



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

A Modificação dos Contratos Administrativos nas Diretivas de 2014

por
Silvana Pereira Gomes

sob orientação do
Professor Doutor Mário Aroso de Almeida

Dissertação atinente à obtenção do grau de Mestre em Direito Administrativo pela
Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
Maio de 2016

AGRADECIMENTOS

Aos meus Pais,

aos ouvidos que sempre me escutaram as inquietações,

e ao Sr. Professor Doutor Mário Aroso de Almeida, pela generosa partilha de conhecimento e orientação da presente dissertação.

ABREVIATURAS E MODO DE CITAR

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art(s).	Artigo(s)
CCP	Código dos Contratos Públicos
Cfr.	Confrontar
Con.	Considerando
CPA	Código do Procedimento Administrativo
Diretiva	Diretiva 2014/24/UE
Diretivas	Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE
EM	Estado-Membro
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
Pt.	Ponto
TJ	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
V.	<i>Vide</i>

INTRODUÇÃO	4
CAPÍTULO I - A modificação dos contratos na tradição do Direito Administrativo	5
1. Os poderes exorbitantes da Administração Pública	5
2. O poder de modificação por ato administrativo unilateral	6
CAPÍTULO II – A europeização do regime da modificação dos contratos públicos	9
CAPÍTULO III – O regime da modificação dos contratos públicos nas Diretivas de 2014	12
3. O Regime da modificação contratual e os Objetivos da Diretiva	12
4. O conceito de Modificação Substancial	13
4.1. Alteração do resultado do concurso	14
4.2. Alteração do equilíbrio económico a favor do adjudicatário	18
4.3. Alargamento do âmbito do contrato	20
4.4. Substituição do adjudicatário nos casos não previstos na al. d) do nº 1	23
5. Condições de admissibilidade da modificação contratual	23
5.1. Modificação por expressa previsão contratual	24
5.2. Necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares	26
5.3. Circunstâncias imprevisíveis	27
5.4. Mudança de adjudicatário	30
5.5. Modificação <i>Não</i> Substancial – Prorrogação temporal	35
5.6. Modificações de pequena escala	37
6. Valor de referência para o cálculo de percentagens	40
7. Modificações não contidas nos nºs 1 e 2 do art. 72º	40
8. Incumprimento	41
CONCLUSÃO	42
BIBLIOGRAFIA	44

INTRODUÇÃO

A jurisprudência do TJ veio alterando, paulatinamente, o tradicional paradigma do Direito Administrativo em matéria de modificação unilateral dos contratos administrativos na fase de execução, criando o entendimento de que os limites à modificação, além de servirem o propósito de proteção do cocontratante, devem salvaguardar o interesse da concorrência. Concomitantemente, foi criado também o conceito de *alteração substancial*, que delimita o âmbito de admissibilidade da introdução de modificações aos contratos.

Ora, nesta senda, as Diretivas da Contratação Pública de 2014 (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE), cujo prazo de transposição findara no passado dia 18 de abril de 2016, vieram introduzir importantes clarificações e progressos, mormente, no que a esta questão da modificação dos contratos respeita (art. 43º, 72º e 89º, respetivamente).

Ao longo da nossa excursão observaremos que, se por um lado, as Novas Diretivas vêm flexibilizar a introdução de modificações contratuais, por outro, não menos procuram garantir o interesse da concorrência e a transparência, dado que, não obstante o legislador europeu ter entendido pela sua necessidade, na medida em que são garante da prossecução do interesse público, passível de mutações, impõe limiares quantitativos e a obrigatoriedade de publicação no JOUE, por exemplo.

Sumariamente, partindo de uma perspetiva tradicional, procuraremos percorrer os meandros do art. 72º da Diretiva¹, avaliando em que medida são apostas inovações ou é densificada a jurisprudência *Pressetext* (C-454/06) e denunciando os problemas que, julgamos, a transposição é suscetível de solucionar.

¹ Para simplificar, doravante referiremos unicamente o art. 72º da Diretiva 2014/24/UE, de âmbito geral.

CAPÍTULO I

A Modificação dos Contratos na tradição do Direito Administrativo

1. Os poderes exorbitantes da Administração Pública

Diferentemente do que ocorre na fase de formação do contrato, em que a Administração se submete a limites ou condicionantes incomparáveis àqueles com que se depara o particular no âmbito das suas relações privadas², na fase de execução dos contratos administrativos, marcados pela lógica da função³, a Administração passa a atuar investida pelo *ius imperii* que a caracteriza, beneficiando de poderes de autoridade alheios aos contraentes privados⁴, que “desigualizam as posições”⁵, comumente designados por *poderes exorbitantes*⁶⁻⁷.

Estes poderes exorbitantes encontram fundamentação numa lógica de assegurar a efetiva primazia do interesse público, particularmente, mediante a adequação das estipulações contratuais às alterações exigidas pelas mutações que o interesse público pode sofrer, ao longo da execução do contrato⁸, uma vez que existe uma natural

² Sobre a fase de formação dos contratos públicos em Portugal, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Miguel Neiva de Oliveira (Colab.), Almedina, 2011; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *A Formação dos Contratos Públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*, AAFDL, Lisboa, 2013; Sobre o conceito e limites do contrato público: MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Contrato Público: Conceito e Limites*, in “La contratación pública en el horizonte de la integración europea”, V Congresso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2004, pp.31 ss

³ PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo (uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo)*, Almedina, Coimbra, 2002, p.104; RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *O acto administrativo contractual*, CJA, nº 63, pp. 3 ss; PEDRO MATIAS PEREIRA, *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp.55-56

⁴ DIOGO FREITAS DE AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2ª ed., 2011, p.619

⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos Administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos*, CJA, nº 66, 2007, p.9

⁶ Sobre os poderes exorbitantes noutros países da UE, V., MARIO COMBA, *Contract Execution in Europe: Different Legal Models with a Common Core*, EPPPL, Vol. 8, 302, pp.305-308

⁷ Sobre a alegada “exorbitância da forma do ato administrativo”, V., ANA LUÍSA GUIMARÃES, *O carácter excepcional do acto administrativo contractual: no Código dos Contratos Públicos*, Almedina, 2012, pp.20-27

⁸ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 10ª ed. (Reimp.), Coimbra, 1980, pp. 619 ss; VITO AURICCHIO, *The problem of Discrimination and Anti-competitive behavior in the execution phase of public contracts*, PPLR, 5, 1998, pp.125–126; JORGE ANDRADE DA SILVA, *Dicionário dos Contratos Públicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.330-331

tendência para a durabilidade dos contratos administrativos⁹, assim como através da condução e controlo da execução do contrato ou a sua extinção prematura.

Posto isto, uma obediência ao princípio *pacta sunt servanda*, alheada à necessidade de reponderação dos interesses ou das circunstâncias que envolvam o contrato, significaria, segundo PEDRO GONÇALVES, uma “inversão de toda a lógica do direito público”¹⁰.

Os poderes exorbitantes encontram-se entre nós previstos nos art. 180º do CPA e 302º do CCP, cabendo-nos apenas mencionar com maior detalhe o poder de modificação contratual (artigo 180º, alínea a) do CPA, artigo 302º, alínea c) do CCP)¹¹.

2. O poder de modificação por ato administrativo unilateral

Segundo SÉRVULO CORREIA¹², o poder de modificação contratual é expressão do exercício da função administrativa, enquanto função constitucionalmente investida da missão de otimizar a prossecução do interesse público¹³. Traduz-se na alteração do conteúdo das prestações contratuais (modificação objetiva)¹⁴ ou na substituição do

⁹ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*, in “Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa”, (coord.) Diogo Freitas do Amaral, C. Ferreira de Almeida, Marta Tavares de Almeida, Vol. I, Almedina, 2008, p.31; MARCELO REBELO DE SOUSA, ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 1ª ed., Lisboa, 2007, p.353

¹⁰ GONÇALVES, *O Contrato...*, cit., p.104; No mesmo sentido, ISABEL M. FONSECA, *Direito da Contratação Pública. Uma introdução em dez aulas*, Almedina, Coimbra, 2009, pp.190-198

¹¹ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Anotado*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 725 ss. Poder de direção (artigo 180º, alínea b) do CPA, artigo 302º, alínea a) do CCP), no poder de rescisão unilateral (artigo 180º, alínea c) do CPA, artigo 302º, alínea e) do CCP), no poder de fiscalização (artigo 180º, alínea d) do CPA, artigo 302º, alínea b) do CCP) e no poder de sanção (artigo 180º, alínea e) do CPA, artigo 302º, alínea d) do CCP).

¹² J. M. SÉRVULO CORREIA, *Contrato administrativo*, DJAP, Vol. III, 199, pp.60–82

¹³ Paulo Otero defende que a estabilidade do contrato é deixada na disponibilidade da Administração. V., PAULO OTERO, *Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*, Vol. III, ROA, 1996, pp. 913 ss; MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação Pública sustentável*, Almedina, Coimbra, 2013, p.492

¹⁴ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*, 2ª ed., Almedina, 2015, p.436

cocontratante (modificação subjetiva)¹⁵. Nas palavras de MARCELLO CAETANO¹⁶, “a Administração não pode exonerar-se do dever de procurar sempre os melhores meios técnicos e os meios materiais e jurídicos” para assegurar o interesse público¹⁷.

Este poder pode consistir numa de duas modalidades: modificação unilateral *strictu sensu* e *fait du prince*. Paralelamente, é de referir igualmente a alteração objetiva de circunstâncias, a qual poderá dar lugar à modificação dos contratos administrativos, por acordo ou decisão judicial ou arbitral. De modo breve, no primeiro caso a modificação resulta de uma reponderação das circunstâncias existentes¹⁸. No segundo caso, a modificação advém de medidas adotadas no exercício de poderes públicos, cujo alcance transcende a relação contratual e só reflexamente se repercutindo sobre ela¹⁹. No terceiro caso, a modificação justifica-se em virtude da ocorrência de factos anormais e imprevisíveis, alheios à vontade das partes que, embora não impossibilitem o cumprimento do contrato, o tornam mais oneroso²⁰.

¹⁵ ANDRADE DA SILVA, *Dicionário...*, pp.287–289. Sobre o conceito de modificação contratual, LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-contratante perante este Exercício)*, AAFDL: Lisboa, 2007, pp.97 ss

¹⁶ MARCELLO CAETANO, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Almedina, 2010, 3ª Reimp., 1977, p.241

¹⁷ No mesmo sentido, MÁRIO COMBA, *Effects of EU Law on Contract Management*, in “EU Public Contract Law – Public Procurement and Beyond”, Collection “Administrative Law/ Droit Administratif”, Martin Trybus, Roberto Cantara, Gunilla Edelstam, Jean-Bernard Auby (dir.), Brylant, Bruxelles, 2014, p.323

¹⁸ Sobre a modificação unilateral *strictu sensu*: MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Sobre o regime de modificação dos contratos administrativos no novo Código dos Contratos Públicos*, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, disponível em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/maa_MA_12941.doc, consultado a 21/10/2014, pp.2–4; SÉRVULO CORREIA, *Contrato...*, cit., p.60–82; GONÇALVES, *O Contrato Administrativo...*, cit., p.107; AMADO GOMES, *A conformação...*, cit., pp. 531 ss; MARCELLO CAETANO, *Manual...*, cit., pp. 618 ss; FREITAS DO AMARAL, *Curso de...*, cit., pp. 625 ss; REBELO DE SOUSA, SALGADO DE MATOS, *Direito...*, cit., pp. 408 ss; ALEXANDRA LEITÃO, *O tempo e a alteração das circunstâncias*, Intervenção apresentada no âmbito do V Encontro de Professores de Direito Público, subordinado ao tema “O Tempo e o Direito Público”, realizado a 27 e 28 de Janeiro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível em http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf, consultado a 25/03/2016, pp.7 ss

¹⁹ Sobre o *fait du prince*: AROSO DE ALMEIDA, *Sobre o regime...*, cit., pp. 5 ss; LEITÃO, *O tempo...*, cit., pp. 9 ss; MARCELLO CAETANO, *Manual...*, cit., p.620; REBELO DE SOUSA, SALGADO DE MATOS, *Direito...*, cit., pp. 421 ss; ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980, pp. 706 ss; AMADO GOMES, *A conformação...*, cit., p.533

²⁰ Sobre a alteração anormal e imprevisível de circunstâncias: AROSO DE ALMEIDA, *Sobre o regime...*, cit., pp.7 ss; AMADO GOMES, *A conformação...*, cit., pp.537–541; M. CAETANO, *Manual...*, cit., pp.623–633; REBELO DE SOUSA, SALGADO DE MATOS, *Direito...*, cit., p.420; MENEZES CORDEIRO, *Contratos Públicos*, in *Cadernos O Direito*, N° 2, Almedina, 2007, pp.79-90

Do que dissemos a montante não resulta, contudo, que a Administração pode modificar o contrato livremente²¹. Nas palavras de FREITAS DO AMARAL²², “a Administração pode mudar o contrato mas não pode mudar *de* contrato”. Apesar de o particular se submeter a um pacto de colaboração²³, em que se sujeita²⁴ aos imperativos ditados pelo interesse público, o poder de modificação contratual limita-se ao estritamente exigido ou necessário, em obediência ao princípio da proporcionalidade, em ordem a impedir que as modificações descaracterizem o contrato inicial. Por este motivo, a jurisprudência veio introduzir a noção de modificação substancial, na medida em que deverá haver um novo procedimento contratual ou não, consoante a modificação se enquadre ou não no conceito²⁵. Concomitantemente, os limites ao poder de modificação visam impedir que se defraudem as regras de formação dos contratos²⁶, assim como proteger o interesse de potenciais interessados em participar num novo procedimento, os quais podem nem ter participado do procedimento precedente, como ressalva MÁRIO AROSO DE ALMEIDA²⁷.

De modo breve diremos que, embora tradicionalmente, a questão dos limites à modificação dos contratos só se coloque no plano de defesa do cocontratante perante o poder de modificação unilateral do contraente público, identificando-se apenas os limites do *objeto ou núcleo essencial do contrato*²⁸ e do *equilíbrio financeiro*²⁹, hoje, mesmo quanto à modificação contratual por acordo, é imposto um outro limite³⁰,

²¹ PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato*, CJA, nº 73, 2009, p.14

²² FREITAS DO AMARAL, *Curso de...*, cit., p.628

²³ MARCELLO CAETANO, *Manual...*, cit., p.620

²⁴ Sobre a “cláusula de sujeição”, ESTEVES DE OLIVEIRA, *O acto...*, cit., p.7 ss

²⁵ Neste sentido, também, MARI ANN SIMOVART, *Amendments to Procurement Contracts: Estonian Law in the Light of the Pressetext Ruling*, *Juridica International Law review*, University of Tartu, disponível em http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2010_1_151.pdf, consultado a 26/02/2016, pp. 152 ss

²⁶ G. RACCA, R. C. PERIN, G. L. ALBANO, *The Safeguard of Competition in the Execution Phase of Public Procurement: Framework Agreements as Flexible Competitive Tools*, in Seminar on “The New Public Law in a Global (Dis)order - A perspective from Italy”, Istituto di Ricerche Sulla Pubblica Amministrazione (IRPA) and Jean Monnet Center of New York University of Law, 2010, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2180856, consultado a 19/01/2016, p.11

²⁷ AROSO DE ALMEIDA, *Sobre o regime...*, cit., pp. 16 ss; *Teoria...*, cit., pp.446-450

²⁸ FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, cit., pp. 628 – 629; ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, cit., p.699

²⁹ REBELO DE SOUSA, SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo...*, cit., p.354

³⁰ Neste sentido, P. M. MATIAS PEREIRA, *Os poderes...*, cit., pp.63-65

determinado pelo *fim da concorrência*³¹ (e salvaguarda dos princípios da transparência³², objetividade e neutralidade³³, presentes na fase pré-contratual), em função da qual a jurisprudência do TJ introduziu o conceito determinante da alteração substancial³⁴, como veremos no *Capítulo II* e no *ponto 4.*.

CAPÍTULO II

A europeização do regime da modificação dos contratos públicos

É recente o interesse do Direito da União Europeia na regulação da fase de execução dos contratos administrativos. Havia-se dado por adquirido que os valores da concorrência, não discriminação, transparência e publicidade³⁵ seriam garantidos através da realização de procedimentos de seleção do contratante, não sendo relevante para o legislador os contornos que o contrato fosse tomando ao longo da sua execução³⁶. Reinava o entendimento segundo o qual uma vez celebrado o contrato, este seria pontualmente cumprido e, mesmo que assim não fosse, os princípios gerais da contratação pública, mormente, o princípio da concorrência, permaneceriam garantidos. As regras da contratação pública tinham por objetivo único a abertura do mercado, a sua regulação, de modo a promover a criação do mercado único, contrário às tendências protecionistas de favorecimento dos mercados nacionais³⁷.

³¹ Na medida em que se visa proteger “o fim da proteção da concorrência”. Cfr. P. GONÇALVES, *Acórdão...*, cit., p.15

³² V., CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários da Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007, pp.153 ss

³³ V., RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*, in Estudos da Contratação Pública, Vol. I, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 95 ss; JOÃO PACHECO DE AMORIM, *O princípio da temporalidade dos contratos públicos — Considerações sobre a duração máxima dos contratos e respectiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal*, in Estudos de Contratação Pública, Vol. IV, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2013 pp.63-64

³⁴ GONÇALVES, *Acórdão...*, cit., p.15

³⁵ I. M. FONSECA, *Direito...*, cit. pp.62-66

³⁶ Neste sentido, GONÇALVES, *Acórdão...*, cit., p.12

³⁷ AURICCHIO, *The problem...*, cit., p.124

Ora, só o tempo foi capaz de demonstrar às instituições europeias que a integridade do contrato administrativo durante a fase de execução é de grande vulnerabilidade³⁸, sendo suscetível, inclusivamente, de comprometer o procedimento concorrencial, na medida em que, uma mudança que preveja uma técnica de execução menos onerosa para o adjudicatário, após a adjudicação, por exemplo, poderia constituir fator de captação de um maior número de interessados no concurso e, sintomaticamente, poderia ter sido fator de aceitação de outra proposta que não a vencedora³⁹.

Assim, foi através das questões prejudiciais a que o TJ foi procurando dar resposta, à luz dos princípios gerais da contratação pública, que a jurisprudência atinente à modificação contratual na fase de execução do contrato administrativo se foi, paulatinamente, edificando e adquirindo um estatuto *legislável*, como veremos.

Apesar de o Ac. *Pressetext* ocupar um lugar de destaque nesta matéria, por razões a que nos referiremos de seguida, há que fazer menção ao contributo de outros acórdãos essenciais, nomeadamente, o Ac. Comissão c. França (C-337/98), Ac. *Succhi di Frutta* (C-496/99), Ac. *Wall* (C-91/08), Ac. *ASM Brescia SpA c. Comune di Rodengo Siano* (C-347/06), Ac. *Stadr Halle* (C-26/03), Comissão c. Alemanha (C-318/94)⁴⁰.

O aspeto que mais determina a importância que o Ac. *Pressetext*, em particular, ocupa hoje no Direito da Contratação Pública, consiste na demarcação da noção de alteração substancial, na introdução de *fatores de precisão* que limitam o que se entende “constituir o âmbito da modificação de contratos”⁴¹.

Neste contexto, o Ac. *Pressetext* distingue as situações em que há previsão contratual que estabeleça se o contraente público está habilitado a modificar o contrato, daquelas em que o contrato omite essa hipótese. Não havendo habilitação expressa

³⁸ G.L. ALBANO, R. ZAMPINO, *Strengthening the level of integrity of Public Procurement at the execution phase: evidence from the Italian national frame contracts*, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1989434, consultado a 22/02/2016, p.3

³⁹ G. RACCA, R. C. PERIN, G. L. ALBANO, *Competition in the Execution Phase of Public Procurement*, PCLJ, Vol. 41, N° 1, 2011, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2011114, consultado a 19/01/2016, pp.101-103

⁴⁰ Cujo teor remetemos para GONÇALVES, *Acórdão...*, cit., p. 5 ss; S.T. POULSEN, *The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EY law*, PPLR, 5, p.174

⁴¹ GONÇALVES, *Acórdão...*, cit., p.19

nesse sentido, a modificação só não exige uma nova adjudicação desde que não sejam aditadas ao contrato, características substancialmente diferentes das do contrato inicial, que demonstrem que as partes teriam querido renegociar os termos essenciais do contrato⁴².

Uma vez recortado o perímetro até ao qual a modificação se considera neutra⁴³ ou, *de pequena escala*⁴⁴, o Ac. *Pressetext*, de modo *exemplificativo*, fornece o critério para apurar em que consiste *alteração substancial*, correspondendo o primeiro exemplo ao art. 72º, nº 4, al. a), o segundo ao art. 72º, nº 4, al. c) e o terceiro ao art. 72º, nº 4, al. b), todos da Diretiva 2014/24/UE⁴⁵.

Como veremos ao longo de todo o Capítulo III, as Diretivas constituem o ponto de chegada da evolução da jurisprudência do TJ, a propósito da modificação dos contratos administrativos na fase de execução. Em primeiro lugar, codificam uma prática jurisprudencial reiterada, corroborada pela doutrina e, em segundo lugar, as Diretivas inovam ao reconsiderar os meios de promoção e garantia da concorrência.

⁴² Ac. *Pressetext*, § 34, 39 – 54. No sentido do que dissemos, também, J. BRODEC, V. JANECEK, *How does the Substantial Modification of a Public Contract Affect its Legal Regime?*, PPLR, 24, Issue 3, 2015, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2630052, consultado a 30/03/2016, p.92

⁴³ Terminologia de GONÇALVES, *Acórdão...*, cit., p.17

⁴⁴ SUE ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement directives. Regulating in the EU and UK*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, 2014, p.584

⁴⁵ Seguimos a mesma ordem de GONÇALVES, *Acórdão...*, cit., p.18

CAPÍTULO III

O regime da modificação dos contratos públicos nas Diretivas de 2014

3. O Regime da modificação contratual e os Objetivos da Diretiva

Um dos principais objetivos das Diretivas consiste na simplificação e flexibilização do regime⁴⁶, prevendo, quanto à questão da modificação contratual na fase de execução do contrato, várias exceções à necessidade de um novo procedimento contratual, flexibilizando, por isso, o regime anterior⁴⁷.

Todavia, segundo ALBERT SANCHEZ-GRAELLS⁴⁸, introduzir uma maior flexibilidade no âmbito da modificação contratual, em concreto, pode por em causa o princípio da transparência⁴⁹, princípio este, por sua vez, essencial à prevenção de práticas corruptas. Na verdade, um regime de modificação contratual mais dúctil, por natureza, galgará aspetos essenciais de garantia do cumprimento do princípio da publicidade, por exemplo.

Porém, a flexibilização⁵⁰ e simplificação do regime impõe-se na medida em que o legislador europeu, atento à jurisprudência e doutrina enquadrável, entendeu ser essencial facilitar as modificações, dado considerar que elas são imprescindíveis enquanto garante da prossecução do interesse público, mutável por natureza. Neste

⁴⁶ RUI MEDEIROS, *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement: A first overview*, disponível em http://www.servulo.com/xms/files/THE_NEW_DIRECTIVE_2014_Rui_Medeiros.pdf, consultado a 10/02/2016, p.33; STEEN TREUMER, *Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive*, in “Modernising public procurement: the new directive, François Lichère, Roberto Cantara e Steen Treumer (Eds.), Denmark, DJOF Publishing, 2014, p.9; De modo geral, SUE ARROWSMITH, *Modernising the European Union’s public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility*, PPLR, 2012, 3, 71-82

⁴⁷ STEEN TREUMER, *Regulating of Contract Changes in the New Public Procurement Directive*, in “Modernising public procurement: the new directive, François Lichère, Roberto Cantara e Steen Treumer (Eds.), Denmark, DJOF Publishing, 2014, p.283

⁴⁸ ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, *Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law*, Bovis, C. (ed.) Research Handbook on European Public Procurement, Forthcoming, January 24, 2013, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2206502, consultado a 3/02/2016, p.21; ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, *The Difficult Balance between Transparency and Competition in Public Procurement: Some Recent Trends in the Case Law of the European Courts and a Look at the New Directives*, University of Leicester School of Law Research, Paper N° 2013, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2353005, consultado a 17/02/2016, pp.11-25

⁴⁹ V., CHRISTOPHER BOVIS, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2007, pp. 65 ss

⁵⁰ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de..., cit.*, p.119

sentido, veremos que o legislador teve em consideração que a prescrição de um tão alargado leque de situações em que a modificação não terá por consequência um novo procedimento adjudicatório, poderia ter efeitos perversos, pelo que previu a obrigatoriedade de publicidade no JOUE das modificações contratuais previstas no art. 72º, nº 1, al. b) e c), em ordem à publicidade das modificações e à eventual impugnação das mesmas, assim como limiares acima dos quais uma modificação substancial não prevista em cláusula contratual deve originar um novo procedimento.

4. O conceito de Modificação Substancial

Como referido nos *Capítulos I e II*, tem sido amplamente debatido doutrinariamente o conceito de modificação substancial concebido pela jurisprudência, sendo apenas agora, nas Diretivas 2014, clarificado o seu alcance⁵¹ e introduzido um “maior grau de clareza e ponderação”⁵². O conteúdo do nº 4 do art. 72º constitui, portanto, um dos aspetos mais significativos das Diretivas, vindo positivar um importante conceito do Direito da Contratação Pública, cujos termos são já conhecidos da legislação nacional portuguesa – art. 313º do CCP⁵³.

É frequente, ao longo do art. 72º, o recurso à denominada modificação substancial como meio de distinção entre as modificações dependentes de um novo procedimento adjudicatório (substanciais), daquelas que o dispensarão (não substanciais)⁵⁴, acabando a expressão por adquirir um estatuto de *chave-mestra* da aplicabilidade do regime da modificação contratual ao longo da fase de execução do contrato administrativo. As primeiras só são permitidas quando haja previsão contratual que o estipule⁵⁵ ou, como veremos, quando, quantitativamente, não sejam ultrapassados determinados *limiares*.

⁵¹ Con. 107. Remetemos para a discussão a propósito do art. 72º, nº 2 da Diretiva.

⁵² AROSO DE ALMEIDA, *Teoria...*, cit., p.448;

⁵³ Aspeto mencionado também por MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Primeira análise das Novas Diretivas*, Parte II, Revista de Contratos Públicos Nº9, 2013, p.167

⁵⁴ Concretamente, nas situações enumeradas por RAIMUNDO, *Primeira análise...*, cit., pp.165; BRODEC, JANECEK, *How...*, cit. p.94

⁵⁵ Sobre a dificuldade de definir previamente cláusulas de modificação contratual, dada a complexidade da natureza do contrato e sobre as vantagens de as modificações só serem introduzidas ao longo da execução, por só aí se revelarem necessárias, AURICCHIO, *The problem...*, cit., pp. 126, 129 - 130

Importa esclarecer ainda que o nº 4 estatui ser considerada substancial (na aceção da al. e) do nº 1) a modificação, que torne o contrato ou acordo-quadro⁵⁶ *materialmente diferente* do que se haja celebrado inicialmente. Na nossa opinião, não só consideramos que o pensamento do legislador europeu tenha sido circular⁵⁷, como ainda julgamos que esta definição redunde num lugar-comum, nada acrescentado ao que a jurisprudência já havia dito. Não obstante, o legislador prossegue, declarando que, sem prejuízo dos nºs 1 e 2, a modificação é considerada substancial verificando-se uma ou mais das quatro condições em que nos determos de seguida.

4.1. Alteração do resultado do concurso

Em primeiro lugar, é substancial a modificação que introduza condições que, fazendo parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido admitir outros candidatos, aceitar outra proposta que não a vencedora, ou atrair mais participantes (art. 72º, nº 4, al. a)). Esta hipótese decorre diretamente do *Ac. Presstext*⁵⁸, em que o TJ define modificação substancial como aquela que, figurando no início do procedimento, teria permitido admitir outros proponentes ou aceitar outra proposta diferente da inicialmente aceite. Falamos, portanto, da afetação da concorrência real e potencial⁵⁹, por referência a um juízo comparativo, como veremos adiante⁶⁰. Ainda assim, esta disposição consiste, segundo TREUMER, com quem concordamos, numa “relevante e incontornável clarificação do critério” fornecido jurisprudencialmente⁶¹.

Esta primeira disposição do elenco das modificações substanciais prescreve que, das modificações pós-adjudicatórias pode resultar que as novas características do

⁵⁶ SUE ARROWSMITH, *Modernising the European Union's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility*, PPLR, 2012, p. 79; MARTA ANDRECKA, *Framework Agreements: Transparency in the Call-off Award Process*, EPPPL, Vol. 4, 2015, pp. 231 ss

⁵⁷ PEDRO TELLES, *Public Contracts Regulations 2015 - Regulation 72*, disponível em <http://www.telles.eu/blog/2015/6/19/public-contracts-regulations-2015-regulation-72>, consultado a 11/04/2016

⁵⁸ *Ac. Presstext*, § 34

⁵⁹ Sobre a modificação na ótica da concorrência, ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2ª ed., Hart publishing, Oxford, 2015, pp. 426 ss

⁶⁰ Neste sentido, POULSEN, *The possibilities...*, cit., p.172

⁶¹ TREUMER, *Regulating...*, cit., p.283

contrato sejam suscetíveis de afetar a qualificação dos proponentes⁶². Podem, desde logo, ser alterados os requisitos técnicos e financeiros que o adjudicatário deve reunir, passando a haver um maior número de proponentes, por a modificação permitir que mais entidades se qualifiquem. Podem, igualmente, ser alterados aspetos contendentes com o modo de execução do contrato, tornando-o menos oneroso, possibilitando que outras entidades se interessassem em apresentar proposta⁶³.

Para aferir se uma modificação contratual é ou não suscetível de se enquadrar nesta previsão normativa, POULSEN⁶⁴ sugere que a modificação deve ser avaliada face às “circunstâncias existentes à data da adjudicação do contrato original e não à data da modificação”. É em relação às circunstâncias em que determinados operadores económicos não tiveram interesse ou não puderam apresentar proposta por não se qualificarem, que deve avaliar-se se a modificação poderia ou não ter impacto no resultado final do procedimento concorrencial. Assim, parece que, para determinar se uma modificação contratual poderia ou não alterar o resultado do procedimento, isto é, para determinar se a modificação é substancial, é necessário recorrer a um juízo de previsibilidade que não nos parece ser claro.

As modificações que mais recorrentemente causam implicações ao nível da concorrência consiste na modificação do objeto do contrato ou sua extensão, na modificação do subcontratante e na prorrogação do contrato⁶⁵, como ocorreu nos acórdãos *Succhi di Frutta (C-496/99)* e *Wall (C-91/08)*. No primeiro destes acórdãos, o TJ entendeu que uma mudança no modo de pagamento, previsto inicialmente no contrato, que consistia em maçãs e laranjas, para pêssegos, violava o princípio da igualdade de tratamento, uma vez que essa característica do contrato seria determinante, podendo contribuir para que pudessem ter sido apresentadas outras propostas e, quiçá, ter havido outro vencedor⁶⁶. Já no Ac. *Wall*, o TJ considerou que a

⁶² POULSEN, *The possibilities...*, cit., p.170; AINDA, K. HARTLEV, M. LILJENBOL, *Changes to Existing Contracts under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender*, 22, PPLR, 51 - 53

⁶³ Sobre a diferença de tratamento, V., Ac. *ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano* (Proc. C-347/06); MÁRIO COMBA, *Effects ...*, cit., p.324

⁶⁴ POULSEN, *The possibilities...*, cit., p.174

⁶⁵ V., ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.580; POULSEN, *The possibilities...*, cit., p.174

⁶⁶ Por outro lado, no Ac. *Presstext*, o TJ considerou que meras conversões monetárias ou operações para facilitar o cálculo não constituíam uma modificação substancial.

substituição do subcontratante constituiria modificação substancial quando as suas características tenham sido determinantes para a adjudicação do contrato ao vencedor do concurso. Nesta hipótese, se o subcontratante fosse outro, o vencedor do concurso também poderia ter sido outro caso o resultado da modificação ao contrato fizesse parte do contrato original⁶⁷. Deste modo, quer numa hipótese, quer na outra, a modificação poderia implicar que o resultado do procedimento fosse diferente, defraudando-se o princípio da concorrência⁶⁸.

Além destas modificações, é também comum que o contrato seja alterado de modo a introduzir prorrogações temporais⁶⁹⁻⁷⁰. Ora, sabendo que, em muitos dos casos, os contratos administrativos são contratos de longa duração, que se prolongam por décadas, facilmente concebemos a hipótese em que, ao longo da sua execução, novas empresas surjam no mercado e que as existentes adquiram melhor capacidade técnica e financeira⁷¹ ou sofram uma reestruturação interna ou até se extingam, assim como podem surgir desenvolvimentos tecnológicos ou uma nova ponderação do interesse público apostado ao contrato. Deste modo, prorrogações contratuais podem violar o princípio da igualdade de tratamento e ainda, restringir, impedir ou falsear a concorrência⁷², consistindo em verdadeiros ajustes diretos ilegais⁷³.

Acresce que, se em relação à avaliação das circunstâncias em que a modificação é operada, o momento a considerar é o da celebração do contrato inicial, seguindo de perto POULSEN⁷⁴, a avaliação do interesse da entidade adjudicante em que o contrato seja cumprido pela mesma entidade afere-se no momento da modificação. De facto, se imaginarmos o exemplo em que um contrato de concessão de serviço público é celebrado pelo período de vinte anos sem qualquer previsão de renovação automática

⁶⁷ Sobre os limites à subcontratação, MÁRIO COMBA, *Effects ...*, cit., pp. 326 ss

⁶⁸ Sobre os benefícios da concorrência na contratação pública, G. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Material Amendments of Public Contracts during their terms: from violations of competition to symptoms of corruption*, EPPPL, Vol. 8, Issue 4, 2013, pp.279-281

⁶⁹ As prorrogações podem implicar, inclusivamente, a alteração das garantias bancárias.

⁷⁰ Ac. *Pressetext* § 73 a 79. Sobre a questão das prorrogações temporais, ver também: AURICCHIO, *The problem...*, cit., p.127; SIMOVART, *Amendments...*, cit., pp.156-157; OMER DEKEL, *Modification of a Government Contract Awarded Following a Competitive Procedure*, PCLJ, Vol. 38, Nº 2, 2009, p.409

⁷¹ CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios...*, cit., pp. 469 ss

⁷² Sobre concorrência e o direito de igualdade de oportunidade, DEKEL, *Modification...*, cit., p. 410

⁷³ Neste mesmo sentido, RACCA, PERIN, *Material...*, cit., p.283

⁷⁴ POULSEN, *The possibilities...*, cit., p.174

e, ao décimo nono ano, ele seja prorrogado por mais vinte anos, estaremos perante um ajuste direto ilegal⁷⁵. As circunstâncias nas quais o contrato haja sido celebrado dificilmente serão as mesmas, volvidos vinte anos, daí que o interesse da entidade adjudicante em que o contrato continue a ser cumprido pelo mesmo adjudicatário só se possa apurar no momento em que a modificação for equacionada. Desde o progresso tecnológico, ao saber-fazer, ao surgimento de novas empresas concorrentes⁷⁶, poderá, consoante o caso, justificar-se a celebração de um novo procedimento concursal, a submissão à concorrência do objeto do contrato, reponderando-se, face às novas circunstâncias, qual o proponente que apresente a proposta com melhor qualidade-preço.

Na verdade, não se poderia conceber que o interesse da entidade adjudicante no cumprimento do contrato pelo mesmo adjudicatário, fosse aferido à luz das circunstâncias da celebração do contrato, caso contrário seria sempre seu interesse que o contrato fosse cumprido pelo proponente a quem o contrato haja sido adjudicado *ab initio*, nunca considerando as mudanças impostas pela dinâmica dos mercados⁷⁷.

Tendo por inolvidável o que dissemos, somos obrigados a concordar com RAFAEL DOMINGUEZ OLIVERA quando afirma que raramente é possível “determinar os candidatos ou propostas hipotéticos”⁷⁸, daí que mesmo quando a mudança de objeto do contrato não afete o resultado do concurso, ela possa implicar um novo procedimento contratual⁷⁹, como veremos a propósito do art. 72º, nº 4, al. c).

Resta fazer menção, por fim, ao critério quantitativo, abaixo do qual não se deverá entender que as modificações contratuais, se previstas no contrato inicial, teriam permitido mais participações, outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, seriam tidas como substanciais, pelo que a Diretiva não exige um novo

⁷⁵ GONÇALVES, *Acórdão...*, cit., pp. 15 - 16

⁷⁶ No mesmo sentido, AURICCHIO, *The problem...*, cit., p.125

⁷⁷ SIMOVART, *Amendments...*, cit., p. 152; MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *As «exceções» da contratação pública e da concorrência*, in “Contratação Pública e Concorrência”, Cláudia Trabuco e Vera Eiró (org.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 126 ss

⁷⁸ Este Autor indica uma série de meios para proceder à determinação dos proponentes potenciais: anúncio da proposta de modificação, avaliação da extensão do mercado, prova, pelos interessados, da reunião dos requisitos necessários para participar no concurso e, a prova de que a sua proposta teria sido a vencedora. Cfr. RAFAEL DOMINGUEZ OLIVERA, *Modification of Public Contracts - Transposition and Interpretation of the New EU Directives*, EPPPL, Vol. 1, 2015, p.45

⁷⁹ ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.580

procedimento contratual (art. 72º, nº 2). Como veremos no **ponto 5.6.**, a concorrência potencial é maioritariamente afetada pelas modificações contratuais operadas em virtude de mudanças ao objeto do contrato, não ao valor do contrato, o que contribui para a insuficiência deste limiar de *minimis* para a concretização do alcance prático do art. 72º, nº 4, al. a).

4.2. Alteração do equilíbrio económico a favor do adjudicatário

Em segundo lugar, considera-se substancial a modificação que altere o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário, de uma forma que não tenha sido prevista no contrato inicial (art. 72º, nº 4, al. b)).

Este limite à modificação dos contratos administrativos surgiu no *Ac. Presstext*⁸⁰ em resposta à terceira questão prejudicial, à qual o TJ se pronunciou no sentido de não considerar que o aumento da taxa de desconto, de 15% para 25%, modificasse o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário.

Segundo RACCA e PERIN⁸¹, “alterar significativamente o equilíbrio económico do contrato significa que o vencedor é favorecido”, frustrando-se o procedimento concorrencial, a avaliação objetiva das propostas, a sua graduação. Nestes termos, este limite serve o propósito de “reduzir o risco de a entidade adjudicante favorecer o adjudicatário”⁸², assegurando que durante a fase de execução, o contrato reflete o conteúdo visado originalmente, aquele que haja sido submetido à concorrência⁸³.

Cumprir dizer desde logo que uma modificação é substancial, nos termos do nº 4, al. b) ainda que ela não afete o resultado do procedimento contratual⁸⁴. Isto parece significar, segundo o nosso entendimento, que modificações ao contrato que alterem o seu equilíbrio económico a favor do adjudicatário serão substanciais, mesmo que essa modificação, caso fizesse parte do contrato inicial, não tivesse permitido admitir

⁸⁰ *Ac. Presstext*, § 37 e 85. ADRIAN BROWN, *When do Changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06*, PPLR, 2008, 6, pp. 253-267, pt. 3.3.

⁸¹ RACCA, PERIN, *Material...*, cit., pp. 286 - 287

⁸² ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.584; POULSEN, *The possibilities...*, cit., p.178

⁸³ POULSEN, *The possibilities...*, cit., p.175

⁸⁴ ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.584; POULSEN, *The possibilities...*, cit., pp. 175 - 176

outros candidatos, aceitar outra proposta ou atrair mais participantes, mas tão-só evitar favorecimentos económicos. Porém, isto não querará dizer que uma modificação que altere o equilíbrio económico do contrato não possa, também, alterar o interesse dos proponentes potencialmente interessados⁸⁵.

Estes favorecimentos podem ser de origem pré-adjudicatória, na medida em que o favorecimento possa consistir na aceitação consciente de uma proposta a um preço inferior ao preço real do contrato, com a intenção de o aumentar posteriormente, ou pós-adjudicatória, reduzindo-se à atribuição de compensações ou aumentos do valor do contrato sem correspondente aumento das prestações devidas pelo cocontratante⁸⁶. A modificação contratual que mais frequentemente provoca distúrbios no equilíbrio económico do contrato na aceção do nº 4, al. b) é o *aumento do preço do contrato* a fim, por exemplo, de compensar o adjudicatário por este não auferir os lucros ideais ou de o compensar por perdas causadas pelo contrato⁸⁷, podendo ainda consistir na concessão de auxílios de estado ilegais⁸⁸⁻⁸⁹.

Quanto a este último aspeto, é importante referir que nem todas as modificações que impliquem um aumento do preço se considerarão substanciais. Esta é mais uma situação em que o legislador se inspirou no Ac. *Pressetext*. Neste acórdão, o TJ considerou que, desde que a alteração ao equilíbrio económico do contrato não beneficie o adjudicatário, antes o prejudicando, nada haverá a opor à sua legalidade⁹⁰. Do mesmo modo, uma compensação pela realização de trabalhos a mais ou por circunstâncias imprevisíveis, nos termos do nº 1, al. b) e c) da Diretiva, não deverá ser considerada modificação substancial nos termos do nº 4, al. b), dado haver correspondência entre a alteração do equilíbrio económico do contrato a favor do

⁸⁵ O nº 4 do art. 72º faz expressa menção à desnecessidade de verificação cumulativa das condições enumeradas, podendo bastar-se, para considerar a modificação substancial, a verificação de apenas uma delas.

⁸⁶ MÁRIO COMBA, *Effects ...*, cit., pp. 324 – 326; ARROWSMITH, *The law...*, cit., pp. 584 - 585

⁸⁷ O segundo exemplo, visto em ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.584

⁸⁸ Na nossa opinião, o art. 18º da Diretiva permite a interpretação segundo a qual uma vez que a proteção e promoção da concorrência é um dos objetivos centrais da Diretiva, a questão dos auxílios de estado encontra-se, por inerência, tutelada. Cfr. ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.585

⁸⁹ ALEXANDRA AMARO, *Auxílios de Estado e Contratos Públicos: Os limites do concurso*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano III, Nº 11/12, Julho/Dezembro, 2012; Quanto à noção de auxílio de estado, V., ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, *A Nova Lei da Concorrência e o Regime dos Auxílios de Estado: algumas interrogações*, in “Concorrência – Estudos”, António Goucha Soares e Maria Manuel Leitão Marques (Coord.), Almedina, Coimbra, 2006, pp. 114 ss

⁹⁰ BROWN, *When...* , cit., pp. 253 – 267, pt. 4.4.; SIMOVART, *Amendments...*, cit., p.156

adjudicatário, e a prestação de obrigações complementares. Ainda assim, é imprescindível que o objeto da Diretiva “não se prejudique com a mudança”⁹¹. Em suma, será de admitir a atribuição de compensações razoáveis quando as circunstâncias impliquem um aumento das obrigações do adjudicatário, assim como as modificações que alterem o equilíbrio económico do contrato em prejuízo do adjudicatário⁹².

Para concluir, o legislador, como já mencionamos a título preliminar, introduziu um limiar de *minimis*, abaixo do qual se dispensa a realização de um novo procedimento consursal (art. 72º, nº 2), à semelhança da solução *Pressetext*, que admitiu que, se de operações de conversão da moeda resultarem pequenos aumentos do preço do contrato a favor do adjudicatário (ainda que não tenha sido esse o caso no acórdão), a modificação não se considerará substancial⁹³ mas apenas uma modificação de pequena escala. Resta-nos remeter para o **ponto 5.6.**, os eventuais problemas que deste limite quantitativo podem resultar.

4.3. Alargamento do âmbito do contrato

Em terceiro lugar, é substancial a modificação que alargue *consideravelmente* o âmbito do contrato ou acordo-quadro, em direta decorrência do Ac. *Pressetext*, no qual o TJ considerou que seriam substanciais as modificações que alarguem o contrato, de forma a incluir serviços inicialmente não previstos⁹⁴.

Cumprir dizer que esta previsão tem como único intento o alargamento do objeto do contrato. Assim, quando a modificação não seja substancial por se subsumir à previsão da al. a), pode ser substancial na medida em que a al. c) o permita, isto é, a modificação pode não afetar o interesse que o contrato possa ter para os operadores económicos, pode não permitir que haja um maior número de interessados ou fazer com que o vencedor fosse outro, e ser substancial por alargar consideravelmente o objeto do contrato, nos termos da al. c). Neste sentido, esta previsão é independente

⁹¹ ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.585

⁹² Neste mesmo sentido, BROWN, *When...*, cit., pp. 253 – 267, pt. 4.4.

⁹³ ADELINA VRÂNCIANU, *The modification of a public procurement contract under the new European directives on public procurement*, PBLJ, Vol. 3, Issue 1, 2014, p.162

⁹⁴ Ac. *Pressetext*, § 36

do resultado que a modificação possa ter no resultado do concurso. O simples alargamento do objeto do contrato é razão bastante para que a modificação se tenha por substancial e, portanto, imponha a realização de um novo procedimento contratual.

Isto dito, ARROWSMITH sugere que, provavelmente, o Ac. *Presstext* pretendesse garantir a existência de um novo procedimento contratual quando “as modificações pareçam ter um potencial impacto no resultado do concurso”, tornando-se desnecessário “demonstrar o impacto que possam ter no contrato em específico”⁹⁵. Apesar de a Autora ter reservas quanto a esta interpretação, parece-nos que, face ao que referimos no **ponto 4.1.**, fará sentido que tenha sido este o objetivo, pelo menos, do legislador europeu. De facto, sendo difícil “determinar os candidatos ou propostas hipotéticos”⁹⁶, parece-nos que o art. 72º, nº 4, al. c) poderá ter sido concebido, também, como meio de facilitar o preenchimento da previsão do art. 72º, nº 4, al. a) e impedir que modificações substanciais não sejam tratadas em conformidade, por razões de dificuldade de demonstração⁹⁷. Entendemos que esta visão ganha força, sobretudo, por ser ponto assente que as modificações que implicam uma alteração no resultado do concurso resultem, maioritariamente, de modificações ao objeto do contrato.

POULSEN⁹⁸ alega que uma modificação ao “objeto do contrato que não se enquadre na descrição do anúncio” do contrato deve considerar-se substancial⁹⁹. Assim, aspetos como a natureza das obras ou do serviço a prestar, o prazo de conclusão, o lugar onde o contrato será cumprido, os requisitos técnicos, como a tecnologia empregue e a responsabilidade, serão considerados essenciais para avaliar se estamos ou não perante uma modificação substancial¹⁰⁰. No mesmo sentido, AURICCHIO¹⁰¹ deu-nos como exemplo a hipótese em que, num contrato cujo objeto consista na descontaminação de um edifício, uma modificação que preveja a realização

⁹⁵ ARROWSMITH, *The law...*, cit., pp. 582 - 583

⁹⁶ DOMINGUEZ OLIVERA, *Modification...*, cit., p.45

⁹⁷ Do mesmo raciocínio resulta que, quando a modificação que implique uma alteração na qualificação ou no número de interessados em apresentar proposta, resultar de um alargamento ao âmbito do contrato, nada haverá a opor, conquanto a modificação não alargue *consideravelmente* o âmbito do contrato. ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.583

⁹⁸ POULSEN, *The possibilities...*, cit., pp. 173 - 175

⁹⁹ Sobre a definição de “núcleo essencial do contrato”, REBELO DE SOUSA, SALGADO DE MATOS, *Direito...*, cit., p.409

¹⁰⁰ POULSEN, *The possibilities...*, cit., p.178

¹⁰¹ AURICCHIO, *The problem...*, cit., pp. 126 - 127

de obras no sistema elétrico, uma vez não tendo qualquer conexão com o objeto do contrato celebrado, deverá ter-se por substancial. Solução diferente teríamos caso o objeto do contrato consistisse, ao invés, na remodelação do edifício. Portanto, modificações que prevejam a adição de serviços ou obras relacionados com o objeto, tal como previsto no anúncio do contrato, serão admitidas. Situação inversa é a contida nos Acórdãos *Wall*, *Succhi di Frutta* e Comissão c. Alemanha. Uma modificação que implique a substituição do subcontratante, situação paradigmática do Ac. *Wall*, quando as suas características tenham sido determinantes para a adjudicação do contrato, consistirá numa modificação ao objeto do contrato, na medida em que o objeto do contrato deixa de corresponder ao que figurava inicialmente¹⁰². Igualmente, nos Ac. *Succhi di Frutta* e Ac. Comissão c. Alemanha, o TJ entendeu ter havido modificação substancial. No primeiro caso entendeu que a modificação do método do pagamento consistia num dos termos essenciais do contrato¹⁰³ e, no segundo, considerou que sendo previsível a necessidade de transporte do navio acabado de construir, para o mar, uma modificação contratual para o aprofundamento de um canal seria, igualmente, uma modificação substancial. Em cada uma destas situações houve uma modificação que alterou a descrição do anúncio do concurso¹⁰⁴. Uma vez alargado o âmbito do contrato, em termos essenciais ou previsíveis à data da adjudicação, a modificação, ainda que não implique alterações no resultado do concurso, implica a necessidade de um novo procedimento concorrencial¹⁰⁵. Foi esse o entendimento do TJ, sendo agora veiculado para as Diretivas.

Dos exemplos de alargamento do âmbito do contrato, resta ainda falar da possibilidade de prorrogações por curtos períodos de tempo, para a realização de obras ou serviços complementares, mesmo sem cláusula contratual que o preveja, como parece resultar do Ac. *Pressetext*¹⁰⁶. Consideramos que, uma vez admitida a realização de pequenas obras complementares fará sentido permitir a prorrogação por um período

¹⁰² POULSEN, *The possibilities...*, cit., p.185

¹⁰³ *Idem*, p.182

¹⁰⁴ AURICCHIO, *The problem...*, cit., p.127

¹⁰⁵ Neste sentido, ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.583

¹⁰⁶ Ac. *Pressetext*, § 73 ss

proporcional¹⁰⁷, parecendo-nos que terá sido esse o mesmo entendimento do legislador europeu.

Porém, nem todas as modificações que alarguem o âmbito do contrato serão substanciais. A Diretiva prevê, à semelhança do que referimos nos *pontos* anteriores, limiares de *minimis*, abaixo dos quais a modificação, por se considerar de pequena escala, é admitida sem necessidade de recorrer a um novo procedimento contratual (art. 72º, nº 2). Além de fornecer um critério quantitativo, este limiar de *minimis* vem ainda permitir clarificar o alcance de alargamento *considerável*¹⁰⁸. Quanto aos problemas que daqui poderão surgir, remetemos para o *ponto 5.6.*, onde aludimos para o facto de este critério se revelar falível na delimitação das modificações que impliquem um alargamento considerável do âmbito do contrato.

4.4. Substituição do adjudicatário nos casos não previstos na al. d) do nº 1

Por fim, é ainda considerada substancial a modificação, quando o adjudicatário é substituído por um novo, quando tal não ocorra nos termos previstos no nº 1, al. d) deste artigo.

Concordamos, sem mais ter a acrescentar, com MIGUEL ASSIS RAIMUNDO¹⁰⁹ quando considera este dispositivo desnecessário uma vez ser resultado direto do art. 72º, nº 5 de que falaremos no *ponto 7.*

5. Condições de admissibilidade da modificação contratual

O nº 1 do art. 72º da Diretiva estabelece um elenco de situações em que o contrato ou acordo-quadro poderá ser modificado sem que isso implique um novo procedimento contratual. A primeira situação consiste na modificação por previsão contratual, independentemente do seu valor (al. a), a segunda, na necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares (al. b), a terceira, no surgimento de

¹⁰⁷ ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.583; DOMINGUEZ OLIVERA, *Modification...*, cit., pp. 47 ss

¹⁰⁸ ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.583

¹⁰⁹ RAIMUNDO, *Primeira...*, cit., p.167

circunstâncias imprevisíveis (al. c), a quarta, na substituição do adjudicatário (al. d), e por fim, a quinta, consiste na modificação que, não sendo substancial, é independente do seu valor (al. e).

Parece-nos que estas cinco situações se podem dividir em duas categorias gerais: modificação substancial (por previsão prévia) e modificação não substancial (critério do baixo valor). É neste elenco que iremos atentar nos pontos subsequentes.

5.1. Modificação por expressa previsão contratual

A alínea a) do nº 1 do art. 72º da Diretiva, diretamente decorrente do § 39 do Ac. *Pressetext*, prevê que os contratos ou acordos-quadro podem ser modificados sem que haja lugar a um novo procedimento contratual, quando a respetiva modificação estiver previamente contemplada no contrato inicial, em cláusulas de revisão claras, precisas e inequívocas¹¹⁰. Acresce que, a previsão contratual em cláusula de revisão não está sujeita a qualquer limite monetário¹¹¹, mas apenas à indicação do âmbito, natureza e condições em que poderá haver lugar à introdução de modificações, conquanto seja salvaguardada a natureza global do contrato ou acordo-quadro.

Concordamos com SUE ARROWSMITH quando a Autora afirma que a expressão “independentemente do seu valor monetário” parece indicar que o valor desta modificação não é relevante¹¹². Na verdade, admitir poderem ser introduzidas modificações aos contratos, independentemente do seu valor, por previsão contratual, ainda que com as nuances mencionadas, nomeadamente, a intangibilidade da natureza global do contrato, parece-nos permitir uma certa discricionariedade¹¹³ para o recurso a estas cláusulas de revisão, da qual podem despontar perversidades.

Não obstante, a verdade é que cláusulas contratuais que estabeleçam a possibilidade de modificar o contrato ou acordo-quadro durante a sua execução foram, tal como as cláusulas relativas ao modo de execução concreta do contrato, submetidas

¹¹⁰ A propósito desta expressão, DOMINGUEZ OLIVERA, *Modification...*, cit., p.40

¹¹¹ RACCA, PERIN, *Material...*, cit., p.283

¹¹² ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.600

¹¹³ TREUMER, *Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement directive*, PPLR, 2014, Issue 3, p.150

à concorrência e publicidade inerentes aos procedimentos de contratação pública¹¹⁴. Concordamos com RAFAEL DOMINGUEZ OLIVERA quando afirma que, por essa mesma razão poderá entender-se justificar-se a inexistência de limites quantitativos nestas concretas situações¹¹⁵, mas tão-só o limite qualitativo da inviolabilidade da natureza global do contrato. Com a previsão clara, precisa e inequívoca, assim como a indicação do âmbito das eventuais modificações, em cláusula de revisão aposta ao contrato inicial, não se nos afigura possível que se possa considerar que, se o conteúdo da modificação fizesse parte do contrato inicial, pudesse ter sido permitido admitir outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, nem que a modificação alargue consideravelmente o âmbito do contrato nos termos da al. a) e c) do nº 4, implicando a necessidade de um novo procedimento de contratação.

Porém, conforme resulta do Con. 111¹¹⁶, não é conferido um poder de apreciação ilimitado às entidades adjudicantes. O limite último de respeito pela natureza global do contrato impõe que a modificação, para se enquadrar nesta previsão normativa, não pode ser muito significativa comparativamente ao objeto do contrato original, pois uma modificação *desproporcionada* é suscetível de alterar a natureza global do contrato¹¹⁷. A previsão da al. a), conforme o indica o Con. 111, pode justificar-se para fazer face a eventuais “adaptações do contrato que se tornem necessárias devido a dificuldades técnicas surgidas durante a utilização ou a manutenção”.

Face à ampla margem de decisão que esta disposição parece conferir às entidades adjudicantes, é recomendável que os EM, ao procederem à sua transposição, tenham presente que a natureza global do contrato, enquanto limite à modificação dos contratos nos termos da al. a), do nº 1, implica que, não obstante não haver limite ao valor da modificação, no que respeita à modificação do objeto do contrato, ela não deverá ser desproporcionada.

¹¹⁴ DOMINGUEZ OLIVERA, *Modification...*, cit., p.39

¹¹⁵ *Idem*

¹¹⁶ TREUMER, *Regulating...*, cit., p.295

¹¹⁷ ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.600

5.2. Necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares

A al. b) do art. 72º estabelece que poderão ser introduzidas modificações ao contrato inicial sem necessidade de recorrer a um novo procedimento adjudicatório quando, havendo necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares não previstas no contrato inicial, e o contratante original não possa ser substituído. A impossibilidade de mudar de contratante ocorrerá por razões económicas ou técnicas (al. b), i)) e ainda, por ser altamente inconveniente ou a mudança provoque uma duplicação substancial dos custos para a entidade adjudicante (al. b), ii)).

Ademais, o aumento do preço pelas obras, serviços ou fornecimentos adicionais não pode exceder 50% do valor do contrato original¹¹⁸ além de que, este limite se aplica ao valor de cada modificação, quando sucessivas¹¹⁹. Após as modificações, deverá haver publicação de anúncio da mesma no JOUE¹²⁰.

Em primeiro lugar cumpre afirmar que o legislador europeu se inspirou, para a construção deste preceito, nas anteriores diretivas da contratação pública (art. 31º, nº 2, al. b) e nº 4, al. b), Diretiva 2004/18/UE), ampliando, todavia, o seu alcance, ora eliminando, ora flexibilizando os termos dos artigos originais, tal como elucida TREUMER¹²¹. Eliminando, o prazo de três anos constante na al. b), nº 2, art. 31º da Diretiva 2004/18/UE, flexibilizando, pela inclusão, explícita, das implicações de cariz económico que estas modificações podem causar à autoridade adjudicante¹²².

Verificamos, em segundo lugar, haver um certo nexo entre esta previsão e a atinente à modificação por circunstâncias imprevisíveis, constante na al. c), nomeadamente, no respeitante ao limite do aumento do preço¹²³. Porém, a estipulação de um regime particular para a modificação, nos casos previstos na al. b), permite que o contrato possa ser modificado mesmo quando a alteração de circunstâncias que tenha levado à necessidade de alteração do contrato, pudesse ter sido prevista pela autoridade

¹¹⁸ Sobre a fixação de um montante máximo, RACCA, PERIN, *Material...*, cit., p.284

¹¹⁹ Sobre a regulação de modificações não substanciais por referência a valores percentuais e sobre a questão das modificações sucessiva, assim como do valor de referência para o cálculo da percentagem, DOMINGUEZ OLIVERA, *Modification ...*, cit., pp. 40 - 41

¹²⁰ V., art. 72º, nº1, § último da Diretiva

¹²¹ TREUMER, *Contract...*, cit., p.150

¹²² TREUMER, *Regulation...*, cit., p.292

¹²³ ARROWSMITH, *The law ...*, cit., p.601

adjudicante¹²⁴. Por outras palavras, enquanto anteriormente a necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares não incluídos no contrato inicial, se subsumia à modificação contratual por circunstâncias imprevisíveis (al. c)), as novas diretivas da contratação pública vêm admitir que, ainda que a entidade adjudicante pudesse ter previsto a necessidade de promover uma ou várias alterações ao contrato durante a sua execução, ele possa ser modificado sem que para isso seja necessária novo procedimento contratual.

Do que acabamos de referir surge-nos uma última consideração. Uma vez que as modificações ao contrato para a prestação de obras, serviços ou fornecimentos complementares são admitidas mesmo quando estas pudessem ter sido previstas pela entidade adjudicante e, além disso, não pudesse haver substituição do adjudicatário, pelas razões descritas, até ao limite de 50% do valor do contrato original, parece-nos que, não obstante a letra da norma indicar a cumulação das al. i) e ii), deverá haver, aquando da transposição, uma reafirmação dessa obrigatoriedade. Na verdade, a impossibilidade de substituição do adjudicatário e consequente aceitação de uma eventual duplicação do valor do contrato, exige um entendimento restritivo dos motivos que impedem essa substituição, de modo a evitar a perturbação dos princípios da concorrência e transparência.

5.3. Circunstâncias imprevisíveis

A modificação contratual pela ocorrência de circunstâncias imprevisíveis durante a fase de execução do contrato tem a sua base argumentativa sediada no princípio da proporcionalidade¹²⁵. Como referido no **ponto 2.1.**, não pode onerar-se o cocontratante com os prejuízos decorrentes da necessidade de modificar o contrato em virtude da alteração de circunstâncias, assim como não pode o contratante público assumir a totalidade dos custos, uma vez que a alteração de circunstâncias não lhe é imputável. A obrigação de concluir o contrato consiste numa decorrência do princípio da prossecução do interesse público, o qual também deve ser assegurado pela entidade

¹²⁴ *Idem*, p.601-602

¹²⁵ *Idem*, p.590

privada, dado que o contrato administrativo assume a natureza de pacto de colaboração entre as partes. Porém, o interesse público não pode causar “prejuízos desproporcionados”¹²⁶ aos particulares com quem a Administração contrata, devendo haver lugar a uma compensação financeira segundo critérios de equidade e boa fé¹²⁷.

Do artigo 72º, nº 1, al. c) resulta poder haver modificação ao contrato ou acordo-quadro sem novo procedimento de contratação quando se verificarem, cumulativamente, três condições. A primeira condição estabelece que a necessidade de modificação tem de decorrer de circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente não possa prever. A segunda condição traduz-se na inadmissibilidade de a modificação alterar a natureza global do contrato. A última condição impõe que o aumento do preço não pode ultrapassar 50% do valor do contrato ou acordo-quadro inicial, aplicando-se este limite, em caso de modificações sucessivas, a cada uma delas. Além disso, deve ser publicado anúncio da modificação no JOUE¹²⁸, o que garante, segundo RACCA e PERIN, o controlo externo da legalidade com que se haja procedido à modificação, pelos restantes operadores económicos que tenham participado no concurso¹²⁹.

Ora, por comparação com o art. 31º, nº 4, al. a) da Diretiva 2004/18/UE, do qual parece ter surgido a inspiração para o presente, as Diretivas 2014 introduzem uma maior flexibilidade¹³⁰ e, em nossa opinião, uma sistematização aprimorada e alargada, uma vez que agora toda e qualquer circunstância imprevisível se encontra tutelada pela Diretiva (em vez de se entender, por circunstâncias imprevisíveis, unicamente, a necessidade de trabalhos ou serviços complementares)¹³¹. Esta afirmação ganha força se atentarmos o Con. 109 da Diretiva, no qual podemos observar que o legislador pretende introduzir um elemento subjetivo, de flexibilização, que consiste na consideração de características específicas do contrato¹³² para a verificação do

¹²⁶ VIEIRA DE ANDRADE, *A propósito...*, cit., p.16

¹²⁷ MARCELLO CAETANO, *Manual...*, cit., p.625

¹²⁸ Cfr. art. 72º, nº1, § último da Diretiva

¹²⁹ RACCA, PERIN, *Material...*, cit., pp.284-288

¹³⁰ TREUMER, *Contract...*, cit., p.151

¹³¹ TREUMER, *Regulation...*, cit., p.293

¹³² TREUMER, *Contract...*, cit., p.151

preenchimento da previsão da al. c), e não apenas na consideração pelo aumento do preço do contrato.

Cumpre, em último lugar, aludir, assim como apontado por ARROWSMITH, para o facto de não existir referência ao equilíbrio financeiro do contrato enquanto limite à modificação por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias. A autora entende que a omissão do legislador significa ser seu entendimento que, tendo sido o contrato original submetido a um procedimento concorrencial e as negociações atinentes à modificação na fase de execução, feitas, necessariamente, por acordo entre as partes, fica garantido o equilíbrio financeiro do contrato original. Entendemos querer a Autora com isto dizer que, uma vez que a fase pré-contratual garante (à partida) o respeito pelo princípio da concorrência, o mero acordo na fase de execução é reflexo bastante do equilíbrio financeiro do contrato inicial¹³³.

Discordamos deste entendimento uma vez que a al. c) nada refere quanto à necessidade de acordo entre as partes. Se o que é “reflexo bastante do reequilíbrio económico do contrato”, nas palavras de SUE ARROWSMITH, é o acordo entre as partes, que pode não existir, uma vez que a modificação unilateral consiste num poder exorbitante da Administração Pública do qual decorre um dever de sujeição por parte da entidade adjudicante, não podemos, sem mais, considerar que a Diretiva prevê qualquer limite desta natureza à modificação contratual por circunstâncias anormais e imprevisíveis. Não obstante, consideramos que esta questão poderá ser colmatada pela jurisprudência do TJ, assim como pelas próprias transposições feitas pelos EM, o que pode ser solução bastante para o problema, prevendo como limite, a devida *compensação financeira segundo juízos de equidade*¹³⁴.

Uma última nota quanto ao conceito de imprevisibilidade, o qual, segundo J. M. GIMENO FELIÚ¹³⁵, abre caminho a dúvidas interpretativas e pondo em causa o princípio da segurança jurídica, reforçando-se a necessidade de o entender num sentido estrito,

¹³³ Sobre a realização de testes de proporcionalidade que provem que o aumento do preço corresponde ao preço de mercado concorrencial, ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.601

¹³⁴ MARCELLO CAETANO, *Manual...*, cit., p.625; ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito...*, cit., pp.702 ss; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito...*, cit., p.618

¹³⁵ J. M. GIMENO FELIÚ, *La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable*, Jornada sobre contratación pública Madrid, 25 de abril de 2013, disponível em http://www.madrid.org/ccmadrid/images/adjuntos/segundaponencia_modificacin_contratos_gimeno_feli.pdf, consultado a 24/03/2016, pp.56-57

que não de mera imprevisão, evitando que esta disposição sirva propósitos contrários aos princípios da contratação pública, sobretudo tendo em consideração a dimensão do critério quantitativo (nº 1, al. c), iii)).

5.4. Mudança de adjudicatário

A quarta situação em que é admissível modificar o contrato administrativo sem um novo procedimento contratual situa-se no âmbito da substituição do adjudicatário inicial por um novo – modificação subjetiva¹³⁶. Ora, esta questão da modificação de cocontratante foi já debatida no *Ac. Pressetext*¹³⁷, tendo o TJ entendido, em resposta à primeira questão prejudicial¹³⁸ colocada, que, normalmente, a mudança de cocontratante se deve considerar uma alteração de um dos termos essenciais do contrato, uma vez que os contratos administrativos são contratos *intuitu personae*¹³⁹, salvo existindo previsão contratual que o permita¹⁴⁰. Entendendo que no caso concreto não havia uma nova adjudicação (ilegal), o TJ considerou, ao invés, haver uma reorganização interna do cocontratante, só julgando haver mudança de cocontratante se as ações da APA tivessem sido cedidas a um terceiro¹⁴¹.

Foi também debatida posteriormente no *Ac. Wall*¹⁴² a questão de a solução *Pressetext* poder ou não ser estendida à mudança de subcontratante, tendo sido esclarecido pelo TJ que tal modificação não será substancial quando a identidade deste não tenha sido decisiva para a seleção do vencedor do concurso¹⁴³. Significa isto que, apenas em casos excecionais se considerará a mudança de subcontratante substancial, assim como, mesmo que essa hipótese esteja prevista em cláusula de revisão, isso não

¹³⁶ ANDRADE DA SILVA, *Dicionário...*, cit., pp.289 ss

¹³⁷ TREUMER, *Contract...*, cit., p.152; DOMINGUEZ OLIVERA, *Modification...*, cit., p.43

¹³⁸ *Ac. Pressetext*, § 27

¹³⁹ MARCELLO CAETANO, *Princípios...*, cit., p.237; *Manual...*, cit., p.615

¹⁴⁰ *Ac. Pressetext*, § 40

¹⁴¹ Debatida em BROWN, *When...*, cit., pp.253–267, pt. 3.1., e em MÁRIO COMBA, *Effects...*, cit., pp.324 ss

¹⁴² Sobre o *Ac. Wall*, igualmente relevante para o estudo deste ponto, ADRIAN BROWN, *Changing a sub-contractor under a public services concession: Wall AG v Stadt Frankfurt am Main (C-91/08)*, PPLR, 2010, 5, pp.160-166

¹⁴³ POULSEN, *The possibilities...*, cit., p.178; TREUMER, *Regulation...*, cit., p.291

significa que não tenha de haver um novo procedimento contratual, o que se aplica analogicamente à mudança de contratante¹⁴⁴.

Ultrapassada esta questão prévia, facilmente compreendemos que a imposição de limites à substituição do vencedor do concurso a quem o contrato haja sido, a final, adjudicado, contende com a necessidade de prevenir tratamentos desiguais entre os operadores económicos, e/ou práticas corruptas, quer quanto aos que tenham apresentado proposta, quer quanto aos restantes. Pretende evitar-se a simulação de concursos, a aparência de legalidade, a corrosão dos princípios gerais da contratação pública¹⁴⁵.

Da evolução da jurisprudência do TJ sobre a modificação subjetiva resulta um elenco de três situações em que é admissível substituir o cocontratante, tratando-se, a primeira, na aposição ao contrato inicial de *cláusula de revisão ou opção inequívoca*, nos termos previstos na al. a) (art. 72º, nº 1, al. d), i)). Desta forma, estas cláusulas de revisão devem ser claras, precisas e inequívocas, devendo ainda ser indicado o âmbito, a natureza e as suas condições de aplicação, em ordem ao cumprimento dos princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, garantidos pela submissão destas cláusulas ao princípio da concorrência, na fase pré-adjudicatória.

Parece-nos que com a introdução desta hipótese¹⁴⁶ o legislador europeu tenha querido dar guarida ao princípio da prossecução interesse público, à semelhança do que POULSEN¹⁴⁷ sugere, nomeadamente, na continuidade da execução do contrato administrativo, dados os custos e demora inevitavelmente envolvidos na realização de um novo procedimento¹⁴⁸. Assim, esta é uma espécie de *cláusula de preservação* do investimento feito pela Administração, caso o adjudicatário falhe¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Ac. Wall, § 39

¹⁴⁵ POULSEN, *The possibilities...*, cit., pp.183-184

¹⁴⁶ Que não constava do projeto da Diretiva. Cfr. TREUMER, *Contract...*, cit., p.153

¹⁴⁷ POULSEN, *The possibilities...*, cit., p.184

¹⁴⁸ A propósito da eficiência nos gastos públicos enquanto objetivo das políticas de contratação pública, V., MÁRIO COMBA, *Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws*, in “Modernising Public Procurement: The New Directive, François Lichère, Roberto Cantara e Steen Treumer (Eds.), Denmark, DJOF Publishing, 2014, pp.38-46

¹⁴⁹ Uma vez prevista em cláusula contratual, não nos parece que esta hipótese seja contrária ao Con. 110 da Diretiva. Cfr. ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.593

No entanto, esta é uma previsão com extenso alcance que requer uma interpretação restritiva. Como sugere ARROWSMITH, de uma interpretação literal da norma poderá parecer que a autoridade adjudicante pode, “em qualquer situação, por qualquer motivo”, substituir o cocontratante, desde que haja previsão contratual nesse sentido, parecendo também que o poderá substituir por “qualquer novo adjudicatário”, uma vez que não são *aqui* fornecidos quaisquer critérios de escolha que presidam à substituição¹⁵⁰.

É nesta medida que se nos colocam dúvidas. Em nossa opinião, caso seja permitido à entidade adjudicante escolher o adjudicatário substituto, sem mais, é posto em causa o princípio da não discriminação e da igualdade de tratamento¹⁵¹. Na verdade, nada sendo dito a este propósito, apenas recorrendo à solução implícita de limitação do “papel ativo da entidade adjudicante”¹⁵² ao exercício do poder de veto nas circunstâncias que a própria Diretiva o preveja para a escolha do cocontratante¹⁵³, nos é possível dar resposta à questão. Caso contrário, não poderá assistir tal faculdade, à entidade adjudicante,

De igual modo, parecendo admitir-se ser permitido à entidade adjudicante substituir o adjudicatário, por qualquer motivo, desde que tal seja previsto em cláusula de revisão ou opção inequívoca nos termos da al. a) do nº 1, somos levados a concluir que esta disposição, por ser tão ampla, permite desvios ao princípio da proporcionalidade, dado que só deverá haver substituição do adjudicatário na medida do necessário.

Como referido inicialmente, deve entender-se que esta disposição se aplica, em igualdade de razão, às cláusulas de revisão que prevejam a substituição do subcontratante, quando este não tenha sido decisivo para a escolha do adjudicatário¹⁵⁴.

A segunda situação (art. 72º, nº 1, al. d), ii)) em que é admissível a substituição do adjudicatário, consiste na hipótese de ***transmissão universal ou parcial da posição do adjudicatário inicial, na sequência de operações de reestruturação ou de uma***

¹⁵⁰ Entendimento que partilhamos com ARROWSMITH, *The law..., cit.*, p. 594 e 603; TREUMER, *Contract..., cit.*, p.152

¹⁵¹ Sobre *step-in rights*, ARROWSMITH, “*The law...* ”, *cit.*, pp.594-595

¹⁵² ARROWSMITH, *The law..., cit.*, p.603

¹⁵³ *Idem*, p.594

¹⁵⁴ TREUMER, *Regulation..., cit.*, pp.289-290

insolvência, para um novo adjudicatário que satisfaça os critérios de seleção qualitativa previstos no contrato inicial e não sirva para contornar a aplicação da Diretiva. De modo breve, significa isto que, formalmente, a identidade do cocontratante se altera, permanecendo a mesma, de facto¹⁵⁵.

Em primeiro lugar, cumpre salientar que a introdução, nas Diretivas 2014, da admissibilidade de proceder à substituição do adjudicatário em virtude de transmissão universal ou parcial da posição do cocontratante original na sequência de uma **insolvência** é manifestamente significativa, tendo sido, até então, apenas debatida pela doutrina e pela jurisprudência¹⁵⁶, que têm comumente entendido que a massa insolvente tem o direito de assumir os direitos e obrigações que o contrato origine¹⁵⁷. Segundo TREUMER, as Diretivas 2014 vêm “clarificar ou introduzir uma importante mudança na lei” que traduz, de um modo muito flexível, a prática administrativa. Ademais, esta disposição vem eliminar a insegurança jurídica causada pelo até então, vazio legal, que conferia às entidades adjudicantes uma ampla margem de decisão para a resolução do problema quando surgisse¹⁵⁸.

Segundo POULSEN¹⁵⁹, a substituição do adjudicatário pela massa insolvente não é suscetível de violar o princípio da igualdade de tratamento por permitir uma nova adjudicação sem que haja lugar ao procedimento exigido¹⁶⁰. Na verdade, a massa insolvente surge no contrato, não como um novo sujeito contratual, mas sim, como resultado da reconfiguração do cocontratante, imposta pelas circunstâncias. No seguimento do entendimento do Autor, há um interesse público associado à liquidação do insolvente a fim da satisfação dos créditos assumidos perante outras entidades. Porém, será menos pacífico assumir, conforme refere TREUMER¹⁶¹, que a massa insolvente possa ceder a sua posição contratual nas relações jurídicas fundadas em

¹⁵⁵ Nos mesmos termos, ARROWSMITH, *The law...*, cit., pp. 592 e 603. Complementarmente, RACCA, PERIN, *Material...*, cit., p.285; MARTA ANDRECKA, ABBY SEMPLE, *Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A Critical Look at the Public Sector Procurement Directive*, EPPPL, Vol. 10, 2015, pp.184-186

¹⁵⁶ TREUMER, *Regulation...*, cit., p.284

¹⁵⁷ *Idem*, p.285

¹⁵⁸ TREUMER, *Contract...*, cit., p.154

¹⁵⁹ POULSEN, *The possibilities...*, cit., p.186

¹⁶⁰ Sobre importunações à concorrência potencial derivadas da mudança de adjudicatário, V., A. BROWN, *When...*, cit., p.253-267, pt. 3.1.

¹⁶¹ TREUMER, *Regulation...*, cit., pp.285-286

contrato administrativo, sem violar as disposições da Diretiva que impõe um novo procedimento contratual (art. 72º, nº 4, al. d)).

Quanto à substituição do cocontratante insolvente pela massa insolvente, ARROWSMITH¹⁶² acrescenta que à entidade adjudicante assistirá, no máximo, um poder de veto, na medida em que a Diretiva o permita (quanto aos critérios de seleção qualitativa), devendo interpretar-se a segunda parte da al. d), ii) de modo restrito.

A este propósito, a Diretiva acrescenta ainda que da modificação não podem advir outras modificações substanciais ao contrato, o que dificilmente se verificará uma vez assumido o carácter excecional das dificuldades decorrentes de uma insolvência¹⁶³.

A questão da **reestruturação** foi igualmente abordada no *Ac. Pressetext*, tendo o TJ considerado que, no caso, não houve uma mudança de adjudicatário, mas sim uma reorganização interna do cocontratante e que, portanto, não tinha havido uma modificação de um termo essencial do contrato¹⁶⁴, o que por antonomásia significa não ser necessário um novo procedimento contratual. Assim, a Diretiva vem, uma vez mais, positivar a jurisprudência do TJ, requerendo, todavia, uma análise aos seus meandros.

Assumindo¹⁶⁵ a prática generalizada de adjudicação a um grupo de empresas consortes, podemos distinguir as operações de reestruturação que resultem da *substituição* de um membro do grupo por outras razões que não a insolvência, das situações em que a reestruturação ocorra em razão da insolvência de uma das empresas consortes. Na segunda hipótese, os restantes membros do consórcio deverão, desde que cumpridos os critérios em matéria de seleção qualitativa, conforme a al. d), ii), assegurar o cumprimento do contrato, porventura, através da subcontratação de uma outra empresa que perfaça as atribuições da empresa consorte substituída – transmissão parcial. Deverá, todavia, assistir um poder de veto à autoridade adjudicante nos termos já mencionados¹⁶⁶. Já a primeira hipótese, deverá ser rejeitada,

¹⁶² ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.603

¹⁶³ TREUMER, *Regulation...*, cit., pp.286-287

¹⁶⁴ *Ac. Pressetext*, § 45, 51 e 54

¹⁶⁵ À semelhança do raciocínio de TREUMER, *Regulation...*, cit., pp.288 ss

¹⁶⁶ ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.603

tendo em consideração as causas de substituição que a al. d), ii) prevê¹⁶⁷, assim como o conteúdo do Con. 110, que rejeita liminarmente a substituição do adjudicatário por motivos de deficiências na execução do contrato.

A última hipótese em que poderá haver mudança de adjudicatário sem que se tenha de dar causa a um novo procedimento concorrencial, consiste na ***assunção pela própria autoridade adjudicante, das obrigações do cocontratante original para com os seus subcontratantes***, em conformidade com a legislação nacional e o art. 71º da Diretiva¹⁶⁸ (art. 72º, nº 1, al. d), iii)). Esta possibilidade, igualmente relacionada com o interesse público em dar continuidade à execução do contrato, que não fazia parte da proposta da Comissão, consiste numa “mera clarificação”, segundo TREUMER, baseada nos princípios europeus da contratação pública¹⁶⁹.

5.5. Modificação Não Substancial – Prorrogação temporal

O nº 1 do art. 72º da Diretiva prevê ainda uma situação *residual* que estabelece poderem ser feitas modificações ao contrato ou acordo-quadro sem necessidade de um novo procedimento adjudicatório, independentemente do seu valor, desde que elas não se enquadrem na previsão do nº 4 do mesmo artigo, isto é, desde que não sejam substanciais.

Parece-nos que esta cláusula geral serve o propósito de incluir na previsão da Diretiva, outras possíveis modificações contratuais, desde que não substanciais, como é o caso flagrante da *prorrogação do tempo do contrato*¹⁷⁰ que, incompreensivelmente, não mereceu abordagem direta.

De facto, a realização do interesse público pode implicar que se reconheça a admissibilidade de prorrogar o tempo do contrato, uma vez que, a realização de um novo procedimento adjudicatório pode comprometer o interesse na continuidade da execução do contrato ou implicar prejuízos assinaláveis, a cargo da entidade

¹⁶⁷ TREUMER, *Contract...*, cit., p.154

¹⁶⁸ V., RAIMUNDO, *Primeira...*, cit., pp.163-164

¹⁶⁹ V., TREUMER, *Regulation...*, cit., p.291; ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.604; RACCA, PERIN, *Material...*, cit., p.285

¹⁷⁰ Já contemplado no Ac. *Pressetext*, § 73, em que se afirma que a celebração de contratos por tempo indeterminado é contrária à lógica comunitária de preservação da concorrência.

adjudicante, pela interrupção da execução do serviço ou obra. Porém, o interesse na prorrogação pode colidir com a confiança que as entidades que apresentaram proposta (concorrência real) e os novos operadores económicos que hajam surgido ao longo da vigência do contrato (concorrência potencial) tinham em que, findo o tempo pelo qual o contrato haja sido adjudicado, “fosse lançado um novo concurso”, conforme o salienta PACHECO DE AMORIM¹⁷¹. Nestes termos, uma prorrogação ao tempo do contrato que não tenha sido prevista em cláusula contratual¹⁷², pode, *consoante a sua dimensão*, ter implicações no resultado do concurso, nos termos referidos no **ponto 4.1.**

Neste sentido, parece-nos que a al. e), ainda que aludindo para a irrelevância da alteração ao valor do contrato que a modificação implique, está, contudo, submetida aos mesmos limiares de *minimis* que limitam até que ponto as modificações substanciais são admitidas sem originarem um novo procedimento. O mesmo querera dizer que a al. e) do nº 1 admite, por exemplo, que os contratos sejam prorrogados por qualquer período, desde que a contrapartida remuneratória não ultrapasse os limiares previstos no nº 2 e que demarcam o nº 4, *quando o tempo de execução do contrato seja considerado termo essencial do contrato*. Esta ideia parece-nos compatível com a aparente abertura da diretiva para a prorrogação contratual com o intuito de repor o equilíbrio económico do contrato quando, do surgimento de circunstâncias imprevisíveis, tal seja devido ao cocontratante¹⁷³.

Por fim, parece-nos importante atender, brevemente, ao conteúdo do art. 57º, nº 4, al. g) da Diretiva, onde se prevê a exclusão de um operador económico que, num outro contrato, tenha acusado deficiências significativas de exclusão que tenham ditado a rescisão antecipada do mesmo¹⁷⁴. Nestes termos, é possível à entidade adjudicante excluir do procedimento, operadores económicos que tenham incumprido, anteriormente, os prazos de execução do contrato, quando o tempo se considere *requisito essencial*, prevenindo-se novas prorrogações.

¹⁷¹ PACHECO DE AMORIM, *O princípio...*, cit., p.57

¹⁷² Ac. *Pressetext*, § 79. No mesmo sentido, SIMOVART, *Amendments...*, cit., p.156

¹⁷³ DOMINGUEZ OLIVERA, *Modification ...*, cit., p.47

¹⁷⁴ MEDEIROS, *The new...*, cit., p.51

5.6. Modificações de pequena escala

Ao longo desta exposição temos vindo a referir-nos frequentemente às modificações de pequena escala ou ao denominado limiar de *minimis*, o que parece indiciar que a importância da sua previsão ultrapassa largamente as fronteiras da letra do art. 72º, nº 2, onde se encontra previsto.

A Diretiva estabelece, no seguimento do que a jurisprudência já havia dito, em que termos é que as modificações são substanciais, tal como analisadas no **ponto 6.** (art. 72º, nº 4), e em que termos é que as modificações se consideram não substanciais ou sejam admitidas por constarem nos elementos submetidos à concorrência, em cláusula contratual, situação em que são permitidas sem que seja necessário um novo procedimento (art. 72º, nº 1).

Ora, o nº 2 do art. 72º é de uma outra natureza. Esta norma prevê que, ainda que as condições das al. a) a c) do nº 4 se verifiquem, isto é, ainda que a modificação se considere substancial, possa haver modificação ao contrato ou acordo-quadro sem necessidade de um novo procedimento. Esta possibilidade está, porém, circunscrita à condição cumulativa de que o valor da modificação seja inferior aos limiares estabelecidos no art. 4º da Diretiva, e a 10% ou 15% do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de serviços de fornecimento e no de contratos de empreitada de obras, respetivamente. Acresce ainda que, em caso de modificações sucessivas é avaliado o valor líquido acumulado das várias modificações. A última condição imposta para que uma modificação substancial não origine um novo procedimento contratual, consiste na intangibilidade da natureza global do contrato. Assim, são previstos dois critérios: um quantitativo e um qualitativo (que, a bem dizer, constitui um limite geral à modificação dos contratos administrativos, que impõe que o contrato não possa ser descaracterizado)¹⁷⁵.

Do exposto resulta que esta norma estabelece uma exceção às al. a) a d) do nº 4, para permitir maior flexibilidade às modificações contratuais, de pequena escala, determinadas por recurso a um critério monetário¹⁷⁶, o que a nosso ver é de extrema

¹⁷⁵ RAIMUNDO, *Primeira...*, cit., p. 168

¹⁷⁶ Critério que acabou por ser mais flexível do que inicialmente se havia discutido no projeto da Comissão. Cfr. TREUMER, *Regulation...*, cit., p.294

relevância, ao evitar, como refere MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, que em todos os casos “a decisão sobre o impacto da alteração esteja dependente da aplicação de conceitos indeterminados”¹⁷⁷. É isso que resulta do Con. 107 da Diretiva que determina que “para o efeito, e a fim de garantir a segurança jurídica, a presente diretiva deverá prever limiares «de minimis» abaixo dos quais não é necessário um novo procedimento de contratação”. Não existindo um limite mensurável, esta hipótese poderia ter um impacto significativo na concorrência, tal como refere TREUMER¹⁷⁸, assim como na delimitação de que falamos supra, **ponto 4.**

Da previsão de limiares de *minimis*¹⁷⁹, nos termos indicados *supra*, resultam implicações, ora positivas, ora negativas. A al. a) do n° 4 conjugada com o n° 2 do art. 72° significa que se a modificação de pequena escala, fizesse parte do procedimento de contratação inicial pudesse ter permitido admitir outros candidatos ou aceitar outra proposta que não a vencedora. Ora, dificilmente isto poderia acontecer¹⁸⁰, pelo que nos parece que o legislador fixou a partir de que valor se considera que uma modificação poderia perturbar a concorrência efetiva e potencial, sendo benevolente, flexível, com os que lhe sejam inferiores, inculcando segurança jurídica à al. a) do n° 4.

Atentando na al. b) do n° 4 e no n° 2, somos levados a concluir que o legislador vem permitir ajustamentos ao valor do contrato, mais favoráveis ao cocontratante e desproporcionais à eventual execução de obrigações complementares, podendo, na prática, consistir numa violação sub-reptícia do princípio da proporcionalidade, que determina que as modificações se limitem ao estritamente necessário¹⁸¹. Como referem ARROWSMITH¹⁸², ALBANO e ZAMPINO¹⁸³, esta hipótese abre caminho, inclusivamente, à apresentação de propostas, 10% ou 15%, nos devidos casos, abaixo do valor real do contrato e cumpridoras dos limiares contidos no art. 4°, a fim de vencer o concurso, sabendo que mais tarde o valor do contrato terá de ser aumentado.

¹⁷⁷ RAIMUNDO, *Primeira...*, cit., p.165

¹⁷⁸ TREUMER, *Regulation ...*, cit., p.295

¹⁷⁹ Sobre *The minimis rule*, suas implicações e objetivos, BOVIS, *EU Public...*, cit., p.70 ss

¹⁸⁰ No mesmo sentido, ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.598

¹⁸¹ ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.599

¹⁸² *Idem*, p.599; POULSEN, *The possibilities...*, cit., pp.182–183

¹⁸³ ALBANO, ZAMPINO, *Strengthening...*, cit., p.23

Quanto a nós, parece-nos que esta disposição, nos termos em que se encontra prevista e num mero exercício de previsão (pessimista), permite que o posterior aumento do valor do contrato também possa ser atribuído, não por serem prestados trabalhos ou serviços complementares, ou por a proposta ter previsto um valor inferior ao que lhe corresponderia na realidade, mas tão-só por mero ato de (excesso de boa) vontade da entidade adjudicante, o que é de todo incompatível com o objetivo de combate à corrupção e promoção de uma concorrência efetiva¹⁸⁴. Ainda que o limiar se considere reduzido, esta hipótese permite a atribuição indevida, desproporcional e discriminatória, de dinheiros públicos, o que nunca deverá ser considerado um mal necessário para garantir outras vantagens que, reconhecidamente, esta disposição proporciona¹⁸⁵.

Por fim, é possível modificar o contrato sem um novo procedimento de contratação nos termos do nº 2, ainda que haja um considerável alargamento do âmbito do contrato (art. 72º, nº 4, al. c)). Entendemos que o legislador terá, igualmente, querido estabelecer um limite quantitativo, neste caso, abaixo do qual o âmbito do contrato não é *consideravelmente* alargado¹⁸⁶, o que nos parece de saudar. Porém, uma vez que o alargamento do objeto do contrato pode não ter um reflexo quantitativo, seria necessário um critério qualitativo, além da natureza global do contrato, para melhor determinar se o alargamento é de pequena escala, sendo admissível sem nova adjudicação, ou o contrário¹⁸⁷.

Em último lugar, resta deixar duas considerações finais. Primeiro, que a menção de que se a modificação não for inferior aos 10% ou 15% e dos limiares previstos no art. 4º, ela não terá, obrigatoriamente, que originar um novo procedimento contratual. Ao invés, ela pode subsumir-se a qualquer das outras previsões do art. 72º que obstem à necessidade de um novo procedimento¹⁸⁸. Em segundo lugar que, na nossa opinião,

¹⁸⁴ ALBERT SANCHEZ-GRAELLS, *An EU Competition Law Primer for Public Procurement Students*, Public Procurement Students, October 18, 2015, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2675787>, consultado a 3/02/2016, pp.7 ss; ALBANO, ZAMPINO, *Srengthening...*, cit., pp. 5 ss

¹⁸⁵ COMBA, *Variations...*, cit., pp. 38 ss

¹⁸⁶ ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.599. Esta Autora considera que nas modificações que ultrapassem os limiares de *minimis*, deve haver uma ponderação casuística, envolvendo limites qualitativos e quantitativos.

¹⁸⁷ AURICCHIO, *The problem...*, cit., p.127

¹⁸⁸ RAIMUNDO, *Primeira...*, cit., p.168

o legislador europeu concluiu, mal, dever ser mais flexível do que havia sido a Proposta da Comissão, ao aumentar o valor dos limiares de *minimis* de 5% para 10% e 15%¹⁸⁹. Se o objetivo da previsão deste limiar de *minimis* é o de, sobretudo, flexibilizar e facilitar as modificações contratuais de pequena escala, por se entender que as mesmas não são suscetíveis de demonstrar que as partes terão querido renegociar termos essenciais do contrato, não nos parece haver razão que justifique a fixação dos limiares nos valores, a final, contidos na Diretiva.

6. Valor de referência para o cálculo de percentagens

Com o nº 3 do art. 72º, o legislador europeu terá querido esclarecer a que valores se refere quando menciona o “valor do contrato original”, sobre o qual se aplicarão os valores mencionados nas al. b) e c) do nº 1. Normalmente, esse valor consiste no preço do contrato no momento da adjudicação mas, quando do contrato fizer parte uma cláusula de indexação, o valor do contrato deve ser atualizado, passando a considerar-se esse valor¹⁹⁰.

7. Modificações não contidas nos nºs 1 e 2 do art. 72º

O nº 5 do art. 72º estabelece que as modificações que ocorrerem durante a execução do contrato ou acordo-quadro, diferentes das que se encontram previstas nos nºs 1 e 2, impõem um novo procedimento contratual.

Porém, uma vez que as situações contidas nos nºs 1 e 2 não são exaustivas¹⁹¹, poderá haver mais situações em que as modificações contratuais não careçam de um novo procedimento contratual, pelo que, segundo TREUMER¹⁹², esta norma deve ser entendida como “declaração de princípio”, não como uma mera exceção à regra. Neste

¹⁸⁹ TREUMER, *Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011*, PPLR, 2012, Issue 5, pp.163-164

¹⁹⁰ DOMINGUEZ OLIVERA, *Modification...*, cit., p.41

¹⁹¹ ARROWSMITH, *The law...*, cit., p.604; GONÇALVES, *Acórdão...*, cit., p.18

¹⁹² TREUMER, *Regulation...*, cit., p.283

sentido, as modificações fora da previsão dos n^{os} 1 e 2 deverão originar um novo procedimento contratual, podendo assim não ocorrer, uma vez que são incontáveis e inimagináveis, todas as situações de modificação contratual que poderão ser admitidas pelo espírito da Diretiva, sem a necessidade de nova adjudicação¹⁹³.

8. Incumprimento

Uma vez assentes as circunstâncias e com que limites é que a Diretiva admite modificações contratuais durante o período de vigência do contrato, resta-nos ainda fazer menção à consequência do incumprimento do art. 72º, que se encontra parcialmente prevista no art. 73º, al. a). Concluindo-se que a modificação viola as disposições da Diretiva, acarretando uma nova adjudicação, o contrato deve ser rescindido¹⁹⁴. Todavia, como referimos, trata-se de uma previsão parcial. Apesar de a Diretiva fazer menção à rescisão contratual por violação das normas atinentes à modificação, ela não prevê um regime indemnizatório, parecendo deixar a cargo dos EM a sua estipulação¹⁹⁵.

Uma última nota para destacar o seguinte: de que modo se vai fiscalizar o cumprimento dos contratos? A quem cumprirá averiguar se os limiares são respeitados em caso de modificações sucessivas? Não estaremos num momento em que se exige algum automatismo? Não serão os *watchdogs* de que nos falam RACCA e PERIN¹⁹⁶ insuficientes, podendo até não pretenderem, os mesmos, exercer essa função por falta de interesse? Esta é uma questão que nos parece merecer esclarecimento após a transposição.

¹⁹³ RAIMUNDO, *Primeira...*, cit., pp.164-165

¹⁹⁴ Neste sentido, RAIMUNDO, *Primeira...*, cit., p.168

¹⁹⁵ Quanto à questão das indemnizações por danos causados pela violação do Direito da União Europeia e à sua regulamentação pelos EM, V., STEEN TREUMER, *Basis and Conditions for a Damages Claim for Breach of the EU Public Procurement Rules*, in “Public Procurement Law – Damages as an Effective Remedy”, Duncan Fairgrieve and François Lichère (Eds.), Oxford, Hart Publishing, 2011, pp.155-165; MARIE ANN SIMOVART, *Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules*, disponível em http://www.urt.cc/sites/default/files/UrT%202015-1_Simovart.pdf, consultado a 9/04/2016, pp.2-6

¹⁹⁶ RACCA, PERIN, *Material...*, cit., pp.287-290; Mencionado também por VERA EIRÓ, *As indemnizações ao serviço do Mercado Interno*, in “Contratação Pública e Concorrência”, Cláudia Trabuco e Vera Eiró (org.), Almedina, Coimbra, 2013, p.146

CONCLUSÃO

Há dois tipos de modificação contratual: *substancial* e *não substancial*. As modificações substanciais não implicam um novo procedimento contratual se houver previsão contratual prévia (nº 1, al. a) a d)), ao passo que as modificações não substanciais são aferidas através do critério do baixo valor (nº 2, nº 4 e nº 1, al. e)).

Do exposto, concluímos que a previsão do nº 1 do art. 72º não é exaustiva, deixa margem à transposição pelos EM, pelo que só após a transposição será possível tecer maiores considerações.

Quanto ao demais, consideramos que a expressa previsão do conceito de modificação substancial, ainda que correspondendo latamente ao conceito preliminarmente fornecido pelo Ac. *Pressetext*, se encontra ornamentado por uma maior clareza e ponderação, dado ter-lhe sido aposto um critério quantitativo que elimina a incerteza jurídica causada pelo recurso a conceitos indeterminados. Porém, concluímos igualmente, que o limiar de *minimis* previsto no nº 2, se revela falível para determinar a medida das al. a) e c) do nº 4, do art. 72º.

Relativamente às condições de admissibilidade da modificação contratual, contidas no nº 1, consideramos que, genericamente, serão de elogiar, não obstante dever haver um maior detalhe na transposição da Diretiva, nos pontos mencionados, como referimos a propósito da necessidade de cumulação das condições previstas na al. b), a omissão da necessidade de atribuição de uma compensação financeira segundo critérios de equidade e boa fé na al. c), os diferentes tipos de operação de reestruturação da al. d), assim como a expressa previsão da hipótese de prorrogação do tempo do contrato sobre as quais nos pronunciamos na al. e).

As Novas Diretivas da Contratação Pública de 2014 têm como palavra de ordem em matéria de modificação contratual, a simplificação e flexibilização do regime, de onde concluímos que a flexibilização, quando emoldurada, isto é, quando circunscrita, é benéfica e potencia os objetivos da contratação pública. Em nossa opinião, a dinâmica dos mercados e a fluidez com que evolui a tecnologia, a ciência, a economia e a política, impõem que a Administração, quando prossiga o interesse público mediante a utilização da figura do contrato, garanta que este corresponde, ao longo da sua vigência, à realidade em que é executado, ao invés de corresponder a um passado

obsoleto. Assim sendo, saudamos a flexibilização do regime da modificação contratual, considerando que é dada guarida ao valor da concorrência, pela imposição de limites ora quantitativos, ora qualitativos, apenas denotando que a previsão dos valores contidos no nº 1, al. b) e c) e no nº 2, deveriam ser inferiores, assim como a publicidade da modificação no JOUE deveria ser estendida a todas as modificações não compreendidas em cláusula de modificação no contrato original. De facto, o critério quantitativo contém o benefício da certeza jurídica, porém, o nº 2 prevê ainda um critério qualitativo, pelo que, ainda que a modificação se situe abaixo dos limiares, poderá ser modificada a natureza global do contrato, justificando-se que os potenciais interessados tenham conhecimento da modificação e a possam impugnar.

Uma última nota para reiterar a questão da vigilância do cumprimento das normas que regulam a modificação contratual e a falta de automatismo que esperamos ver solucionada pela transposição portuguesa.

BIBLIOGRAFIA

ALBANO, Gian Luigi, ZAMPINO, Roberto, “*Srengthening the level of integrity of Public Procurement at the execution phase: evidence from the Italian national frame contracts*”, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1989434 , consultado a 22/02/2016

ALMEIDA, Mário Aroso de, “*Contratos Administrativos e Poderes de Conformação do Contraente Público no Novo Código dos Contratos Públicos*”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº66, 2007

ALMEIDA, Mário Aroso de, “*Sobre o regime de modificação dos contratos administrativos no novo Código dos Contratos Públicos*”, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, disponível em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/maa_MA_12941.doc , consultado a 21/10/2014

ALMEIDA, Mário Aroso de, “*Teoria Geral do Direito Administrativo – O Novo Regime do Código do Procedimento Administrativo*”, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2015

AMARAL, Diogo Freitas do, “*Curso de Direito Administrativo*”, Vol. II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011

AMARO, Alexandra, “*Auxílios de Estado e Contratos Públicos: Os limites do concurso*”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, Nº 11/12, Julho/Dezembro, 2012

AMORIM, João Pacheco de, “*O princípio da temporalidade dos contratos públicos — Considerações sobre a duração máxima dos contratos e respectiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal*”, in *Estudos de Contratação Pública*, Vol. IV, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2013

ANDRADE, José Carlos Vieira de, “*A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos*”, in “Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa”, Diogo Freitas do Amaral, C. Ferreira de Almeida, Marta Tavares de Almeida (coord.), Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008

ANDRECKA, Marta, “*Framework Agreements: Transparency in the Call-off Award Process*”, EPPPL, Vol. 4, 2015

ANDRECKA, Marta, SEMPLÉ, Abby, “*Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A Critical Look at the Public Sector Procurement Directive*”, EPPPL, Vol. 10, 2015

ARROWSMITH, Sue, “*The law of public and utilities procurement directives. Regulating in the EU and UK*”, 3^a ed., Sweet & Maxwell, 2014

ARROWSMITH, Sue, “*Amendments to specifications under the European Public procurement Directives*”, Public Procurement Law Review, 1997, 3, 128-137

ARROWSMITH, Sue, “*Modernising the European Union’s public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility*”, Public Procurement Law Review, 2012, 3, 71-82

AURICCHIO, V., *The problem of Discrimination and Anti-competitive behavior in the execution phase of public contracts*, Public Procurement Law Review, 5, 1998, 113-130

BOVIS, Christopher, *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2007

BRODEC, Jean, JANECEK, Václav, “*How does the Substantial Modification of a Public Contract Affect its Legal Regime?*”, Public Procurement Law Review, 24, Issue 3, 2015, disponível em

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2630052 , consultado a 30/03/2016

BROWN, Adrian, “*When do Changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06*”, Public Procurement Law Review, 2008, 6, 253-267

BROWN, Adrian, “*Changing a sub-contractor under a public services concession: Wall AG v Stadt Frankfurt am Main (C-91/08)*”, Public Procurement Law Review, 2010, 5, 160-166

CAETANO, Marcello, “*Manual de Direito Administrativo*”, 10ª ed. (Reimp.), Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980

CAETANO, Marcello, “*Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*”, Almedina, 2010, 3ª Reimpressão da edição Brasileira, 1977

COMBA, Mário, “*Effects of EU Law on Contract Management*”, in “*EU Public Contract Law – Public Procurement and Beyond*”, Collection “Administrative Law/ Droit Administratif”, Martin Trybus, Roberto Cantara, Gunilla Edelstam, Jean-Bernard Auby (dir.), Brylant, Bruxelles, 2014

COMBA, Mário, “*Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws*”, in “*Modernising Public Procurement: The New Directive*”, François Lichère, Roberto Cantara e Steen Treumer (Eds.), Denmark, DJOF Publishing, 2014

COMBA, Mário, “*Contract Execution in Europe: Different Legal Models with a Common Core*”, EPPPL, Vol. 8, Issue 4, 2013, 302 - 308

CORDEIRO, António Menezes, “*Contratos Públicos*”, Cadernos O Direito, Nº 2, Almedina, Coimbra, 2007

CORREIA, José Manuel Sérvulo, “*Contrato administrativo*”, DJAP, Vol. III, 1999

EKEL, Omer, “*Modification of a Government Contract Awarded Following a Competitive Procedure*”, Public Contract Law Journal, Vol. 38, Nº 2, 2009, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1391242, consultado a 24/03/2016

EIRÓ, Vera, “*As indemnizações ao serviço do Mercado Interno*”, in “*Contratação Pública e Concorrência*”, Cláudia Trabuco e Vera Eiró (org.), Almedina, Coimbra, 2013

ESTORNINHO, Maria João, “*Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação Pública sustentável*”, Almedina, Coimbra, 2013

ESTORNINHO, Maria João, “*Contrato Público: Conceito e Limites*”, in “*La contratación pública en el horizonte de la integración europea*”, V Congresso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública, 1ª ed., Madrid, 2004

FELIÚ, José María Gimeno, “*La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable*”, Jornada sobre contratación pública Madrid, 25 de abril de 2013, disponível em http://www.madrid.org/ccmadrid/images/adjuntos/segundaponencia_modificacin_contratos_gimeno_feli.pdf, consultado a 24/03/2016

FONSECA, Isabel Celeste M., “*Direito da Contratação Pública. Uma introdução em dez aulas*”, Almedina, Coimbra, 2009

FREITAS, Lourenço Vilhena de, “*O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (E as Garantias Contenciosas do seu Co-contratante perante este Exercício)*”, AAFDL: Lisboa, 2007

GOMES, Carla Amado, “*A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*”, Estudos da Contratação Pública, Vol. I, CEDIPRE, 2008

GONÇALVES, Pedro, “*O Contrato Administrativo (uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo)*”, 1ª ed., Almedina, Coimbra, 2002

GONÇALVES, Pedro, “*Acórdão Presstext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato*”, Cadernos de Justiça Administrativa, nº 73, 2009

GUIMARÃES, Ana Luísa, “*O carácter excepcional do acto administrativo contratual: no Código dos Contratos Públicos*”, Almedina, Coimbra, 2012

HARTLEV, K., LILJENBOL, M. W., “*Changes to Existing Contracts under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender*”, (2013) 22, *Public Procurement Law Review*, 51 - 53

LEITÃO, Alexandra, “*O tempo e a alteração das circunstâncias*”, Intervenção apresentada no âmbito do V Encontro de Professores de Direito Público, subordinado ao tema “*O Tempo e o Direito Público*”, realizado a 27 e 28 de Janeiro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, disponível em

http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf, consultado a 25/03/2016

MEDEIROS, Rui, “*The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement: A first overview*”, disponível em http://www.servulo.com/xms/files/THE_NEW_DIRECTIVE_2014_Rui_Medeiros.pdf, consultado a 10/02/2016

OLIVEIRA, Mário Esteves de, “*Direito Administrativo*”, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1980

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “*O acto administrativo contractual*”, in Cadernos de Justiça Administrativa, nº 63 Maio/Junho, 2007

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “*Os Princípios Gerais da Contratação Pública*”, in *Estudos da Contratação Pública*, Vol. I, CEDIPRE, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

OLIVERA, Rafael Dominguez, “*Modification of Public Contracts - Transposition and Interpretation of the New EU Directives*”, EPPPL, Vol. 1, 2015

OTERO, Paulo, “*Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*”, separata da Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1996

PEREIRA, Pedro Miguel Matias, “*Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*”, 1ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011

POULSEN, S.T., “*The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EY law*”, *Public Procurement Law Review*, Vol. 21., 5, 2012, 167 - 187

RACCA, Gabriella M., PERIN, Roberto Cavallo, ALBANO, Gian Luigi, “*Competition in the Execution Phase of Public Procurement*”, *Public Contract Law Journal*, Vol. 41, Nº 1, 2011, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2011114, consultado a 19/01/2016

RACCA, Gabriella M.; PERIN, Roberto Cavallo; ALBANO, Gian Luigi, “*The Safeguard of Competition in the Execution Phase of Public Procurement: Framework Agreements as Flexible Competitive Tools*”, in Seminar on “The New Public Law in a Global (Dis)order - A perspective from Italy”, Istituto di Ricerche Sulla Pubblica Amministrazione (IRPA) and Jean Monnet Center of New York University of Law, 2010, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2180856, consultado a 19/01/2016

RACCA, Gabriella M.; PERIN, Roberto Cavallo, “*Material Amendments of Public Contracts during their terms: from violations of competition to symptoms of corruption*”, EPPPL, Vol. 8, Issue 4, 2013

RAIMUNDO, Miguel Assis, “*A Formação dos Contratos Públicos – Uma concorrência ajustada ao interesse público*”, AAFDL, Lisboa, 2013

RAIMUNDO, Miguel Assis, “*Primeira análise das Novas Directivas*”, Parte II, Revista de Contratos Públicos Nº9, Setembro/Dezembro de 2013

RAIMUNDO, Miguel Assis, “*As «excepções» da contratação pública e da concorrência*”, in “*Contratação Pública e Concorrência*”, Cláudia Trabuco e Vera Eiró (org.), Almedina, Coimbra, 2013

SANCHEZ-GRAELLS, Albert, “*Public Procurement and the EU Competition Rules*”, 2ª ed., Hart publishing, Oxford, 2015

SANCHEZ-GRAELLS, Albert, “*Public procurement and competition: some challenges arising from recent developments in EU public procurement law*”, Bovis, C. (ed.) Research Handbook on European Public Procurement, Forthcoming, January 24, 2013, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2206502, consultado a 3/02/2016

SANCHEZ-GRAELLS, Albert, “*The Difficult Balance between Transparency and Competition in Public Procurement: Some Recent Trends in the Case Law of the European Courts and a Look at the New Directives*”, University of Leicester School of Law Research Paper Nº 2013, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2353005, consultado a 17/02/2016

SANCHEZ-GRAELLS, Albert, “*An EU Competition Law Primer for Public Procurement Students*”, Public Procurement Students, October 18, 2015, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2675787>, consultado a 3/02/2016

SANTOS, ANTÓNIO CARLOS DOS, *“A Nova Lei da Concorrência e o Regime dos Auxílios de Estado: algumas interrogações”*, in *“Concorrência – Estudos”*, António Goucha Soares e Maria Manuel Leitão Marques (Coord.), Almedina, Coimbra, 2006

SILVA, Jorge Andrade da, *“Código dos Contratos Públicos Anotado”*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2012

SILVA, Jorge Andrade da, *“Dicionário dos Contratos Públicos”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

SIMOVART, Mari Ann, *“Amendments to Procurement Contracts: Estonian Law in the Light of the Presetext Ruling”*, *Juridica International Law review*, University of Tartu, disponível em http://www.juridicainternational.eu/public/pdf/ji_2010_1_151.pdf, consultado a 26/02/2016

SIMOVART, Mari Ann, *“Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules”*, disponível em http://www.urt.cc/sites/default/files/UrT%202015-1_Simovert.pdf, consultado a 9/04/2016

SOUSA, Marcelo Rebelo de, MATOS, André Salgado de, *“Direito Administrativo Geral”*, Tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2007

TREUMER, Steen, *“Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement directive”*, *Public Procurement Law Review*, 2014, Issue 3, 148-155

TREUMER, Steen, *“Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission’s proposals of December 2011”*, *Public Procurement Law Review*, 2012, Issue 5, 153-166

TREUMER, Steen, *“Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive”*, in *“Modernising public procurement: the new*

directive”, François Lichère, Roberto Cantara e Steen Treumer (Eds.), Denmark, DJOF Publishing, 2014

TREUMER, Steen, “*Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive*”, in “*Modernising public procurement: the new directive*”, François Lichère, Roberto Cantara e Steen Treumer (Eds.), Denmark, DJOF Publishing, 2014

TREUMER, Steen, “*Basis and Conditions for a Damages Claim for Breach of the EU Public Procurement Rules*”, in “*Public Procurement Law – Damages as an Effective Remedy*”, Duncan Fairgrieve and François Lichère (Eds.), Oxford, Hart Publishing, 2011

VIANA, Cláudia, “*Os Princípios Comunitários da Contratação Pública*”, Coimbra Editora, 2007

VRÂNCIANU, Adelina, “*The modification of a public procurement contract under the new European directives on public procurement*”, Perspectives of Business Law Journal, Vol. 3, Issue 1, 2014, 161-163