiver em conta que mais de 90% das clausulas do actual contrato de concessão de exploração do Terminal de Contentores de Alcântara resultaram do citado aditamento, não pode deixar de se observar que o que está em causa, substancial e objectivamente, é um novo contrato, embora, formalmente, o mesmo constitua um aditamento ao anterior.*” (41)

(39) Relatório de auditoria n.º26/2009 da 2ª secção do TC, p. 12

(40) Relatório de auditoria n.º26/2009 da 2ª secção do TC, p. 28

(41) Relatório de auditoria n.º26/2009 da 2ª secção do TC, p. 33

O TC vem, ainda fazer referência à declaração feita, em sede de contraditório, pela entidade controladora financeira do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações, onde esta vem demonstrar, também ela, o seu repúdio pela ocorrência da cita prorrogação, ao afirmar que: “ *A opção por negociar com o concessionário a escassos 7 anos do termo da concessão que já vem de 1984, em regime de ajuste directo, por motivos de urgência, sem concorrência e sem critérios objectivos foi uma opção relativamente arriscada. Conjugado com a conjuntura adversa, isto resultou na degradação das condições do negócio que vão prejudicar a APL como concedente durante 34 anos, e que já poderá estar a prejudicar a bancabilidade da APL.*” (42)

Em suma, poderemos concluir que este órgão jurisdicional vem entender que, com a prorrogação do prazo desta concessão de serviços, o interesse público não fora acautelado, designadamente, por ter sido preterida a realização de concurso público.

No seguimento do Relatório elaborado pelo Tribunal de Contas é aprovada, a 26 de Novembro de 2009, uma moção conjunta, aprovada pela Assembleia Municipal de Lisboa, a exigir a revogação do Decreto-Lei nº188/2008.

Dos argumentos apresentados na moção destaca-se, desde logo, o facto de ter sido estabelecido para a concessão um prazo de vigência excessivamente longo, até 31 de Dezembro de 2042 que se traduz num prolongamento por mais 27 anos do prazo em curso, que terminaria em 2015, prazo este que acabaria por afectar o interesse público dos munícipes, uma vez condicionaria “ *de forma inaceitável a fruição, pelos cidadãos de Lisboa, da zona ribeirinha do Tejo em Alcântara, contrariando a desejável aproximação da cidade com o seu rio.*”

A moção vem, também, alegar que a alteração das bases da concessão, prevista no Decreto-Lei nº 188/2008, é contrária ao interesse público uma vez que o fundamento apresentado para validar a prorrogação do prazo por mais 27 anos, baseado na necessidade de se promoverem adequações técnicas, tecnológicas e operacionais por forma a dotar o terminal de Alcântara das condições necessárias para fazer face ao crescente fluxo da procura por parte dos agentes utilizadores do mesmo não se revela válido tendo em conta, por um lado, “*que, nos últimos anos, com excepção do ano de 2007, o terminal de contentores de Alcântara tem vindo a perder tráfego todos os anos*”

e, por outro, atendendo ao facto desta prorrogação do prazo *sobrecarregar* “o erário público de forma inaceitável e gravosa, num momento em que é consensual a necessidade de evitar o aumento dos encargos que sobre ele recaem.”

A 19 de Abril de 2010, também o Ministério Público reage ao caso Liscont através da interposição de uma acção junto do Tribunal Administrativo de Lisboa, onde vem pedir a anulação e a declaração de nulidade do aditamento ao contrato celebrado entre a APL e a Liscont argumentando que “o suposto aditamento ao contrato não é mais do que um novo contrato de concessão de serviço público, celebrado com a única intenção de contornar (...) a necessária abertura de um novo concurso e “abrir à concorrência” uma concessão que (...) exigia a escolha da via concursal.”

Aliados à forte onda de contestação que se fez sentir nos mais variados quadrantes da sociedade – desde a criação de movimentos cívicos, cujo fim se reconduzia à efectivação da revogação do Decreto-Lei nº188/2008 <sup>(43)</sup> até à postura assumida, quer pelos representantes do Município de Lisboa, quer pelo próprio Ministério Público e Tribunal de Contas – foram vários os grupos partidários que procederam à feitura de projectos-lei nos quais se postulava a revogação da dita prorrogação do prazo da concessão de serviços públicos celebrada entre a APL e a Liscont.

É neste contexto que um desses projectos-lei vem a ser aprovado, quer na especialidade em sede da Comissão Parlamentar de Obras Públicas, quer na generalidade, em plenário da Assembleia da República.

Curiosamente, ou não, atento à posição assumida pelo TC, fortemente influenciada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, bem como, à moção que fora apresentada pela Assembleia Municipal de Lisboa e à acção interposta pelo Ministério Público, o nosso Presidente da República procedeu à promulgação da Lei nº14/2010, de 23 de Julho, que veio determinar a revogação do Decreto-lei nº 188/2008.

(43) V.g. O movimento “Lisboa é das pessoas. Mais contentores não!” que havia entregue uma petição junto da Comissão Permanente de Obras Públicas e Transportes na qual requeria a revogação do Decreto-Lei nº188/2008.

Após uma breve descrição de alguns dos factos que motivaram a acesa discussão em torno das modificações ao clausulado contratual da concessão de serviços públicos que tem como partes a APL, por um lado, e a Liscont, por outro, somos a concluir que, do caso em apreço resulta uma clara convergência entre os princípios da prossecução do interesse público e da concorrência, convergência essa que se revelou determinante para que o Decreto-Lei nº188/2008 fosse revogado. Senão vejamos:

A prorrogação do prazo de vigência do contrato de concessão por mais 27 anos, sendo que esta se encontrava 7 do seu termo, sustentada na necessidade de ampliação e renovação das infra-estruturas existentes, por via de ajuste directo alegando-se motivos de urgência imperiosa, não se poderá considerar como fundamento bastante. Na verdade, a haver uma efectiva necessidade de se promover a requalificação do terminal de Alcântara, esta seria verificável através de uma análise atempada e rigorosa e não seria decorrente de um acontecimento “*imprevisível*”, condição necessária para se promover o lançamento de um procedimento de ajuste directo fundado em motivos de urgência imperiosa, nos termos do artigo 24.º / al. c) do CCP. Assim, a nosso ver, não se encontrariam preenchidos os requisitos que possibilitariam a adopção de um procedimento desta natureza e que permitiriam, conseqüentemente, evitar a abertura de um procedimento concorrencial.<sup>(44)</sup> Destarte, o lançamento de um novo concurso público seria a via que proporcionaria a obtenção de propostas, teoricamente, mais vantajosas para a Administração e, conseqüentemente, para os interesses públicos que esta se obriga a servir.

Tendo sido alteradas, com o Decreto-Lei nº188/2008, cerca de 90% das cláusulas originais do contrato em questão deparamo-nos com um claro sinal de que as partes não pretendiam proceder a uma mera rectificação, a um mero reajustamento, do clausulado primitivo, mas sim, a uma verdadeira renegociação das condições essenciais que haviam sido inicialmente consideradas. – dessas condições essenciais destacam-se, desde logo, o prazo de vigência da concessão e o modo de retribuição do concessionário.

(44) Já seria discutível se o preceito invocado para a adopção do procedimento de ajuste directo fosse o artigo 31.º / nº3 do CCP. Segundo a norma “ *Quando razões de interesse público relevante o justifiquem, pode adoptar-se o ajuste directo para a formação de contratos de sociedade e de concessão de serviços públicos.*” Porém, a nosso ver, no caso em apreço, não se encontram devidamente fundamentados os motivos relevantes pelos quais seria possível lançar mão de tal procedimento.

Verificaram-se, portanto, verdadeiras “*alterações substanciais*” ao contrato que havia sido celebrado em 1984.

Ora, na óptica, não só da jurisprudência comunitária, bem como nacional, a ocorrência de “*alterações substanciais*” que introduzam características substancialmente diferentes daquelas que resultam do clausulado primitivo determina, inevitavelmente, a abertura de um concurso público tendente à celebração de um novo contrato de concessão de serviços públicos, tendo como concedente a APL e como concessionário, o concorrente que apresentasse a melhor proposta, salvo se a possibilidade de se proceder a essas modificações estivesse expressamente prevista no procedimento de adjudicação primitivo. Mais uma vez, o princípio da concorrência dever-se-ia impor face ao exposto.

## 7. Conclusão

Admitido de forma consensual, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência comunitária e nacional, como um dos princípios basilares da contratação pública, o princípio da concorrência assume-se como verdadeiro paradigma comportamental das partes num contrato que revista natureza pública. No ordenamento jurídico nacional o princípio da concorrência chega mesmo a ter consagração legal no artigo 1º/ nº 4 do CCP, o que vem reforçar a sua relevância ao nível da contratação pública.

À luz deste princípio, é exigido o respeito, não só pelos concorrentes/ candidatos que não hajam sido seleccionados para contratar com o ente público, bem como, por todos aqueles que estejam eventualmente interessados em concorrer a um novo contrato, na ocorrência de uma modificação do clausulado em sede de execução contratual.

Também ao nível do procedimento pré-contratual, as peças procedimentais não deverão ser modificadas após a escolha do co-contratante – salvo raras exceções (*vide* artigoº99 do CCP) – na medida em que, a ocorrer tal modificação, poderá ser posta em causa a igualdade de tratamento dos concorrentes/candidatos.

O princípio da concorrência assume-se, desta forma, como um forte meio tutelar de interesses legalmente protegidos de terceiros que não são parte no contrato celebrado.

Esta salvaguarda do princípio da concorrência apresenta uma forte ligação com a própria prossecução do interesse público, na medida em que, teoricamente, quanto mais aberto for o procedimento atinente à adjudicação de um contrato, melhores serão as condições apresentadas pelos candidatos à Administração.

No entanto, deparamo-nos, por vezes, com situações em que o princípio da prossecução do interesse público não se compatibiliza com o princípio da concorrência. Poderão, de facto, ocorrer casos em que, ao invés de se promover um novo procedimento pré-contratual, como forma de assegurar convenientemente a concorrência, será preferível levar a cabo uma alteração ao clausulado primitivamente estabelecido no contrato, sendo esta a melhor forma de se assegurar a prossecução dos interesses da colectividade. É neste sentido que o nosso legislador vem admitir, no artigo 312º/ alínea

a) do CCP a possibilidade de se proceder a uma modificação contratual “ *Por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.*”

Contudo, o mesmo legislador vem estabelecer como limite à modificação contratual o princípio da concorrência no artigo 313º/nº1 do CCP.

Ora, ocorrendo um conflito entre estes dois princípios *supra* citados, qual deles deverá prevalecer?

Ao efectuarmos uma análise aos Acórdãos, tanto do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, bem como, do Tribunal de Contas concluímos que, para sabermos se uma modificação contratual é conforme, ou não, com o princípio da concorrência, deverá ser feita uma apreciação casuística das situações com as quais o julgador se depara.

Do acórdão ASM Brescia/ Comune di Rodengo Siano resulta uma clara cimentação do princípio da concorrência enquanto uma das principais pedras basilares sob as quais assenta o domínio da contratação pública, vindo abrir caminho ao entendimento de que a prorrogação do prazo de vigência de um contrato anterior – quando esta não se encontrar prevista nas peças do procedimento pré – contratual – corresponde, na verdade, à adjudicação de um novo contrato, sem recurso à via concursal, embora, admitindo-se excepções a esta alteração quando sejam comprovadas de forma objectiva – note – se, a título de exemplo, a prorrogação do prazo de vigência do contrato enquanto modalidade de reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato, em virtude de uma alteração das circunstâncias, prevista nos artigos 282º / nº3 e 314º/ nº2 alínea a) do CCP -.

De todos os Acórdãos que foram objecto do nosso estudo, aquele que maior relevância e destaque assumiu foi, sem dúvida, o Acórdão Pressetext.

O Acórdão Pressetext veio contribuir, através da introdução do conceito “*alteração substancial*” para uma maior e mais precisa delimitação do âmbito com que uma modificação contratual se encontra, ou não, em conformidade com o princípio da concorrência, fornecendo, desta forma, um critério balizador através do qual se torna

possível, aos intérpretes e aplicadores do Direito, saberem, com maior segurança, em que situações se deparam com uma alteração contratual legítima, por um lado, ou subversiva, por outro, de um dos princípios fundamentais da contratação pública, que é o princípio da concorrência.

Ao nível da jurisprudência nacional verificamos que, após uma análise sucinta do Acórdão nº 20/10 do Tribunal de Contas, também ela vem adoptar o critério delimitador da “*alteração substancial*”, configurado nos mesmos termos que havia sido pelo Tribunal de Justiça, para recortar o campo de aplicabilidade de uma modificação contratual em sede de contratação pública.

Também no relatório elaborado pelo mesmo órgão jurisdicional fica demonstrado, mais uma vez, que a prorrogação do prazo de uma concessão, sendo este um dos termos essenciais do contrato, mesmo correspondendo a uma das modalidades de reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato – para fazer face ao investimento necessário tendo em conta os fundamentos alegados pelas partes – corresponde à adjudicação de um novo contrato sem que haja sido verificada a necessária abertura à concorrência.

Embora a jurisprudência, de uma maneira geral, se revele extremamente restritiva quanto à operatividade do mecanismo da modificação contratual invocando, como principal argumento, a defesa e protecção do princípio da concorrência, é nosso entendimento que a assunção desta posição adoptada carece de devidas reflexões, na medida em que, por vezes, o recurso ao mecanismo da modificação objectiva dos contratos públicos revela-se como sendo o mais apropriado para a prossecução do próprio interesse público.

Mais premente se torna esta discussão quando o tipo contratual em causa corresponde a uma concessão, seja ela de obra ou de serviço público.

Parece-nos que o próprio artigo 313º / nº 2 do CCP, onde se admite que a modificação seja permitida, mesmo quando não seja “*objectivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação*” nos casos em que o

contrato revista natureza duradoura e o decurso do tempo a justifique, está pensado, precisamente, para contratos que adoptem o modelo concessório.

Sendo as concessões, por natureza, contratos de longa duração, basta atendermos ao conhecimento público do prazo de muitas delas e à própria letra da lei que confere um prazo máximo, quando outro não constar do contrato, de 30 anos – artigo 410º/ nº2 do CCP -, entendemos que deverá ser admissível uma interpretação restritiva do princípio da concorrência quando, por motivos de interesse público, se justificarem reajustamentos ao clausulado inicialmente acordado.

Deveria haver, a nosso ver, uma maior abertura, por parte dos julgadores, ao nível da interpretação e balizamento do princípio da concorrência, para que o ente público contratante evite não só os custos financeiros como também temporais que a feitura de um procedimento pré-contratual acarreta, bem como, para que consiga prosseguir o próprio interesse público da forma mais eficaz e eficiente possível.

Tal entendimento não significa, contudo, que a mera invocação do princípio da prossecução do interesse público sirva de bode expiatório para que se legitimem modificações contratuais claramente restritivas e impeditivas da concorrência. Como bem refere Pedro Gonçalves: “ (...) *ultrapassa os limites do conceito de modificação de contratos a “modificação” de um contrato de concessão (com uma duração de 30 anos) para, próximo do fim da sua vigência, viabilizar a realização de novos investimentos de um montante que determina a prorrogação do contrato...por quase mais 30 anos.*” (45)

Concluimos que só através de uma ponderação casuística, será possível aos julgadores determinarem se o princípio da concorrência está, ou não, salvaguardado na ocorrência de uma modificação ao clausulado de um contrato público.

## **Fontes bibliográficas**

- Ana Fernanda Neves, “ *Os Princípios da Contratação Pública*” in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia – Volume II, Coimbra Editora, 2011.
- Ana Maria Guerra Martins, “ *A emergência de um novo direito comunitário da concorrência: As concessões de serviços públicos*” in Revista da FDUL, Vol. XLII – N° 1, Coimbra Editora, 2001.
- António Menezes Cordeiro, “ *Contratos Públicos*”, Almedina Editora, 2007.
- Ana Raquel Gonçalves Moniz, “ *Contrato Público e Domínio Público*” in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008
- Bernardo Azevedo, “ *Contratação in house: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado*” in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008.
- Carla Amado Gomes, “ *A conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos*” in Estudos de Contratação Pública – I, Coimbra Editora, 2008.
- Cláudia Viana, “ *Princípios Comunitários na Contratação Pública*”, Coimbra Editora, 2007.

- Diogo Freitas do Amaral/ Lino Torgal, “ *Estudos sobre Concessões e outros actos da Administração*”, Almedina Editora, 2002.
  
- Fernanda Maças, “ *A concessão de serviço público e a concessão no Estado Regulador*”, in *Estudos de Regulação Pública*, Vol. I, Coimbra Ediotra, 2004.
  
- João de Magalhães Collaço, “ *Concessões de Serviços Públicos (Sua Natureza Jurídica)*”, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1914.
  
- Jorge Andrade da Silva, “ *Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*”, 3ª edição, Almedina Editora, 2010
  
- Lino Torgal “*Concessão de Obras Públicas e Ajuste Directo*” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Almedina Editora, 2010.
  
- Lourenço Freitas, “ *O poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração*”, AAFDL, Edições, 2007.
  
- Marcello Caetano, “ *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*”, 3ª Edição, Almedina Editora, 2010.
  
- Marcello Caetano, “ *Manual de Direito Administrativo, Vol. I*”, 10ª Edição, Almedina Editora, 2010.
  
- Marcelo Rebelo de Sousa/ André Salgado Matos, “ *Direito Administrativo Geral – Tomo I*”, 3ª edição, Dom Quixote Editora, 2008

- Marcelo Rebelo de Sousa/ André Salgado Matos, “ *Direito Administrativo Geral – Tomo III*”, 2ª edição, Dom Quixote Editora, 2009
  
- Mário Aroso de Almeida, “ *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos*” in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia – Volume II, Coimbra Editora, 2011.
  
- Mário Aroso de Almeida, “ *Contratos Administrativos e Poderes de Conformação do Contraente Público no Novo Código dos Contratos Públicos*” in Cadernos de Justiça Administrativa, nº66, pp.3-16, CEJUR Edições, 2007.
  
- Mário Esteves de Oliveira, “ *A Necessidade de Distinção entre Contratos Administrativos e Privados da Administração no Projecto do Código dos Contratos Públicos*” in Cadernos de Justiça Administrativa, Nº64 pp.51-114, CEJUR Edições, 2008.
  
- Pedro Gonçalves, “ *O contrato Administrativo*”, Almedina Editora, 2003.
  
- Pedro Gonçalves, “ *A Concessão de Serviços Públicos*”, Almedina Editora, 1999.
  
- Pedro Gonçalves, “ *Regulação Administrativa e Contrato*” in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia Vol. II, pp.987-1024, Coimbra Editora, 2010.

- Pedro Gonçalves, " *Acórdão Presstext: Modificação do Contrato Existente Vs. Adjudicação de novo Contrato*" in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº73, CEJUR Edições, 2009.
  
- Pedro Gonçalves e Licínio Lopes Martins, " *Os serviços económicos e a concessão no Estado Regulador*", in *Estudos de Regulação Pública*, Vol. I, Coimbra Editora, 2004.
  
- Pedro Siza Vieira, " *Regime das Concessões de Obras Públicas e de Serviços Públicos*", in *Cadernos de Justiça Administrativa*, Nº64, pp.47-54, CEJUR Edições, 2007.
  
- René Chapus, " *Droit Administratif General, Tome I*", Paris: Domat Droit Public, 1999.
  
- Rodrigo Esteves de Oliveira, " *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*", in *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, 2008.
  
- Rui Medeiros, " *Âmbito do Novo Regime da Contratação Pública à Luz do Princípio da Concorrência*" in *Cadernos de Justiça Administrativa* nº69, pp.3-29, CEJUR Edições, 2008.
  
- Sérvulo Correia, " *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*", Almedina Editora, 1987.

## **Outras Fontes**

- [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu)
- [www.tcontas.pt](http://www.tcontas.pt)
- [www.am-lisboa.pt](http://www.am-lisboa.pt)