

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
Faculdade de Direito, Escola de Lisboa



MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO
Vertente Contratação Pública e Direito Público Empresarial

*Os Limites à Modificação dos Contratos Administrativos à Luz do Princípio da
Concorrência - Critérios Gerais*

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito

Orientada pelo **Professor Doutor Mário Aroso de Almeida**

Elaborada por **Afonso Choon Dias**

Aluno n.º 142711090

Agosto de 2013

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	2
PARTE I – Enquadramento. Dados normativos e jurisprudenciais	4
Capítulo I – Enquadramento: o problema da modificação dos contratos administrativos.....	4
Capítulo II – Dados normativos: o artigo 313.º do CCP	8
1. O artigo 313.º do CCP	8
2. Âmbito de Aplicação do 313.º do CCP	10
Capítulo III – Dados jurisprudenciais: a jurisprudência do TJ.....	12
PARTE II – Limites à modificação dos contratos administrativos	19
Capítulo I – Alterações Substanciais.....	19
Capítulo II – Os interesses da concorrência	25
1. Alterações a elementos inicialmente presentes no caderno de encargos.....	28
2. Alterações a elementos da proposta.....	30
Capítulo III – Mutações ao equilíbrio económico do contrato.....	31
Capítulo IV – O alargamento das prestações contratuais.....	36
Capítulo V – Habilitação Expressa	39
Capítulo VI – Derrogações ao interesse da concorrência	44
1. Necessidades de modificação	44
2. Circunstâncias “imprevistas” ou imprevisíveis	46
3. A passagem do tempo.....	51
4. Uma questão de transparência	53
CONCLUSÃO.....	55
BIBLIOGRAFIA.....	58

INTRODUÇÃO

O tema dos limites à modificação dos contratos administrativos tem sido, desde há muito, amplamente tratado pela doutrina portuguesa e estrangeira, tendo surgido associado à própria autonomização do contrato administrativo.

No entanto, a abordagem que lhe vinha sido dada prendia-se quase exclusivamente com a tentativa de limitar o poder de modificação unilateral que havia sido reconhecido à Administração no âmbito dos contratos por esta celebrados. Já nas modificações por mútuo consenso, vinha-se entendendo que o contrato estaria na livre disponibilidade das partes¹. A jurisprudência comunitária, sobretudo desde o Acórdão Pressetext (P. C-454/06, de 19 de Junho de 2008) (“**Acórdão Pressetex**”), e a aprovação do CCP vieram alterar este paradigma. Com base nestas fontes, a doutrina² tem enfatizado que os limites à modificação dos contratos administrativos, mais do que proteger os interesses do co-contratante da Administração Pública nos casos de modificação unilateral, devem ser gizados como forma de impedir que as partes lesem o interesse da concorrência, defraudando a integridade do procedimento concorrencial³ que antecedeu a sua celebração, bem como as regras que impõem às entidades adjudicantes um procedimento concorrencial para a escolha da entidade com quem contratam⁴.

É perante este ambiente que, na presente tese, procuraremos analisar quais os critérios gerais que nos permitem determinar que uma modificação a um contrato administrativo violará os limites impostos, para respeito da concorrência, pela jurisprudência comunitária e pelo artigo 313.º do CCP.

Neste sentido, será da maior utilidade apontar e analisar as evoluções mais recentes na legislação portuguesa, operadas com a aprovação do CCP, e os diversos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (“**TJ**”) que já tiveram a oportunidade de se debruçar sobre o tema, bem como a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos⁵ (“**Proposta de Directiva relativa aos contratos públicos**” ou “**Proposta de Directiva**”) que dedica pela primeira vez um artigo expressamente à matéria tratada.

¹ ANA GOUVEIA MARTINS, *A Modificação e os Trabalhos a Mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume II, 2010, pág. 73.

² Por todos, PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato*, in CJA n.º 73, 2009.

³ Na presente tese, a expressão “procedimento concorrencial” pretenderá abarcar, sem demasiado rigor, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação, o procedimento de negociação e o diálogo concorrencial.

⁴ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume II, 2010, p. 838.

⁵ COM (2011) 896 final.

Num período em que, perante as dificuldades financeiras do Estado Português, a celebração de novos contratos públicos vai escasseando, e em que a renegociação dos contratos está na ordem do dia, consideramos que o desenvolvimento e esclarecimento dos limites à modificação dos contratos administrativos impostos pelo princípio da concorrência se apresenta como fundamental para dar resposta às diversas dificuldades que a prática tem revelado⁶ e continuará a revelar.

Estamos perfeitamente cientes de que não será possível encontrar uma linha clara e precisa que separe, em abstracto, as modificações permitidas e as não permitidas à luz dos limites traçados pela legislação portuguesa e pela jurisprudência comunitária. Esta separação só poderá firmar-se no caso concreto, ponderando os diversos interesses e princípios em tensão. Independentemente disso, pensamos que podem ser estabelecidos alguns critérios e considerações de modo a facilitar essa difícil análise casuística.

No capítulo I da Parte I, começaremos exactamente por este ponto; os interesses em tensão perante uma modificação de um contrato precedido de procedimento concorrencial. Ainda ao longo desta primeira parte, procuraremos, a título de enquadramento, sintetizar os dados normativos e jurisprudenciais disponíveis. Estes servirão como ponto de partida para a análise dos diversos limites à modificação dos contratos que explanaremos na Parte II.

⁶ Esta visão está patente no seio da União Europeia. Veja-se, a propósito, que, na exposição de motivos da Proposta de Directiva relativa aos contratos públicos [COM (2011) 896], se refere que “a modificação dos contratos durante o seu período de vigência está a tornar-se uma questão cada vez mais relevante e problemática para os profissionais”.

PARTE I – Enquadramento. Dados normativos e jurisprudenciais

Capítulo I – Enquadramento: o problema da modificação dos contratos administrativos

Independentemente da área do direito, os contratos resultam, na maior parte das vezes, de um processo mais ou menos longo de negociação entre as partes, prévio à conclusão e assinatura dos mesmos. Durante esse período, as partes acordam no clausulado do contrato a celebrar, definindo e estabelecendo as diversas regras que se aplicarão tendencialmente e idealmente durante todo o período da sua execução. Assim, após uma fase de flexibilidade ditada pelo princípio da liberdade contratual, a assinatura do contrato marcará o congelamento das regras de execução do acordo, vigorando durante o período de execução do contrato o princípio da estabilidade das cláusulas contratuais.

No entanto, não podemos ignorar que, por um motivo ou outro, surge por vezes a necessidade de adaptar o clausulado estipulado inicialmente. Vejam-se, a título de exemplo, nos contratos celebrados pela Administração, as seguintes situações: (i) durante a execução de uma empreitada de obras públicas pode ser necessária a reconstrução de uma sala que desmoronou devido a uma derrocada; (ii) uma reestruturação autárquica pode levar a aumentar os serviços de recolha de resíduos urbanos que eram prestados por empresa privada; (iii) uma evolução tecnológica pode justificar que se substitua por uma nova versão o *software* contratado para a gestão de um sistema informático de uma repartição das finanças; (iv) a reorganização de uma empresa pode determinar a necessidade de ceder um contrato administrativo a uma sua filial.

No direito civil, por respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*, as modificações poderão apenas verificar-se por acordo entre os contraentes. Foi o encontro de vontades entre ambas as partes que deu origem ao contrato e só novo encontro entre as duas poderá efectuar essa modificação. Estando ambos de acordo, tudo se passa como se um novo contrato se celebrasse e os termos da modificação do contrato poderão ser livremente estipulados pelas partes. O contrato administrativo surge na ordem jurídica também como um contrato em que por regra o seu clausulado será soberano na relação estabelecida entre as partes. O contrato deve assim ser pontualmente cumprido, só podendo ser alterado por mútuo acordo entre as partes (lógica do pacto).

No entanto, estando o contrato administrativo afecto à prossecução do interesse público, não poderia este ficar "refém" da vontade do contraente privado, devendo estar na

disponibilidade da Administração o poder de adaptar o contrato a novas circunstâncias ou a novas ponderações do interesse público. É neste sentido que a lógica do pacto no contrato administrativo surge temperada pela lógica da função, devendo o interesse público subjacente ao contrato sobrepor-se ao consensualismo que é típico dos contratos em geral. Esta sobreposição exerce-se através do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos de que a Administração dispõe⁷. Vemos, assim, que o Direito Administrativo encontrou, por força do poder de modificação unilateral do contrato administrativo atribuído à Administração, forma de contornar os direitos que caberiam ao co-contratante, que em sede dos contratos de direito civil poderia opôr-se à modificação e assim postergar a realização do interesse público.

Este regime de predomínio do contraente público sobre o contraente privado nos contratos administrativos estendeu-se pela Europa por quase um século, consagrando a superioridade do interesse público, subjacente à actuação contratual da Administração, sobre o interesse das entidades privadas quando com esta contratavam.

Através da adopção das directivas europeias relativas à contratação pública que procuraram assegurar a livre circulação de serviços, a livre circulação de mercadorias, o livre estabelecimento e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros no sector dos contratos públicos, e em função do abandono progressivo da ideia de que estas apenas deveriam tutelar o procedimento de escolha do co-contratante da Administração, o interesse público subjacente à celebração dos contratos esbarra contra um novo interesse, o interesse da concorrência. Os limites à modificação dos contratos administrativos, ditos "clássicos" (*v.g. a intangibilidade do objecto do contrato*), que apenas valeriam no âmbito das modificações unilaterais, vão sendo progressivamente suplantados por novos limites impostos pela defesa dos interesses da concorrência. Hoje, perante as novas tendências jurisprudenciais e legislativas comunitárias, podemos afirmar que a defesa dos interesses do contraente privado foi absorvida e esquecida para dar lugar à defesa dos interesses dos agentes do mercado preteridos pelo procedimento concorrencial, bem como dos interesses dos agentes do mercado

⁷ Neste sentido, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, 1991, pág.619, referia que a Administração tem o poder de ordenar unilateralmente modificações contratuais porque esta “*serve o interesse público e não pode exonerar-se do dever de procurar sempre os melhores processos técnicos e os meios materiais e jurídicos a realizá-lo*”. E continuava o autor “*É da índole da actividade administrativa o adaptar-se às exigências do interesse público que deve servir. O pacto de colaboração do particular com a Administração contém, por isso, implícita ou explicitamente, a subordinação ou sujeição do primeiro aos mesmos imperativos a que está sujeita a segunda*”.

que, em face das alterações ao contrato, pretendem ser chamados a responder a um novo projecto contratual.

De facto, sendo o contrato precedido de um procedimento concorrencial aberto e submetido aos vários operadores do mercado, e no qual vigoram os princípios comunitários da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência, facilmente podemos perceber que a modificação do contrato, ao contrário do que sucede nos contratos de direito civil, não poderá estar na livre disponibilidade das partes. E isto porque, também ao contrário do que sucede nos contratos celebrados entre privados, nos casos em que se exige à Administração que lance procedimento concorrencial para determinar com quem é que esta irá contratar, as futuras partes não são verdadeiramente livres na determinação do conteúdo do contrato a celebrar. Os termos do contrato deverão resultar, sem prejuízo de algumas adaptações introduzidas após a adjudicação, do próprio procedimento concorrencial que antecedeu a celebração deste, devendo ser constituídos pelos termos pelos quais a Administração definiu “os direitos e deveres recíprocos que constituem a base mínima dentro da qual se dispõe a contratar”⁸ e pela melhor resposta apresentada pelo mercado ao “convite” a contratar. Se estivesse, então, na livre disponibilidade das partes modificar o contrato, existiria uma ampla margem para se frustrar o próprio procedimento concorrencial que antecedeu a celebração do contrato, bem como para se violarem as próprias normas de contratação pública, que exigem à Administração o lançamento de um procedimento concorrencial para a selecção do co-contratante num ambiente de livre concorrência.

Chegados a este ponto, parece-nos que o interesse público, que motivou a criação de um regime contratual especial que permitiu derrogar normas civilísticas, encontra-se agora perante uma nova encruzilhada, já que os novos limites impostos pelo direito comunitário para a defesa da concorrência poderão ser aptos a torná-lo cativo. Ilustrativas dessa encruzilhada são as opções disponibilizadas à Administração perante a necessidade de modificar um contrato por esta celebrado, nos casos em que a concorrência se encontra potencialmente ameaçada. Em termos gerais, ao contraente público colocam-se três opções.

Em primeiro lugar, de forma a respeitar a concorrência, o contraente público poderá optar por não alterar o contrato, adiando a realização do interesse público até ao fim do seu prazo. Claro está que esta opção não parece desde logo compatível com os princípios que regem a actividade administrativa, nomeadamente a prossecução do interesse público. Ademais, o

⁸ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo...*, Vol. I, 1980, p. 681.

adiamento da realização do interesse público acarretará custos e poderá ser susceptível de provocar sérios danos aos utentes ou cidadãos. Pense-se, por exemplo, na hipótese de ser contratado um serviço com uma entidade privada para a recolha e tratamento de resíduos urbanos e que, devido ao aumento da população, se torna necessário que a recolha passe a ser feita por camiões com maior capacidade, sob pena de se acumularem os resíduos nos contentores (ou até fora deles), com prejuízo inclusive para a saúde pública⁹.

Em segundo lugar, o contraente público poderá optar por resolver o contrato lançando um procedimento concorrencial para a celebração de novo contrato. Esta via obrigará, desde logo, o contraente público a pagar uma indemnização pelo interesse contratual positivo ao antigo contraente privado (nos termos do n.º 2 do artigo 334.º do CCP). Neste caso, mesmo que o novo procedimento concorrencial determine a escolha de uma melhor proposta (economicamente mais vantajosa), comparativamente com aquela que resultaria de uma modificação do contrato, a indemnização que o contraente público terá que pagar ao antigo contraente privado poderia quase duplicar o custo da implementação e satisfação dessas novas necessidades, uma vez que ao preço do serviço do novo contraente acresceria a indemnização do antigo contraente. Mais ainda, a resolução do contrato acarretaria custos com o lançamento do novo procedimento, prejuízos para os cidadãos/utentes até à implementação do novo contrato (manifestamente mais moroso que a implementação de modificações juntamente com o anterior contraente privado)¹⁰ e custos sociais como o desemprego ou a anulação de investimentos produtivos, e o abandono ou a desactivação de factores de produção¹¹. Note-se também que o novo procedimento concorrencial lançado para atribuir o contrato poderia ter ainda um desfecho extremamente ineficiente. Falamos da possibilidade de, depois da resolução do contrato, da verificação de todos os custos e prejuízos que mencionámos, e após o pagamento da indemnização ao antigo contraente privado, acabar por ser o mesmo antigo contraente, e não será assim tão improvável que tal aconteça¹², a vencer o procedimento.

⁹ Um caso semelhante foi discutido no Acórdão do Tribunal de Contas n.º 20/10, de 1 de Junho, P. 108/2010. A este propósito veja-se o comentário ao Acórdão por TIAGO DUARTE em *Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: o Tribunal de Contas e os limites à modificação dos contratos*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3, 2011.

¹⁰ Segundo o MEMO/11/455 *Modernisation of EU public procurement rules – FAQs* de 24 de Junho de 2011, um procedimento concorrencial demora em média 108 dias a concluir e tem um custo de € 28.000. Claro que estes valores absolutos podem esconder, para certos casos, custos muito mais elevados, bem como um período de conclusão muito superior.

¹¹ PEDRO GONÇALVES, *Gestão de Contratos Públicos em Tempos de Crise*, in *Estudos de Contratação Pública – III*, p. 33.

¹² Visto ser o concorrente que, em princípio, melhor conhece a prestação a realizar.

Por último, o contraente público poderá optar por modificar o contrato juntamente com o contraente privado, podendo ser esta, sobretudo no curto prazo, a solução economicamente mais eficiente e aquela que acarretaria menores custos e prejuízos. Não nos parece, contudo, que seja esta a solução encomendada pela jurisprudência do TJ.

Feita esta excursão a título de enquadramento, passemos, sem mais demoras, à análise das fontes que nos guiarão na definição dos limites à modificação.

Capítulo II – Dados normativos: o artigo 313.º do CCP

1. O artigo 313.º do CCP

O CCP trata da matéria dos limites à modificação dos contratos administrativos no seu artigo 313.º, definindo duas barreiras à modificação dos contratos: o respeito pelo objecto do contrato (o chamado *princípio da intangibilidade do objecto do contrato administrativo*¹³), e o respeito pelos interesses da concorrência.

O primeiro limite consagrado no n.º 1 do artigo 313.º do CCP foi erigido classicamente como forma de proteger os interesses do co-contratante da Administração para que não lhe pudesse ser imposto de forma ilimitada “o peso do interesse comum e das necessidades colectivas”¹⁴. Assim, entendia-se que a Administração, através do poder de modificação unilateral do contrato, e por razões de interesse público, poderia alterar o contrato, ou seja, o conteúdo e modo de execução das prestações previstas, mas não o objecto deste. Por outras palavras, poderia, como sugestivamente foi avançado por DIOGO FREITAS DO AMARAL, mudar *o* contrato, mas não mudar *de* contrato¹⁵.

Não cumpre na presente tese analisar o sufragado tema de saber o que se deve entender por objecto do contrato. Por agora, diga-se tão-só que, sem prejuízo de outros entendimentos, parece ser hoje a posição dominante da doutrina¹⁶ que “o objecto do contrato designa os principais tipos de prestações contratuais concretamente acordados entre as partes, ou, noutros

¹³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, volume II, 2011, p. 628.

¹⁴ JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*, 2010, p. 722, citando EDUARDO GARCIA EM TERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 12.ª edição, I, Thopson/Civitas, Madrid, 2005, p.745.

¹⁵ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, 8.ª reimpressão da edição de 2001, p. 620.

¹⁶ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos - Por Uma Contratação Pública Sustentável*, 2012, p.494.

termos, as actividades através das quais o particular colabora na satisfação de certa necessidade pública”¹⁷. Nesse sentido, o objecto do contrato reportar-se-á sempre, e necessariamente, a uma prestação ou bem jurídico individualizado (v.g. *execução de uma determinada e concreta obra, fornecimento de certos bens, gestão de um específico serviço público*)¹⁸. Já o conteúdo das prestações, cuja modificação para estes termos será permitida, corresponderá “aos moldes peculiares, técnicos e jurídicos, da execução dessas prestações”^{19 20}.

No entanto, já durante a vigência do artigo 180.º do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”), DIOGO FREITAS DO AMARAL²¹ e PEDRO GONÇALVES²² afirmavam que este limite teria por objectivos não só proteger os interesses do contraente privado, mas também “salvaguardar os interesses públicos da transparência, da objectividade e da neutralidade que regem o procedimento administrativo tendente à adjudicação da concessão”. É que, como referia DIOGO FREITAS DO AMARAL, “um ilimitado poder de modificação poderia traduzir-se numa completa desfiguração do contrato celebrado e, desse modo, pôr em crise o sentido do procedimento contratual, enquanto momento de determinação transparente e aberta do objecto do contrato”^{23 24}. Deve assim entender-se que a violação deste limite implicará sempre uma violação dos interesses da concorrência, uma vez que, verificando-se a sua ocorrência, não poderemos mais afirmar que nos encontramos ainda perante o mesmo contrato que foi adjudicado²⁵, sendo portanto manifesto que o contrato modificado (ou o novo contrato) deveria ter sido submetido a novo procedimento concorrencial. O respeito pelo objecto do contrato não deve, contudo, ser encarado como o único limite à modificação dos

¹⁷ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...*, 2001, cit., p. 621.

¹⁸ ANA GOUVEIA MARTINS, *A Modificação...*, cit., p. 69.

¹⁹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...*, 2001, cit., pp. 621 e 622. No mesmo sentido MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso...*, cit., p. 495.

²⁰ Ilustrativamente MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos - Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2009, pp. 154 e 155, apresentam o seguinte exemplo: “a administração pode, por exemplo, num contrato de concessão de auto-estrada, impor supervenientemente ao concessionário a construção de quatro faixas de rodagem em cada sentido de circulação em vez das suas que estavam previstas no contrato. Mas em caso algum pode validamente, no mesmo contrato, alterar radicalmente a identidade da obra (de construção de uma auto-estrada para a construção de um prédio), o seu local de execução (do Algarve para Trás-os-Montes) ou o tipo contratual (de concessão de obras públicas para empreitada de obras públicas) ”.

²¹ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito...*, 2001, cit., pp. 620 e 621.

²² PEDRO GONÇALVES, *Concessão de Serviços Públicos*, 1999, p. 258

²³ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...*, cit., p. 621.

²⁴ Neste sentido também MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo...*, cit., pp. 685 e 686, referia que a Administração não podia, “nem sequer por acordo com a outra parte”, incluir no contrato, “depois de acordadas entre os co-contratantes, cláusulas que constituem violação das regras e condições sobre que a Administração anunciara estar disposta a contratar quando abre um concurso público” excepto “quando isso não implique qualquer desvio em relação aos princípios da concorrência e igualdade no concurso”.

²⁵ Como referia MARCELLO CAETANO, *Manual...*, cit., p.618, “o objecto individualiza o contrato, de tal forma que a sua substituição corresponderia à extinção de uma relação contratual e à formação de outra nova”.

contratos administrativos para defesa da concorrência, como veremos de seguida. Deve sim ser encarado como o limite mais preciso e como aquele que funcionará, em qualquer situação, como o último reduto da protecção da concorrência²⁶.

Já quanto ao segundo limite, e de forma totalmente inovadora relativamente ao que dispunha a alínea a), do artigo 180.º do CPA, o artigo 313.º do CCP proíbe qualquer modificação que configure uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência. Adicionalmente, o n.º 2 do artigo 313.º do CCP concretiza ainda que só não se verificará uma violação dos interesses da concorrência quando for objectivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação, salvo quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem.

Tratando-se o segundo limite de uma forma de proteger a concorrência garantida pelo disposto no CCP relativamente à formação dos contratos, impõe-se ao intérprete que este seja analisado e desenvolvido à luz do direito comunitário de contratação pública. De facto, apesar de esta matéria não estar regulada na Directiva n.º 2004/18/CE, de 31 de Março de 2004 (“**Directiva 2004/18/CE**”)²⁷, não faria sentido que coubesse a cada ordenamento jurídico regular que tipos de modificação é que constituiriam uma violação das normas de contratação pública e dos procedimentos concorrenciais que a referida Directiva assegura²⁸. Não regulando a Directiva 2004/18/CE os limites dentro dos quais se devem conter as modificações contratuais, para que possamos construir esses limites, a jurisprudência do TJ (que já em alguns casos se pronunciou sobre esta matéria) assume uma importância fundamental.

2. *Âmbito de Aplicação do 313.º do CCP*

Antes de passarmos à análise da jurisprudência comunitária, em especial do Acórdão Pressetext, consideramos relevante tecer algumas considerações sobre o âmbito de aplicação do artigo 313.º do CCP.

²⁶ Neste sentido, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso de...*, cit., p. 493, considera que, para respeitar “os princípios em nome dos quais o legislador impõe regras apertadas relativas à celebração do contrato”, se assume como regra absolutamente fundamental a “do respeito pelo objeto inicial” segundo a qual “não podem as partes, de facto, ao abrigo de uma suposta autonomia negocial, transformar o contrato celebrado num outro, fugindo ao cumprimento das regras a que eventualmente estariam sujeitas se inicialmente se tivessem proposto celebrar o referido segundo contrato”.

²⁷ Nem tão pouco na Directiva n.º 2004/17/CE, de 31 de Março de 2004 que, contudo, não analisaremos na presente tese.

²⁸ No mesmo sentido, D. JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ, *La Modificación de los Contratos: Límites y Derecho aplicable*, in Jornada sobre contratación pública, 2013, p.3.

A primeira consideração que cumpre sublinhar é a de que, ao contrário do que sucedia com a alínea a) do artigo 180.º do CPA, os limites à modificação dos contratos administrativos enunciados no artigo 313.º do CCP se aplicam quer aos casos de modificação do contrato administrativo por força do poder de modificação unilateral da Administração, quer ainda às modificações operadas por acordo entre as partes.

Neste sentido aponta, desde logo, o facto de o próprio artigo não especificar a que tipo de modificações se aplicam os limites por ele estatuídas. Por outro lado, aponta também neste sentido o facto de o artigo 313.º e o artigo 311.º do CCP (onde se refere que o contrato pode ser modificado por acordo entre as partes) se encontrarem no mesmo capítulo, o Capítulo V, com a epígrafe “Modificações objectivas do contrato”. Adicionalmente, o artigo 310.º do CCP, que trata dos acordos endocontratuais, submete-os, quando versam sobre a modificação do contrato, aos pressupostos e limites estatuídos no referido Capítulo V, entre os quais se encontram os limites à modificação dos contratos administrativos consagrados no artigo 313.º. De facto, pretendendo o artigo 313.º do CCP proteger não só os interesses do co-contratante da Administração, mas também os interesses da concorrência, deve entender-se que estes limites se impõe em qualquer uma dessas vertentes, visto que, como refere PEDRO GONÇALVES, “do ângulo da protecção do interesse da concorrência, afigura-se indiferente que o contrato seja modificado por acordo ou por acto unilateral”²⁹,

Em segundo lugar, compreende-se que, apesar de no n.º 5 do artigo 1.º do CCP se referir que o regime substantivo dos contratos públicos, estabelecido na parte III do CCP, se aplica apenas aos contratos que revestem a natureza de contrato administrativo, a verdade é que os limites erigidos pelo n.º 1 e n.º 2 do artigo 313.º devem igualmente aplicar-se aos contratos públicos que não revistam essa natureza (os denominados contratos privados da Administração). De facto, pretendendo o artigo 313.º impor barreiras à liberdade das partes em modificar os contratos de forma a respeitar a concorrência garantida pelas normas de contratação pública (Parte I e II do CCP), não faria sentido que estes limites não se impusessem também aos contratos privados da Administração adjudicados de acordo com um dos procedimentos regulados pelas normas previstas na Parte II do Código³⁰. Aliás, mesmo que o 313.º não fosse aplicável, dir-se-ia que estes contratos nunca poderiam estar na livre

²⁹ PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Pissetext...cit.*, p. 15.

³⁰ No mesmo sentido, PEDRO GONÇALVES, *Gestão de contratos...*, cit., p. 46, nota (67).

disponibilidade das partes, por força da jurisprudência comunitária e como forma de respeitar os princípios comunitários de contratação pública.

Por último, diga-se ainda que os limites impostos pelo artigo 313.º do CCP, sobretudo o limite imposto pelo seu n.º 2, não serão aplicáveis da mesma forma aos contratos administrativos que foram precedidos de procedimento de ajuste directo com um operador económico. Em relação aos outros limites que explanaremos na Parte II desta tese, a sua aplicação dependerá do motivo que permitiu à entidade adjudicante recorrer ao ajuste directo e do facto de esses motivos ainda se manterem após a modificação.

Capítulo III – Dados jurisprudenciais: a jurisprudência do TJ

A jurisprudência comunitária assume-se hoje como uma fonte fundamental na interpretação e definição de barreiras à modificação dos contratos administrativos, sobretudo num momento em que não existe ainda nenhum tratamento legislativo comunitário dessa matéria. Apesar da importância do tema, curiosamente, é relativamente recente a jurisprudência que sobre este versa, tendo a questão recebido um maior tratamento sobretudo desde o Acórdão Pessetext. Por coincidência ou não, a fase de maior discussão na jurisprudência comunitária sobre o tema acabou por coincidir com a crise financeira europeia e mundial, fruto, especulamos nós, da crescente importância que esta crise terá provocado na renegociação dos contratos públicos celebrados pelos Estados-Membros.

De entre os diversos acórdãos do TJ que abordam a temática da modificação dos contratos públicos, o Acórdão Pessetext, por ter sido o primeiro acórdão em que o TJ veio analisar directamente esta temática, fornecendo algumas orientações sobre as circunstâncias em que uma modificação a um contrato existente deve ser considerada uma nova adjudicação^{31 32}, representa verdadeiramente um marco incontornável da jurisprudência comunitária³³. Por este

³¹ 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*, in *Public Procurement Law Review*, 2008, n.º 6, NA 254.

³² Apesar de o TJ e outras autoridades europeias já se terem pronunciado noutros momentos sobre modificações aos contratos de forma indirecta. Assim, por exemplo, as conclusões do Advogado-Geral Fenelly no Acórdão Walter Tögel (P. C-76/97, de 24 de Setembro de 1998), a decisão da Comissão Europeia sobre ajudas de estado n.º N264/2002, de 2 de Outubro de 2002, Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta (P. C-496/99, de 29 de Abril de 2004) (“Acórdão Comissão CAS/Succhi di Frutta”) e Acórdão Comissão/França (P. C-337/98, de 5 de Outubro de 2000).

³³ Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Pessetext...*, cit., p.11. e ADRIAN BROWN, *When do Changes...*, cit., NA 254.

motivo, o acórdão mencionado tem sido, e deverá continuar a ser, citado e utilizado para resolver vários processos relativos a modificações contratuais, quer pela jurisprudência comunitária³⁴, quer pela jurisprudência nacional^{35 36}. Devido à sua abrangência e ao seu conteúdo vincadamente doutrinário, utilizaremos este acórdão para delimitar as questões a abordar e a desenvolver mais à frente.

Não interessa neste momento referir os meandros concretos do caso abordado pelo TJ nesse acórdão. Interessa-nos sim verificar quais os critérios gerais apontados pelo TJ para determinar em que situações uma modificação não será tida por admissível. Por agora, diga-se tão-só que o TJ respondeu no acórdão a três questões prejudiciais colocadas por um tribunal austríaco. Nestas procurava saber-se, resumidamente, se uma cessão parcial dos serviços adjudicados ao contraente privado (a APA) a uma sua filial (a APA-OTS) e os dois aditamentos feitos ao contrato (celebrado entre a APA e o Estado austríaco), nos quais se alteraram os preços dos serviços prestados em detrimento do contraente privado e se renovou uma cláusula de não rescisão, constituíam uma nova adjudicação para efeitos da Directiva n.º 92/50/CEE.

O TJ teceu, antes de dar resposta às questões prejudiciais colocadas pelo tribunal austríaco, alguns critérios que devem guiar a questão de saber quando é que uma modificação contratual representa uma nova adjudicação. É nestes critérios que nos focaremos de seguida e nos pontos seguintes da nossa tese.

Depois de reconhecer que a Directiva n.º 92/50/CEE não dispunha directamente sobre as questões colocadas, o TJ refere no importantíssimo n.º 34 do acórdão, em termos semelhantes ao que já havia feito no Acórdão Comissão/França³⁷, que, como forma de respeitar a

³⁴ Veja-se na Jurisprudência Comunitária, por exemplo, o Acórdão Comissão/República Helénica (P. C-250/07, de 4 de junho de 2009) (“Acórdão Comissão/República Helénica”), o Acórdão Wall AG (P. C-91/08, de 13 de Abril de 2010) (“Acórdão Wall AG”), o Acórdão Comissão/Alemanha, (P. C-160/08, de 29 de Abril de 2010), e a Sentença do Tribunal Geral (Secção Oitava, assunto T-235/2011, de 31 de Janeiro de 2013).

³⁵ Em Portugal, citando já a doutrina do Acórdão Pressetext, veja-se por exemplo o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, P. 0839/10, de 13 de Janeiro de 2011, e os Acórdãos do Tribunal de Contas n.º 20/10, P. 108/2010, de 1 de Junho de 2010, ou o Acórdão n.º 28/10, no mesmo processo mas em sede de recurso, de 3 de Novembro de 2010.

³⁶ Aproveite-se ainda para dizer que, no seguimento do entendimento que manifestámos no ponto 2. do Capítulo II *supra*, o TJ veio contrariar a posição do Advogado-Geral NIAL FENNELLY que, nas suas conclusões, no Processo C-76/97, sustentava que “a questão de saber se a renegociação das cláusulas acordadas ao abrigo de um contrato público de serviços existentes implica uma ruptura na continuidade desse contrato, dando lugar à aplicação das disposições pertinentes da Directiva 92/50 para a adjudicação do contrato posterior, deve ser resolvida pelo direito nacional”.

³⁷ Acórdão Comissão/França (P. C-337/98, de 5 de Outubro de 2000) em que se discutia se uma modificação a um projecto contratual negociado por procedimento de ajuste directo representava ainda o mesmo projecto contratual, uma vez que com a entrada em vigor da Directiva n.º 93/38/CEE esse contrato teria de ser submetido a procedimento concorrencial, excepto se o projecto contratual ainda fosse o mesmo.

transparência dos processos e a igualdade de tratamento dos proponentes, “as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato (...) quando apresentem *características substancialmente diferentes* do contrato inicial e sejam, conseqüentemente, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de *renegociar os termos essenciais do contrato*”³⁸.

Desta importante disposição do TJ confirma-se o entendimento, já sufragado em algumas decisões anteriores do TJ e por alguma doutrina, de que, mesmo durante a fase de execução dos contratos, as partes se encontram ainda vinculadas aos princípios comunitários de contratação pública, especificamente ao princípio da igualdade de tratamento e ao princípio da transparência³⁹. Neste sentido, veja-se, por exemplo, que no Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta, depois de a Comissão ter defendido que o princípio da igualdade de tratamento entre os proponentes só se aplicava durante o concurso e que, portanto, após a adjudicação, não estaria impedida de alterar as condições do concurso, o TJ entendeu que, se “a entidade adjudicante estivesse autorizada a modificar à sua vontade, quando da fase de execução do contrato, as próprias condições do concurso (...), os termos que regem a adjudicação do contrato, conforme estipulado inicialmente, seriam desvirtuados” (n.º 120) e provocar-se-ia “inelutavelmente uma violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos proponentes já que a aplicação uniforme das condições de adjudicação e a objectividade do processo deixariam de estar garantidas” (n.º 121). Ou seja, se as partes pudessem livremente alterar o conteúdo do contrato após a adjudicação, poderia ser desvirtuado o próprio procedimento concorrencial que precedeu a celebração do contrato.

Devemos ainda referir que esta disposição do Acórdão Pressetext tem sido consagrada, desde então, como a trave mestra sobre a qual se deve ponderar se uma modificação representa

³⁸ Em termos semelhantes, veja-se que nos E.U.A. uma modificação será considerada ilegal se não se enquadrar no âmbito do contrato inicial (*within the scope of the contract*). Para se determinar em que casos é que a modificação ainda se enquadra no âmbito do contrato inicial, os tribunais desenvolveram a doutrina da alteração cardinal (*cardinal change doctrine*), segundo a qual uma alteração seria considerada ilegal quando da modificação resultasse que as prestações do contraente privado se tornariam substancialmente diferentes das inicialmente contratadas. Para um maior aprofundamento dos limites à modificação dos contratos públicos nos E.U.A., *cfr* OMER DEKEL, *Modification of a Government Contract Awarded Following a Competitive Procedure*, in *Public Contract Law Journal*, Volume 38, n.º 2, 2009.

³⁹ Nesse sentido, CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários da Contratação Pública*, 2007, p. 241, referia - “se a regulação feita nas directivas se justifica pela necessidade de garantir a observância do princípio da igualdade em todas as fases do procedimento pré-contratual – como afirmou o TJ no acórdão «Bus Wallons» -, também é, sobretudo, ao princípio da igualdade que temos de recorrer para apreciar a legalidade comunitária de outras alterações ocorridas após a adjudicação, e que não são objecto de regulação por aquelas. Isto sem prejuízo de poder ainda estar em causa a violação das «regras de jogo» fixadas nos documentos do procedimento”.

na realidade uma nova adjudicação⁴⁰. É o próprio TJ que o considera referindo no n.º 76 que, “como resulta do n.º 34 do presente acórdão, para determinar se a celebração de tal cláusula constitui uma nova adjudicação do contrato, o critério pertinente é saber se esta cláusula deve ser considerada uma alteração substancial do contrato inicial”. Por esse motivo torna-se essencial ponderar qual o grau de intensidade que exigem as expressões chave “substancialmente diferentes”, “renegociar” e “termos essenciais” para que uma modificação seja considerada substancial⁴¹.

Nesse sentido, apesar de não definir que elementos inserem num contrato características substancialmente diferentes susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato, o TJ deu três exemplos de modificações que se poderiam considerar substanciais. Assim acontecerá quando uma alteração (i) introduza condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite (nº35), (ii) alargue o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos (nº36), e (iii) modifique o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial (nº37)⁴².

Com o primeiro exemplo de alteração substancial o TJ procura balizar as modificações do contrato tendo em conta directa e expressamente os interesses da concorrência, quer dos concorrentes que participaram no procedimento que antecedeu a celebração do contrato, quer ainda a dos agentes do mercado que, não tendo participado nesse procedimento, o quereriam ter feito ou teriam sido admitidos se as alterações tivessem sido previstas inicialmente. Parece assim patente que, na opinião do TJ, para determinar quando é que uma modificação se apresenta como substancial, não se deve olhar apenas ao contrato inicial, mas também ao procedimento que o antecedeu, como forma de garantir a sua integridade.

Com o segundo exemplo, o TJ aborda uma questão que muito frequentemente se coloca na prática: a de saber que prestações adicionais podem ser acordadas durante a vigência de um

⁴⁰ Repare-se, a título de exemplo, que o Acórdão Wall AG e o Acórdão Comissão/República Helénica a repetem no n.º 37 e 52, respectivamente.

⁴¹ Assim, ADRIAN BROWN, *When do Changes...*, cit., NA 261.

⁴² Estes três exemplos foram, como refere ADRIAN BROWN, *When do Changes...*, cit., NA 261, precisamente aqueles que haviam sido dados pela Comissão Europeia na sua decisão sobre ajudas de estado n.º N264/2002, de 2 de Outubro de 2002. Também referindo esta decisão da Comissão, com base na qual alguns autores vinham já delimitando os limites à modificação dos contratos administrativos, SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, p. 288 e 289.

contrato. O TJ pretendeu assim, com esta disposição, acautelar que as partes, durante a execução de um contrato, não possam a título de uma modificação contratar novas prestações em violação das regras de contratação pública. Como refere PEDRO GONÇALVES, o TJ, ao dizer que só se proíbem prestações adicionais que alarguem “numa medida importante” o contrato “a serviços inicialmente não previstos”, convoca as regras sobre adjudicação de trabalhos e serviços a mais⁴³. Fica por responder, no entanto, se fora desses casos será possível às partes contratarem prestações adicionais.

Por fim, com o terceiro exemplo, o TJ procura evitar que, durante a vigência do contrato, o contraente público possa conceder ao contraente privado benefícios injustificados em violação do princípio da igualdade de tratamento e de transparência.

De seguida, o TJ procedeu à análise das questões prejudiciais. Da leitura destas, decorre ainda um importante critério. É que só existirá uma alteração substancial, e nesse sentido só estaremos perante uma nova adjudicação, se não existir uma habilitação expressa do contrato que acautele essa modificação. Esta ideia pode ser retirada muito claramente de duas passagens do Acórdão Pressetext. Em primeiro lugar, em relação à cessão parcial do contrato à APA-OTS, o TJ começou por referir que a substituição do contraente privado, ao qual a entidade adjudicante tinha inicialmente adjudicado o contrato, deve por regra ser considerada uma alteração de um dos termos essenciais do contrato. No entanto, logo de seguida, o TJ refere que assim não acontecerá se essa substituição do contraente privado já estivesse prevista nos termos do contrato inicial. Por outro lado, o mesmo parece extrair-se ainda com mais segurança do n.º 60, em que se discutia se seria admissível as partes alterarem o preço durante a vigência do contrato. Nesse sentido, o TJ, após ter considerado que o preço do contrato “constitui uma condição importante de um contrato público” (n.º 59), concluiu que “alterar uma tal condição durante o período de vigência do contrato (...) poderia dar origem a uma violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos proponentes”, excepto se existir “habilitação expressa nesse sentido no contrato inicial” (n.º 60). Ou seja, uma modificação que poderia ser considerada substancial não o será se tiver sido prevista inicialmente no contrato. O TJ seguiu assim a jurisprudência do Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta onde se lê que, “no caso de a entidade adjudicante desejar que, por motivos precisos, certas condições do concurso possam ser modificadas depois da escolha do adjudicatário, é obrigada a prever expressamente esta possibilidade de adaptação, tal como as suas regras de execução” (n.º118).

⁴³ PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Pressetext...*, cit., p.18.

3. Conclusões a retirar da Jurisprudência do TJ

Através da jurisprudência que acabámos de citar, o TJ elaborou diversos critérios com uma relevância fundamental para determinar que tipos de modificações representam uma violação das normas e princípios comunitários de contratação pública.

Do que foi exposto podemos retirar as seguintes conclusões:

- (i) A modificação de contratos administrativos sujeitos às normas de contratação pública não pode ser livremente empreendida pelas partes, sob pena de se violarem, em certos casos, os princípios da igualdade de tratamento e da transparência;
- (ii) O critério fundamental para determinar se uma modificação representa uma nova adjudicação em violação das normas de contratação pública é o de saber se as alterações introduzidas apresentam características substancialmente diferentes das do contrato inicial, revelando uma vontade das partes em renegociar os termos essenciais do contrato inicial;
- (iii) O TJ impõe como limite à modificação do contrato os interesses da concorrência e, nesse sentido, uma modificação do contrato poderá ser considerada substancial quando, se tivesse sido prevista inicialmente, teria permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite ou teria permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos;
- (iv) Como forma de salvaguardar que não sejam atribuídas novas prestações ao contraente privado em violação das normas de contratação pública, a modificação pode ser considerada substancial quando alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos;
- (v) De modo a impedir que sejam atribuídos benefícios injustificados ao contraente privado, uma modificação pode igualmente ser considerada substancial quando altera o equilíbrio económico do contrato a favor do contraente privado;
- (vi) As modificações que poderiam ser consideradas substanciais poderão não o ser se estiver prevista, no contrato inicial, a possibilidade de se adaptar o contrato nos termos em que ocorreu a modificação⁴⁴, visto existir, nesses casos, uma habilitação expressa no contrato que permite essa alteração.

Os tópicos *supra* referidos servirão de ponto de partida para a análise que iremos proceder na Parte II, já que, não obstante essas indicações do TJ poderem ser úteis para

⁴⁴ Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta, n.º 118.

determinar que modificações são ou não admissíveis, os critérios delineados pelo TJ merecem um maior aprofundamento, até para que se possam superar certos problemas que levantam. Diga-se ainda que das disposições do Acórdão Pressetext se poderiam retirar outras conclusões relevantes. Retira-se destas, por exemplo, que a cessão da posição contratual do contraente privado, por regra, deverá ser encarada como uma modificação substancial do contrato. No entanto, sem prejuízo da sua importância, não receberão na presente tese um tratamento autónomo.

PARTE II – Limites à modificação dos contratos administrativos

Capítulo I – Alterações Substanciais

O primeiro critério que cumpre analisar é o critério da alteração substancial, que tem sido assumido, pela jurisprudência e pela doutrina, como o critério chave para determinar quais as modificações ao contrato que devem ser tidas como admissíveis. Como já vimos, o Acórdão Pressetext refere que uma modificação deverá ser considerada uma nova adjudicação quando se verificar que “as alterações introduzidas (...) apresentam “*características substancialmente diferentes*” das do contrato inicial, demonstrando portanto “a vontade das partes em *renegociar os termos essenciais* do contrato”.

Numa primeira nota, consideramos que a formulação *supra* é relativamente desadequada. De facto, a sua leitura faculta a interpretação de que as alterações introduzidas é que devem em si apresentar características substancialmente diferentes das do contrato inicial. Ou seja, é-nos permitido extrair que os pontos a comparar serão as alterações introduzidas e o contrato inicial. No entanto, para saber se a alteração é ou não substancial, a comparação a realizar deve ser feita entre o contrato inicial e o contrato depois de integradas as modificações⁴⁵. Só desta forma é que poderemos averiguar qual a importância da matéria alterada relativamente ao primeiro contrato e ao contrato alterado e ainda em que medida é que as alterações efectuadas afectam as disposições iniciais.

Pode no entanto suceder que as modificações acabem por consubstanciar verdadeiramente um novo contrato com autonomia em relação ao primeiro. Assim sucederá se a modificação manifestar todos os elementos que constituem um contrato (designadamente sujeitos, prestação, remuneração, prazo adicionais ao contrato inicial) e sobretudo se as novas prestações tiverem uma natureza diferente das inicialmente acordadas. Nesses casos será mais adequado verificar se as alterações introduzidas possuem autonomia em si, mantendo a relação contratual inicial relativamente intocada. Deve assim, num primeiro momento, analisar-se a modificação de forma autónoma, para verificar se esta constitui um contrato adicional encapotado no primeiro. De seguida, verificando-se que a modificação não constitui um contrato em si mas um acordo que afecta a relação contratual existente, deve comparar-se o

⁴⁵ Assim sucede nos E.U.A., em que os tribunais, para determinarem se a modificação é substancial, comparam o contrato inicial com o contrato modificado para poderem examinar qual a extensão da modificação. *Cfr OMER DEKEL, Modification to..., cit., *417.*

contrato inicial com o contrato que resulta das modificações, para saber se este apresenta características substancialmente diferentes do inicial.

Verificados os verdadeiros pontos a comparar, devemos-nos então questionar: que tipos de modificações quis o TJ abarcar com aquela disposição? Como conjugar a expressão “características substancialmente diferentes” com a expressão “renegociar os termos essenciais do contrato”?

Uma primeira interpretação parece ser dada por PEDRO GONÇALVES. O Autor refere que o TJ estabelece uma “associação automática entre *características substancialmente diferentes* e alteração dos *termos essenciais do contrato*”, entendendo que “a essencialidade da alteração não exige (i) uma alteração substancial (ii) de um termo ou condição essencial de um contrato”⁴⁶. Em nota de rodapé, o Autor funda esta posição no facto de o TJ ter considerado o preço um termo essencial do contrato apesar de admitir ajustamentos a este. Se bem entendemos o Autor, para determinar se uma alteração é ou não substancial, bastará que a modificação “introduza no contrato um conteúdo com características substancialmente diferentes das do contrato inicial”⁴⁷.

Uma outra interpretação é avançada por LUÍS VERDE DE SOUSA. O Autor considera que para se determinar que o contrato modificado apresenta características substancialmente diferentes das do contrato inicial terá que ocorrer (i) uma modificação substancial (ii) de um termo essencial do contrato⁴⁸.

O Autor sustenta a sua posição quer no facto de o TJ ter considerado o preço um termo essencial do contrato sem julgar que a sua modificação constituía uma alteração substancial do contrato, quer ainda numa disposição presente no Acórdão Wall AG. De facto, neste Acórdão, o TJ, em termos similares ao que havia feito no Acórdão Pressetext, mas com uma formulação diferente, entendeu que “as *alterações substanciais* introduzidas nas *disposições essenciais* de um contrato de concessão de serviços podem exigir, em certas hipóteses, a adjudicação de um novo contrato de concessão” (n.º 37). Apesar de o Autor não o referir, poderá ainda reforçar esta posição o facto de, já no Acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (“**TPI**”) no Processo Comissão/CAS Succhi di Frutta⁴⁹, o TPI ter decidido que a

⁴⁶ PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Pressetext...*, cit., p.18.

⁴⁷ PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Pressetext...*, cit., pp. 17 e 18.

⁴⁸ LUÍS VERDE DE SOUSA, *A Negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta*, in Estudos de Contratação Pública - III, 2010, pp. 306 e 307.

⁴⁹ Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta, do TPI (P. apensos T-191/96 e T-106/97, de 14 de Outubro de 1999).

“substituição de maçãs ou laranjas por pêsegos em pagamento dos fornecimentos” constitui “uma *alteração significativa* de uma *condição essencial* do anúncio do concurso”. Só ocorreria assim uma alteração substancial de um contrato se fosse modificado de forma substancial um termo essencial deste.

Que extrair das posições *supra* explanadas?

Do critério geral delineado pelo TJ no Acórdão Pressetext parece desde logo resultar, em primeiro lugar, que, para que um contrato apresente “características substancialmente diferentes” das do contrato inicial, as partes têm de ter “renegociado” “termos essenciais” desse contrato. Ou seja, modificações a termos não essenciais do contrato, por mais significativas que sejam, não parecem aptas a determinar uma alteração substancial do contrato. Mas sobre esta matéria logo se poderá perguntar: o que são, para este efeito, elementos essenciais do contrato?

Sem dúvida que num primeiro plano serão essenciais os elementos que permitem autonomizar e identificar o contrato. Assim o serão, desde logo: os sujeitos, “os principais tipos de prestações contratuais concretamente acordados entre as partes”⁵⁰ e a duração do contrato.

Por outro lado poderão ser considerados essenciais os próprios elementos do contrato sem os quais as partes não teriam celebrado o contrato.

No entanto, sem prejuízo da importância que os elementos alterados podem assumir para as partes, do facto de o contrato ter sido celebrado após procedimento concorrencial, e sobretudo do facto de estes limites de modificação serem erigidos pelo TJ para tutela da concorrência, resulta que a essencialidade da matéria alterada deve ser aferida igualmente, se não quase exclusivamente, com base na importância que estes assumem para a concorrência e com base na importância que estes assumiram no procedimento concorrencial que precedeu a celebração do contrato. Referindo o TJ, no Acórdão Pressetext, que a alteração do contrato pode ser considerada substancial quando introduz condições que se tivessem sido previstas inicialmente teriam permitido admitir outros concorrentes ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente, seria irrealista dizer que a essencialidade da matéria não deveria ser determinada igualmente com base no interesse da concorrência. Neste sentido, serão, desde logo, verdadeiramente essenciais para o contrato as matérias nele vertidas que tinham sido submetidas pelo caderno de encargos à concorrência e que foram devidamente avaliadas no

⁵⁰ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...*, 2001, cit., p. 621.

procedimento concorrencial que precedeu a celebração do contrato (v.g. *o preço ou, quando forem avaliadas, as condições técnicas de execução da prestação*).

Por outro lado e consequentemente, todas as matérias vertidas no contrato que não possam potencialmente afectar a concorrência não serão consideradas essenciais para estes termos. Ou seja, exactamente porque os limites à modificação dos contratos públicos impostos pelo TJ apenas são criados para tutelar os interesses da concorrência (não querendo com isto dizer que só estes é que devem ser tidos em conta), não interessam, para determinar se existe uma nova adjudicação, elementos do contrato que não sejam susceptíveis de os afectar.

É este o primeiro teste que deve ser feito para determinar se o contrato alterado apresenta características substancialmente diferentes do inicial. Se a alteração incidir sobre um elemento não essencial do contrato, nos termos observados *supra*, então não existirá uma modificação substancial do contrato, ou não estaremos perante uma nova adjudicação.

No entanto, verificando-se que o elemento sobre o qual a modificação incide é essencial, não quererá dizer imediata e automaticamente que estejamos perante uma modificação substancial. Como observam os dois autores que começámos por citar, no Acórdão Pressetext, depois de o TJ ter considerado que o preço constituía um elemento essencial do contrato (n.º 59)⁵¹, este concluiu (n.º 63) que, em certas condições, o seu ajustamento não consubstanciará uma alteração susceptível de constituir uma nova adjudicação do contrato. Ou seja, o TJ não proíbe todas as modificações que incidam sobre elementos essenciais de um contrato. Mesmo incidindo sobre estes, é necessária uma certa intensidade da alteração. Este entendimento é expressamente revelado no n.º 63 do Acórdão Pressetext (ou nos mesmos termos no n.º 69), em que o TJ refere que “nestas condições podemos considerar que um ajustamento dos preços de um contrato público vigente não constitui uma *alteração das condições essenciais* do contrato *susceptível de constituir uma nova adjudicação* do contrato”. Ou seja, para o TJ a alteração afecta um elemento essencial do contrato, no entanto, a alteração deste elemento, nas condições em que ocorreu, não é susceptível de constituir uma nova adjudicação, que é o mesmo que dizer que não tem uma intensidade tal que possa revelar uma nova adjudicação.

Parece assim correta a interpretação de LUÍS VERDE DE SOUSA. Para que uma alteração a um contrato seja considerada substancial é necessário atender em primeiro lugar à

⁵¹ A este propósito o TJ já havia dito, no n.º117 do Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta, que o modo de pagamento do preço constituía uma condição importante do concurso.

essencialidade da matéria alterada. Em segundo lugar, caso a alteração incida sobre um elemento essencial do contrato, deve atender-se à substancialidade dessa alteração.

Resta determinar em que circunstâncias é que se deve considerar que um elemento essencial do contrato é alterado de forma substancial. Referindo-se o TJ a alterações substanciais, poderíamos ser levados a considerar que a alteração deveria ser medida objectivamente. Ou seja, comparando as disposições essenciais do contrato inicial com o contrato alterado, só se consideraria que existe uma nova adjudicação se se verificasse que a modificação introduz características muito diferentes nessas disposições, i.e, que se procede a uma alteração verdadeiramente significativa. No entanto, da leitura do próprio Acórdão Presstext podemos concluir que não é necessariamente assim⁵². Uma modificação que não seja significativa pode ainda assim configurar uma “alteração substancial” dos termos essenciais do contrato. Isso mesmo é revelado sobretudo pelos dois exemplos de modificação substancial que o TJ inúmera no n.º 35 e 37. Vejamos.

Considerando o primeiro exemplo de modificação substancial de contrato elencado pelo TJ, este refere que a “alteração de um contrato público pode ser considerada substancial quando introduz condições que se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial (...) teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite”. Ora, perante este limite imposto pelo TJ, não é difícil imaginar um exemplo em que uma alteração “mínima” do contrato, se tivesse sido prevista no procedimento concorrencial inicial, teria permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite. Parece-nos que, caso uma alteração tivesse tal desfecho, por mais pequena que fosse, o TJ poderia considerar que se teria verificado uma alteração substancial do contrato. O mesmo sucederia se o contraente público concedesse ao contraente privado um benefício que desse origem a um desequilíbrio económico do contrato em favor do contraente privado, independentemente da substancialidade da alteração. Parece-nos que, neste caso, o TJ poderia considerar igualmente tal modificação uma modificação substancial do contrato.

O que foi exposto leva-nos a concluir que a palavra “substancial” nem sempre será utilizada no seu sentido próprio, ou seja, como sinónimo de “significativa” ou “material”. Parece-nos, de facto, que o TJ quis com o conceito de modificação substancial abarcar duas realidades diferentes.

⁵² Em sentido contrário, TIAGO DUARTE, *Os eléctricos de Marselha...*, cit., p. 35.

Por um lado, o conceito de modificação substancial poderá ser utilizado para designar uma alteração que se enquadre simplesmente num dos três exemplos elencados pelo TJ, como forma de tutelar os valores e interesses (como referimos no Capítulo III da Parte I) que esses exemplos procurarão salvaguardar. E nesses casos, a modificação não terá na realidade que ser significativa. Como vimos *supra*, uma modificação poderá consubstanciar-se num dos três exemplos de modificação substancial, apesar de ser na verdade “mínima”. Não se confie assim que os elementos essenciais do contrato possam ser modificados à vontade pelas partes desde que essa modificação não seja significativa. Parece, assim, que esses ditos “exemplos” de modificação substancial deverão ser encarados como critérios que nos possibilitam na realidade separar as modificações permitidas das modificações não permitidas.

Por outro lado, serão substanciais as alterações que sejam verdadeiramente significativas, ou seja, que modifiquem o contrato de forma a que já não possamos afirmar que o contrato modificado tem a mesma identidade do contrato inicial (“**alteração significativa**”). Claro que, devido à amplitude dos três exemplos de modificação substancial referidos pelo TJ nos n.ºs 35 a 37 do Acórdão Pressetext, este conceito de alteração significativa assumirá na realidade um carácter residual, porque desde logo a modificação que seja verdadeiramente significativa, recairá, por regra, e em primeiro lugar, num desses três exemplos referidos pelo TJ.

Parece-nos, no entanto, que, em certas circunstâncias, não bastará que a modificação se insira no âmbito dos exemplos referidos pelo TJ, nos n.ºs 35, 36 e 37 do Acórdão Pressetext, para que se possa considerar substancial. Repare-se a este propósito que a Advogada-Geral do processo Pressetext, J. KOKOTT, refere nas suas conclusões que quando se verifique o exemplo referido pelo TJ no n.º 35 do Acórdão Pressetext apenas se “deve presumir” que ocorreu uma modificação substancial (n.º 49)⁵³. Por outro lado, o mesmo parece ser revelado nos n.ºs 35, 36 e 37 do Acórdão Pressetext, onde o TJ enumera os três exemplos de modificações substanciais. Repare-se, a propósito destes, que o TJ refere apenas que a alteração de um contrato público “pode” ser considerada substancial nesses casos e não que “será” ou que “se considera”. Deve então determinar-se em que casos é que uma modificação, se se inserir num desses três exemplos, poderá, apesar disso, não ser considerada substancial.

⁵³ A Advogada-Geral apenas aponta como exemplo de modificação substancial o primeiro exemplo de modificação substancial apontado pelo TJ no Acórdão Pressetext.

Assim, em relação ao exemplo referido pelo TJ no n.º 35, parece-nos que, em certas circunstâncias, de modo a proteger e tutelar outros interesses subjacentes à modificação, ou porque já não faz sentido tutelar-se do mesmo modo os valores e interesses subjacentes ao limite imposto por esse exemplo, casos existirão em que será ainda necessário que a alteração seja significativa. Analisaremos estas circunstâncias mais à frente no Capítulo VI.

Em relação ao exemplo referido pelo TJ no n.º 37, parece-nos que existirão certas circunstâncias que poderão justificar que o desequilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário necessite ainda de atentar contra os interesses da concorrência, nos termos em que desenvolveremos no Capítulo III *infra*.

Por último, em relação ao limite imposto pelo TJ no n.º 36 do Acórdão Pressetext, parece-nos que, para determinar se uma modificação é substancial por alargar “o contrato, numa medida importante, a serviços não previstos”, deverá chamar-se à colação as regras que permitem nos termos da Directiva 2004/18/CE atribuir ao co-contraente da Administração prestações adicionais sem ser necessário recorrer a novo procedimento concorrencial.

Este mesmo entendimento parece ter sido adoptado na Proposta de Directiva. Repare-se que, na proposta, começa por referir-se que uma modificação será considerada substancial se se verificar um dos três exemplos elencados pelo TJ. No entanto, como se pode ver pela própria disposição do n.º 2 e pelo n.º 6 do artigo 72.º, a Proposta de Directiva admite excepções a esses casos.

Capítulo II – Os interesses da concorrência

Podendo as partes modificar o contrato após a sua celebração, concede-se ao contraente privado uma vantagem em relação aos outros concorrentes e operadores económicos que não terão a oportunidade de negociar nem de responder a essa alteração, que não havia sido prevista no momento de lançamento do procedimento concorrencial. Esta diferença de tratamento encontra fundamento, sem que exista violação do princípio da igualdade de tratamento e da transparência, exactamente no facto de esse concorrente ter sido aquele a quem foi adjudicado o contrato que resultou do procedimento. E assim aconteceu porque foi ele quem, por um lado, apresentou a melhor proposta e, por outro, a proposta que melhor respondeu ao projecto contratual submetido à concorrência, no qual desembocou o contrato celebrado.

Nesse sentido, o CCP, no n.º 2 do artigo 313.º, vem estatuir que uma modificação só será permitida, sem violação da concorrência garantida pela parte II do CCP, quando for demonstrável que “a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação”. Em termos semelhantes, o TJ, no n.º 35 do Acórdão Pressetext, considerou que existiria uma violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento se uma alteração introduzisse no contrato “condições que se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial” “teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite”. Existirá, nessas situações, violação da concorrência e da igualdade de tratamento entre concorrentes exactamente porque, podendo afirmar-se que o contrato resulta ainda do mesmo projecto contratual submetido à concorrência, já não poderemos afirmar que o contraente privado teria vencido o procedimento caso a alteração tivesse sido prevista desde o início, deixando de subsistir o fundamento mediante o qual ao contraente privado foi dada uma oportunidade não concedida aos outros concorrentes. Com essas disposições, pretende assim acautelar-se os interesses dos concorrentes preteridos no procedimento concorrencial que precedeu a celebração do contrato (“**a concorrência preterida**”).

Mas, no mesmo número do Acórdão Pressetext, sem paralelo no CCP, o TJ vem ainda considerar que existirá uma violação dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência caso uma alteração introduza no contrato “condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos”. Nessa situação, a violação dos princípios da igualdade de tratamento e da transparência justifica-se porque, perante a modificação, não poderemos afirmar que o contrato modificado resulta do projecto contratual tal qual este foi submetido à concorrência⁵⁴. E se assim não acontecesse, poderiam ter existido certos operadores económicos que, caso essas alterações ao contrato tivessem sido previstas inicialmente no projecto contratual submetido à concorrência, poderiam ter querido ou podido participar no procedimento concorrencial inicial. Com esta disposição, o TJ pretendeu assim acautelar os interesses dos operadores económicos que “poderiam ter apresentado proposta na adjudicação inicial”, caso as alterações tivessem sido previstas inicialmente no procedimento⁵⁵ (a “**concorrência potencial pretérita**”).

⁵⁴ A este propósito PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Pressetex...*, cit., p. 15, refere que “tornava-se inevitável concluir que a modificação (...) não poderia permitir uma reconstrução do contrato inicial em termos de este deixar de corresponder às condições fundamentais ou essenciais do «convite para contratar» que o contraente público apresentou no procedimento de adjudicação”.

⁵⁵ PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Pressetext...*, cit., pp. 17 e 18.

A manutenção do estatuto de melhor proposta, bem como o respeito pela estrutura do projecto contratual que deu origem ao contrato, a que alguma doutrina tem designado por manutenção da “equação adjudicatória”⁵⁶, permite assim garantir a integridade do próprio procedimento concorrencial que precedeu a celebração do contrato. Como refere LUÍS VERDE DE SOUSA, “admitir que não seja respeitada a estrutura do projecto contratual sobre que incidiu a resposta dos concorrentes ou permitir ajustamentos à proposta vencedora que, se introduzidos em momento anterior, determinariam que fosse outra a oferta eleita, seria transformar a adjudicação num acto meramente destinado a escolher um determinado sujeito com quem a Administração construiria o respectivo contrato”⁵⁷.

Parece assim incontornável que, apesar de os termos a comparar para determinar se certa alteração contratual viola o princípio da igualdade e da transparência serem o contrato inicial e o contrato modificado, o procedimento concorrencial que antecedeu a celebração do contrato não deve ser tido por irrelevante para esse efeito. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA considera, deste modo, que a solução apresentada pelo n.º 2 do artigo 313.º do CCP nos mostra que “ a recomposição das prestações contratuais encontra um seu limite numa espécie de eficácia póstuma ou ulterior (“*Nachwirkung*”) dos documentos conformadores do procedimento, designadamente do caderno de encargos, sobre os termos do contrato em execução”⁵⁸. Só desta forma poderemos determinar que, caso a alteração tivesse sido prevista desde o início, outro concorrente teria vencido o procedimento concorrencial que precedeu a celebração do contrato, ou que certo operador económico teria querido ou podido participar no procedimento, podendo com isso ter alterado o desfecho do mesmo. Sendo o contrato constituído pela fusão entre o caderno de encargos e a proposta do adjudicatário, como dispõe o n.º 2 do artigo 96.º do CCP, deve desde logo ter-se em atenção se a matéria alterada no contrato se encontrava inicialmente no caderno de encargos, na proposta adjudicada, ou em ambos. Isto porque só através dessa identificação poderemos afirmar qual a concorrência potencialmente afectada (se apenas a preterida ou se a potencial pretérita).

Dissemos no Capítulo I desta Parte II, quando abordámos o conceito comunitário de modificações substanciais do contrato, que se verifica uma modificação substancial quando são alterados de forma substancial elementos essenciais do contrato. Se a alteração incidir sobre

⁵⁶ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os princípios gerais da contratação pública*, in Estudos de Contratação Pública – I, 2008, p. 69, e LUÍS VERDE DE SOUSA, *A negociação pós-adjudicatória...*, cit., pp. 298 e 299.

⁵⁷ LUÍS VERDE DE SOUSA, *A negociação pós-adjudicatória...*, cit., p. 299.

⁵⁸ RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os princípios gerais...*, cit., p. 69.

um elemento não essencial deste, poderá o mesmo ser alterado independentemente da substancialidade da alteração. Igualmente, do primeiro exemplo de alteração substancial dado pelo TJ no Acórdão Presstext, concluímos que a essencialidade do elemento alterado teria de ser avaliada em consonância com a importância que este assumiu no próprio procedimento concorrencial que antecedeu a celebração do contrato, bem como de acordo com a importância que este representa para a concorrência. Cabe assim analisar, neste momento, quais os elementos que, encontrando-se inicialmente no caderno de encargos e na proposta do adjudicatário (e cujo conteúdo se encontrará vertido no contrato), se podem assumir como essenciais e em que circunstâncias é que podem ser alterados.

1. Alterações a elementos inicialmente presentes no caderno de encargos

Como refere o CCP no artigo 42.º, o caderno de encargos é a “peça do procedimento que contém as cláusulas a incluir no contrato a celebrar”, representando o projecto contratual que a Administração submete à concorrência com o objectivo de ser completado através das propostas dos concorrentes. São assim os documentos “em que se contém os termos ou condições de execução dos contratos e representam, no momento em que a Administração anuncia a sua intenção de receber propostas para esse efeito, a indicação dos direitos e deveres recíprocos que constituem a base mínima dentro da qual se dispõe a contratar”⁵⁹.

É através do caderno de encargos que os operadores económicos se apercebem de qual o tipo de prestação que caberá ao futuro contraente da Administração desenvolver, bem como das vantagens que potencialmente poderão auferir se vencerem o procedimento, sendo um elemento determinante para que estes decidam conscientemente se podem e se querem participar no procedimento concorrencial com o intuito de lhes ser adjudicado o contrato. Sendo alterados certos elementos do contrato que se incluíam inicialmente no caderno de encargos, existirá margem para que se violem as expectativas da concorrência potencial preterida, na medida em que poderão existir certos operadores económicos que não puderam ou não quiseram participar no procedimento adjudicatário inicial exactamente devido às condições que se modificam posteriormente.

Claro que uma interpretação demasiado rígida dos direitos desses operadores económicos poderia inviabilizar qualquer tipo de alteração a elementos vertidos no contrato que se encontrassem inicialmente no caderno de encargos. Nesse sentido, parece-nos que, para

⁵⁹ MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo...*, cit., p. 681.

determinar se a concorrência potencial pretérita foi violada, devem ser confrontados os elementos que se continham inicialmente no caderno de encargos com o contrato modificado, de forma a determinar, num juízo de prognose póstuma, se um operador económico médio (padrão) teria decidido ou não participar no procedimento concorrencial inicial, caso essas alterações tivessem sido previstas inicialmente. Isto porque, perante uma modificação dos elementos presentes inicialmente no caderno de encargos (e vertidos posteriormente no contrato), muitos poderão ser os motivos que determinem certos operadores económicos a afirmar que participariam no procedimento inicial caso estes tivessem sido previstos inicialmente. No entanto, nem todos estes deverão ser atendíveis ou revestirão dignidade suficiente ao ponto de impedir, em detrimento do interesse público, que uma necessária modificação ao contrato ocorra.

Não é, no entanto, apenas a concorrência potencial pretérita que poderá ser afectada por alterações a elementos presentes inicialmente no caderno de encargos. Determinadas modificações serão ainda susceptíveis de violar os interesses da concorrência preterida no procedimento concorrencial inicial. Isto porque, se tivessem estas sido previstas inicialmente, outra poderia ter sido a resposta apresentada pelos concorrentes à concorrência suscitada pelo procedimento.

A resposta à questão de saber em que condições é que os elementos presentes inicialmente no caderno de encargos podem ser alterados, durante a fase de execução do contrato, sem violação da concorrência preterida, parece ser dada pelo próprio TJ no Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta. Neste Acórdão, no qual se decidia se a Comissão Europeia poderia alterar a forma de pagamento do concorrente vencedor após a adjudicação, o TJ referiu que se “uma proposta que não seja conforme às condições estipuladas” (pelo caderno de encargos) “deve, com toda a evidência, ser afastada, a entidade adjudicante também não está autorizada a alterar a sistemática geral do concurso modificando em seguida “ (ou seja após a adjudicação) “unilateralmente uma das suas condições essenciais e, em especial, uma estipulação que, se tivesse figurado no anúncio de concurso, teria permitido aos proponentes apresentarem uma proposta substancialmente diferente” (n.º 116).

Resulta assim que o contraente público poderá alterar elementos do contrato que se encontravam presentes inicialmente no caderno de encargos. Apenas não poderá alterar elementos essenciais deste de tal forma que, se essas alterações constassem inicialmente no caderno de encargos, fosse possível aos concorrentes apresentar propostas substancialmente

diferentes. E assim será porque nesses casos “a aplicação uniforme das condições de adjudicação e a objectividade do processo” deixariam de estar garantidas⁶⁰, ou, por outras palavras, porque as propostas deixariam de ser comparáveis. Ora, deixando as propostas de ser comparáveis, por não responderem a um projecto contratual idêntico, não mais se poderá avaliar se a proposta vencedora o continuaria a ser caso a alteração contratual tivesse sido prevista inicialmente, subvertendo-se assim todo o procedimento que antecedeu a adjudicação

Para efeitos de determinar que modificações teriam como efeito, caso tivessem sido previstas inicialmente, que as propostas apresentadas pelos concorrentes seriam, assim, substancialmente diferentes, deve procurar identificar-se, em primeiro lugar, quais os elementos do caderno de encargos que exerceram uma influência determinante no sentido e conteúdo das propostas dos concorrentes (“condições essenciais” do caderno de encargos). Em segundo lugar, deve ponderar-se em que medida é que a alteração a essas condições no contrato, caso tivesse sido prevista inicialmente, teria permitido aos concorrentes apresentar propostas substancialmente diferentes.

2. Alterações a elementos da proposta

A proposta é a declaração pela qual o concorrente manifesta à entidade adjudicante a sua vontade de contratar e o modo pelo qual se dispõe a fazê-lo. É nestes moldes que o CCP, no n.º 1 do artigo 56.º, define a noção de proposta. Esta inclui não só os elementos através dos quais o concorrente responde aos aspectos da execução do contrato submetido à concorrência pelo caderno de encargos (os atributos da proposta), bem como os termos e condições relativos a aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, aos quais a entidade adjudicante pretende que o concorrente se vincule [alínea b) e c) do n.º 1 do artigo 57.º do CCP].

Numa primeira nota quanto à admissibilidade de alterações a elementos presentes na proposta do adjudicatário, consideramos que, em princípio, se apenas forem alterados elementos contidos inicialmente na proposta do adjudicatário, não será possível que se viole a concorrência potencial preterida. Isto porque, constituindo a proposta uma resposta à concorrência suscitada pelo projecto contratual (nomeadamente pelo caderno de encargos), caso este permaneça inalterado, não será possível que certos operadores económicos invoquem que, se a alteração a esses elementos tivesse sido prevista desde o início, teriam querido ou

⁶⁰ Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta (n.º 121).

podido participar no procedimento concorrencial que deu origem ao contrato. O mesmo não sucederá, no entanto, caso se alterem elementos constantes da proposta do adjudicatário de forma a que estes passem a ser desconformes com o caderno de encargos inicial. É o que acontecerá caso se alterem elementos da proposta do adjudicatário de modo a que estes violem os limites (mínimos ou máximos) impostos por parâmetros base, ou mesmo pelos termos e condições relativos a aspectos da execução do contrato não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos. Caso tal aconteça, a admissibilidade dessa alteração contratual deve ser analisada nos mesmos termos em que é analisada uma alteração a elementos que constavam inicialmente no caderno de encargos.

No que toca à concorrência preterida, podemos desde logo afirmar que os termos e condições que constavam da proposta do adjudicatário, que concretizem aspectos não submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, podem ser livremente modificados, dentro dos seus limites mínimos e máximos. De facto, não constituindo estes elementos essenciais da proposta adjudicada, uma vez que não exercem qualquer influência sobre qual será a melhor resposta ao projecto contratual submetido à concorrência, poderão ser alterados independentemente da substancialidade da alteração.

Resta saber em que medida podem ser alterados elementos do contrato que figuravam no procedimento como atributos da proposta do adjudicatário. Violando-se a concorrência preterida, quando for possível afirmar que uma alteração introduz no contrato “condições que se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial” “teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite”⁶¹, os atributos da proposta poderão ser alterados enquanto esta mantiver o estatuto da melhor proposta. Caso tal não aconteça, não poderemos afirmar que ocorreu uma alteração substancial de elementos essenciais do contrato, visto que essa alteração em nada defrauda o resultado do procedimento concorrencial anterior, nem põe em causa, de forma atendível, os interesses da concorrência.

Capítulo III – Mutações ao equilíbrio económico do contrato

“Se do exercício da *potestas variandi* resultar para o contraente particular um encargo financeiro que ele não teria sem a alteração imposta, e que sacrifique o lucro legitimamente

⁶¹ Acórdão Pressetext (n.º 35).

esperado ou cause prejuízo de outro modo inexistente, diz a lei que a Administração, como preço que tem de pagar por derrogar o princípio da estabilidade dos contratos, deve assegurar ao particular co-contratante que a relação obrigacional alterada sem o seu consentimento lhe continue a proporcionar satisfações de intensidade idêntica”⁶². Foi desta forma que a questão da manutenção do equilíbrio económico do contrato foi enquadrada durante vários anos, constituindo assim uma consequência/requisito da modificação contratual operada unilateralmente pelo contraente público ⁶³.

No entanto, como já vimos, o TJ, no n.º 37 do Acórdão Pressetext, considera que uma modificação do contrato pode ser substancial quando “modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial”. Vemos assim o renascer do limite da manutenção do equilíbrio económico do contrato, desta monta emprestado à defesa dos interesses da concorrência. O que o TJ procura deste modo impedir é que, durante a vigência do contrato, seja concedido ao contraente privado um benefício em violação do princípio da igualdade e da transparência e, também, da não discriminação em razão da nacionalidade. Caso tal viesse a acontecer, parece-nos que esse benefício, em certos casos, seria passível de ser enquadrado, desde logo, enquanto um auxílio de estado em violação das regras impostas pelo Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia⁶⁴.

O desequilíbrio económico do contrato em favor do contraente privado poderá ser ainda apto a violar os interesses quer da concorrência potencial, quer da própria concorrência preterida, podendo por vezes depender dos elementos modificados (nos termos em que observámos no Capítulo II desta Parte II).

O limite da manutenção do equilíbrio económico do contrato poder-se-á igualmente fundamentar na necessidade de reduzir os riscos de conluio entre o contraente privado e o contraente público durante o próprio procedimento concorrencial: um concorrente poderia combinar com a entidade adjudicante apresentar a melhor proposta possível, com o mais baixo

⁶² DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...*, 2011, cit., pp. 632 e 633.

⁶³ A necessidade de repor o equilíbrio económico do contrato após modificação unilateral surgiu pela primeira vez na decisão de 11 de Março de 1910 do *Conseil d'Etat* francês concernente ao recurso relativo à *Compagnie Générale Française de Tramways* de Marselha. A este propósito AUGUSTO DE ATAÍDE, *Para a Teoria Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de Modificação Unilateral pela Administração*, in *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, 1973, p.93.

⁶⁴ Neste sentido, SUE ARROWSMITH, *The Law of Public...*, cit., p. 287.

preço e maiores vantagens económicas, só para posteriormente, no momento de execução do contrato, melhorar as condições do contrato em seu favor⁶⁵.

A este propósito, acrescenta-se ainda que o CCP (da conjugação do n.º 6 do artigo 282.º e da alínea a) e b) do artigo 314.º) estatua já, e por um lado com motivações semelhantes às que escorrem da jurisprudência do TJ, que a reposição do equilíbrio económico, nascida de uma modificação por interesse público ou por facto do príncipe, quer de forma unilateral quer por acordo das partes, “não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável do que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio do contrato”.

Mas, se, por um lado, resulta da própria teoria da reposição do equilíbrio financeiro, no caso de *potestas variandi* pela Administração, que o contraente privado não pode ser prejudicado pela modificação unilateral (não podendo, portanto, a Administração beneficiar com essa imposição), parece resultar que, por outro lado, caso tal aconteça, quer seja por acordo ou por modificação unilateral, esse desequilíbrio não será apto a violar os interesses da concorrência.

Este entendimento resulta desde logo da letra do n.º 37 do Acórdão Pressetext, visto que apenas se refere que uma alteração poderá ser considerada substancial quando modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário. O TJ refere ainda, a propósito do aumento do desconto que havia sido concedido no caso ao contraente público, que uma vez que este “tem por efeito a redução da remuneração recebida pelo adjudicatário, (...) não modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário”, não sendo portanto “susceptível de provocar uma distorção da concorrência em detrimento de potenciais proponentes” (n.º 85 e 86).

Parece não ter sido assim acolhida a posição da Advogada-Geral J. KOKOTT que, nas suas conclusões, refere que “não fica excluída à partida a possibilidade de também um acordo relativo a uma redução da remuneração poder falsear a concorrência”, já que “o que é sempre determinante é saber que condições a entidade adjudicante poderia ter obtido, no mercado, *no momento da alteração do contrato*. Se por exemplo ocorreu no mercado uma redução generalizada dos preços dos serviços objecto do contrato, desde o momento da adjudicação inicial, então o (aparentemente simples) acordo de uma remuneração mais baixa do que a

⁶⁵ Neste sentido, SUE ARROWSMITH, *The Law of Public...*, cit., p. 288.

praticada até ao momento não oferece garantia de apurar se outros possíveis prestadores de serviços não conseguiriam, à data da alteração do contrato, oferecer à entidade adjudicante preços ainda mais vantajosos, para os serviços desejados, do que o actual parceiro contratual” (n.º 90 e 91).

O que a Advogada-Geral parece esquecer é que o contraente privado, perante uma redução generalizada dos preços, não se encontra (excepto se tal estivesse previsto no contrato) obrigado a reduzir o preço, sendo quase chocante julgar que se o fizer, como outros poderiam ter oferecido um preço ainda mais baixo, se deve abrir novamente o contrato à concorrência. Tal não tem que ser feito, exactamente porque se mantêm os dois pólos da equação adjudicatória de que falámos no Capítulo II desta Parte II, ou seja, a proposta do contraente privado mantém-se, à luz do procedimento concorrencial anterior, a melhor proposta, e o projecto contratual que foi inicialmente submetido à concorrência mantém-se inalterado. Se julgássemos adequadas as considerações da Advogada-Geral, estaríamos a prejudicar de forma desproporcionada o interesse público. Isto porque, perante a possibilidade de ter de se submeter novamente o contrato à concorrência, dada uma diminuição do preço, estaríamos a incentivar as partes, e sobretudo o contraente privado, a nem sentir a tentação de o fazer, em claro prejuízo do interesse público. É certo que “ a satisfação do interesse público, traduzida na obtenção de «good value for money», nunca foi uma meta do direito comunitário da contratação pública”⁶⁶. Não se ponderem, contudo, estes exemplos extremistas, que, até em situações “neutras” para o interesse da concorrência⁶⁷, veem uma oportunidade para dizer que, caso tivesse sido novamente suscitada a concorrência, as condições oferecidas poderiam ter sido melhores.

A mesma resposta não parece ser tão facilmente alcançável no exemplo oposto. Em que casos será então admissível um aumento do preço a pagar ao contraente privado, ou uma atribuição de melhores condições ao contraente privado, do que aquelas que foram inicialmente estipuladas e que resultaram do procedimento concorrencial?

Parece ser necessário distinguir certas situações. Em primeiro lugar, se não forem alteradas as condições externas do contrato, e se a alteração apenas tiver por objectivo beneficiar o contraente privado, mais facilmente poderemos afirmar que tal alteração não deverá ser permitida. Nesse caso, poderá desde logo estar em causa a violação do princípio da

⁶⁶ LUÍS VERDE DE SOUSA, *A negociação...*, cit., p. 293.

⁶⁷ Considerando que uma redução de preços não parece violar os interesses da concorrência, sendo portanto justo e razoável que essa alteração tenha que ser submetida a novo procedimento concorrencial, ADRIAN BROWN, *When do Changes...*, cit., NA 263.

prosseção do interesse público e das regras comunitárias sobre auxílios de estado. Por outro lado, não existindo verdadeiramente um fundamento objectivo, exterior ou interior ao contrato⁶⁸, que justificasse essa modificação, atribuir-se-ia, em violação do princípio da igualdade de tratamento, um benefício ilegítimo ao contraente privado, o que violaria consequentemente os interesses da concorrência. Uma eventual modificação nesses termos faria igualmente perigar a possibilidade de conluio entre as partes.

No entanto, existindo um motivo objectivo e ponderoso para atribuir esse benefício, parece que essa atribuição poderá não violar o princípio da igualdade se pudermos afirmar que o benefício em causa se justifica “num quadro de objectividade que permita supor que o contraente público a colocaria no terreno *fosse quem fosse o contraente privado*”⁶⁹, desde que a atribuição desse benefício respondesse também a uma exigência de interesse público⁷⁰. Consideramos, assim como PEDRO GONÇALVES, que o que o TJ no Acórdão Pressetext pretendeu evitar foi a “possibilidade de o contrato sofrer um desequilíbrio que se possa considerar prejudicial para a concorrência” e não toda e qualquer alteração deste equilíbrio, mesmo que esta não seja afectada⁷¹. Deverá então determinar-se, tal como fizemos no Capítulo II desta Parte II, em que termos é que esse benefício poderia ser apto a violar os interesses da concorrência preterida ou da concorrência potencial pretérita.

Mas perante, por exemplo, uma modificação das condições de mercado em que se verificou o procedimento concorrencial (ou seja, condições gerais que influenciem os operadores económicos do sector), como acontece no exemplo referido por J. KOKOTT, surge ainda a necessidade de aferir em que medida é que esta alteração viola a concorrência potencial actual, ou seja, aquela que existe no momento da alteração (“**concorrência potencial actual**”) e que pretenderia que o contrato fosse submetido a novo procedimento concorrencial. Utilizando o mesmo argumento dado pela Advogada-Geral, ADRIAN BROWN sugere que aparentemente poderia ser admissível que as partes aumentassem o preço na medida em que outros operadores económicos o fizessem nessa situação, ou seja, se não fosse expectável que outros realizassem a prestação acordada inicialmente a um melhor preço (perante a subida generalizada de preços). No entanto, como refere ainda o autor, esta avaliação é difícil de fazer

⁶⁸ Reconhecendo a importância que os fundamentos da alteração contratual revestem, SUE ARROWSMITH, *The Law of Public...*, cit., pp. 288 e 289.

⁶⁹ PEDRO GONÇALVES, *Gestão de contratos...*, cit., p. 45.

⁷⁰ Ponderando em que circunstâncias poderá uma alteração contratual que beneficie o contraente privado responder a uma exigência de interesse público, PEDRO GONÇALVES, *Gestão de contratos...*, cit.

⁷¹ PEDRO GONÇALVES, *Gestão de Contratos...*, cit., p. 45.

em abstracto, sem que o contraente privado sonde novamente a concorrência (abrindo procedimento concorrencial) para saber, perante as novas condições de mercado, quais seriam os melhores preços⁷². Será portanto uma situação em que existirá uma maior probabilidade de se violarem os interesses da concorrência e em que uma actuação cautelosa das partes se recomenda.

Mas, apesar de essa modificação do contrato poder violar o interesse da concorrência, poder-se-á perguntar, como faz PEDRO GONÇALVES se, “em casos excepcionais, pode haver lugar à implementação de medidas de protecção do contrato e do contraente privado que envolvam uma *modificação substancial não prevista*, no quadro do instituto da *alteração anormal das circunstâncias*”⁷³. Neste sentido, entende o autor que, caso se verificasse uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, a parte lesada teria direito, nos termos da alínea a) do artigo 312.º do CCP, à modificação, e “a subsistência desse direito, mesmo que envolva uma *modificação substancial*” não poderia ficar dependente da tutela dos interesses da concorrência, “já que o que mobiliza a modificação por alteração anormal das circunstâncias é a *justiça e a equidade*”.

Apesar dos ponderosos argumentos apresentados por PEDRO GONÇALVES, parecem-nos que, como refere ALEXANDRA LEITÃO⁷⁴, apesar da verificação de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, “o acordo não pode pôr em causa regras de natureza objectiva e de ordem pública, como são as que derivam das regras de Direito Europeu sobre os mercados públicos”. No entanto, não ficaria o co-contraente particular desprotegido nessas situações já que “é exactamente nas situações em que, apesar da ocorrência de uma alteração das circunstâncias, o contrato não pode ser modificado, que se deve optar pela sua resolução”.

Capítulo IV – O alargamento das prestações contratuais

Como vimos quando analisámos o Acórdão Priesetext, o TJ considerou que uma modificação contratual poderia ser considerada substancial quando “alarga o contrato, numa

⁷² ADRIAN BROWN, *When do Changes...*, cit., NA 263.

⁷³ PEDRO GONÇALVES, *Gestão de contratos...*, cit., pp. 47.

⁷⁴ ALEXANDRA LEITÃO, *O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais*, 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, pp. 11 e 12.

medida importante, a serviços inicialmente não previstos”. Refere, de seguida, que este entendimento decorre das regras comunitárias de adjudicação de serviços complementares por procedimento de negociação sem publicação de anúncio (hoje previstas na Directiva n.º 2004/18/CEE no n.º 3 e n.º 4 do artigo 31.º)⁷⁵.

Quanto a este aspecto, PEDRO GONÇALVES refere que “o TJ não veta, assim, qualquer alargamento do objecto do contrato a prestações não previstas, mas proíbe o alargamento numa «medida importante»: a expressão adquire mesmo uma dimensão quantificável, devendo convocar-se para este efeito as regras sobre a «adjudicação» de trabalhos a mais e serviços a mais”⁷⁶. Mas, falando igualmente o TJ da alínea f) do n.º 1 do artigo 11.º da Directiva n.º 92/50 (repetição de serviços), devem convocar-se na realidade todas as regras de adjudicação de prestações adicionais configuradas hoje na Directiva n.º 2004/18/CEE na alínea b) do n.º 3 do artigo 31.º (para contratos públicos de locação e aquisição de bens móveis), e nas alíneas a) e b) do n.º 4 do mesmo artigo (para contratos de empreitadas de obras públicas e contratos de aquisição de serviços). O mesmo sucede em relação aos trabalhos a mais no âmbito da concessão de obras públicas, que ficam, no entanto, fora do âmbito de aplicação da citada Directiva (artigo 61.º).

Deverá então procurar saber-se se as partes podem, a título de uma modificação contratual, contratar prestações adicionais fora das situações previstas por essas normas. Parece-nos que não. De facto, as normas *supra* referidas configuram situações em que, durante a execução de um contrato, será admissível, nos termos da Directiva n.º 2004/18/CE, que se adjudiquem ao contraente privado prestações adicionais sem recorrer a novo procedimento concorrencial. São esses os casos em que, durante a execução do contrato, o legislador comunitário considerou (i) poder ser derogada a concorrência à luz de outros interesses ou (ii) não ser afectada a concorrência apesar da atribuição dessas prestações adicionais. Ora, essa circunstância não pode ser alterada pelo facto de essas prestações adicionais serem atribuídas a título de uma modificação contratual.

Neste sentido, refira-se que são taxativos os casos em que a atribuição de prestações adicionais pode ser feita por meio de procedimento por negociação sem publicação de

⁷⁵ No Acórdão *Pressetext* estava em causa a modificação de um contrato público de serviços pelo que o TJ apenas se referiu a alargamentos a serviços não previstos inicialmente (e as referentes regras comunitárias excepcionais quanto à sua atribuição), sendo, no entanto, certo que o entendimento se aplica verdadeiramente a todo o tipo de prestações adicionais independentemente do tipo de contrato em causa.

⁷⁶ PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Pressetext...*, cit., p. 18.

anúncio⁷⁷, e o mesmo parece aplicar-se se esse alargamento for feito a título de uma modificação. Não recaindo sobre os pressupostos das normas *supra*, as prestações adicionais só poderão ser adjudicadas com base nas restantes normas de contratação pública.

Nesse sentido vai o Acórdão Comissão/Espanha (P. C-84/03, de 13 de Janeiro de 2005), no qual a Comissão interpôs uma acção contra o Reino de Espanha por não ter transposto correctamente para o seu ordenamento jurídico a Directiva n.º 93/37/CEE, particularmente por ter permitido o recurso ao procedimento por negociação sem publicação de anúncio em dois casos não contemplados naquela directiva. Quanto a este aspecto, o TJ referiu que “as derrogações às regras que visam garantir a efectividade dos direitos reconhecidos pelo Tratado no sector das empreitadas de obras públicas devem ser objecto de interpretação estrita” e, conseqüentemente, “sob pena de privar as directivas em causa do seu efeito útil, os Estados-Membros não podem admitir casos de recurso ao processo por negociação não previstos nas Directivas 93/36 e 93/37 nem acrescentar aos casos expressamente previstos nestas directivas novas condições que tenham por efeito facilitar o recurso ao referido processo” (n.º 48).

Cumprir referir, a propósito deste mesmo entendimento, a Sentença do Tribunal Geral da União Europeia (“TG”) P. T-235/11, de 31 de Janeiro de 2013, na qual estava em causa uma acção de anulação, interposta pelo Estado Espanhol, quanto à Decisão da Comissão C(2011) 1023 final (relativa a modificações operadas pelo Estado espanhol, alargando o objecto de diversos contratos de concessão). O TG entendeu que “*contrariamente a lo que sostiene el Reino de España, cabe considerar que el artículo 20, apartado 2, letras e) y f) de la Directiva 93/38⁷⁸ se aplica a las modificaciones de contratos públicos acordadas durante su fase de ejecución*” e que “*debe subrayarse que las únicas excepciones lícitas a la aplicación de la Directiva 93/38 son las que están expresamente mencionadas en ella*”⁷⁹ (n.º 50 e 57). O TG acabou então por concluir que, visto que as modificações operadas pelo Reino de Espanha, que alargavam o contrato a prestações adicionais, não se enquadravam nas excepções previstas nas alíneas e) e f) do n.º 2 do artigo 20.º da Directiva 93/38/CE, estas revelavam uma alteração substancial em relação ao contrato original.

⁷⁷ Neste sentido, SUE ARROWSMITH, *The Law on...*, cit., p. 609.

⁷⁸ Que reflectia os casos em que se poderia adoptar o procedimento de negociação sem publicação de anúncio para a contratação de prestações adicionais por entidades que actuassem nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações)

⁷⁹ As passagens desta Sentença encontram-se em espanhol visto que ainda não existia ao momento da entrega desta tese uma versão em português.

Capítulo V – Habilitação Expressa

Analisámos nos Capítulos II a IV desta Parte II os três exemplos dados pelo TJ de modificações contratuais substanciais. No entanto, sabemos já, da análise feita ao Acórdão Presstext, que uma modificação dessa amplitude poderá não ser considerada substancial quando estiver prevista desde o início. Ou seja, só existirá uma modificação substancial do contrato “no caso de o contraente público não estar habilitado expressamente a introduzir as alterações pretendidas”⁸⁰.

A este propósito é sobretudo importante a argumentação que o TJ desenvolveu no Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta. No n.º 118, o TJ refere que, “caso a entidade adjudicante desejar, que por motivos precisos, certas condições do concurso possam ser modificadas depois da escolha do adjudicatário, é obrigada a prever expressamente esta possibilidade de adaptação, tal como as regras de execução, no anúncio do concurso que ela própria elaborou”. A previsão das situações em que o contrato pode ser alterado e as regras de execução dessa alteração pretendem assim salvaguardar que “todas as empresas interessadas em participar no concurso tenham desde o início conhecimento das mesmas e se encontrem em pé de igualdade no momento de formularem a sua proposta”.

Da disposição *supra* podem ser retiradas relevantes conclusões.

Em primeiro lugar, em consonância com o que dissemos no Capítulo II desta Parte II, a previsão de mutações *ab initio* à matéria que se encontra prevista no caderno de encargos tem por objectivo acautelar que os operadores económicos, desde o momento do lançamento do procedimento concorrencial, tenham conhecimento das potenciais vantagens que poderão auferir caso participem no procedimento. Da mesma forma, pretende-se acautelar que os concorrentes que participaram no procedimento possam ter noção das condições em que o contrato se irá desenrolar, para que possam apresentar as suas propostas em consonância com estas. Isto não quer porém dizer que durante a execução do contrato as partes não possam alterar certos elementos que se encontravam no caderno de encargos. Apenas que só o poderão fazer enquanto a modificação não seja considerada substancial, ou caso o seja, desde que esteja prevista essa modificação.

⁸⁰ PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Presstext...*, cit., p. 17.

Em segundo lugar, apesar de o TJ, no Acórdão Pissetext, ter dado a entender que, para que não haja violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento, a modificação, que se apresente como substancial, deve estar prevista no contrato inicial (n.º 60), resulta dessa disposição do Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta que, na verdade, a possibilidade de modificação deve encontrar-se prevista *ab initio* nas peças do procedimento. Caso a modificação se encontre prevista no contrato inicial, mas não no caderno de encargos, e visto que, como observámos, o contrato resulta da fusão do caderno de encargos com a proposta do adjudicatário, teremos que verificar de que forma é que essa modificação pós-adjudicatória, aos termos do contrato a celebrar, poderá ser admissível. Para tanto, no ordenamento jurídico português, deve ser analisado se essa modificação deve ser tida por admissível de acordo com o artigo 99.º do CCP. Não iremos analisar em que moldes essa modificação poderá ou não ser realizada, já que essa matéria merece um tratamento autónomo⁸¹, apesar das diversas semelhanças que encontra com o regime da admissibilidade das alterações contratuais.

Por outro lado, parece também decorrer do exposto que não é suficiente, para evitar que uma alteração seja considerada substancial, que as peças do procedimento prevejam as circunstâncias em que poderá ocorrer uma modificação ao contrato. Devem também prever-se expressamente as regras de execução dessa modificação. Isto porque, caso se definam apenas as circunstâncias sobre as quais se pode alterar o contrato, continuará a caber às partes determinar a concreta medida da alteração. Ora, talvez mais importante que definir, nas peças do procedimento, as situações em que o contrato pode ser alterado, será prever exactamente a concreta medida da modificação. Com efeito, é a medida desta que, em si, será apta a violar a concorrência.

Adicionalmente, será relevante determinar com que precisão e em que termos se deve prever essa possibilidade de adaptação do contrato e as regras de execução da modificação. Nesse sentido, no Livro Verde sobre Parcerias Público-Privadas⁸², a Comissão referiu que os documentos de consulta podem “prever cláusulas de revisão, na medida em que estas identifiquem precisamente as circunstâncias e as condições em que se poderão introduzir ajustamentos na relação contratual. No entanto, será sempre necessário que estas cláusulas sejam suficientemente claras para permitir que os operadores económicos as interpretem do mesmo modo na fase de selecção do parceiro” (parágrafo 47). A este propósito, na Proposta de

⁸¹ Sobre a possibilidade de inserir ajustamentos ao contrato a outorgar após a adjudicação, *cf.* LUÍS VERDE DE SOUSA, *A negociação pós-adjudicatória...*, cit.

⁸² COM (2004) 327 final.

Directiva prevê-se também que “as modificações contratuais não serão consideradas substanciais (...) se estiverem previstas na documentação relativa ao concurso em opções ou cláusulas de revisão claras, precisas e inequívocas”. Ou seja, como o que se pretende acautelar é que os concorrentes possam interpretar do mesmo modo, durante o procedimento concorrencial, as vantagens que poderão potencialmente auferir e em que condições é que o contrato será executado, essas cláusulas de revisão deverão ser claras, precisas e inequívocas, e deverão ser encaradas como tão ou mais admissíveis quanto maior for o grau de especificidade com que prevejam os termos em que poderá decorrer a modificação.

Nesse sentido aponta ainda o critério fundamental definido pelo TJ no Acórdão Pressetext (no n.º 34). Repare-se que, nos moldes em que foi definido pelo TJ, uma alteração do contrato só será considerada substancial quando for susceptível “de demonstrar a vontade das partes de *renegociar* os termos essenciais do contrato”. Parece assim importante, para este efeito, que às partes se deixe uma margem muito reduzida de negociação quanto aos termos do contrato a modificar. Desta forma, quanto mais precisa for a previsão das circunstâncias em que a modificação poderá ocorrer, e mais precisa for a concreta medida da modificação que ocorrerá nessas circunstâncias, menor será a margem das partes para “renegociar” *a posteriori* os termos essenciais do contrato. Nesse caso será igualmente mais provável que um tribunal considere que não existiu, caso se altere o contrato dessa forma, uma modificação substancial do contrato. Veja-se assim que, no Acórdão Pressetext, apesar de o TJ ter considerado o preço um elemento essencial do contrato, e de uma alteração deste elemento poder ser considerada substancial, a substituição do índice de preços, para efeitos do cálculo da indexação, não foi considerada uma alteração substancial do contrato, exactamente porque, estando prevista a sua substituição por um índice de preços posterior, a alteração apenas “se limitou a aplicar as estipulações do contrato com base no que diz respeito à actualização da cláusula de indexação” (n.º 68). Ou seja, porque a modificação decorreu de uma estipulação contratual anterior, e não devido a novo acordo entre as partes, essa modificação contratual será permissível.

Deve-se ainda questionar, se estiver previsto nas peças do procedimento que uma das partes tem direito a modificar certos termos do contrato por sua opção, se poderá o exercício desta mesma opção ser considerado uma alteração substancial. Definindo-se de forma precisa a modificação a realizar, e ficando esta dependente apenas da vontade de uma das partes, parece que não ocorrerá, em verdade, uma “renegociação” dos termos essenciais. Nesses casos, a modificação constituirá apenas o exercício de um direito que resulta de uma estipulação do

contrato inicial⁸³. Deverá, no entanto, o valor económico da opção (caso exista) fazer reflectir-se no valor do contrato, nos termos do n.º 1 do artigo 17.º do CCP. Caso contrário, a entidade adjudicante encontraria na opção uma forma de fugir aos limiares comunitários quanto ao tipo de procedimento a escolher.

Resta perguntar se todas as modificações previstas nas peças do procedimento deverão ser, no entanto, admitidas, e não qualificadas como alterações substanciais do contrato.

Este entendimento parece encontrar algum fundamento no Acórdão Comissão/França (P. C-340/02, de 24 de setembro de 2002) relativo a um projecto para o melhoramento de uma estação de tratamento de águas residuais. Neste caso, a entidade adjudicante publicou um anúncio para um concurso de ideias tendo por objecto o estudo da viabilidade do projecto. O referido anúncio previa igualmente que, ao vencedor do concurso, poderiam ser adjudicados serviços adicionais relativos à segunda fase do projecto, nomeadamente assistir o dono da obra na implementação da sua ideia. Ora, quanto a estes serviços adicionais, o TJ considerou que o Estado francês teria violado a Directiva n.º 92/50/CE, visto que “o princípio da igualdade de tratamento entre os diferentes prestadores de serviços” exige “que o objecto de cada contrato bem como os critérios da sua adjudicação sejam claramente definidos” e que “a simples possibilidade de se adjudicar o contrato relativo à segunda fase segundo os critérios previstos para outro contrato, o respeitante à primeira fase, não equivale à sua celebração de acordo com um dos procedimentos previstos na directiva” (n.º 34 e 36). Assim, a decisão do TJ parece justificar-se pelo facto de as prestações adicionais previstas no anúncio do primeiro concurso apresentarem uma natureza diferente das prestações principais, representando portanto um novo contrato com um objecto diferente. Deste modo, as prestações adicionais teriam de ter sido submetidas à concorrência para saber qual seria a melhor resposta que o mercado teria apresentado em relação a estas⁸⁴.

Confirma ainda este entendimento o Acórdão Comissão/Espanha (P. C-423/07, de 22 de abril de 2010), em que se avaliava a modificação de um contrato de concessão de obras públicas cujo caderno de encargos previa de forma vaga a possibilidade de o contraente privado e o contraente público acordarem novas obras que tivessem ainda incidência na concessão. Neste sentido, o TJ concluiu que, “mesmo admitindo que todos os proponentes tenham entendido da mesma forma a sua liberdade de iniciativa” (de poderem propor novas obras com incidência

⁸³ Nesse sentido SUE ARROWSMITH, *The Law of Public...*, cit., p. 290 e 294.

⁸⁴ Neste sentido, SUE ARROWSMITH, *The Law of Public...*, cit., p. 289.

sobre a concessão), “não é conforme com a Directiva 93/37 adjudicar, sem qualquer transparência, um contrato de concessão de obras públicas que inclui obras ditas «complementares» que por si sós constituem «contratos de empreitada de obras públicas» na acepção desta directiva e cujo valor ultrapassa o limiar nela previsto” (n.º 70).

Dos dois acórdãos referidos, parece resultar que, mesmo que esteja previsto no procedimento concorrencial o alargamento do contrato a novas prestações, essas prestações não podem ser realizadas, no âmbito do contrato inicial, quando sejam de diferente natureza das prestações principais, porque nesse caso essas prestações adicionais revestirão um objecto diferente. Não bastará assim que se determinem, nas peças do procedimento, as circunstâncias precisas em que certas alterações podem ocorrer e, ainda, a medida dessa modificação. Em certos casos, como acontecerá quando a modificação alargue o contrato a prestações de natureza diferente, será ainda necessário que os elementos da possível modificação sejam submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, ou seja, que sejam avaliados como um dos factores que determinam a adjudicação⁸⁵. Isto porque, caso tal não acontecesse, furtar-se-ia à concorrência a possibilidade de celebrar com a entidade adjudicante esse novo contrato, por conta de um procedimento em que se avaliaram propostas relativas a uma outra prestação. O requisito não é apenas qualitativo, não sendo necessário que as prestações adicionais sejam de natureza diferente das primeiras. O mesmo vale, por exemplo, caso se previsse, num procedimento concorrencial em que a entidade adjudicante procurasse comprar 10 computadores, que a entidade adjudicante teria uma opção de comprar mais 50 computadores ao mesmo preço. Perante um caso como este, não podemos dizer que a prestação adicional seja na verdade adicional, já que o seu valor e quantidade são muito superiores à principal⁸⁶, não sendo portanto admissível que um procedimento, que avaliou as melhores propostas para a compra de 10 computadores, sirva de fundamento a que não se submetam à concorrência, e não se avaliem, propostas quanto à aquisição de 50 computadores adicionais.

Neste sentido vai também a Proposta de Directiva relativa aos contratos públicos. É que, como se refere no seu considerando n.º 48, apesar de se dever conferir à entidade adjudicante a possibilidade de prever modificações ao contrato, essa margem de manobra não pode ser “ilimitada”. Assim, nos termos da Proposta de Directiva, as cláusulas de revisão “não podem prever modificações ou opções que alterem a natureza global do contrato” (n.º 5, do artigo 72.º,

⁸⁵ Neste sentido, SUE ARROWSMITH, *The Law of Public...*, cit., p. 289.

⁸⁶ SUE ARROWSMITH, *The Law of Public...*, cit., p. 291.

in fine). Para efeitos da Proposta de Directiva, existirá uma alteração da natureza global do contrato quando, por exemplo, se substituam obras, produtos ou serviços a adjudicar por algo diferente ou quando se altere profundamente o tipo de contrato. Com esses exemplos, a proposta parece apontar para a necessidade de, até quando prevista, a modificação não poder ter por efeito alterar a natureza das prestações (quer se acrescentem novas com outra natureza ou se substituam as existentes) ou para a necessidade de se manter sempre o mesmo tipo de contrato. Isto porque as peças de um procedimento concorrencial (em que apenas se avaliaram as propostas em relação a determinada prestação) não podem prever atribuir ao contraente privado prestações com uma natureza diferente da que foi avaliada, nem prever modificações que teriam por efeito descaracterizar o contrato adjudicado, de tal forma que já nem continuaria o contrato modificado a integrar-se no âmbito daquele que foi devidamente avaliado no procedimento e adjudicado inicialmente.

Capítulo VI – Derrogações ao interesse da concorrência

Vimos no Capítulo II da presente Parte II que o que fundamenta a possibilidade de o contraente privado poder alterar com o contraente público certas disposições do contrato, sem que exista para tanto violação do princípio da igualdade, é o facto de esse concorrente ter sido aquele que venceu o procedimento concorrencial, resultando esse facto de ele ter apresentado, por um lado, a melhor proposta e, por outro, a proposta que melhor respondeu ao projecto contratual submetido à concorrência no qual desembocou o contrato celebrado.

No entanto, não podemos de igual modo esquecer que, o facto de ao contraente privado ser dada a oportunidade de modificar com o contraente público os termos do contrato, resulta ainda de um outro importante factor. É que, ao contrário dos concorrentes preteridos e dos concorrentes potenciais pretéritos, o contraente privado encontra-se, no momento de execução do contrato, numa relação contratual com a entidade adjudicante. Ora, essa mesma relação pode exigir, por diversos motivos, independentemente da figura do contraente privado, alterações ao contrato. Vejamos.

1. Necessidades de modificação

Durante a fase pré-contratual, os concorrentes e a entidade adjudicante esforçam-se e devem esforçar-se por prever, perante as necessidades que originaram a vontade de contratar desta última, com a maior precisão possível, os termos em que a execução do contrato se irá desenrolar (*v.g. as prestações necessárias, o meios técnicos como estas devem ser realizadas,*

os prazos, os custos, etc.). Assim, caberá, num primeiro momento, à entidade adjudicante defini-las no caderno de encargos. Mas caberá também aos interessados, de acordo com o artigo 61.º do CCP, aperfeiçoar esse caderno de encargos, devendo entregar à entidade adjudicante (até ao termo do quinto sexto do prazo fixado para a apresentação das propostas) uma lista onde constem os erros e omissões detectados no caderno de encargos. Os interessados devem aliás actuar, para esse efeito, com a diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas (n.º 2 do artigo 61.º do CCP), ou seja, com a “diligência padrão exigível no caso”⁸⁷. Deve ainda a entidade adjudicante esforçar-se por tentar prever, tal como observámos no Capítulo V desta Parte II, possíveis modificações ao contrato, quer estas se justifiquem pelo surgimento de necessidades novas, quer porque se prevê que as circunstâncias em que o contrato se desenrolará poderão sofrer alterações. Assim, idealmente, não deveriam surgir durante a execução do contrato quaisquer necessidades de o alterar.

No entanto, o que as considerações *supra* não podem fazer esquecer é que durante a fase pré-contratual os intervenientes projectam a execução do contrato num momento anterior a esta mesma execução. E esta projecção poderá não corresponder (i) à realidade existente no momento dessa projecção, já que existirão, como o próprio CCP reconhece no n.º 2 do artigo 61.º, certas previsões do caderno de encargos que só poderão ser detectadas na fase de execução do contrato (*v.g. por mais prospecção do terreno que seja feita, só durante as escavações para a realização de um túnel é que se descobre que existe uma matéria rochosa de mais difícil penetração*), (ii) à realidade posterior que se verifica no momento de execução do contrato. Do projecto ao momento da execução, quer seja porque foi feita uma projecção incorreta da realidade, quer seja porque surgiram circunstâncias posteriores que a alteraram, o contrato poderá tornar-se dissonante da realidade, de forma que não era possível, ou exigível, aos intervenientes dessa projecção (os intervenientes do procedimento pré-contratual) prever.

Estas circunstâncias imprevisíveis futuras, ou projecções erradas, serão tanto ou mais prováveis de se verificarem quanto maior for a duração do contrato, e quanto mais complexa e inovadora for a matéria subjacente ao contrato, respectivamente⁸⁸.

Independentemente dos casos em que a necessidade de alterar o contrato advém de uma dissonância entre a realidade (passada ou futura) e o caderno de encargos (ou mesmo do

⁸⁷ RUI MEDEIROS, *O controlo de custos nas empreitadas de obras públicas através do novo regime de trabalhos de suprimento de erros e omissões e de trabalhos a mais*, in Estudos de Contratação Pública – II, 2010, p. 440.

⁸⁸ SUE ARROWSMITH, *The Law of Public...*, cit., p. 289.

contrato), parece ainda legítimo que as partes do contrato procurem melhorar os seus termos, i.e., que procurem melhorar a eficiência do contrato e os benefícios que a sua execução poderá proporcionar aos seus destinatários (quer seja a própria Administração, quer sejam os cidadãos). E essa legitimidade será tanto maior quanto mais extensa for a duração do contrato. De facto, não podem os termos de execução dos contratos administrativos, que têm subjacente a realização do interesse público, ficar parados no momento da sua adjudicação. O grande avanço que a tecnologia e os meios disponíveis sofreram nos últimos anos, a um ritmo exponencialmente acelerado, revelam-nos quão ineficiente seria que, por exemplo, uma actividade desenvolvida numa concessão de serviços públicos, em vigor nos dias de hoje, ainda correspondesse aos termos iniciais em que foi adjudicada nos anos 80. A este propósito, diga-se ainda que a impossibilidade de o fazer seria contrária aos próprios princípios que regem os contratos de concessão de serviços públicos. Nesta linha, veja-se que a alínea c) do artigo 429.º do CCP sujeita o concessionário à constante adaptação da concessão às necessidades, não fazendo sentido que não fosse legítimo às partes, num contrato de concessão de serviços públicos, adaptar, deste modo, o contrato.

Todos os fundamentos *supra* poderiam justificar objectivamente a realização de uma modificação ao contrato, independentemente de quem fosse em concreto o contraente privado. Sabemos, no entanto, da análise dos limites impostos pela concorrência à modificação dos contratos públicos, que apesar desses fundamentos não poderão ser admitidas alterações ilimitadas dos contratos, não podendo a modificação introduzir características substancialmente diferentes no contrato inicial. Analisámos, até aqui, apenas os limites à modificação despidos de quaisquer fundamentos a estes subjacentes. Cumpre então, nos próximos pontos, determinar se podem, e em que medida, os fundamentos que justificam a modificação, atenuar ou derrogar os apertados limites que o TJ desenvolveu no n.º 35 do Acórdão Pressetext.

2. *Circunstâncias “imprevistas” ou imprevisíveis*

Vimos, no Capítulo IV desta Parte II, que a Directiva 2004/18/CE tutela já os casos em que devido a certas circunstâncias podem ser atribuídas ao contraente privado, durante a execução do contrato, prestações adicionais sem ser necessário recorrer a novo procedimento concorrencial. Interessa-nos sobretudo verificar que, num desses casos, o legislador comunitário parece ter valorizado devidamente os motivos objectivos que justificam essa atribuição, de tal forma que serão estes aptos a derrogar os próprios interesses da concorrência. Falamos do caso dos trabalhos e serviços a mais previstos na alínea a) do n.º 4 do artigo 31.º da

Directiva 2004/18/CE. O legislador português transpô-los para os artigos 370.º e ss. e 454.º do CCP, respectivamente, enquanto modificações aos contratos (alargamento das prestações previstas no contrato inicial), ao contrário do que sucede na Directiva (onde são encarados como novas adjudicações).

Segundo os seus termos, as partes poderão acordar obras ou serviços complementares, que não constem do projecto inicial ou do contrato inicial, sem recorrer a novo procedimento concorrencial, desde que: (i) tal se tenha tornado necessário para execução da obra ou da prestação do serviço, (ii) tenha surgido uma circunstância imprevista e (iii) tais trabalhos ou serviços não possam ser técnica ou economicamente separados do objecto do contrato inicial sem grande inconveniente para as entidades adjudicantes, ou, sendo separáveis, sejam absolutamente necessários à sua conclusão. Caso se preencham as condições anteriores, o único limite que a Directiva n.º 2004/18/CE exige para que se respeite a concorrência é que o preço dessas obras e serviços complementares não exceda 50% do valor do contrato inicial.

Ora, a possibilidade de alargar o objecto do contrato sem recorrer a novo procedimento concorrencial, ao abrigo dessa disposição, resulta fundamentalmente do facto de essas prestações adicionais se terem tornado necessárias, para que se execute a obra ou a prestação de serviço descrita no projecto contratual, devido a “circunstâncias imprevistas”. Poderá perguntar-se, e interessará sobretudo neste capítulo saber, o que se deve entender por “circunstâncias imprevistas”. A este propósito, ANA GOUVEIA MARTINS⁸⁹ refere que “o elemento literal não aponta para a exigência de uma imprevisibilidade objectiva mas antes para circunstâncias que não foram concretamente previstas pela entidade adjudicante, embora, eventualmente, previsíveis. O confronto da referida disposição com a expressão «motivos de urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis» utilizada no art. 31.º, n.º 1, alínea c), da Directiva corrobora, em termos sistemáticos esta interpretação”⁹⁰.

Apesar de o TJ ainda não se ter pronunciado sobre o “conteúdo, sentido e alcance do conceito de «circunstâncias imprevistas»”⁹¹, o TG, na Sentença T-235/11 de 31 de janeiro de 2013, referiu que “*las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos deben ser objeto de una interpretación estricta*” e que, como tal, à entidade

⁸⁹ No mesmo sentido, RUI MEDEIROS, *O controlo de custos nas empreitadas de obras públicas...*, cit., p. 462.

⁹⁰ ANA GOUVEIA MARTINS, *A modificação e os trabalhos a mais...*, cit., p. 101.

⁹¹ ANA GOUVEIA MARTINS, *A modificação e os trabalhos a mais...*, cit., p. 101.

adjudicante caberia “*actuar com toda la diligencia requerida*” para prever a circunstância imprevista (n.º 80 e 90). E, neste sentido, também a Proposta de Directiva relativa aos contratos públicos, numa disposição que veio a substituir e alargar o âmbito da alínea a) do n.º 4 do artigo 31.º da Directiva, se refere a “circunstâncias que uma autoridade adjudicante diligente não poderia prever”.

A este propósito, parece-nos que, apesar do argumento linguístico e sistemático, “circunstância imprevista” não poderá tão-somente configurar-se como uma circunstância que “não foi prevista” pela entidade adjudicante. Estando de facto em causa um mecanismo que permite excepcionar a necessidade de lançar um procedimento concorrencial, não nos parece que para o legislador comunitário bastasse que a circunstância não tivesse sido prevista pela entidade adjudicante, por menos diligente que tenha sido na elaboração das peças do procedimento.

De facto, como vimos no Capítulo V desta Parte II, decorre da jurisprudência comunitária que a entidade adjudicante, caso queira alterar o contrato num momento posterior à escolha do adjudicatário, deve prever expressamente nas peças do procedimento a possibilidade de adaptação, tal como as suas regras de execução, “de modo que todas as empresas interessadas em participar no concurso tenham desde o início conhecimento das mesmas e se encontrem em pé de igualdade no momento de formularem a sua proposta”⁹². Ou seja, por forma a respeitar o princípio da igualdade de tratamento e da transparência, a entidade adjudicante deve procurar ao máximo prever o modo de execução do contrato não só tendo em conta a realidade existente no momento do procedimento, mas também tendo em conta as próprias circunstâncias futuras previsíveis. Deve assim estabelecer nas peças do procedimento cláusulas que prevejam, tendo em conta as circunstâncias futuras, a possibilidade de adaptar o contrato a essas circunstâncias, bem como as regras de execução dessa adaptação, para que todos os operadores económicos possam saber em que termos se irá desenrolar a execução do contrato. Será este o melhor modo de tutelar a concorrência.

Surgindo então uma circunstância “imprevista” durante a execução do contrato que requer a prestação de obras ou serviços adicionais pelo contraente público, esta pode ser de um de três tipos: (i) prevista pela entidade adjudicante, mas não prevista nas peças do procedimento (ii) não prevista, mas sê-lo-ia por uma entidade adjudicante diligente, e (iii) não prevista, nem

⁹² Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta (n.º 118).

o poderia ser (era, pois, *imprevisível*), por uma entidade adjudicante actuando com uma diligência-padrão exigível. Ora, exigindo-se, nos termos observados no último parágrafo, que uma entidade adjudicante deva tentar prever e acautelar circunstâncias futuras que possam exigir novas prestações, não parece que estaria no espírito do legislador comunitário recompensar as entidades adjudicantes que não o fizeram, apesar de ser exigível que o fizessem, admitindo, caso se verifiquem as restantes condições da alínea a), do n.º 1 do artigo 31.º da Directiva, que se derroquem os interesses da concorrência e que às partes fosse permitido acordar prestações adicionais desde que não ultrapassassem 50% do valor do contrato inicial.

Parece-nos, na verdade, que o legislador comunitário quis apenas acautelar as situações em que a entidade adjudicante não previu essas circunstâncias nas peças do procedimento, justamente porque a entidade adjudicante “não as podia prever, apesar de ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projecto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível”⁹³. Nestes casos, exactamente porque essas circunstâncias eram imprevisíveis, às partes será permissível alargar o objecto do contrato para que se possa terminar a prestação inicialmente prevista. A ideia contrária só transmitiria à entidade adjudicante a noção de que a negligência na elaboração das peças do procedimento compensa (“negligence pays”⁹⁴).

O legislador comunitário concedeu assim às partes, verificando-se as condições da alínea a), do n.º 4 do artigo 31.º da Directiva n.º 2004/18/CE, a possibilidade de poderem alargar o objecto do contrato a prestações complementares para que não saia frustrada, nessas ocasiões, a própria empreitada ou o serviço inicialmente concebido. E nessa situação nem se deve ponderar se a concorrência foi ou não violada por tal modificação. Apenas não poderão essas prestações adicionais apresentar um valor superior a 50% do contrato inicial.

Cumprе então perguntar: poderão os motivos que fundamentam esta disposição justificar que se atenuem os limites à modificação dos contratos impostos pela concorrência, nomeadamente aqueles que se encontram vertidos no n.º 35 do Acórdão *Pressetext*?

⁹³ Considerando n.º 47 da Proposta de Directiva, referindo-se aos casos em que se verificará uma circunstância imprevisível.

⁹⁴ OMER DEKEL, *Modification of a Government Contract...*, cit., * 406.

Parece-nos que sim. Vimos que o que fundamenta a possibilidade de as partes poderem acordar essas prestações adicionais é o facto de essa circunstância não ser previsível por uma entidade adjudicante diligente, e que portanto não podia, nos termos em que observámos no Capítulo V desta Parte II, ter previsto no contrato a possibilidade de adaptação e o modo de execução dessa modificação. Ora, recaindo, por exemplo, a modificação sobre condições técnicas cujos termos foi necessário alterar devido a circunstâncias imprevistas, parece-nos que se poderá justificar uma analogia com aquela disposição no sentido de também nestes casos se poder atenuar o limite previsto no n.º 35 do Acórdão Pressetext. Isto porque, sendo os fundamentos exactamente os mesmos, não será devido ao facto de não se prever uma nova prestação (v.g. *caso de se estragarem as máquinas de uma empreitada devido a uma derrocada e cujo risco estava alocado ao dono da obra*) que essas modificações não devem ser tidas por admissíveis.

Por outro lado, este entendimento não é incompatível com a jurisprudência do TJ. Em primeiro lugar, nos acórdãos do TJ que versam sobre modificações contratuais, e que temos vindo a analisar, em nenhum caso se pondera se as circunstâncias subjacentes à modificação contratual poderiam ter por efeito atenuar os limites impostos. Em segundo lugar, porque como vimos no Capítulo I desta Parte II, o TJ, ao elencar os três exemplos de modificações substanciais, apenas referiu que se as modificações se inserissem no âmbito de algum desses exemplos “poder-se-ia” verificar uma modificação substancial. Não referiu que caso esses exemplos se verificassem a modificação seria necessariamente substancial. E se bem que concordamos que, por regra, caso a modificação se enquadre numa das situações descritas no n.º 35 do Acórdão Pressetext, como forma de tutelar a concorrência e a integridade do próprio procedimento concorrencial anterior, a alteração deverá ser considerada substancial, não podemos deixar de considerar que, em certas circunstâncias, a modificação terá que ser verdadeiramente substancial, para que se acautelem outros interesses, como acontece nos casos previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 31.º da Directiva 2004/18/CE.

Ora, ocorrendo circunstâncias que não seriam previsíveis por uma entidade adjudicante diligente, e que desta forma não poderiam ter sido previstas nas peças do procedimento (para acautelar a possibilidade de modificação), parece que se poderá exigir, nessas situações, que a modificação, para que seja considerada substancial, tenha que ser verdadeiramente significativa, mesmo que esta coincida com o exemplo de modificação substancial referido pelo TJ no n.º 35 do Acórdão Pressetext. Claro que, colocando essa modificação em causa os

interesses da concorrência e a integridade do procedimento concorrencial anterior, deverá sempre realizar-se um juízo de proporcionalidade, devendo entender-se que as partes apenas poderão modificar o contrato na medida do estritamente necessário para repor a situação que se verificava antes da constatação dessa circunstância imprevista.

Diga-se, a propósito, que esta solução parece ter sido acolhida pela Proposta de Directiva. De facto, como se refere no considerando n.º 46, “as autoridades adjudicantes podem ser confrontadas com circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando adjudicaram o contrato. Neste caso, é necessário ter alguma flexibilidade para adaptar o contrato a essas circunstâncias sem um novo procedimento de adjudicação”. Nesse sentido, nos termos do n.º 6 do artigo 72.º da Proposta de Directiva, uma modificação não obrigará a um novo procedimento de adjudicação se (i) a necessidade de modificação decorrer de circunstâncias que uma autoridade diligente não poderia prever, (ii) a modificação não alterar a natureza global do contrato, e (iii) o aumento de preço não ultrapassar 50% do valor do contrato original. Repare-se que esta disposição encontra várias semelhanças com a alínea a) do n.º 4 do artigo 31.º da Directiva 2004/18/CE. Mas, ao contrário desta última, a disposição da Proposta de Directiva não se limita aos casos em que as partes necessitem, devido a circunstâncias imprevistas, acordar prestações adicionais. Poderão assim simplesmente verificar-se alterações ao contrato, mesmo que estas preencham as condições da alínea a) do n.º 2 do artigo 72.º da Proposta de Directiva (que consagra o limite previsto actualmente no Acórdão Pressetext, no n.º 35).

3. A passagem do tempo

Resultou do Capítulo II desta Parte II que, como forma de determinar se uma alteração pode ser considerada substancial, dever-se-á verificar se essa modificação insere condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos, ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite. Como forma de garantir a integridade do procedimento concorrencial que precedeu a celebração do contrato, deverão assim ser tidas em conta as propostas apresentadas, bem como o caderno de encargos do procedimento, para determinar se essa modificação viola os interesses da concorrência preterida e os interesses da concorrência potencial pretérita. Resta saber se esses elementos devem ser tidos em conta até ao final da execução do contrato, mesmo em contratos de longa duração. É que, como observámos no Capítulo I desta Parte I, devido a este limite, até alterações mínimas a elementos essenciais do

contrato poderão ser consideradas substanciais, exactamente porque, caso estas tivessem sido previstas desde o início no procedimento concorrencial, poderiam ter determinado um diferente desfecho da adjudicação inicial, violando assim a concorrência preterida e a concorrência potencial pretérita.

Quanto a este aspecto, o legislador português respondeu, no n.º 2 do artigo 313.º do CCP, que esse limite pode ser atenuado, desde logo, pela passagem do tempo. Nesse sentido, refere que para que não se viole a concorrência, “*salvo quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem*, a modificação só é permitida quando seja objectivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação”. Ou seja, a passagem do tempo pode determinar que já não se deva aferir quem é que teria vencido o procedimento anterior caso essa alteração tivesse sido prevista desde o início. Apesar de o legislador já não o referir, parece ainda que o mesmo se justifica em relação à possibilidade de outros operadores económicos poderem ter querido participar na adjudicação inicial.

O sentido dessa disposição resulta do entendimento, já antes expresso, de que durante a execução de um contrato de longa duração é mais provável que sucedam circunstâncias imprevistas que fundamentem a necessidade de alterar o contrato. Por outro lado, é nos contratos de maior duração que a passagem do tempo pode justificar que as partes procurem melhorar a eficiência da sua execução, visto que, nesse caso, existe maior probabilidade de o contrato se tornar ineficiente e, assim se tornando, essa ineficiência durará mais tempo. Do mesmo modo, ocorrendo a modificação vários anos após a adjudicação, reduz-se drasticamente a hipótese de essa modificação resultar de um conluio realizado entre o adjudicatário e a entidade adjudicante no momento, ou antes, da realização do procedimento concorrencial que deu origem ao contrato.

Mas, mais importante que todos os factores *supra*, a passagem do tempo tem um outro efeito. Esta, para além de ser apta a modificar as circunstâncias externas com influência directa ou indirecta no contrato, terá por efeito alterar a própria concorrência. Ou seja, os operadores económicos que actuavam no momento em que se deu o lançamento do procedimento concorrencial inicial não serão os mesmos que os que existem no momento em que se sente a necessidade de modificar o contrato, ou pelo menos não se encontrarão exactamente na mesma posição (económica, empresarial, financeira). Assim, à medida que o tempo passa, e que a

própria concorrência se altera, deixará de ser tão importante manter a integridade do procedimento concorrencial que antecedeu a celebração do contrato, exactamente porque nesse momento as circunstâncias serão outras e um juízo de prognose póstuma não fará tanto sentido. Ilustrativamente, não fará sentido que, num contrato de concessão de serviços públicos com uma duração de 30 anos, se aprecie, após 15 anos de execução do contrato, se uma modificação a este, caso tivesse sido prevista desde o início, teria permitido determinar que teria sido outra a proposta vencedora ou que outros operadores económicos, dessa altura, teriam querido participar. A partir de certa altura, aquilo que importará verdadeiramente aferir é se foi violada a concorrência sentida no momento dessa modificação, ou seja, se foi violado o interesse “dos potenciais interessados em participar num novo procedimento, dirigido à adjudicação de um novo contrato, que podem, naturalmente, não ter participado do procedimento precedente”⁹⁵.

Para determinar em que termos foi violada a concorrência potencial actual, deixará de ser relevante o procedimento concorrencial anterior. Aquilo que importará observar é se ocorreu uma modificação substancial dos elementos essenciais do contrato, ao ponto de dizermos que já não nos encontramos perante o mesmo contrato que existia no momento anterior à modificação, mas perante um outro que foi adjudicado em violação das regras de contratação pública. Tornar-se-á portanto fundamental determinar, nos termos em que fizemos no Capítulo I desta Parte II, se a modificação deverá ser considerada verdadeiramente significativa.

4. Uma questão de transparência

A situação descrita no ponto 2. deste CapítuloVI depende quase exclusivamente da fundamentação que seja apresentada para justificar a modificação do contrato. De igual modo, noutras situações em que se admita uma modificação contratual, a fundamentação assume também uma importância fulcral. É que, como refere a Advogada-Geral J. KOKOTT nas conclusões do processo Pressetext, “o objectivo das directivas relativas a contratos públicos é excluir simultaneamente o risco de que seja dada preferência aos proponentes ou candidatos nacionais e a possibilidade de a entidade adjudicante se guiar por considerações diferentes das económicas”. Deve-se também, durante a execução do contrato, acautelar a possibilidade de o contraente privado ser beneficiado e receber um tratamento mais favorável que outros operadores económicos.

⁹⁵ MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Contratos administrativos e o regime...*, cit., p. 839.

Neste sentido, o princípio da transparência assume ainda, durante a própria execução do contrato, um papel importante para “garantir a ausência de risco de favoritismo e de arbitrariedade por parte da entidade adjudicante”⁹⁶. Caso contrário, existiria espaço para abuso, já que a ocorrência dessas modificações e a sua fundamentação poderiam nem ser do conhecimento dos restantes operadores económicos. Para evitar que esse abuso se verifique, o CCP, no artigo 315.º, obriga a que as modificações objectivas do contrato, por acordo ou por acto administrativo, que representem um valor acumulado superior a 15% do preço contratual, devam ser imediatamente publicitadas, sendo aliás essa publicitação condição de eficácia dessa modificação.

Existindo já na legislação portuguesa um mecanismo que possibilita aos concorrentes (preteridos ou potenciais, actuais ou pretéritos) conhecer as alterações que, implicando um relevante aumento do preço contratual, poderiam ser aptas a que o contraente público favorecesse injustificadamente o contraente privado, parece-nos que a margem para abusos entre as partes será menor, e esse factor poderá igualmente atenuar de forma relevante os limites previstos, atribuindo maior legitimidade às modificações, já que anula em parte a ideia de que, como as modificações não serão conhecidas pelos restantes operadores económicos, não devem ser admissíveis⁹⁷.

⁹⁶ Acórdão Succhi di Frutta (n.º 111).

⁹⁷ Neste sentido, OMER DEKEL, *Modification of...*, cit., *409.

CONCLUSÃO

Na presente tese, procurámos aprofundar os critérios gerais que nos permitem determinar até que ponto é que as modificações aos contratos administrativos devem ser tidas por admissíveis, por respeito ao princípio da concorrência.

Do exposto, verificou-se que o TJ procurou balizar os limites à modificação dos contratos precedidos de procedimento concorrencial tendo em vista, sobretudo, os interesses da concorrência. Assim, apesar de ter determinado que uma modificação será considerada uma nova adjudicação apenas nos casos em que essa modificação seja tida como “substancial”, vemos que, de facto, através dos exemplos de modificações deste tipo elencados pelo TJ nos n.ºs 35, 36, e 37 do Acórdão Pressetext, uma modificação ao contrato ainda que “mínima” poderá ser considerada “substancial”. Neste sentido, parece claro que o TJ não pretendeu através desses exemplos desenvolver este conceito de modificação substancial, mas, na verdade, procurou estabelecer critérios autónomos⁹⁸ que visam atacar por todas as frentes as várias formas pelas quais o contrato poderia sofrer adaptações, protegendo assim os diversos interesses da concorrência. Deste modo, com o primeiro critério, o mais exigente e abrangente, procurou manter o contrato, durante a sua execução, “fiel” aos termos em que foi inicialmente adjudicado, com vista à satisfação dos interesses da concorrência que se sentia no momento da adjudicação. Pelo segundo, o TJ pretendeu evitar que as partes pudessem, salvo nas circunstâncias já previstas na Directiva 2004/18/CE, acordar prestações adicionais, com o objectivo de as submeter ao mercado. Por último, procura igualmente evitar-se que, durante a execução do contrato, se concedam benefícios ao contraente privado.

Parece-nos que, perante estes critérios, sobretudo o definido pelo n.º 35 do Acórdão Pressetext, uma interpretação demasiado restrita e literal destes torna até supérfluo o critério geral definido pelo Acórdão Pressetext no n.º 34, já que muito antes da modificação se apresentar como significativa a modificação será enquadrada como substancial por se verificarem estes critérios. Uma interpretação nesse sentido poderia, desde logo, ser igualmente apta a cristalizar os termos em que se celebrou o contrato.

No entanto, apesar dos limites impostos pela jurisprudência comunitária, consideramos que se poderá ainda encontrar um espaço, necessariamente mais curto do que aquele que se

⁹⁸ Nesta linha, repare-se que, em diversos acórdãos do TJ posteriores ao Acórdão Pressetext, estes exemplos têm sido utilizados como verdadeiros critérios que determinarão em que casos a modificação se deverá considerar uma nova adjudicação. Veja-se a título de exemplo que no Acórdão Comissão/Alemanha (P. C-160/08, de 29 de abril de 2010) (n.º 99) nem se refere o critério geral apontado pelo TJ no n.º 34 do Acórdão Pressetext.

vinha trilhando antes de o TJ se ter pronunciado, para que as partes possam modificar os contratos e para que o contraente público possa ainda encontrar forma de tutelar o interesse público que deve e tem de prosseguir.

Desta forma, em primeiro lugar, as partes poderão sempre modificar o contrato dentro do espaço que lhes é concedido pelos diversos limites explanados na presente tese. E dentro deste, poderá o contraente público, por acordo ou unilateralmente, modificar o contrato por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes. Por outro lado, quando surjam, durante a execução do contrato, circunstâncias que a entidade adjudicante não podia prever, entendemos que não ficará esta impedida, mesmo quando a modificação exigida por estas possa ultrapassar o limite definido pelo Acórdão Pissetext no n.º 35, de poder, dentro do estritamente necessário, alterar o contrato de modo a adaptá-lo a essas novas circunstâncias. Por forma, ainda, a tutelar o interesse público subjacente ao contrato administrativo, parece-nos que o contraente público terá, com o passar do tempo (e à medida que a necessidade de salvaguardar a integridade do procedimento da adjudicação inicial se vai desvanecendo) uma maior liberdade de o poder adaptar quer a novas necessidades, quer a reponderações do interesse público.

Por último, diga-se que, se os critérios impostos pela jurisprudência do TJ conduzem, em primeira mão, “ao resultado prático de limitar o que, pelo menos em termos teóricos, se supunha constituir o âmbito de modificação de contratos”⁹⁹, estes provocam igualmente uma reponderação das obrigações que sobre a entidade adjudicante impendem na elaboração das peças do procedimento. De facto, não nos podemos esquecer que sobre a entidade adjudicante incumbe também o dever de “salvaguardar os interesses públicos da transparência, da objectividade e da neutralidade que regem o procedimento administrativo tendente à adjudicação”¹⁰⁰ dos contratos por ela celebrados, pelo que corresponderá a uma exigência de boa administração que a entidade adjudicante seja diligente na elaboração das peças do procedimento, prevendo nestas a faculdade de modificação do contrato por força de circunstâncias que possam surgir durante a execução deste e que sejam previsíveis aquando da sua elaboração.

Dado o espaço e o escopo da presente tese, bem como a complexidade do seu objecto, não tratámos algumas questões mais concretas de modificação de contratos administrativos.

⁹⁹ PEDRO GONÇALVES, *Acórdão Pissetext...*, cit., p. 19.

¹⁰⁰ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de...*, cit., p. 621.

Restará, por isso, saber, à luz dos critérios aqui desenvolvidos, em que medida, por exemplo, deverão ser admitidas modificações subjectivas, ou em que medida deverão ser enquadradas as prorrogações ao contrato. Por outro lado, as dificuldades com que nos deparámos na presente tese deixam a claro a necessidade de objectivar e maturar o entendimento destes limites. Para este efeito, julgamos que a jurisprudência desempenhará um papel fulcral.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, MÁRIO AROSO DE

- *Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume II, 2010, Coimbra Editora.

AMARAL, DIOGO FREITAS DO

- *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 2011, Almedina;

- *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, 8.^a reimpressão da edição de 2001.

ATAÍDE, AUGUSTO DE

- *Para a Teoria Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de Modificação Unilateral pela Administração*, in Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano, 1973, Edições Ática.

ARROWSMITH, SUE

- *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2.^a Edição, Setembro de 2005, Sweet & Maxwell Ltd.

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*, in Public Procurement Law Review, 2008, n. ° 6.

CAETANO, MARCELLO

- *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, 1991, Almedina.

DEKEL, OMER

- *Modification of a Government Contract Awarded Following a Competitive Procedure*, in Public Contract Law Journal, Volume 38, N.º 2, 2009.

DUARTE, TIAGO

- *Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: o Tribunal de Contas e os limites à modificação dos contratos*, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3, 2011, CEDIPRE/Universidade de Coimbra.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO

- *Curso de Direito dos Contratos Públicos - Por Uma Contratação Pública Sustentável*, 2012, Almedina.

FELIÚ, D. JOSÉ MARÍA GIMENO

- *La Modificación de los Contratos: Límites y Derecho aplicable*, in *Jornada sobre contratación pública*, 2013
(http://www.madrid.org/ccmadrid/images/adjuntos/segundaponencia_modificacin_contratos_gimeno_feli.pdf).

GONÇALVES, PEDRO

- *Acórdão Presetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato*, in *CJA n.º 73*, 2009;

- *Concessão de Serviços Públicos*, 1999, Almedina;

- *Gestão de Contratos Públicos em Tempos de Crise*, in *Estudos de Contratação Pública – III*, 2010, Coimbra Editora.

LEITÃO, ALEXANDRA

- *O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais*, 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 (http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf)

MARTINS, ANA GOUVEIA

- *A Modificação e os Trabalhos a Mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, volume II, 2010, Coimbra Editora.

MEDEIROS, RUI

- *O controlo de custos nas empreitadas de obras públicas através do novo regime de trabalhos de suprimento de erros e omissões e de trabalhos a mais*, in Estudos de Contratação Pública – II, 2010, Coimbra Editora.

OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE

- *Direito Administrativo*, Volume I, 1980, Almedina.

OLIVEIRA, RODRIGO ESTEVES DE

- *Os princípios gerais da contratação pública*, in Estudos de Contratação Pública – I, 2008, Coimbra Editora.

SILVA, JORGE ANDRADE DE

- *Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*, 2010, Almedina.

SOUSA, MARCELO REBELO DE / MATOS, ANDRÉ SALGADO DE

- *Contratos Públicos - Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 2009, D. Quixote.

VERDE DE SOUSA, LUÍS

- *A Negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta*, in Estudos de Contratação Pública - III, 2010, Coimbra Editora.

VIANA, CLÁUDIA

- *Os Princípios Comunitários da Contratação Pública*, 2007, Coimbra Editora.