

Francisco Amado Cabral Ferreira de Souza

**A modificação objetiva dos contratos públicos à luz das novas
Diretivas da União Europeia de 2014**

Mestrado em Direito
Ciências Jurídico-Administrativas

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto para o cumprimento dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestre em Direito, realizada sob a orientação científica do Prof.º Doutor João Salvador Velez Pacheco de Amorim, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

julho de 2016

Ao Avô António

*L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction
d'ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord
une solidarité de fait.*

Declaração Schuman, proferida a 9 de maio de 1950

Agradecimentos

O primeiro agradecimento vai para o Profº. Doutor João Pacheco de Amorim, que aceitou, para minha honra, a orientação da presente dissertação, não só pelos conselhos e por toda a assistência que prestou ao longo da sua elaboração, mas também pelos valiosos ensinamentos, jurídicos e não só, que me tem dado ao longo da minha curta carreira profissional, que acompanhou, na qualidade de patrono, na sua quase total integralidade, e pela compreensão demonstrada ao longo deste período, permitindo-me dedicar mais do meu tempo a este labor.

O segundo agradecimento é para todos os meus colegas da Pacheco de Amorim, Miranda Blom e Associados, passados e presentes, juristas ou não, por tudo o que me ensinaram e por todos os momentos – fáceis e difíceis, sérios e divertidos – que passámos juntos, e que fizeram de mim melhor pessoa; e para todos aqueles com quem já tive o prazer de trabalhar e aprender, noutros locais e noutros tempos.

O terceiro agradecimento é à Faculdade de Direito da Universidade do Porto e a todos os seus docentes, funcionários, alunos e antigos alunos, pois com eles tive o prazer de partilhar, naquela que é a minha casa há quase sete (!) anos, alguns dos melhores momentos da minha vida, tendo aí feito grandes amizades que, felizmente, ainda hoje subsistem (e continuarão a subsistir).

Por fim, cumpre fazer alguns agradecimentos individuais:

- À Raquel, pela ajuda na revisão do texto, pelo acompanhamento pessoal deste trabalho desde o início e, acima de tudo, por me convencer de que eu era capaz;
- Ao Rui Mesquita Guimarães, pela valiosa bibliografia que me facultou, pela ajuda na revisão do texto e pelos ensinamentos cirúrgicos sempre pertinentes e;
- À minha Mãe – por tudo;
- À minha Avó Teresinha, por tudo aquilo que me ensinou e por me ajudado nos momentos mais difíceis deste período, com toda a paciência e sabedoria;
- Ao meu Pai;
- Aos meus Padrinhos e Tios, Teresinha e Albano;
- Aos meus Irmãos e Irmãs, Tios e Tias, Primas e Primos, por serem uma verdadeira família;

- Ao Francisco São Pedro, irmão, amigo e companheiro musical (e também jurídico) há quase dez anos, por todos os grandes momentos que passámos juntos – e ainda vamos passar;

- Ao Rodrigo, à Mariana, ao Gustavo e ao Roberto, pela amizade e por me terem permitido desenvolver e criar aquilo que me deu força para concluir este trabalho – música;

- A todas as outras pessoas que me ajudaram neste ano, e que sabem quem são.

Resumo

O principal objetivo do presente trabalho é a análise crítica, com recurso à jurisprudência e doutrina pertinentes, do regime das modificações objetivas de contratos públicos introduzido pelas Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE – ainda não transposto para o nosso ordenamento jurídico – uma novidade (quase) absoluta no direito constituído da União Europeia. Esta será precedida do devido enquadramento quanto aos conceitos de contrato público e modificação objetiva, bem como de uma breve resenha histórica das modificações de contratos públicos e do estudo do seu regime atual no direito português. Posteriormente, será abordada, com propósito comparativo, a transposição da Diretiva 2014/24/UE para o ordenamento jurídico do Reino Unido, bem como será analisado um recente aresto da Suprema Corte deste país. Por fim, serão formuladas algumas considerações acerca da eventual transposição das Diretivas *supra* mencionadas para o direito português.

Palavras-chave

- Contratação pública;
- Execução de contratos públicos;
- Modificação objetiva de contratos públicos;
- Código dos Contratos Públicos;
- Diretivas da União Europeia.

Abstract

The main goal of the present text is to critically analyse, with regard to the relevant doctrine and jurisprudence, the new European regime of the objective modification of public contracts during their execution, introduced by the 2014/23/EU, 2014/24/EU and 2014/25/EU directives – which, as of today, have not yet been transposed in its integrity in Portugal. This analysis will be preceded by the necessary definitions of the concepts of public contract and objective contractual modification, as well as of a brief historical approach to those concepts and the study of its current regulation in Portuguese law. For comparative purposes, the United Kingdom transposition of Directive 2014/24/EU and a recent (and relevant) decision of the United Kingdom Supreme Court will also be mentioned. Finally, the future transposition in Portugal of the above-mentioned Directives will be discussed.

Key words

- Public procurement;
- Execution of public contracts;
- Modification of public contracts in course of their execution;
- Public Contracts Code (Portugal);
- European Union directives.

Índice

Introdução	10
 CAPÍTULO I - A modificação objetiva dos contratos públicos: visão geral	11
1. Enquadramento conceptual	11
1.1 Noção de contrato público	11
1.2 Noção de modificação objetiva.....	14
2. Breve análise histórica	15
3. O regime atual no direito português.....	20
3.1 Questão prévia: da aplicabilidade direta das Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.....	20
3.2 Em concreto, do regime atual no direito português	21
 CAPÍTULO II - O regime da modificação objectiva dos contratos públicos nas novas Diretivas europeias de contratação pública	28
1. Introdução.....	28
2. Análise crítica.....	28
2.1 Diretiva 2014/24/UE	28
a) Artigo 72.º, n.º 1	29
b) Artigo 72.º, n.º 2	35
c) Artigo 72.º, n.º 3	37
d) Artigo 72.º, n.º 4	37
e) Artigo 72.º, n.º 5	40
f) Artigo 73.º, alínea a)	42
2.2 Diretiva 2014/25/UE	42
2.3 Diretiva 2014/23/UE	43

2.4 Alguns aspetos relevantes da modificação objetiva de contratos públicos não abordados nas Diretivas em análise	44
2.5 A modificação objetiva dos contratos públicos noutros ordenamentos jurídicos da UE	46
2.5.1 Em especial, o caso britânico.....	47
2.6 A transposição para o direito nacional: propostas e desafios	49
Conclusão	52
Bibliografia.....	54

Abreviaturas

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

CE – Comissão Europeia

CPA – Código do Procedimento Administrativo

EURATOM – Comunidade Europeia da Energia Atómica

JOUE – Jornal Oficial da União Europeia

PME – Pequenas e Médias Empresas

RJEOP – Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas

TUE – Tratado da União Europeia

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TCA – Tribunal Central Administrativo

UE – União Europeia

Introdução

A aprovação, por parte do Parlamento Europeu e do Conselho, das Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE¹, que regulam, respetivamente, os contratos de concessão, os contratos públicos no âmbito dos chamados “setores especiais” e os contratos públicos em geral, veio alargar consideravelmente o regime legislado, no Direito da União Europeia, da modificação objetiva dos contratos públicos.

Como tal, é nosso propósito tratar neste texto, sem descurar o devido enquadramento quanto à noção de modificação objetiva de um contrato público e o seu regime atual, o novo regime europeu relativo a esta matéria, analisando-o criticamente e, de seguida, refletindo sobre as hipóteses viáveis para a sua transposição para o direito português, recorrendo também a exemplos de outros Estados-membros.

Este tema afigura-se de grande importância, tendo em conta que o regime vigente, de base essencialmente jurisprudencial (não descurando o esforço feito por legisladores nacionais na sua normativização, de que é exemplo o CCP), deixa bastantes questões em aberto – que são da maior importância para aqueles que contactam, na sua prática diária, com a realidade da contratação pública – causando uma profusão de interpretações acerca daquilo que são modificações admissíveis ou não admissíveis de um contrato público.

Em suma, procuramos deixar aqui não só uma análise crítica e fundamentada desta matéria no âmbito da nova legislação europeia que a regula, mas também um pequeno contributo para a sua eventual transposição para o direito português.

¹ Estas duas últimas revogaram as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, sendo que a regulação autónoma dos contratos de concessão é uma novidade introduzida pela Diretiva 2014/23/UE.

CAPÍTULO I - A modificação objetiva dos contratos públicos: visão geral

1. Enquadramento conceptual

1.1 Noção de contrato público

Antes de entrar no objeto do presente texto, importa definir o conceito de contrato público para o seu efeito.

Tradicionalmente, grande parte da doutrina portuguesa entendia o contrato público como um género do qual eram espécies, por exemplo, os contratos administrativos, os contratos de Direito Internacional e os contratos constitucionais².

Contudo, com a progressiva formação de um conceito europeu de contrato público, em nada coincidente com o conceito *supra* referido – que ficou definitivamente estabelecido nas Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, cuja transposição deu origem ao CCP – a doutrina e a jurisprudência começaram a olhar de forma diferente para a noção de contrato público.

Atualmente, FREITAS DO AMARAL, interpretando o disposto no n.º 2 do artigo 1.º do CCP (*o regime da contratação pública estabelecido na parte II do presente Código é aplicável à formação dos contratos públicos, entendendo-se por tal todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes referidas no presente Código*), entende como contrato público qualquer contrato que esteja submetido a um procedimento de formação contratual regulado (direta ou indiretamente) pelo direito da União Europeia³. ALEXANDRA LEITÃO, não optando por definir contrato público, classifica como tal qualquer contrato celebrado por uma entidade adjudicante referida na norma do CCP *supra* citada, entendendo que se trata de um critério puramente subjetivo⁴.

PEDRO COSTA GONÇALVES, por sua vez, entende que existem no direito português e no Direito da União Europeia duas noções distintas de contrato público. No direito português, o Autor autonomiza a definição teórica de contrato público da

² Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2001, pp. 489-490, na senda de MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 1982, p. 579.

³ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2016, p. 442.

⁴ Cfr. ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos - Parte Geral*, AADFL, 2014, p. 25.

definição legal, prevista no CCP, entendendo que será contrato público todo aquele que for celebrado por uma entidade que integre a Administração Pública, quer no seu sentido orgânico (pessoas coletivas de direito público e entes de direito privado sujeitos a uma influência dominante dos primeiros), quer no seu sentido material (privados que exerçam funções materialmente administrativas, tais como concessionários ou delegatários), muito embora a esta classificação possa não corresponder a sujeição do contrato a qualquer regime de direito público, isto na medida em que existem entidades pertencentes à Administração Pública que não celebram contratos públicos tal como estes vêm definidos no CCP, por não serem entidades adjudicantes⁵. No Direito da União Europeia, a noção de contrato público está fixada no parágrafo (5) do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva 2014/24/UE, nos termos do qual são contratos públicos os *contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais autoridades adjudicantes, que tenham por objeto a execução de obras, o fornecimento de produtos ou a prestação de serviços*, acrescentando ainda o Autor que também poderão ser considerados contratos públicos os contratos de aquisição ou arrendamento de bens imóveis, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 88.º do Regulamento (CE, Euratom) nº 1605/2002 do Conselho, de 25 de Junho de 2002, que institui o Regulamento Financeiro aplicável ao orçamento geral das Comunidades Europeias⁶. Esta definição deixa de fora, como o próprio Autor afirma, os contratos de concessão de serviços, agora regulados pela Diretiva 2014/23/UE.

PEDRO MATIAS PEREIRA e RUI MESQUITA GUIMARÃES, por sua vez, e partindo do disposto na al. a) do n.º 2 do artigo 1º da Diretiva 2004/18/CE, idêntico ao que consta do parágrafo (5) do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva 2014/24/UE, entendem que no Direito da União Europeia contratos públicos são *os contratos bilaterais, escritos, celebrados entre um ou mais operadores económicos e uma ou mais entidades adjudicantes, tendo por objeto a execução de obras, o fornecimento de bens ou a prestação de serviços, em que se geram vantagens patrimoniais para ambas as partes, que apesar de não terem forçosamente um perfeito equilíbrio objetivo, constituem o respetivo uma da outra na perspetiva das partes*⁷. Identificam, para o efeito, quatro

⁵ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015, pp. 20-24.

⁶ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, pp. 24-25.

⁷ Cfr. PEDRO MATIAS PEREIRA e RUI MESQUITA GUIMARÃES, “Os ‘contratos sem valor’ no Código dos Contratos Públicos – Uma abordagem jurídico-económica, in *Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Volume LVII, Tomo III, Coimbra Editora, 2014, p. 2670.

requisitos cumulativos para a consideração de um contrato como público – onerosidade, forma escrita, bilateralidade e tipicidade⁸.

Analisadas as definições acima apresentadas e tendo em conta a origem europeia do conceito de contrato público, tal como este é hoje considerado e o carácter conformador do Direito da União Europeia sobre o Direito dos seus Estados-membros, entendemos que constituem contratos públicos todos aqueles que forem expressamente declarados pela legislação europeia primária como tal e integrados por esta no seu âmbito, pela submissão a um regime procedimental e/ou de execução do Direito da União Europeia, o que abarca todos os contratos regulados pelas Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE que preencham os requisitos do parágrafo (5) do n.º 1 do artigo 2.º da Diretiva 2014/24/UE⁹. Não podemos entender como contratos públicos, no âmbito do Direito da União Europeia, todos aqueles que assim são qualificados pelo CCP, na medida em que, como bem nota PEDRO COSTA GONÇALVES, existem contratos públicos que podem nem sequer estar abrangidos por este diploma¹⁰.

Seguimos assim de certa forma as noções europeias de contrato público de (i) PEDRO COSTA GONÇALVES e (ii) PEDRO MATIAS PEREIRA e RUI MESQUITA GUIMARÃES, muito embora não aderindo integralmente à primeira, por entendermos também que não se devem incluir neste âmbito os contratos de aquisição ou arrendamento de bens imóveis, na medida em que não parece existir no direito primário da União Europeia uma qualificação expressa desses contratos como públicos, nem uma submissão a um regime próprio, procedimental ou de execução, de direito europeu, nem à segunda, porque, como melhor explicamos na nota 9, não entendemos ser relevante o requisito da tipicidade quanto aos contratos de concessão abrangidos pela Diretiva 2014/23/UE, porquanto a autonomização do seu regime procedimental e de execução numa Diretiva própria aponta-nos para uma inclusão dos mesmos no conceito de contrato público.

⁸ Cfr. PEDRO MATIAS PEREIRA e RUI MESQUITA GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 2665.

⁹ Referimo-nos a esta disposição por ser a única, no conjunto das diretivas mencionadas, que integra uma definição de contrato público. No entanto, entendemos que esta deverá ser interpretada no sentido de abranger os contratos de concessão regulados pela Diretiva 2014/23/UE, na medida em que são contratos sujeitos a um regime de Direito da União Europeia, quer na sua formação, quer na sua execução, e preenchem os requisitos da onerosidade, bilateralidade e forma escrita (aludindo aqui à formulação utilizada por PEDRO MATIAS PEREIRA e RUI MESQUITA GUIMARÃES). Não entendemos ser relevante o requisito da tipicidade quanto a estes contratos, porquanto a autonomização do seu regime procedimental e de execução numa Diretiva própria, inovadora no Direito da União Europeia, aponta-nos para uma inclusão dos mesmos no conceito europeu de contrato público.

¹⁰ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, pp. 411-412.

1.2 Noção de modificação objetiva

O contrato, negócio jurídico bilateral por excelência, convoca, dentro dos direitos subjetivos que o compõem, vários poderes que são, por força da lei, atribuídos às partes.

Ora, dentro dos poderes atribuídos às partes no âmbito de um contrato (como em qualquer outro negócio jurídico bilateral) encontra-se o poder de o modificar (tal como os poderes de o criar e de o extinguir), por acordo ou unilateralmente, quando a lei assim o defina de forma expressa, nos termos do artigo 406.º do CC, que consagra o princípio *pacta sunt servanda*, nas suas dimensões positiva e negativa¹¹.

A modificação contratual pode ser objetiva (quanto às prestações contratuais e/ou ao âmbito) ou subjetiva (quanto às partes)¹². Na nossa dissertação, trataremos apenas do primeiro tipo de modificações contratuais.

Podemos então definir a modificação objetiva de um contrato como a alteração de qualquer parâmetro do contrato relativo ao seu objeto ou natureza, com exclusão de alterações na identidade das partes contratantes – nomeadamente, do preço ou das prestações contratuais, onde se incluem, a título de exemplo, a alteração, para mais ou para menos, da quantidade ou natureza de bens, fornecimentos ou serviços.

A possibilidade/admissibilidade da modificação objetiva de um contrato, no âmbito da contratação entre privados, tem um escopo alargado, em face do princípio da liberdade contratual ínsito no artigo 405.º do CC, salvaguardadas que estejam as limitações quanto à licitude do objeto, das prestações contratuais e, em geral, fora dos casos em que a lei não o permita¹³.

No caso da celebração de contratos públicos, em que pelo menos uma das partes é uma pessoa coletiva integrante da Administração Pública e adjudicante do contrato (ou seja, recebe bens ou serviços ou atribui concessões de forma onerosa), a admissibilidade de modificação objetiva está por natureza bastante mais limitada, tendo em conta (i) os princípios fundamentais constitucionais a que a Administração Pública

¹¹ Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I., Almedina, 2010, p. 234.

¹² Cfr., relativamente ao contrato administrativo, mas com aplicação *in casu*, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III – *Actividade Administrativa*, D. Quixote, 2009, p. 423.

¹³ Cfr. ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 233 e ss.

está sujeita, nomeadamente os constantes do artigo 266.º da CRP¹⁴, (ii) os princípios fundamentais da execução contratual previstos no artigo 286.º do CCP – boa-fé e prossecução do interesse público¹⁵ – e (iii) as regras europeias relativas à contratação pública, que impõem que na formação e execução dos contratos públicos sejam respeitadas as liberdades fundamentais previstas nos Tratados, essenciais para o eficaz cumprimento dos desígnios do mercado único europeu¹⁶.

Mas, ao contrário do que sucede no regime contratual privado, a Administração dispõe de prerrogativas de *ius imperium* – nomeadamente a possibilidade de efetuar modificações objetivas unilaterais a contratos, de carácter potestativo, nos termos previstos na lei – o que não exclui, como iremos ver, as outras possibilidades de modificação objetiva do contrato, designadamente por acordo entre as partes. Existe, *in casu*, uma desigualdade subjetiva inerente que, apesar de tudo, não é estranha ao direito privado – veja-se os casos dos contratos de adesão e do contrato de trabalho.

2. Breve análise histórica

A possibilidade de modificação objetiva dos contratos públicos foi primeiramente abordada de uma forma concreta e objetiva no início do século XX pelo *Conseil D'État* francês, em dois acórdãos seminais: o *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, proferido em 1902, e o *Compagnie générale française des*

¹⁴ Com maior relevância para esta matéria, o princípio da prossecução do interesse público, constante do n.º 1 deste preceito – cfr., para mais desenvolvimentos, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, Coimbra Editora, 2010, pp. 795-796.

¹⁵ Que não excluem, de forma alguma, os princípios constitucionais anteriormente referidos, servindo como “realce” dos mesmos em sede de contratação abrangida pela parte III do CCP – cfr. LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, AAFDL, 2014, p. 365.

¹⁶ Concretamente, falamos aqui das chamadas “quatro liberdades” (de circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais), essenciais para a implantação do mercado interno, a que se propõe a União Europeia por via, designadamente, do n.º 3 do artigo 3.º do TUE e do artigo 26.º do TFUE. As regras europeias de contratação pública são um dos instrumentos adotados pela União para esta mesma implantação. Cfr., sobre estas matérias, JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUÍS MOTA DE CAMPOS e ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual de Direito Europeu – o sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, Coimbra Editora, 2014, p. 555 e ss. e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011, pp. 17-18. Estes últimos Autores referem, inclusivamente, que a contratação pública é um dos domínios onde a intromissão do direito comunitário nas ordens jurídicas dos Estados-membros se faz sentir em maior extensão e profundidade.

tramways, de 1910 – que foram, note-se, fundamentais na criação, consolidação e autonomização da figura do contrato administrativo¹⁷.

No primeiro aresto, o *Conseil D'État* admitiu que o objeto de um contrato de concessão celebrado entre uma entidade privada e a comuna de Deville-lès-Rouen, fosse alterado de iluminação a gás das vias públicas para iluminação elétrica, na sequência de uma queixa da entidade privada em questão, dado que a comuna pretendia adjudicar a iluminação elétrica a outra companhia.

No segundo, o *Conseil D'État* considerou admissível a decisão do *préfet* de Bouches-du-Rhône de alterar unilateralmente os horários dos elétricos geridos pela concessionária em questão, afirmando que se mostrava provado que existiam razões prementes de interesse público para tal. Mais admitiu que a concessionária tivesse direito a uma eventual indemnização para reparação dos prejuízos que a referida alteração lhe causasse – foi admitida expressamente a possibilidade de reequilíbrio financeiro do contrato, completamente inovadora para a época.

Ao nível da jurisprudência europeia, a questão foi primeiramente abordada com relevância pelo TJUE no acórdão *Comissão/França*, de 2000, no qual aquele Tribunal considerou que a alteração de um “termo essencial” do contrato implicava novo procedimento de adjudicação e, como tal, não constituía uma modificação admissível¹⁸. É nesta sede que, pela primeira vez, se aborda, se bem que de forma pouco precisa em face da evolução verificada até hoje, o que é a natureza ou a essência de um contrato público e de que forma é que alterações a este podem deturpar essa natureza ou essência, de molde a transformá-lo num contrato efetivamente novo, sujeito a um novo procedimento de adjudicação.

No entanto, a primeira decisão com verdadeiro impacto na matéria foi proferida em 2004, no acórdão *CAS Succhi di Fruta*¹⁹. No caso em apreço, a Comissão iniciou um procedimento para o fornecimento de doces e sumos de fruta destinados às populações da Arménia e do Azerbaijão, ao qual concorreram várias entidades, entre as quais a CAS Succhi di Fruta, uma empresa italiana que atuava no ramo. As peças do concurso estabeleciam que o pagamento dos fornecimentos era realizado em género,

¹⁷ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *op. cit.*, pp. 443-445; PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, pp. 566-567; e TIAGO DUARTE, “Os elétricos de Marselha nunca chegaram a Sintra: O Tribunal de Contas e os limites à modificação dos contratos”, in *Revista de Contratos Públicos*, nº 3, CEDIPRE, pp. 28-29.

¹⁸ Acórdão *Comissão/França*, de 5 de outubro de 2000, proferido no âmbito do processo nº C-337/98, disponível em curia.europa.eu.

¹⁹ Acórdão *CAS Succhi di Fruta*, de 29 de abril de 2004, proferido no âmbito do processo nº C-496/99 P, disponível em curia.europa.eu.

concretamente em lotes de peças de fruta – a cada lote de peças de fruta corresponderia um lote de doces ou sumos de fruta.

Ora, o TJUE entendeu que a decisão da Comissão de, depois da adjudicação do contrato, alterar vários dos lotes de peças de fruta a recolher, a pedido dos adjudicatários, com recurso a um coeficiente calculado com base no valor de mercado de cada fruta, violava o anúncio do concurso, bem como os princípios da transparência e da igualdade de tratamento, pois tratava-se de uma modificação que alterava os pressupostos em que fora feita a adjudicação. Mais entendeu que, para esta modificação ser admissível, não ferindo os princípios *supra* referidos, teria que ter estado prevista em qualquer das peças do procedimento, para conhecimento prévio de todos os candidatos – um entendimento bastante inovador à data e que inspirou de forma notória, no nosso entender, o regime constante das novas Diretivas da contratação pública, nomeadamente quanto à possibilidade de inserção de cláusulas de revisão ou opção nas peças do procedimento.

Posteriormente, em 2008, foi proferida aquela que é porventura a mais importante decisão relativa a esta matéria: o acórdão *Presstext*²⁰.

Na sequência de diversas alterações a um contrato celebrado entre a APA (uma empresa austríaca) e o Estado austríaco, nomeadamente (i) no co-contratante (passou a ser uma filial da APA detida por esta a 100%, a APA-OTS), (ii) no preço (duas alterações) e (iii) na cláusula de não resolução, a Presstext Nachtrichtenagentur GmbH, empresa concorrente da APA, instaurou uma ação nos tribunais austríacos, alegando que as modificações operadas se traduziam na adjudicação ilegal – porque efectuada sem procedimento prévio – de um novo contrato.

Submetida a questão ao TJUE, este entendeu que as alterações verificadas não eram passíveis de obrigar a entidade adjudicante a submeter o contrato novamente à concorrência e estabeleceu, pela primeira vez, uma série de critérios balizadores do que são modificações substanciais, não admissíveis no âmbito do mesmo contrato:

- (i) As que introduzem condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos;

²⁰ Acórdão *Presstext*, de 19 de junho de 2008, proferido no âmbito do processo nº C-454/06, disponível em curia.europa.eu. Para uma análise aprofundada deste aresto, cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Acórdão Presstext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 73, p. 13 e ss..

- (ii) As que introduzem condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite;
- (iii) As que alargam o contrato, numa medida importante, a obrigações inicialmente não previstas;
- (iv) As que modificam o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial.

O acórdão *Presstext* permitiu, mesmo que com algum grau de incerteza, “separar as águas” entre modificações objetivas admissíveis e não admissíveis, fornecendo alguns critérios indicativos que têm vindo a ser determinantemente influentes na jurisprudência nacional dos Estados-membros. Este aresto constituiu, sem dúvida, grande parte da inspiração para aquele que podemos considerar (embora com as suas imperfeições) o atual regime europeu da modificação objetiva dos contratos públicos, introduzido pelas Diretivas em análise.

No âmbito dos atos legislativos da União, e sem prejuízo da atenção que tem vindo a ser dada desde a década de 60 do século XX à contratação pública pela jurisprudência e pelas instituições europeias, tendo em conta a sua influência no mercado interno²¹, o primeiro ato legislativo europeu que abordou – embora parcamente – a questão da modificação objetiva dos contratos públicos foi a Diretiva 2004/18/CE, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, limitando-se apenas ao regime específico dos contratos públicos de serviços e das empreitadas de obras públicas.

Dispunha o n.º 4 do artigo 31.º da Diretiva 2004/18/CE que, nos contratos públicos de serviços e das empreitadas de obras públicas, as entidades adjudicantes podiam recorrer a um *procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio*, com o mesmo adjudicatário, nos termos da alínea a), relativamente a obras ou serviços complementares que não constassem do contrato inicial e que *se tenham tornado necessários, na sequência de uma circunstância imprevista, para a execução da obra ou a prestação do serviço neles descritos*, quando:

²¹ Cfr. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um olhar português*, Almedina, 2006, p. 37 e ss.; IDEM, *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação pública sustentável*, Almedina, 2012, p. 58 e ss., referindo-se a uma “progressiva europeização dos contratos públicos”. No mesmo sentido, ALEXANDRA LEITÃO, *op. cit.*, p. 25.

- (i) as obras ou serviços complementares não pudessem ser técnica ou economicamente separados do objecto de contrato inicial sem grande inconveniente para as entidades adjudicantes; ou
- (ii) as obras ou serviços que, embora pudessem ser separados do objecto do contrato inicial, fossem absolutamente necessários à sua conclusão, com o limite inultrapassável de 50% do montante do contrato inicial.

Tal procedimento era também possível, de acordo com o disposto na alínea *b)*, relativamente a obras ou serviços novos que consistissem na repetição de obras ou serviços similares aos do contrato inicial, desde que essas obras ou esses serviços estivessem *em conformidade com um projecto de base e que esse projecto tenha sido objecto de um contrato inicial adjudicado por concurso público ou limitado*.

Contudo, o n.º 4 previa que o recurso a este procedimento apenas era possível nos três anos subsequentes à celebração do contrato inicial e que deveria ser indicado aquando da abertura do primeiro concurso, devendo o custo total previsto das obras ou dos serviços subsequentes ser tomado em consideração pelas entidades adjudicantes para efeitos da aplicação dos limiares previstos no seu artigo 7.º.

A Diretiva 2004/17/CE continha disposição similar, nas alíneas *f)* e *g)* do n.º 3 do seu artigo 40.º, com exclusão do limite dos 50% do montante do contrato inicial.

Por sua vez, o artigo 61.º da Diretiva 2004/18/CE estabelecia que a mesma não era aplicável às *obras complementares* adjudicadas ao contraente privado que se encontrava a executar a obra que não estivessem previstas no contrato inicial, desde que estas:

- (i) não pudessem ser, técnica ou economicamente, separadas do contrato inicial sem inconveniente grave para a entidade adjudicante; ou
- (ii) embora pudessem ser separadas da execução do contrato inicial, fossem absolutamente necessárias ao seu acabamento.

Em suma, não haveria necessidade de lançar mão de novo procedimento para a realização destes trabalhos, sem prejuízo da aplicação à sua adjudicação dos princípios gerais da contratação pública na União Europeia.

No que tocava em geral às modificações objetivas, não existia, para além da já mencionada, nenhuma regulamentação em concreto, estando na esfera de discricionariedade dos Estados-Membros legislar acerca do tema (como foi o caso do Estado Português, tendo em conta que esta legislação já existia, no domínio do RJEOP, para os contratos de empreitada de obras públicas) – sendo que sempre seriam

aplicáveis em primeira linha, na ausência de legislação, e complementarmente, no caso contrário – mas com a precedência que lhes são próprios – os princípios gerais da contratação pública e do mercado único europeu, nomeadamente os da submissão ao interesse público, da transparência, da igualdade, da concorrência e da livre circulação de mercadorias, capitais, bens e pessoas (denominadas comumente pela doutrina e pela jurisprudência como as “quatro liberdades”).

3. O regime atual no direito português

3.1 Questão prévia: da aplicabilidade direta das Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE

As Diretivas objeto de análise no presente texto tinham como data limite de transposição o dia 18 de abril de 2016 (cfr., respetivamente, n.º 1 do artigo 51.º, n.º 1 do artigo 90.º e n.º 1 do artigo 106.º), ressalvadas as exceções referidas nos números seguintes dos artigos referidos – a título de exemplo, as normas relativas à contratação eletrónica.

Como tal, e não tendo ainda o Estado Português procedido à transposição das Diretivas, entendemos que as suas normas que não se enquadrem em nenhuma das exceções por estas salvaguardadas e que sejam suficientemente precisas, claras e incondicionais têm no momento efeito direto no ordenamento jurídico português, podendo ser invocadas em seu benefício pelas entidades adjudicatárias de contratos públicos, ao abrigo da vasta jurisprudência produzida pelo TJUE quanto a esta matéria, com origem no seminal acórdão *Van Gend en Loos*, de 1963 (proferido no âmbito do processo nº 26/62)²².

Entendemos ainda que, em face da jurisprudência estabelecida pelo acórdão *Marleasing*, o CCP, na sua redação atual, terá sempre de ser interpretado em

²² Para além do acórdão referido, vejam-se também, entre outros, os acórdãos *Van Duyn* (proferido a 4 de dezembro de 1974, no âmbito do processo nº C-41/74), *Ratti* (proferido a 5 de abril de 1979, no âmbito do processo nº 148/78), *Foster* (proferido a 12 de julho de 1990, no âmbito do processo nº C-188/89), todos disponíveis em curia.europa.eu; cfr., para mais desenvolvimentos, JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUÍS MOTA DE CAMPOS e ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *op. cit.*, p. 371 e ss..

conformidade com as referidas Diretivas, sendo inaplicáveis as normas que se mostrem frontalmente desconformes com estas²³.

3.2 Em concreto, do regime atual no direito português

O legislador nacional, aquando da elaboração do CCP, entendeu regular com relativa profundidade, na Parte III, a disciplina da modificação objetiva dos contratos públicos que considerou como contratos administrativos²⁴, já na sequência da tradição legislativa portuguesa quanto a esta matéria, nomeadamente ao nível dos contratos de empreitada de obras públicas, anteriormente regulados pelo RJEOP, constante do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de março.

²³ Cfr. acórdão *Marleasing*, proferido a 13 de novembro de 1990, no âmbito do processo n.º C-106/89, disponível em curia.europa.eu; cfr. também, para maior desenvolvimento do tema, JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUÍS MOTA DE CAMPOS e ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *op. cit.*, p. 385 e MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 67-68.

²⁴ O legislador do CCP entendeu aplicar, por força do disposto do n.º 5 do artigo 1.º do diploma, a Parte III, que regula a execução dos contratos e, por conseguinte, a modificação objetiva dos mesmos, àqueles contratos que sejam qualificados por este diploma como administrativos – *o regime substantivo dos contratos públicos estabelecido na parte III do presente Código é aplicável aos que revistam a natureza de contrato administrativo* – que, nos termos do n.º 6 do mesmo artigo, são aqueles que *independentemente da sua forma ou designação, celebrado entre contraentes públicos e co-contratantes ou somente entre contraentes públicos, que se integre em qualquer uma das seguintes categorias:*

a) *Contratos que, por força do presente Código, da lei ou da vontade das partes, sejam qualificados como contratos administrativos ou submetidos a um regime substantivo de direito público;*

b) *Contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos;*

c) *Contratos que confiram ao co-contratante direitos especiais sobre coisas públicas ou o exercício de funções dos órgãos do contraente público;*

d) *Contratos que a lei submeta, ou que admita que sejam submetidos, a um procedimento de formação regulado por normas de direito público e em que a prestação do co-contratante possa condicionar ou substituir, de forma relevante, a realização das atribuições do contraente público.*

Sem prejuízo da ampla – mas incoerente – definição de contrato administrativo preconizada pelo CCP, este apenas qualifica expressamente como tal os enunciados no Título II da Parte III do Código, denominado *Contratos administrativos em especial*. São estes os contratos de empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos, locação de bens móveis, aquisição de bens móveis e aquisição de serviços.

Muito apesar de o presente texto versar sobre contratos públicos, o CCP entendeu, no n.º 1 do seu artigo 1.º, qualificar os contratos administrativos como uma subespécie destes – pelo que se analisa aqui o regime da modificação objetiva consagrado na Parte III. Em bom rigor, tal entendimento não está incorreto, mas parece ignorar a importância e a autonomia desta figura, há muito consagrada no ordenamento jurídico português. Aliás, e como nota PEDRO COSTA GONÇALVES, existem inúmeros contratos que se devem qualificar como administrativos e escapam à aplicação da Parte III do CCP – cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, pp. 453-454.

A nível geral – para todos os contratos que o Código qualifica como administrativos – dispõe o artigo 311.º do CCP que os contratos podem ser modificados²⁵:

- (i) *por acordo entre as partes* [cfr. alínea a) do n.º 1] – a que MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS designam por *contrato administrativo modificativo*²⁶;
- (ii) *por decisão judicial ou arbitral* [cfr. alínea b) do n.º 1]; ou
- (iii) *por ato administrativo do contraente público, quando o fundamento invocado sejam razões de interesse público* (cfr. n.º 2).

Passemos então a analisar cada um dos fundamentos de modificação objetiva previstos no CCP.

As modificações contratuais por acordo entre as partes, nos termos da norma *supra* referida, não devem “*revestir forma menos solene do que a do contrato*”, ou seja, caso este tenha sido celebrado por escrito, o acordo modificativo terá de assumir a forma escrita. No caso contrário, poderá o acordo modificativo ser celebrado oralmente. Tais modificações, contudo, não poderão, à luz do disposto nas Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, alterar os parâmetros essenciais do contrato, nos termos que analisaremos mais aprofundadamente no ponto 2. do presente texto.

No entendimento de PEDRO COSTA GONÇALVES, que se afigura para nós acertado, a modificação objetiva do contrato por decisão judicial ou arbitral só poderá ter por fundamento a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias que estiveram na base da decisão de contratar²⁷. No entanto, há que atender ao disposto no n.º 3 do artigo 313º: *Nos contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, o fundamento previsto na alínea a) do artigo anterior não pode conduzir à modificação do contrato por decisão judicial ou arbitral, quando esta interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa*. Ou seja, a modificação do contrato por decisão judicial ou arbitral, nos contratos aqui referidos, não pode interferir na margem de discricionariedade técnica da Administração Pública, só podendo ter por motivação a

²⁵ Embora não esteja elencado no artigo 311.º, deve entender-se que os contratos que o CCP qualifica como administrativos podem ser também modificados por ato da entidade adjudicante, com fundamento naquilo que a doutrina designa por *fait du prince* ou facto do príncipe. Analisaremos esta possibilidade de modificação adiante.

²⁶ MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, pp. 420, 421 e 423.

²⁷ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, p. 569.

prática de atos que se insiram no âmbito do controlo judicial da atividade administrativa.

Quando o fundamento invocado sejam razões de interesse público – o poder de modificação unilateral contratual que é prerrogativa exclusiva, como já referimos, da Administração Pública – este terá que consubstanciar um dos dispostos no artigo 312.º do mesmo diploma:

a) Quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato;

b) Por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes.

Nos termos da alínea *a)*, a alteração anormal e imprevisível só poderá ser, à luz do texto da Diretiva 2014/24/UE, *aquela que uma autoridade adjudicante ou entidade adjudicante diligente não podia prever*. Como iremos adiantar *infra*, entendemos que as autoridades ou entidades adjudicantes diligentes são as entidades adjudicantes competentes e atentas. As razões de interesse público a invocar pela entidade adjudicante, referidas na alínea *b)*, terão, por sua vez, de ser devidamente fundamentadas, de modo a que a entidade adjudicatária as possa compreender em perfeitas condições, sob pena de invalidade do ato de modificação.

Nos termos do n.º 1 do artigo 313.º do CCP, qualquer modificação objetiva do contrato *não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato*. Esta disposição visa proteger a concorrência no mercado da contratação pública, impondo que as modificações objetivas dos contratos não possam funcionar como instrumento de fraude à lei, mais concretamente das disposições que regulam os procedimentos de formação de contratos, constantes da Parte II do CCP.

Para efeitos do disposto no número anterior, o número seguinte do mesmo artigo dispõe que *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*.

Caso o fundamento invocado para a modificação objetiva do contrato se enquadre numa das alíneas do n. 1 do artigo 314.º do CCP [alteração anormal e

imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do co-contratante²⁸ – alínea a) – ou razões de interesse público – alínea b)], a entidade adjudicatária tem direito, nos casos previstos no artigo 282.º do CCP, e nos seus exatos termos, à reposição do equilíbrio financeiro do contrato. De acordo com o n.º 3 deste artigo, a reposição do equilíbrio financeiro deve ser efetuada nos termos previstos no contrato ou, caso não exista nenhuma cláusula contratual nesse sentido, pode ser efetuada, designadamente, através:

- (i) da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato;
- (ii) da revisão de preços; ou
- (iii) da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato.

Para garantia dos princípios da transparência e da concorrência, nos termos do artigo 315.º do CCP, *os actos administrativos do contraente público ou os acordos entre as partes que impliquem quaisquer modificações objectivas do contrato e representem um valor acumulado superior a 15 do preço contratual devem ser imediatamente publicitados, pelo contraente público, no portal da Internet dedicados aos contratos públicos, devendo a publicidade ser mantida até seis meses após a extinção do contrato*, sendo que, nos termos do n.º 2 desta norma, esta publicação é condição de eficácia *erga omnes* das modificações operadas, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos²⁹.

No que toca aos contratos de empreitada de obras públicas em concreto, o regime do CCP, constante dos artigos 370.º e seguintes, é, como já tivemos oportunidade de referir, detalhado e vem na esteira da tradição legislativa quanto a estes contratos, tendo como antecessor direto o RJEOP.

O CCP disciplina quatro possibilidades específicas de modificação do contrato de empreitada durante a sua execução: (i) a prática ou desencadeamento de factos por

²⁸ Corresponde ao que na doutrina se designa como *fait du prince* ou facto do príncipe, que podemos definir como uma decisão ou ato jurídico, de carácter lícito, da entidade adjudicante/contratante público, praticada fora do âmbito do contrato, mas com reflexos no mesmo, podendo provocar a sua modificação (o que releva para o presente texto) ou extinção – cfr. CLÁUDIA DE MOURA ALVES SAAVEDRA PINTO, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos*, Almedina, 2012, p. 14, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *op. cit.*, pp. 421-423, e PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, p. 575.

²⁹ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, p. 576.

parte do dono de obra dos quais resultem agravamento de encargos para o empreiteiro, (ii) a realização de trabalhos a mais, (iii) o suprimento de erros e omissões e (iv) a supressão de trabalhos (ou trabalhos a menos).

A primeira das hipóteses, prevista no artigo 354.º do CCP, pode dar origem, nos termos da n.º 1, à reposição do equilíbrio financeiro do contrato tal como prevista no artigo 282.º, o que nos remete para o regime da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias dos artigos 311.º e 314.º, analisado *supra*³⁰.

O Código entende como trabalhos a mais, nos termos do seu n.º 1 do seu artigo 370.º, aqueles que, cumulativamente:

- (i) não estejam previstos no contrato em espécie ou quantidade;
- (ii) se tenham tornado necessários à execução da mesma obra na sequência de uma circunstância imprevista; e
- (iii) não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objecto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra ou, embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra.

A execução de trabalhos que se enquadrem na previsão da norma acima citada é permitida, de acordo com o artigo 370.º do CCP, salvo quando se verifique alguma das situações previstas no seu n.º 2, a saber:

- (i) alínea a) – *Tendo o contrato sido celebrado na sequência de procedimento de ajuste direto ao abrigo do disposto na alínea a) do artigo 19.º, o somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, seja igual ou superior ao valor referido naquela alínea* (limiar previsto nas anteriores Diretivas para a celebração de contratos ao abrigo de procedimento de ajuste direto);
- (ii) alínea b) – *Tendo o contrato sido celebrado na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação e o somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, seja igual ou superior ao valor referido na alínea b) do artigo 19.º* (limiar previsto nas anteriores Diretivas para a obrigatoriedade de publicação do anúncio ou convite no JOUE), *o anúncio do concurso não tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia;*

³⁰ Cfr. LICÍNIO LOPES MARTINS, “Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II: em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos”, in *Estudos de Contratação Pública – III*, CEDIPRE, novembro de 2010, p. 354 e ss.

- (iii) alínea c) – *O preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, ultrapasse 40% do preço contratual.*

Verificando-se alguma destas situações, considera-se que a modificação é substancial, obrigando o n.º 5 deste artigo a que a realização dos trabalhos a mais seja *objecto de contrato celebrado na sequência de procedimento adoptado nos termos do disposto no título I da parte II* – entenda-se, estes terão de ser necessariamente submetidos à concorrência. Decorre da interpretação da lei, muito embora esta não o diga expressamente, os trabalhos que não sejam considerados a mais pelo CCP terão igualmente de ser objeto de novo procedimento.

Embora não os considere trabalhos a mais, o CCP enquadra como modificações objetivas do contrato de empreitada de obras públicas os trabalhos de suprimento de erros e omissões do projeto de execução da obra, disciplinando o seu regime nos artigos 376.º a 378.º.

Nos termos do n.º 1 do artigo 376.º, o empreiteiro tem a obrigação de executar os trabalhos de suprimentos de erros e omissões que lhe sejam ordenados pelo dono de obra, desde que o seu valor acumulado não exceda 5% do preço contratual – caso previsto no n.º 3 – ou 10%, nos casos especificados no n.º 4. Caso esse valor seja excedido, a consequência é a mesma que se encontra prevista no regime dos trabalhos a mais – a submissão à concorrência dos trabalhos, pela abertura de procedimento contratual.

A responsabilidade pelos trabalhos será do empreiteiro ou do dono de obra, consoante os elementos onde constem os erros e/ou omissões tenham sido elaborados por um ou por outro, de acordo com o artigo 378.º.

Por fim, o empreiteiro pode, nos termos do artigo 379.º do CCP, deixar de executar trabalhos previstos no contrato, caso o dono de obra emita ordem nesse sentido. O preço a pagar pelos trabalhos é deduzido ao preço contratual e, no caso de a dedução ser superior a 20% do mesmo, o empreiteiro tem direito a uma compensação correspondente a 10% do valor desta.

Relativamente aos contratos de aquisição de serviços, o artigo 454.º do CCP estabelece um regime de serviços a mais e a menos em tudo semelhante ao regime dos trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas. O legislador reconhece ainda a possibilidade de prestação de serviços de suprimento de erros e omissões, não os considerando serviços a mais, nos termos do n.º 4. Parece-nos, recorrendo à análise sistemática do Código, que seja aqui aplicável, por analogia, o regime do suprimento de

erros e omissões do contrato de empreitada de obras públicas, tendo em conta que o próprio artigo, no seu n.º 6, indica que é subsidiariamente aplicável o regime dos trabalhos a mais e a menos do contrato de empreitada de obras públicas.

A nível jurisprudencial, o paradigma continua a ser o introduzido pela já referida jurisprudência do TJUE, tendo os tribunais nacionais aderido, na grande maioria dos casos, aos testes por esta estabelecidos.

A título exemplificativo do que referimos, o Tribunal de Contas, no acórdão 20/2010, de 21 de junho, afirma que “a modificabilidade dos contratos públicos durante a sua vigência não depende apenas da existência de razões de interesse público e do respeito pelo objecto do contrato e pelo equilíbrio financeiro do mesmo”, mas também “em obediência aos princípios constitucionais e legais da concorrência, igualdade e transparência, da não alteração de outras condições importantes desses contratos e da não alteração dos pressupostos que estiveram na base do procedimento competitivo através do qual foi feita a escolha da proposta adjudicada”.

Por sua vez, refere o TCA Sul, em acórdão de 21.03.2013, proferido no âmbito do processo nº 09580/12 que “são exemplos de alterações substanciais (com base na jurisprudência do TJUE): (i) a introdução de condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite; (ii) a alteração que alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos; (...) (iii) a alteração que modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial”. Estes critérios enunciados são os constantes do acórdão *Pressetext*, e que vieram a servir de fundação para o regime da modificação objetiva dos contratos públicos introduzido pelas novas Diretivas europeias da contratação pública.

No entanto, e sem prejuízo do que referimos, TIAGO DUARTE, na análise que faz a dois acórdãos do Tribunal de Contas (números 13/2010 e 20/2010, este último já citado), considera que estes interpretam a jurisprudência do TJUE de forma demasiado restritiva, deixando, na sua opinião, uma margem demasiado reduzida para as entidades adjudicantes procederem à modificação de contratos públicos existentes³¹.

³¹ Cfr. TIAGO DUARTE, *op. cit.*, pp. 29-31. Para mais desenvolvimentos, cfr. as p. 32 e ss. do mesmo artigo.

CAPÍTULO II - O regime da modificação objectiva dos contratos públicos nas novas Diretivas europeias de contratação pública

1. Introdução

No presente capítulo iremos abordar a disciplina relativa a esta matéria introduzida pelas novas Diretivas europeias de contratação pública – as Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE – que regulam, respetivamente, os contratos de concessão, os contratos públicos em geral e os contratos públicos no âmbito dos chamados “setores especiais”.

Iremos, tendo em conta o seu âmbito mais alargado e maior interesse prático, começar pela análise da Diretiva 2014/24/UE, partindo de seguida para a análise da Diretiva 2014/25/UE (“setores especiais”) e, por fim, para a Diretiva 2014/23/UE (“concessões”), uma novidade no Direito da União Europeia.

Como já tivemos oportunidade de referir, o regime aqui introduzido é novo, muito embora seja fruto de toda a produção jurisprudencial, doutrinal e legislativa ocorrida até à data³², podendo ser classificado, em certa parte, como uma codificação dos critérios determinantes da admissibilidade da modificação que têm vindo a ser desenvolvidos ao longo dos anos pela pertinente jurisprudência do TJUE³³, sem prejuízo das inovações introduzidas, e que teremos oportunidade de analisar concretamente.

2. Análise crítica

2.1 Diretiva 2014/24/UE

A Diretiva 2014/24/UE³⁴, que sucede à Diretiva 2004/18/CE na regulação dos contratos públicos e acordos-quadro relativos a fornecimentos de bens, obras e serviços (cfr. n.º 2 do seu artigo 1.º), trata da matéria da modificação objetiva dos mesmos no seu

³² Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, p. 567.

³³ No mesmo sentido, NICOLAS CHARREL e THOMAS GASPARD, “Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d'exécution”, in *Les nouvelles directives «marchés» (2^{de} partie)*, *Contrats Publics*, n.º 144, maio de 2015, p. 56.

³⁴ De ora em diante no ponto 2.1 apenas designada por “Diretiva”.

artigo 72.º e da possibilidade da sua resolução com fundamento em modificação objetiva considerada substancial os efeitos desse mesmo artigo na alínea *a*) do artigo 73.º.

No seu considerando 107, é mencionado que é necessário *esclarecer as condições em que as modificações de um contrato durante a sua execução exigem um novo procedimento de contratação, tendo em conta a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia* – jurisprudência esta que, como já referimos, foi até à aprovação das novas Diretivas europeias sobre contratação pública a principal sede de tratamento destas matérias. Entendemos, em face deste considerando, que o desiderato fundamental da Diretiva neste aspeto – embora não inteiramente conseguido – é, como referem NICOLAS CHARREL e THOMAS GASPAR, a criação de critérios concretos de admissibilidade, que não existiam no estágio anterior do Direito da União Europeia, reforçando a segurança jurídica na modificação objetiva de contratos públicos³⁵.

a) Artigo 72.º, n.º 1

Em concretização do referido no considerando 107, vem o n.º 1 do artigo 72.º referir que *os contratos e os acordos-quadro podem ser modificados sem novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva em qualquer dos casos previstos nas alíneas a) a d)*. Analisemos então as alíneas *a)* a *c)*, que determinam quando é que podem ocorrer modificações objetivas de contratos públicos³⁶.

Estipula a alínea *a)* que os contratos públicos abrangidos pela Diretiva podem ser modificados se estas alterações, *independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais do concurso em cláusulas de revisão (...) ou opção*, que terão de ser *claras, precisas e inequívocas* e *indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas*. Estas cláusulas não poderão, contudo, *prever modificações ou opções que alterem a natureza global do contrato ou do acordo-quadro*.

O considerando 111 já aponta para a necessidade de conferir às autoridades adjudicantes a possibilidade de *preverem modificações do contrato através de cláusulas*

³⁵ Cfr. NICOLAS CHARREL e THOMAS GASPAR, *op. cit.*, p. 55.

³⁶ A alínea *d)* prevê quando são admissíveis modificações subjetivas dos contratos ou acordos-quadro. Não a iremos analisar por não se incluir no âmbito do presente trabalho.

de revisão ou opção. O texto da Diretiva em si não nos oferece nenhuma pista para a definição de cláusulas de revisão ou opção claras, precisas e inequívocas, mas o já citado considerando 111 menciona alguns exemplos de cláusulas admissíveis, tais como *indexações de preços*, *previsões de adaptações do contrato que se tornem necessárias devido a dificuldades técnicas surgidas durante a utilização ou a manutenção* ou *previsões de intervenções extraordinárias de manutenção que sejam necessárias para assegurar a continuidade de um serviço público*. Caberá naturalmente ao legislador de cada Estado-membro prever, se assim o entender, um elenco de cláusulas de revisão ou opção possíveis, que, não podendo ser taxativo, tendo em conta o espírito da norma, terá sempre de respeitar o limite imanente da natureza global do contrato, em conformidade com a parte final desta, *i. e.*, o contrato ou acordo-quadro não poderá, por força do acionamento da(s) cláusula(s) de revisão ou opção, transformar-se num contrato ou acordo-quadro diferente daquele que foi inicialmente celebrado, sob pena de violação do disposto na alínea *a*), impondo-se então a submissão do mesmo a novo procedimento de formação, nos termos do n.º 5 deste artigo.

Há que referir, contudo, algumas considerações que nos suscitam a redação da norma. Em primeiro lugar, é notória a amplitude do preceito, como já mencionámos, sendo que entrará na esfera de discricionariedade dos legisladores dos Estados-membros a sua concretização e delimitação.

Em segundo lugar, temos alguma reservas quanto à falta de previsão de limites de valor monetário para tais cláusulas. É entendimento unânime, quer na jurisprudência quer na doutrina, nacionais ou europeias, que o valor é um dos elementos essenciais de qualquer contrato público, sendo que o seu quantitativo pode alargar ou restringir o número de potenciais interessados na celebração do mesmo. E, como elemento essencial que é, a sua alteração de uma forma desproporcionada pode alterar a natureza do contrato, de tal forma que cláusulas de revisão que prevejam alterações significativas do preço podem violar o disposto na própria alínea *a*)³⁷. Acresce que, tendo em conta o objetivo transversal das novas Diretivas da contratação pública de abrir o mercado às PME³⁸, sendo que estas constituem uma percentagem significativa do tecido

³⁷ Cfr. SUE ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell, 2014, p. 600.

³⁸ O considerando 2 da Diretiva 2014/24/EU refere que *as regras de contratação pública, adotadas nos termos da Diretiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e da Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, deverão ser revistas e modernizadas a fim de aumentar a eficiência da despesa pública, em particular facilitando a participação das pequenas e médias empresas (PME) na contratação pública*. No mesmo sentido, ROBERTO CARANTA, “The changes to the public contract

empresarial da União Europeia, cláusulas de revisão com um valor monetário elevado, que possam implicar um elevado esforço financeiro por parte da entidade adjudicatária, podem colocar seriamente em causa este desiderato.

Sendo assim, entendemos, em face da sistemática e do espírito das Diretivas, mais concretamente das próprias normas referentes à modificação objetiva dos contratos públicos, que uma cláusula de revisão da qual possa resultar um aumento do valor do contrato/acordo-quadro superior a 50% se deva presumir – ilidivelmente, realce-se – inadmissível. Coloca-se uma questão – porquê 50%?

Encontra-se previsto no n.º 1 do artigo 72.º da presente Diretiva que, no caso de ocorrerem as modificações previstas na sua alínea *b*), o aumento de preço não pode exceder 50 % do valor do contrato ou acordo-quadro original. Face ao entendimento que temos sobre este limite (que exporemos adiante), presumimos então que, a partir desta percentagem de aumento, estamos à partida perante um contrato ou acordo-quadro novo, por se configurar hipoteticamente uma alteração da essência do contrato, o que determinaria uma nova abertura do mesmo à concorrência, em coerência com todo o bloco normativo-jurisprudencial europeu da contratação pública.

Na alínea *b*), prevê-se a possibilidade de adjudicar novas obras, serviços ou fornecimentos à mesma entidade adjudicatária, caso a mudança *(i)* não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, como requisitos de permutabilidade ou interoperabilidade com equipamento, serviços ou instalações existentes adquiridos ao abrigo da concessão inicial e *(ii)* seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para a autoridade ou entidade adjudicante.

A norma dá a entender que a reabertura de novo do contrato ou acordo-quadro à concorrência é, em caso de necessidade de obras, serviços ou fornecimentos a mais, preferível à modificação objetiva do mesmo, ao colocar em evidência que a possibilidade de atribuição de novas vantagens ao contraente privado só deve existir exclusivamente nos casos nela (norma) previstos.

De qualquer das formas, como já referimos, o próprio n.º 1 do artigo 72.º parece criar uma válvula de segurança, ao apenas permitir o aumento do preço até ao valor de 50% do contrato original. No caso de ocorrerem várias adjudicações ao longo do contrato ou acordo-quadro, esta limitação aplica-se a cada adjudicação, sendo que o

directives and the story they tell about how EU law works”, in *Common Market Law Review*, volume 52, n.º 2, abril de 2015, p. 394.

cômputo das adjudicações ocorridas não pode ter como objetivo o escape aos limites impostos pela Diretiva.

No nosso entender, afigura-se desajustada a redação da Diretiva neste ponto. Com efeito, parece-nos cristalino que à partida, caso não se manifeste uma vontade expressa de fraude à lei, o somatório das adjudicações adicionais ao longo do contrato pode exceder largamente os 50% do valor do mesmo, podendo colocar em causa o equilíbrio económico-financeiro do contrato, por manifesta desproporcionalidade – pendendo então a balança para o lado da entidade adjudicatária³⁹. É manifestamente mais coerente com o seu espírito – e com a proteção da concorrência no mercado da contratação pública – a limitação, presumivelmente, do somatório de adjudicação de novos serviços ou obras ao teto máximo de 50% do valor do contrato, não obstante podermos admitir que, em casos pontuais, tal se justifique, por circunstâncias excecionais, imprevisíveis e/ou anormais, que terão de ser provadas, direta ou indiretamente, pela entidade adjudicante nas peças do procedimento, que esse limite seja ultrapassado – trata-se nessa medida de uma presunção ilidível. O que aqui defendemos parece ser suportado pela alínea b) do n.º 4 – analisada adiante – que determina que a modificação objetiva do contrato é substancial, requerendo nova abertura à concorrência, quando *altera o equilíbrio económico (...) a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou no acordo-quadro inicial*.

A alínea c) prevê a possibilidade de modificação objetiva do contrato caso se verifiquem três requisitos cumulativos:

- (i) a necessidade de modificação decorrer de circunstâncias que uma autoridade adjudicante ou entidade adjudicante diligente não podia prever;
- (ii) a modificação não alterar a natureza global do contrato;
- (iii) o aumento dos valores não ultrapassar 50 % do valor do contrato ou acordo-quadro original – com as ressalvas já previstas na alínea b).

Na interpretação desta alínea colocam-se, à partida, três questões essenciais.

A primeira é saber o que são, no entendimento da Diretiva, circunstâncias imprevisíveis. A este respeito, o considerando 109 da Diretiva vem dar uma ajuda importante. Admitindo que *as autoridades adjudicantes podem ser confrontadas com*

³⁹ Apontando a falta de referência ao equilíbrio económico-financeiro do contrato nesta norma, e apontando como limite o princípio da proporcionalidade, SUE ARROWSMITH, *op. cit.*, p. 601.

*circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando adjudicaram o contrato, em especial quando a execução deste se prolonga por mais tempo, menciona de seguida que o conceito de circunstâncias imprevisíveis se refere a factos que a autoridade adjudicante não 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 projeto 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, o que nos parece uma definição completa e adequada*⁴⁰.

Ao fazer menção aos termos *diligente* e *razoavelmente diligente*, entendemos que a Diretiva está a sugerir que não se trata de uma qualquer entidade adjudicante, mas sim de uma entidade adjudicante normalmente competente e atenta. Parece assim que, remetendo para uma analogia com o Direito Civil, estamos perante o critério do *bonus pater familias*⁴¹, um dever de cuidado que deve sempre nortear quem exerce uma função tão específica e relevante como a administração da coisa pública, como aliás a nossa Constituição assim o obriga, mais concretamente no seu artigo 266.º, que estabelece os princípios estruturantes da atividade administrativa.

A segunda será determinar o que é passível de alterar a natureza global do contrato ou acordo-quadro.

Para tal, podemos recorrer aos critérios estabelecidos pelo n.º 4 do artigo 72.º, que determinam quando é que, no entender do legislador europeu, a modificação objetiva do contrato ou do acordo-quadro é considerada substancial, alterando a natureza global do mesmo e, como tal, requerendo nova abertura do mesmo à concorrência:

- (i) alínea a) – *A modificação introduz condições que, se tivessem feito parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos que não os inicialmente selecionados, a aceitação de uma proposta que não a inicialmente aceite, ou teriam atraído mais participantes ao procedimento de adjudicação da concessão;*

⁴⁰ Com o mesmo entendimento, cfr. STEEN TREUMER, “Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive”, in *Public Procurement Law Review*, 2014, n.º 3, p. 151.

⁴¹ Na doutrina civilista, o *bonus pater familias*, ou bom pai de família, critério originário do Direito Romano, corresponde ao padrão de diligência exigível à pessoa comum, que pressupõe, nas palavras de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “boa formação e são procedimento” – cfr., dos autores *supra* referenciados, *Código Civil Anotado*, Volume I (Artigos 1.º a 761.º), Coimbra Editora, 1979, p. 424.

- (ii) alínea b) – *A modificação altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista na concessão inicial;*
- (iii) alínea c) – *A modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro.*

No entanto, estes critérios, pela sua amplitude e abundância de conceitos indeterminados, carecem eles próprios de interpretação, que faremos *infra* ao analisar especificamente o n.º 4 do artigo 72.º.

A terceira é determinar se para o ponto *iii*) da alínea c), tal como entendemos *supra* em relação à alínea b), se deve presumir que, a partir do acumulado máximo de 50% do valor do contrato, estamos perante uma modificação objetiva não admissível nos termos da Diretiva.

No nosso entender, pela identidade de redação das duas disposições e pela falta de critérios distintivos que justifiquem uma interpretação diferenciada, parece-nos evidente que sim. Não faria sentido, em face do exposto, que a modificação ao abrigo da alínea c) tivesse uma válvula de escape não prevista pelas outras motivações passíveis de justificar uma modificação contratual objetiva admissível.

A alínea e) prevê que são admissíveis as modificações objetivas que não sejam substanciais nos termos do n.º 4 do artigo 72.º. Tendo em conta que esta é uma norma puramente remissiva, o seu conteúdo esgota-se no da norma para qual remete, que analisaremos mais adiante com maior detalhe.

O n.º 1 do artigo 72.º prevê ainda que as modificações feitas ao abrigo das alíneas b) e c) sejam objeto de publicação no JOUE, segundo os parâmetros do artigo 51.º e do Anexo V à Diretiva, Parte G. Esta disposição tem como claro objetivo submeter estas modificações à publicidade mais ampla possível, de modo a que eventuais ilegalidades possam ser detetadas com facilidade pelas autoridades europeias e nacionais. Trata-se de uma medida de “prevenção de abuso”, como refere acertadamente SUE ARROWSMITH⁴².

Percebemos a exclusão da alínea a) da obrigatoriedade de publicação, porquanto os princípios da publicidade, da igualdade e da transparência já se encontram cumpridos pela inserção de cláusulas de revisão e/ou opção no contrato, que deve estar disponível para visualização de qualquer interessado no portal *online* existente para o efeito.

⁴² Cfr. SUE ARROWSMITH, *op. cit.*, p. 602.

b) Artigo 72.º, n.º 2

O n.º 2 do artigo 72.º dispõe que são admissíveis modificações objetivas, independentemente dos critérios do n.º 4, caso o valor das mesmas seja, cumulativamente, inferior a qualquer dos limiares do artigo 4.º e inferior a 10% do valor inicial do contrato, no caso dos contratos de serviços e fornecimentos, ou 15%, nos casos dos contratos de empreitada de obras públicas. A este propósito, refere o considerando 107 da Diretiva que *as modificações do contrato que resultem numa pequena alteração do valor do contrato até determinado valor deverão ser sempre possíveis sem necessidade de iniciar um novo procedimento de contratação*. Tenha-se em linha de conta que estes limiares se aplicam ao conjunto das modificações efetuadas ao abrigo desta norma, e não a cada uma em concreto – *no caso de várias modificações, esse valor é avaliado com base no valor líquido acumulado das várias modificações*.

Trata-se na essência de uma cláusula *de minimis*⁴³, como o próprio considerando 107 já citado refere – *para o efeito, e a fim de garantir a segurança jurídica, a presente diretiva deverá prever limiares «de minimis» abaixo dos quais não é necessário um novo procedimento de contratação*.

Com efeito, o legislador europeu entendeu que modificações contratuais abaixo destes valores não se devem, *a priori*, considerar passíveis de alterar a natureza essencial do contrato e trata-as como irrelevantes para o mercado interno, não podendo causar quaisquer efeitos de distorção da concorrência, com a ressalva de que tais modificações *não alterem a natureza global do contrato ou do acordo-quadro*. De facto, considerando que a natureza do contrato não se esgota no seu valor, é perfeitamente possível configurar alterações que, mesmo tendo um valor acumulado inferior ao previsto nesta norma, alterem substancialmente a natureza do contrato ou acordo-quadro⁴⁴. Pense-se, por exemplo, num contrato de aquisição de serviços jurídicos no âmbito de uma certa área, *e. g.*, Direito Comercial, numa modificação que prevê que os serviços em questão passem a ser executados na área do Direito Administrativo, mediante o pagamento de uma remuneração 5% superior à

⁴³ Cfr. STEEN TREUMER, *op. cit.*, p. 151.

⁴⁴ No mesmo sentido, NICOLAS CHARREL e THOMAS GASPARD – cfr. *op. cit.*, p. 59 – apontando casos concretos da jurisprudência francesa, e também STEEN TREUMER, *op. cit.*, p. 151, e PEDRO MATIAS PEREIRA e CARLA MACHADO, “Modificação e rescisão do contrato”, in *Revista de Contratos Públicos*, nº 12, 2014, no prelo.

originalmente paga à entidade adjudicatária – é cristalino que a natureza global do contrato está irremediavelmente comprometida, muito embora não tenha havido qualquer modificação no preço considerada relevante pela Diretiva.

É nossa convicção que o estabelecimento de limites diferentes entre os contratos de serviços e/ou fornecimentos e os contratos de empreitada de obras públicas é inteiramente justificado.

Com efeito, a natureza destes contratos é manifestamente diferente. O contrato de empreitada de obras públicas (como qualquer outro contrato de empreitada) caracteriza-se pelo elevado investimento, não só inicial mas também ao longo da sua execução, em mão de obra e bens, necessário para a sua concretização. Ora, tal investimento resulta, na prática, numa escala de custos bastante elevada, o que faz consequentemente diminuir, na generalidade dos casos, a margem de lucro da entidade adjudicatária. Por oposição, os contratos de aquisição de bens ou serviços – e principalmente os contratos de aquisição de serviços de natureza intelectual – não exigem um investimento comparativamente tão elevado, pelo que a margem de lucro será naturalmente mais elevada. Acresce que os contratos de empreitada de obras públicas têm na grande maioria dos casos um valor económico bastante superior aos contratos de aquisição de bens ou serviços – o que justifica que os limiares previstos na Diretiva para a aplicabilidade desta sejam também superiores⁴⁵.

Fica em aberto a questão de saber o que é uma modificação objetiva que altere a natureza global do contrato ou do acordo-quadro. A melhor pista que a Diretiva nos dá é precisamente no n.º 4 do artigo 72.º, quando refere que a *modificação de um contrato ou de um acordo-quadro durante o seu período de vigência é considerada substancial, na aceção do n.º 1, alínea e), quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente*

⁴⁵ Nos termos do artigo 4.º da Diretiva 2014/24/UE, a mesma aplica-se aos contratos cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares:

a) **5 186 000 EUR para os contratos de empreitada de obras públicas;**

b) **134 000 EUR para os contratos públicos de fornecimento e de serviços** adjudicados por autoridades governamentais centrais e concursos para trabalhos de conceção organizados por essas autoridades; quando os contratos públicos de fornecimento forem adjudicados por autoridades adjudicantes que operem no domínio da defesa, este limiar só se aplica aos contratos relativos a produtos mencionados no Anexo III;

c) **207 000 EUR para os contratos públicos de fornecimento e de serviços** adjudicados por autoridades adjudicantes subcentrais e concursos para trabalhos de conceção organizados por essas autoridades; quando os contratos públicos de fornecimento forem adjudicados por autoridades adjudicantes que operem no domínio da defesa, esse limiar só se aplica aos contratos relativos a produtos mencionados no Anexo III;

d) **750 000 EUR para os contratos públicos de serviços** relativos a serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no Anexo XIV.

diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente. Analisaremos adiante com mais detalhe esta norma.

c) Artigo 72.º, n.º 3

O n.º 3 indica-nos que, quando sejam referidos valores, nomeadamente nas alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 e no n.º 2, estes serão atualizados à cláusula de indexação do contrato ou do acordo-quadro, se a houver. Caso esta não exista, revela-se interessante a hipótese de os valores referidos serem atualizados à taxa de inflação média do Estado-membro onde esteja sediada a entidade adjudicante, possibilidade que a presente diretiva parece deixar em aberto para os legisladores dos Estados-membros, à semelhança do que acontece nos contratos de concessão abrangidos pela Diretiva 2014/23/UE e como previsto no n.º 3 do seu artigo 43.º.

d) Artigo 72.º, n.º 4

O n.º 4 começa por estabelecer que a modificação objetiva de um contrato ou de um acordo-quadro durante o seu período de vigência *é considerada substancial, na aceção do n.º 1, alínea e), quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente.*

Propondo-se a concretizar o que é considerada uma modificação substancial para efeitos da alínea *e)* do n.º 1, esta norma vem também colocar uma questão interpretativa por si mesma: quando é que um contrato ou acordo-quadro passa a ser materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente?

Em primeiro lugar, há que estabelecer o que é a natureza material de um contrato ou acordo-quadro. Na nossa ótica, esta há-de enquadrar não só os aspetos quantitativos do mesmo (preço, quantidades de bens/serviços a fornecer/prestar) mas também os seus aspetos qualitativos (essencialmente, o âmbito territorial ou geográfico da execução do contrato e a natureza da obrigação, *i. e.*, se esta é fornecer o bem A ou B ou prestar o serviço X ou Y, a título de exemplo).

Portanto, e considerando aquilo que se deve entender como natureza material de um contrato ou acordo-quadro, uma modificação que altere substancialmente essa

natureza será uma modificação que descaracterize de forma radial ou altere de forma definitiva um dos aspetos acima enunciados⁴⁶.

Na nossa opinião, no caso dos aspetos quantitativos dever-se-á presumir – ilidivelmente – que uma alteração de preço ou de quantidade superior a 50% da sua globalidade, em face do que temos vindo a defender como limite imanente da Diretiva, altera substancialmente a natureza material do contrato. No caso dos aspetos qualitativos, entendemos que terá de existir uma alteração da obrigação da entidade adjudicatária que modifique o mercado em que o contrato se insere, de tal forma que se presuma inilidivelmente que o universo de candidatos à sua celebração mudou de forma substancial – por exemplo, a alteração da área territorial ou geográfica da execução do contrato de uma região/país para outra(o) ou, no caso de um contrato de fornecimento de bens, a alteração da qualidade ou gama dos bens a fornecer (*e. g.*, a alteração de um fornecimento de automóveis utilitários para um fornecimento de automóveis de luxo ou a alteração de um fornecimento de televisões para um fornecimento de computadores).

Seguidamente, a norma em análise dispõe que *em qualquer caso, sem prejuízo dos n.os 1 e 2, uma modificação é considerada substancial se se verificar uma ou mais das seguintes condições:*

“a) A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso;

b) A modificação altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial;

c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro.

Pela leitura dos critérios estabelecidos, nota-se a clara influência da jurisprudência *Presstext*, ao ponto de se poder considerar em parte, como já tínhamos referido, que se trata aqui de uma codificação dos critérios aí determinados e que tinham

⁴⁶ A propósito dos contratos administrativos, e anteriormente à vigência do CCP e das novas diretivas da contratação pública, PEDRO COSTA GONÇALVES referia-se, no âmbito do CPA à altura em vigor, ao princípio da intangibilidade do objeto como limite ao poder de modificação do contrato, *i. e.*, “a entidade pública não pode, portanto, impor ao seu contratante uma alteração que desfigure o tipo de contrato celebrado, convertendo-o num contrato de natureza diferente”, o que parece corroborar a nossa teoria – cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, 2003, p. 108.

vindo a ser desenvolvidos pelos sucessivos arestos do TJUE quanto a esta matéria, sem descurar a contribuição da doutrina e da jurisprudência dos Estados-membros.

Consideramos, tendo em conta (i) a remissão deste número para os n.ºs 1 e 2 do artigo 72.º - *sem prejuízo dos n.os 1 e 2* - e (ii) a extensa regulação das modificações admissíveis que operam as normas referidas, que esta norma é, na sua essência, uma cláusula de segurança, *i. e.*, pretende colher no seu âmbito o maior número de casos possíveis que não hajam sido contemplados de forma expressa anteriormente. Contudo, serve também como referencial para a interpretação dos n.ºs 1 e 2 do artigo 72.º, como já tivemos oportunidade de referir por diversas vezes no presente texto.

Passemos então a analisar cada um dos critérios em concreto.

A alínea a) dispõe que não é admissível qualquer modificação que introduza *condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso.*

Estamos aqui, na nossa opinião, perante modificações que alterem principalmente a natureza qualitativa do contrato, ampliando os operadores-alvo do contrato ou subvertendo os pressupostos em que o contrato foi adjudicado, *i. e.*, perante a modificação efetuada, o candidato que foi escolhido no âmbito do procedimento, tendo-lhe sido adjudicado o contrato, teria sido outro, ou até, por hipótese, nenhum dos candidatos efetivos.

No entanto, e considerando que nem todos os operadores económicos dispõem das mesmas capacidades financeiras, uma alteração quantitativa (entenda-se, do preço) pode também alterar os pressupostos da adjudicação, mais concretamente quando, por força da modificação operada, o preço seja substancialmente reduzido, abrindo o mercado a concorrentes que, por força do preço inicial, não teriam acesso ao mesmo.

Por sua vez, a alínea b) estabelece que não é admissível uma modificação que *altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial.*

Neste caso, remetendo para o conceito de equilíbrio económico-financeiro do contrato, a disposição em crise remete-nos para os aspetos quantitativos do contrato, nomeadamente para o preço. Remetemos aqui novamente para o limite imanente dos 50%, já explicado *supra*, que se afigura ser aqui aplicável.

Por fim, a alínea c) estabelece que não é admissível uma modificação que alargue *consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro*.

Não especificando de que âmbito se trata, interpretamos esta disposição como fazendo referência ao âmbito objetivo geral do contrato, *i. e.*, aos seus aspetos qualitativos e quantitativos – o que a torna, a nosso ver, pouco relevante, nada acrescentando à objetividade procurada (mas nem sempre conseguida) pela diretiva neste campo.

Em suma, da análise do cômputo geral dos critérios aqui estabelecidos podemos retirar qualquer modificação objetiva de um contrato ou acordo-quadro não será admissível no caso de, analisada em concreto, implicar uma desvirtuação do objeto contratual de tal ordem que nos deparemos perante o que seja, efetivamente, um novo contrato, e não o contrato anteriormente celebrado.

e) Artigo 72.º, n.º 5

O n.º 5 prevê que *modificações das disposições de um contrato público ou de um acordo-quadro durante a sua vigência que sejam diferentes das modificações previstas nos n.os 1 e 2 obrigam a novo procedimento de contratação nos termos da presente diretiva*. Esta norma, ao indicar *a contrario* que só são permitidas as modificações objetivas que estejam previstas nos n.ºs 1 e 2, indica-nos claramente que o espírito do artigo 72.º e, por conseguinte, da diretiva, é que a regra, quando a entidade adjudicante pretende operar uma modificação objetiva, é a da reabertura do contrato à concorrência, sendo as restantes situações excecionais⁴⁷ – o que nos leva a concluir que o regime do artigo 72.º tem como principal objetivo proteger a concorrência no mercado da contratação pública, o que, no nosso entender, se coaduna com os objetivos a que se propõem os Tratados (TUE e TFUE) relativamente a esta matéria.

No entanto, alguns autores, entre os quais STEEN TREUMER e SUE ARROWSMITH, defendem que o n.º 5 é uma mera “declaração de princípio”, entendendo que o elenco de possibilidades modificativas concedida pelas diretivas não é taxativo⁴⁸.

Na doutrina nacional, PEDRO COSTA GONÇALVES entende que no âmbito das prestações contratuais esta interpretação vai longe demais, referindo que “a letra das

⁴⁷ O mesmo entendem NICOLAS CHARREL e THOMAS GASPARD – cfr. *op. cit.*, p. 58.

⁴⁸ Cfr. STEEN TREUMER, *op. cit.*, p. 148, e SUE ARROWSMITH, *op. cit.*, p. 602.

diretivas não parece confortar uma interpretação tão generosa”, mas que, quanto ao restante, as diretivas “autorizam quaisquer modificações, independentemente do seu valor, desde que não sejam substanciais”⁴⁹.

Face aos entendimentos aqui vertidos, o que dizer acerca da taxatividade (ou não) do elenco de modificações previsto nas Diretivas?

Analisando a norma, não assumimos de forma alguma a taxatividade das possibilidades de modificação elencadas no artigo 72.º da Diretiva, mas também não vemos o n.º 5 deste artigo como uma mera declaração de princípio, tendendo nós a aderir a uma interpretação mais restritiva, na senda de PEDRO COSTA GONÇALVES, na medida em que o elenco de modificações autorizadas nos n.ºs 1 e 2 é vasto o suficiente para podermos considerar que, conjugado com o aqui disposto, o legislador europeu pretendeu que nos contratos abrangidos pelas Diretivas as possibilidades de modificação objetiva passassem no essencial pelo que nelas está vertido. No entanto, não vemos qualquer óbice a que sejam admitidas outras modificações não previstas, desde que não desrespeitem o texto da diretiva (nomeadamente o disposto no n.º 4) e os objetivos nesta traçados, pelo que também se nos afigura como possível a previsão pelos legisladores dos Estados-membros, nas transposições das novas diretivas da contratação pública, de modificações admissíveis não previstas nas mesmas. Caso essa previsão não exista, então caberá exclusivamente à doutrina e à jurisprudência do TJUE e, em segundo plano, dos tribunais competentes dos Estados-membros, o desenvolvimento prático desta temática.

A interpretação aqui defendida é de certa forma corroborada pelos trabalhos preparatórios da Diretiva. Com efeito, e como notam STEEN TREUMER⁵⁰, PEDRO MATIAS PEREIRA e CARLA MACHADO⁵¹, o projeto de Diretiva elaborado em 2011 continha, no n.º 7 do seu artigo 72.^{o52}, uma previsão que impedia modificações contratuais relativas a deficiências na execução imputáveis à entidade adjudicatária, quando a resolução dessas deficiências pudesse ser conseguida através da aplicação dos termos existentes do contrato. Tendo essa disposição – algo restritiva, no entender de alguns autores, como STEEN TREUMER⁵³ – sido eliminada, parece-nos que foi intenção do legislador europeu deixar em aberto a possibilidade de tais modificações terem lugar (quando justificadas),

⁴⁹ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, p. 573.

⁵⁰ Cfr. STEEN TREUMER, *op. cit.*, p. 149.

⁵¹ Cfr. PEDRO MATIAS PEREIRA e CARLA MACHADO, *op. cit.*

⁵² Cfr. STEEN TREUMER, *op. cit.*, p. 149.

⁵³ Cfr. COM/2011/896 final, 2011/0438 (COD), disponível in eur-lex.europa.eu.

mesmo que não previstas expressamente em qualquer disposição da Diretiva, admitindo a interpretação de que o artigo 72.º não é, de todo, uma norma fechada, muito embora, repita-se, não se possa reconduzir a uma mera “declaração de princípio”.

f) Artigo 73.º, alínea a)

A alínea a) do artigo 73º da Diretiva determina que, caso exista uma modificação objetiva que se considere substancial para efeitos do artigo 72.º e, como tal, exigisse a elaboração de novo procedimento concursal, a entidade adjudicante tem direito a rescindir o contrato. Contudo, relega a definição do modo como se processará a rescisão e os seus efeitos, nomeadamente os indemnizatórios e compensatórios, para a legislação própria dos Estados-Membros – desde que, claro está, as normas a elaborar não violem o disposto na própria Diretiva e no restante bloco jurídico-normativo europeu. Como bem nota PEDRO COSTA GONÇALVES, o ordenamento jurídico português já prevê esta garantia, por meio do instrumento da resolução do contrato por razões de interesse público⁵⁴, mas não é de excluir – embora se afigure pouco provável – que existam alterações de regime na transposição que venha a ser feita da diretiva.

2.2 Diretiva 2014/25/UE

A Diretiva 2014/25/UE, referente à contratação nos setores especiais, é, no essencial, idêntica à diretiva analisada *supra* no que toca à disciplina desta matéria – no entanto, existe uma diferença que se afigura de notar.

Neste diploma, e por comparação com a Diretiva 2014/24/UE, é eliminado o limite de 50% do valor inicial do contrato para a consideração de uma modificação objetiva como admissível, como se constata da leitura das alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 89.º.

Sem qualquer justificação compreensível, no nosso entendimento, que suporte esta diferença, ela parece-nos no mínimo estranha, na medida em que, tal como na Diretiva 2014/23/UE (que iremos analisar de seguida), abre lugar a modificações de

⁵⁴ Cfr. PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, pp. 574-575.

valor extremamente elevado por comparação com o valor inicial do contrato, o que consideramos altamente lesivo do princípio da concorrência.

Por este motivo, cremos que a presunção ilidível dos 50% do valor do contrato como limite, acumuladas todas as modificações contratuais, ao qual já nos referimos aquando da análise da Diretiva 2014/24/UE, é aqui também aplicável por analogia, não existindo qualquer diferença de regime que, no nosso entendimento, deixe de justificar este paralelismo.

2.3 Diretiva 2014/23/UE

Na Diretiva 2014/23/UE⁵⁵, referente aos contratos de concessão, o regime da modificação objetiva dos contratos públicos é essencialmente o mesmo das Diretivas 2014/24/UE e 2014/25/UE. Contudo, existem algumas diferenças que convém salientar.

Na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 43.º (equivalente à alínea *b*) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva 2014/24/UE e à alínea *b*) do n.º 1 do artigo 89.º da Diretiva 2014/25/UE), é referido que *no caso de concessões adjudicadas por uma autoridade adjudicante, para efeitos de prosseguir uma atividade diferente das referidas no Anexo II, o aumento dos valores não pode ser superior a 50 % do valor da concessão original*.

O Anexo II contém a lista de atividades concessionáveis abrangidas pelo escopo da Diretiva, o que resulta claro dos seus artigos 1.º, 6.º e 7.º.

Parece resultar da norma *supra* transcrita, portanto, que o aumento de valores a pagar numa modificação objetiva de uma concessão não pode exceder os 50% dos valores originais, apenas no caso de a modificação visar o prosseguimento de uma atividade distinta das elencadas no Anexo II. Quanto às restantes, resulta do texto da Diretiva que esta limitação não é aplicável, desde que a modificação em causa seja conforme com as suas restantes disposições. A mesma fórmula é repetida no ponto *iii*) da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 43.º.

Remetendo para o referido nos pontos 3.1.1. e 3.1.2, somos da opinião que a presunção ilidível dos 50% do valor do contrato como limite, acumuladas todas as modificações contratuais, é aqui também aplicável.

⁵⁵ De ora em diante no ponto 2.3 designada apenas por “Diretiva”.

Outra diferença constante do regime da Diretiva é o limite *de minimis*, que é *in casu* de 10% do valor da concessão inicial, tal como estipulado no ponto ii) do n.º 2 do artigo 43.º.

Por fim, consta do n.º 3 do artigo 43.º que *para efeitos do cálculo do valor a que se refere o n.º 2 e o n.º 1, alínea b) e c), o valor atualizado será o valor de referência sempre que a concessão contenha uma cláusula de indexação. Se a concessão não incluir uma cláusula de indexação, o valor atualizado é calculado tendo em conta a média da inflação do Estado-Membro da autoridade ou entidade adjudicante.*

A introdução da última parte da norma é inovadora relativamente às outras diretivas da contratação pública e poderá a sua inclusão ter a ver com a maior duração, à partida, dos contratos de concessão. No entanto, e como já notámos *supra* (ponto 3.1.1.), a sua aplicação a todos os contratos públicos abrangidos pelas diretivas não seria descabida.

2.4 Alguns aspetos relevantes da modificação objetiva de contratos públicos não abordados nas Diretivas em análise

Por fim, afigura-se relevante mencionar alguns aspetos da modificação objetiva de contratos públicos que não são diretamente abordados pelas novas Diretivas.

Em primeiro lugar, as Diretivas aqui em análise não estabelecem nenhum limite temporal aos contratos de execução duradoura, não regulando, consequentemente, as modificações relativas ao prazo contratual. Entendemos, em sintonia com JOÃO PACHECO DE AMORIM, que existe, tanto no direito português como no direito europeu, um princípio geral de temporalidade dos contratos públicos⁵⁶, *i. e.*, um princípio que impede expressamente a celebração de contratos de duração indeterminada, perpétua ou desproporcionalmente longa – impedindo, em consequência, a sua modificação nesse sentido⁵⁷. Em matéria de contratos de aquisição de serviços o TJUE, no célebre acórdão

⁵⁶ JOÃO PACHECO DE AMORIM, “O princípio da temporalidade dos contratos públicos – Considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal”, in *Estudos de Contratação Pública* – IV, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2013, p. 23.

⁵⁷ PEDRO COSTA GONÇALVES, embora não se referindo expressamente a este princípio, entende que à luz da doutrina *Presstext* e da proteção da concorrência, *ultrapassa os limites do conceito de modificação de contratos a “modificação” de um contrato de concessão (com uma duração de 30 anos) para, próximo do fim da sua vigência, viabilizar a realização de novos investimentos de um montante que determina a prorrogação do contrato... por quase mais 30 anos*, o que, cremos, valida o nosso entendimento – cfr. “Acórdão *Presstext*...”, pp. 17-18.

Presstext, já citado no presente texto, muito embora tenha afirmado que o direito comunitário, no seu estágio actual, não proíbe a celebração de contratos públicos de serviços por tempo indeterminado, veio expressamente admitir que a prática que consiste em celebrar um contrato público de serviços por tempo indeterminado é, em si, incompatível com o sistema e a finalidade das regras comunitárias em matéria de contratos públicos, na medida em que tal prática pode ter por efeito, a prazo, entravar a concorrência entre os potenciais prestadores de serviços e impedir a aplicação das disposições das directivas comunitárias em matéria de publicidade dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos.

No nosso entendimento, caberá aos legisladores dos Estados-membros definir, se assim o julgarem conveniente, limites temporais para os contratos e acordos-quadro, sendo certo que o legislador português já os prevê para alguns contratos, mais ou menos expressamente, na redação atual do CCP – cfr. artigos 256.º (para os acordos-quadro), 266.º (para os contratos públicos de aprovisionamento), 410.º (para os contratos de concessão de obras e serviços públicos⁵⁸) e 440.º (para os contratos de aquisição de bens móveis e, por remissão, para os contratos deslocação de bens móveis e aquisição de serviços)⁵⁹. cremos que, no caso português, as Diretivas não impõem qualquer alteração de regime quanto a este aspeto, muito embora o legislador possa vir a efetua-la. A jurisprudência do TJUE e dos tribunais nacionais terá um papel preponderante no balizamento dos limites temporais dos contratos, quando não exista regulamentação própria, e terá um papel essencialmente esclarecedor e interpretativo, no caso contrário.

Por último, as Diretivas não fazem uma distinção clara entre dois fundamentos de modificação objetiva dos contratos públicos: (i) a modificação objetiva por alteração superveniente, anormal e imprevisível, das circunstâncias e (ii) a modificação objetiva derivada do “facto do príncipe”, figura de origem francesa que no direito português já tem há muito consagração doutrinal, já tendo sido tratada de forma compreensiva.

⁵⁸ Esta disposição apenas prevê que o prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração, em normais condições de rentabilidade da exploração, do capital investido pelo concessionário” (n.º 1), sendo que, na falta de estipulação contratual em contrário, se presume inilidivelmente que o prazo estabelecido é de 30 anos (n.º 2), incluindo prorrogações de prazo que venham a ocorrer, o que não belisca a validade do princípio da temporalidade, especialmente nas vertentes da proibição de contratos de duração perpétua e duração desproporcional.

⁵⁹ Não fazemos aqui referência aos contratos de empreitada de obras públicas porque estes têm, por natureza, uma duração limitada, na medida em que estão balizados por duas fases temporais distintas: a execução da obra, cujo prazo é fixado nas peças de procedimento, e o prazo de garantia, previsto na lei, dentro do qual a entidade adjudicatária pode ser responsabilizada por defeitos existentes na obra, devendo proceder consequentemente à sua correção – cfr. JOÃO PACHECO DE AMORIM, *op. cit.*, pp. 20-21.

Com efeito, e como já referimos no presente texto, entendemos por “facto do príncipe” ou *fait du prince*, na sua formulação original, uma decisão ou ato jurídico, de carácter lícito, da entidade adjudicante, praticada fora do âmbito do contrato, mas com reflexos no mesmo, podendo provocar a sua modificação.

Ora, o facto do príncipe pode distinguir-se claramente da simples alteração superveniente, anormal e imprevisível, das circunstâncias, que pode dar origem a uma modificação objetiva por parte da entidade adjudicante, na medida em que o carácter da imprevisibilidade nem sempre é requisito, *i. e.*, pode decorrer – e na maioria dos casos decorre – de uma medida extracontratual concreta desta mesma entidade, praticada no exercício dos seus poderes públicos. E, como bem nota MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, se dessa medida resultar um desequilíbrio económico-financeiro de um contrato público vigente que haja sido celebrado por essa mesma entidade, poderá haver necessidade de repor esse mesmo equilíbrio modificando objetivamente o contrato em questão⁶⁰.

Entendemos nós que caberá aos legisladores nacionais estabelecer esta diferenciação, sendo que no caso português esta se justifica perfeitamente, dado o estágio de relativo avançado do estudo doutrinal e jurisprudencial de ambas as figuras.

2.5 A modificação objetiva dos contratos públicos noutros ordenamentos jurídicos da UE

Neste subcapítulo, iremos abordar um exemplo concreto da transposição de uma das novas Diretivas da contratação pública – a Diretiva 2014/24/UE – num dos Estados-membros da UE.

Mesmo já tendo terminado o prazo concedido pela UE para o efeito (a 18 de abril de 2016), foram poucos os Estados que procederam à transposição das Diretivas (ou de alguma(s) destas) – sendo que o Estado português falhou a meta estabelecida. No entanto, os casos existentes permitem, dentro do possível, cumprir o desiderato comparatístico a que nos propomos.

E, dentro destes, e a título exemplificativo, analisaremos o caso britânico, o que se justifica (i) pela transposição pioneira da Diretiva 2014/24/UE e (ii) pela jurisprudência já existente, nomeadamente o acórdão que analisaremos, que nos permite

⁶⁰ Cfr. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de homenagem ao Prof.º Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, Coimbra Editora, 2010, pp. 826-829.

tirar ilações que serão úteis para a nossa análise ao regime europeu das modificações objetivas de contratos públicos.

2.5.1 Em especial, o caso britânico

Em Inglaterra, no País de Gales e na Irlanda do Norte⁶¹, a Diretiva 2014/24/UE foi transposta pelas *Public Contracts Regulations 2015*.

Este diploma regula a modificação objetiva dos contratos públicos no seus artigo 72.º e 73.º. Essencialmente, as normas transpostas são idênticas às normas respetivas da Diretiva 2014/24/UE (também os artigos 72.º e 73.º), com algumas diferenças no artigo 73.º.

Nesta norma, é determinado que a possibilidade de rescisão do contrato no caso de existir uma modificação objetiva que se considere substancial para efeitos do artigo 72.º deve ser garantida pela entidade adjudicante através da inserção de uma cláusula (ou cláusula) do caderno de encargos específica para o efeito (n.º 1). Note-se que esta possibilidade não está prevista na Diretiva.

No n.º 2, estabelece-se que essa(s) cláusula(s) pode(m) definir as condições em que a rescisão se processa (por exemplo, se terá de existir aviso prévio) e as suas consequências, nomeadamente a nível financeiro.

No n.º 3, por fim, considera-se implicitamente existente o poder de rescindir o contrato mediante aviso prévio emitido em prazo razoável, caso o contrato não cumpra o disposto no n.º 1, o que, no nosso entendimento, torna facultativa a inserção de uma “cláusula de rescisão”, em consonância com o previsto na Diretiva 2014/24/UE.

A Suprema Corte do Reino Unido já teve oportunidade de se pronunciar acerca da interpretação das novas Diretivas em acórdão de 01.07.2015, num caso que opôs a Edenred, Ltd. e a Childcare Voucher Providers Association ao Tesouro britânico e outros réus⁶².

No caso em apreço, o Tesouro britânico decidiu recorrer à National Savings & Investments (uma agência governamental do Reino Unido) para efetuar a gestão do Tax Free Childcare (um fundo que apoia o acesso de famílias com baixos rendimentos a

⁶¹ Na Escócia, a diretiva em causa foi transposta por um diferente ato legislativo (*The Public Contracts (Scotland) Regulations 2015*), mas com conteúdo idêntico, para efeitos práticos, no artigo aqui analisado.

⁶² Acórdão da Suprema Corte do Reino Unido, proferido a 1 de julho de 2015, no âmbito do processo *Edenred Limited e. o. v. Her Majesty's Treasury e. o.*

serviços para crianças em idade pré-escolar). Contudo, a National Savings & Investments tinha adjudicado em 2014 à Atos, uma empresa britânica, um contrato de *outsourcing* dos seus serviços operacionais (incluindo a gestão do sistema informático, dos clientes, do marketing, entre outras funções), pelo que a atribuição da gestão do Tax Free Childcare implicou uma alteração ao contrato celebrado entre a National Savings & Investments e a Atos. O valor inicial do contrato era de £ 660.000.000, mas estava previsto que a Atos poderia, durante o período de execução do mesmo, vir a prestar os seus serviços a outros programas geridos pela National Savings & Investments, sendo que o valor final poderia ascender a £ 2.000.000.000.

A Edenred, Ltd., empresa que atua no mesmo mercado da Atos, entendendo que tinha sido adjudicado um novo contrato a esta empresa sem realização do correspondente procedimento de contratação, em violação das regras europeias da contratação pública (e do artigo 56.º do TFUE) interpôs uma ação junto dos tribunais britânicos, peticionando a anulação do (no seu entendimento) novo contrato celebrado e a instauração de um procedimento de contratação para a atribuição da gestão dos serviços operacionais relativos ao Tax Free Childcare.

A Suprema Corte do Reino Unido entendeu, à luz das *Public Contracts Regulations 2015* e da Diretiva 2014/24/UE, muito embora o contrato inicial tivesse sido celebrado antes da entrada em vigor destes diplomas, que a adjudicação dos novos serviços à Atos era uma modificação objetiva admissível, à luz da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 72º do primeiro diploma, na medida em que *(i)* o objeto do contrato celebrado entre a National Savings & Investments e a Atos não se limitava aos serviços já existentes, mas abarcava serviços futuros que a primeira viesse a assumir, *(ii)* o potencial ganho da Atos com a prestação dos novos serviços enquadrava-se no valor final previsional do contrato e *(iii)* as cláusulas contratuais que previam a modificação do contrato eram suficientemente claras, precisas e inequívocas, nos termos de ambos os diplomas.

Esta decisão, embora não se possa considerar isenta de defeitos, permite-nos desde já ter uma ideia daquela que poderá ser uma tendência cada vez mais comum na contratação pública – a inserção de cláusulas de revisão amplas, com numerosas possibilidades de modificação, que poderá levar a uma cada vez maior discrepância entre o preço contratual e o preço base.

Se, por um lado, o interesse público poderá sair reforçado, com a maior estabilidade nas relações contratuais da Administração que se configurem como

contratos públicos, por outro lado o princípio da concorrência poderá vir a sair lesado, na medida em que a introdução de cláusulas de revisão demasiado amplas poderá levar a uma blindagem excessiva dos contratos públicos, com a hipótese de se eternizarem alguns contraentes privados em certas áreas da contratação pública, com prejuízo, principalmente, para as empresas com menor dimensão e capacidade financeira – tendencialmente as PME – que ficam assim com o acesso dificultado aos mercados públicos (e que são aquelas que, como já referimos, são as mais visadas pela proteção dispensada pelas novas Diretivas da contratação pública, em nome de uma concorrência mais livre, equitativa e saudável).

2.6 A transposição para o direito nacional: propostas e desafios

Neste capítulo, propomo-nos a abordar alguns aspetos decorrentes da eventual transposição das Diretivas abordadas no presente texto para o direito português, com incidência direta em matéria de modificação objetiva dos contratos públicos.

Em primeiro lugar, e face ao que podemos designar como o *regime europeu de execução de contratos públicos*⁶³, introduzido pelas Diretivas da contratação pública aqui analisadas, urge rever o âmbito de aplicação da Parte III do CCP, atualmente definido pelos n.ºs 5 e 6 do seu artigo 1.º.

Com efeito, estando a Parte III do CCP restringida na sua aplicação àqueles contratos que o mesmo diploma define como contratos administrativos, exclui, consequentemente, uma série de contratos que não se enquadram na definição adotada de contratos administrativos, e que se encontram abrangidos pelo regime de execução constante das novas Diretivas da contratação pública, pelo que uma alteração no âmbito de aplicação apenas poderia passar pelo seu alargamento para todos os contratos também abrangidos pela Parte II – ou seja, todos os contratos que o Código considera como *contratos públicos*.

Seria avisado, consequentemente, que o legislador ajustasse e clarificasse o conceito de contrato público, que consta atualmente do n.º 2 do artigo 1.º do CCP, no nosso entendimento demasiado amplo⁶⁴, adaptando-o à noção europeia de contrato

⁶³ Também assim o classificam PEDRO MATIAS PEREIRA e CARLA MACHADO – cfr. *op. cit.*.

⁶⁴ No mesmo sentido, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Curso...*, pp. 346-347.

público⁶⁵, o que traria maior segurança jurídica e permitiria definir com maior precisão os contratos abrangidos pelo regime de execução dos contratos públicos, concretamente, e no que toca a este estudo, ao regime das modificações objetivas.

Em segundo lugar, e ressalvada a questão do âmbito de aplicação, que abordámos anteriormente, terá o regime das modificações objetivas de ser revisto com amplitude, de forma a o ajustar às novas Diretivas, em diversos aspetos.

Começando pela que é porventura a maior inovação das Diretivas, deverá o legislador português prever especificamente no CCP (novo ou revisto), no nosso entendimento, não só a possibilidade de inserção de cláusulas de revisão e/ou opção nos contratos públicos, mas também definir, em conformidade com as Diretivas, as cláusulas deste tipo que considera admissíveis ou não.

Esta definição poderá passar pelo estabelecimento de critérios objetivos de admissibilidade de tais cláusulas, em primeiro lugar – sempre com expressa referência aos limites de valor mencionados pelas Diretivas – e, em segundo lugar, pela previsão de uma lista (que apenas poderá, a nosso ver, ser exemplificativa, e nunca taxativa, dado que as Diretivas não o admitem implicitamente) de cláusulas que as entidades adjudicantes poderão inserir nos contratos que celebrem. Esta solução, embora não seja estritamente objetiva, é aquela que nos parece trazer mais segurança na interpretação e aplicação do seu âmbito – embora esta solução crie naturalmente uma *zona cinzenta*, quanto a cláusulas que se possam considerar admissíveis e que não estejam previstas expressamente na lei, que terá de ser clarificada ao longo do tempo pela doutrina e pela jurisprudência, tanto nacionais como europeias⁶⁶.

Deverá haver também uma previsão expressa das cláusulas *de minimis* estabelecidas nas Diretivas, a que temos vindo a fazer referência ao longo do texto, com a salvaguarda, contudo – no nosso entendimento, e nos termos que já mencionámos – de que mesmo as modificações abaixo daquele valor poderão ser consideradas inadmissíveis, caso se demonstre, no caso concreto, que alteram substancialmente a natureza do contrato.

Cumprе também, na transposição deste regime, clarificar e sistematizar o que as Diretivas entendem por modificações contratuais objetivas admissíveis que não se encontrem previstas em cláusulas de revisão e/ou opção.

⁶⁵ Considerando os dois conceitos afastados, em conformidade com o nosso entendimento, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito...*, p. 24.

⁶⁶ Cfr. STEEN TREUMER, *op. cit.*, p. 150.

Com efeito, é neste âmbito (mas não só, na nossa opinião) que a redação de cada um dos artigos das Diretivas relativos às modificações de contratos durante a sua execução é mais confusa⁶⁷, dividindo-se por uma série de números e alíneas que, não raras vezes, se remetem mutuamente, como já tivemos oportunidade de referir por diversas vezes no ponto 2. do presente texto.

Entendemos ainda que, face ao referido no ponto 2.1.3, e muito embora não se tratem de matérias abordadas pelas Diretivas, seria a transposição para o direito português destes diplomas uma oportunidade para o legislador rever os limites temporais dos contratos públicos, em face do *princípio da temporalidade dos contratos públicos*, já trabalhado por JOÃO PACHECO DE AMORIM, e também no presente texto, que julgamos ser válido a nível europeu e nacional. Afigurar-se-ia ainda interessante autonomizar normativamente a figura da modificação objetiva por força de “facto do príncipe”, já tratada de forma compreensiva pela doutrina, relativamente à pura modificação objetiva por alteração superveniente das circunstâncias. Efetivamente, tratam-se, na nossa opinião, de figuras distintas, embora intimamente relacionadas, pelo que mereceriam tratamento diverso por parte do CCP.

⁶⁷ Referindo-se ao carácter “*longo e exaustivo*” do artigo 72º da Diretiva 2014/24/UE, NICOLAS CHARREL e THOMAS GASPARD, *op. cit.*, p. 56.

Conclusão

A modificação objetiva de contratos públicos continua a ser um tema controverso, com inúmeras questões em aberto. Com efeito, conseguimos verificar que, desde o reconhecimento da possibilidade destas modificações, no início do século XX, até aos dias de hoje, em que existe, com as novas Diretivas da UE sobre contratação pública, um regime europeu de execução de contratos públicos, a evolução registada sobre o tema ainda não foi suficiente para a sua consolidação, quanto a muitos dos seus aspetos essenciais, na jurisprudência e na doutrina. Não é abonatória quanto à indefinição e controversidade sobre o que são modificações objetivas admissíveis ou inadmissíveis de contratos públicos a larga profusão de interpretações sobre o próprio conceito de contrato público, como tivemos oportunidade de demonstrar no presente texto. Entendemos que o TJUE poderá ser a chave para a uniformização e clarificação do mesmo.

Mas, analisado que foi o regime das novas Diretivas da UE, e apesar das suas imperfeições, as quais demos conta aqui, consideramos que foram dados passos importantes para a estabilização desta temática ao nível de todos os contratos públicos, nomeadamente pela previsão expressa da possibilidade de introdução de cláusulas de revisão, definição de limites *de minimis* e codificação de critérios para a determinação de modificações objetivas admissíveis, com notória influência da jurisprudência do TJUE, nomeadamente do acórdão *Pressetext*. Contudo, tendo em conta a quantidade de conceitos indeterminados que proliferam nas normas das Diretivas, a jurisprudência e a doutrina, nacionais e europeias, terão um papel fundamental na fixação de tendências interpretativas deste regime, para que possa ser criado um grau aceitável de segurança jurídica, que é bastante cara aos agentes dos mercados públicos – adjudicantes e adjudicatários. O nosso objetivo, que pensamos ter sido modestamente cumprido, foi essencialmente dar, de uma forma crítica e juridicamente fundamentada, a nossa visão sobre estas normas, tarefa que ainda está por fazer por grande parte da doutrina, não por falta de ilustres cultores destas matérias, mas sim pela novidade das mesmas. Pelo mesmo motivo se compreende a (quase) inexistência de jurisprudência.

No nosso ordenamento jurídico, aguardamos a transposição do essencial destas Diretivas, no qual se inclui o regime das modificações objetivas de contratos públicos – apesar da passagem do prazo para o efeito – pelo que procurámos dar a nossa opinião

acerca de alguns aspetos relativos à mesma. No nosso entender, e como já referimos no ponto 2.6 do Capítulo II, o grande desafio do legislador será fazer uma transposição integrada e consistente de cada um dos artigos das Diretivas aqui referidas relativos às modificações de contratos durante a sua execução, que são, no nosso entender, confusos na sua redação. A abordagem da questão das cláusulas de revisão, pelo interesse prático que tem, vai ser também uma tarefa de relevo, sendo que a melhor opção passará sempre pela redação de uma lista exemplificativa, que será de grande utilidade para quem trabalha regularmente com a área da contratação pública.

Em suma, foi dado nesta matéria, com a criação de um regime inteiramente legislado relativo à modificação objetiva de contratos públicos no decurso da sua execução pelas novas Diretivas europeias da contratação pública, um grande passo em frente no Direito da União Europeia. Mesmo com os defeitos notórios de que padece, traz seguramente grandes benefícios para a Administração Pública e para os mercados públicos, contribuindo para o cumprimento dos desígnios dos Tratados. Caberá agora à doutrina e à jurisprudência o seu desenvolvimento, que aguardamos com entusiasmo.

Bibliografia

- **ANTUNES VARELA**, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I., Almedina, 2010;
- **AROSO DE ALMEIDA, MÁRIO**, “Contratos administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos”, in *Estudos de homenagem ao Prof.º Doutor Sérvulo Correia*, Volume II, Coimbra Editora, 2010, pp. 811 a 846;
- **ARROWSMITH, SUE**, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell, 2014;
- **CAETANO, MARCELLO**, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, 1982;
- **CARANTA, ROBERTO**, “The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works”, in *Common Market Law Review*, volume 52, n.º 2, abril de 2015, pp. 391 a 460;
- **CHARREL, NICOLAS e GASPARD, THOMAS**, “Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d'exécution”, in *Les nouvelles directives «marchés» (2de partie)*, *Contrats Publics*, n.º 144, maio de 2015, pp. 54 a 61;
- **COSTA GONÇALVES, PEDRO**,
 - “Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, janeiro/fevereiro de 2009, pp. 3 a 22;
 - *Direito dos Contratos Públicos*, Almedina, 2015;
 - *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, 2003.
- **DUARTE, TIAGO**, “Os elétricos de Marselha nunca chegaram a Sintra: O Tribunal de Contas e os limites à modificação dos contratos”, in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 3, setembro-dezembro de 2011, CEDIPRE, pp. 27 a 50.
- **ESTEVES DE OLIVEIRA, MÁRIO e ESTEVES DE OLIVEIRA, RODRIGO**, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2011;
- **ESTORNINHO, MARIA JOÃO**,
 - *Curso de Direito dos Contratos Públicos – Por uma contratação pública sustentável*, Almedina, editora, 2012;

- *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um olhar português*, Almedina, 2006.
- **FREITAS DO AMARAL, DIOGO**,
 - *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2001;
 - *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, Almedina, 2016.
- **GOMES CANOTILHO, J. J. E VITAL MOREIRA**, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, Coimbra Editora, 2010;
- **LEITÃO, ALEXANDRA**, *Lições de Direito dos Contratos Públicos - Parte Geral*, AADFL, 2014;
- **LOPES MARTINS, LICÍNIO**, “Alguns aspectos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos II: em especial, a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato e a determinação dos danos”, *in Estudos de Contratação Pública – III*, CEDIPRE, novembro de 2010, pp. 339 a 394;
- **MATIAS PEREIRA, PEDRO e MACHADO, CARLA**, “Modificação e rescisão do contrato”, no prelo;
- **MATIAS PEREIRA, PEDRO e MESQUITA GUIMARÃES, RUI**, “Os ‘contratos sem valor’ no Código dos Contratos Públicos – Uma abordagem jurídico-económica”, *in Boletim de Ciências Económicas – Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, Volume LVII, Tomo III, Coimbra Editora, 2014, pp. 2661 a 2695;
- **MOTA DE CAMPOS, JOÃO, MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUÍS, e PINTO PEREIRA, ANTÓNIO**, *Manual de Direito Europeu – o sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, Coimbra Editora, 2014;
- **DE MOURA ALVES SAAVEDRA PINTO, CLÁUDIA**, *O Facto do Príncipe e os Contratos Administrativos*, Almedina, 2012;
- **PACHECO DE AMORIM, JOÃO**, “O princípio da temporalidade dos contratos públicos – Considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal”, *in Estudos de Contratação Pública – IV*, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2013, pp. 19 a 77;
- **PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA**, *Código Civil Anotado*, Volume I (*Artigos 1º a 761º*), Coimbra Editora, 1979;
- **REBELO DE SOUSA, MARCELO, e SALGADO DE MATOS, ANDRÉ**, *Direito Administrativo Geral*, Tomo III – *Actividade Administrativa*, D. Quixote, 2009;

- **TREUMER, STEEN**, “Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive”, in *Public Procurement Law Review*, 2014, nº 3, pp. 148 a 155;
- **VILHENA DE FREITAS, LOURENÇO**, *Direito dos Contratos Públicos e Administrativos*, AAFDL, 2014.