

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

STVDIA IVRIDICA

110

AD HONOREM — 8

**ESTUDOS EM HOMENAGEM
AO PROF. DOUTOR
MANUEL DA COSTA ANDRADE**

VOLUME III

Outros Temas de Direito,
de Economia e de História

Organizadores:

JOSÉ DE FARIA COSTA
ANABELA MIRANDA RODRIGUES
MARIA JOÃO ANTUNES
HELENA MONIZ
NUNO BRANDÃO
SÓNIA FIDALGO



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

INSTITUTO ▴ IVRIDICO

CONCORRÊNCIA E MODIFICAÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS

Pedro Matias PEREIRA

1. Concorrência e (formação de) contratos públicos

O sistema normativo criado para regular a *procura pública* – o regime da *contratação pública* – assenta, cada vez mais reforçadamente, no princípio da concorrência, mais propriamente na *tutela da concorrência*, evidenciando como a tutela e a promoção da concorrência são vetores comuns ao direito da contratação pública e ao direito da concorrência⁽¹⁾. Essa comunhão de interesses a proteger surge do reconhecimento da concorrência enquanto princípio geral de direito público e de valor de interesse público que cabe ao Estado proteger mas também “produzir” ou “fabricar”⁽²⁾.

Sempre que uma entidade adjudicante se dirige ao mercado com vista a celebrar um contrato com um agente económico ela está a *fabricar* concorrência (*mise en concurrence*), colocando em relação de competição os agentes económicos que pretendem aceder à celebração do contrato, obrigando-os a propor o melhor que puderem com vista a obterem o *ganho de oportunidade* que corresponde à adjudicação⁽³⁾.

⁽¹⁾ Como ensina Pedro Costa GONÇALVES, “o direito da concorrência e o direito da contratação pública constituem dois universos ou sistemas de normas marcados por uma mesma intencionalidade, que consiste precisamente na *proteção e promoção da concorrência*” – cf. do Autor citado, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 372.

⁽²⁾ A este propósito, referindo o contributo de Walter Leisner para o reconhecimento da concorrência como princípio constitucional e relembrando as concretizações legais nacionais (constitucionais e infraconstitucionais) da incumbência do Estado na promoção e preservação da concorrência, v. IDEM, *ibidem*, pp. 22, 23, 375 e 376.

⁽³⁾ Ganho que corresponde, de acordo com o artigo 17.º do nosso Código dos Contratos Públicos, ao “máximo benefício económico” que possa advir ao cocontratante tornando evidente que na determinação do valor do contrato, tornando claro que “não releva unicamente o aspeto

E nesse procedimento de contratação tendente à celebração do contrato é dever da entidade adjudicante assegurar a concorrência; aliás, de acordo com o § 2.º do artigo 18.º da Diretiva 2014/24/UE (relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE), os procedimentos de contratação não podem ser organizados com o intuito de “reduzir artificialmente a concorrência”, sendo que, de acordo com o mesmo parágrafo, tal acontecerá se houver algum favorecimento ou desfavorecimento indevido de algum operador económico.

Assim se surpreende o sentido elementar da concorrência no direito da contratação pública: ele funciona como “critério normativo que, em respeito pelo princípio da igualdade, adstringe a entidade adjudicante a usar procedimentos de adjudicação abertos, que confirmam a todos os operadores interessados *iguais condições de acesso* e, enquanto participantes, *iguais condições de tratamento*”⁽⁴⁾. A “fabricação” de concorrência na contratação pública passa, então, pela igualdade de tratamento entre concorrentes, o que é conseguido mediante a imposição de certas obrigações às entidades adjudicantes (com o princípio da adoção de procedimentos concorrenciais à cabeça).

Ao assegurar condições que garantem uma efetiva *igualdade concorrencial* (*Wettbewerbsgleichheit*), ao “fabricar” concorrência, as entidades adjudicantes estão também a *assegurar* – numa espécie de causa-efeito⁽⁵⁾ – a eficácia e boa utilização dos dinheiros públicos.

De facto, a maximização do número de concorrentes (ou, nas palavras de Steven Shooner, a *maximização do uso efetivo da concorrência*⁽⁶⁾) permite às entidades adjudicantes colher, da direta competição entre concorrentes, melhores propostas (em termos de preço, qualidade ou de outras condições contratuais). O melhoramento que assim é induzido nas propostas resulta na concretização do *interesse público financeiro*, conseguindo propostas mais favoráveis a esse interesse e, por isso, mais económicas.

A existência de procedimentos concorrenciais assegura, assim, a realização da *igualdade concorrencial* – através da igualdade de tratamento dos concorrentes – e da *economicidade na aplicação dos recursos públicos*⁽⁷⁾.

financeiro da prestação a realizar em favor do adjudicatário, mas também as demais prestações com valor económico realizadas em seu favor” – cf. o nosso (em coautoria com Rui Mesquita GUIMARÃES), «O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos Português», *in: Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014, p. 161.

⁽⁴⁾ Cf. Pedro Costa GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado...*, cit., pp. 388-389.

⁽⁵⁾ Neste sentido e convocando, a esse propósito, a própria letra do *Code des Marchés Publics*, v. Pedro Costa GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado...*, cit., pp. 392-393.

⁽⁶⁾ Cf. Steven SHOONER, «Desiderata, objectives for a system of government contract law», *Public Law and Legal Theory Working Paper no. 37*, p. 4, disponível em www.papers.ssrn.com.

⁽⁷⁾ Cf. Pedro Costa GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado...*, cit., pp. 393-394. O Autor nota que a realização destes objetivos está sujeita a um juízo do legislador quanto ao que se revele ser a *medida certa* de concretização da concorrência, assumindo que, em certos casos, outros valores de

2. Concorrência e modificação de contratos públicos

As exigências legais postas em torno dos procedimentos de contratação pública estão, como vimos, marcadas pelo signo da concorrência; grande parte delas garante (ainda que indiretamente) a existência de um ambiente concorrencial na adjudicação de um contrato público. Mas a concorrência na formação dos contratos condiciona, também, a execução dos contratos, falando-se, a este propósito, da *eficácia póstuma* do procedimento concorrencial⁽⁸⁾.

Na verdade, a autonomia pública contratual não vale irrestritamente na execução dos contratos públicos⁽⁹⁾, ficando parte do contrato subtraído à disponibilidade das partes e sujeito às imposições legais que protegem o âmbito da concorrência prévia (*scope of the competition*), impedindo-se, assim, a desconsideração dos resultados (*concorrencialmente atingidos* através) do procedimento de adjudicação.

Assim, encontramos uma *projeção* do princípio da concorrência na fase de execução do contrato, reconhecida inicialmente pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia – e rapidamente assumida pelos tribunais nacionais na sua jurisprudência – e que, depois de fazer o seu caminho na *soft law* comunitária⁽¹⁰⁾, acedeu à categoria de direito positivado nas novas diretivas da contratação pública⁽¹¹⁾.

interesse público podem também merecer tutela e determinar soluções “menos concorrenciais”; é o caso, paradigmático, do procedimento de ajuste direto quando fundado em (efetivas) razões de celeridade; esta flexibilização na proteção do interesse público da concorrência será retomada no ponto 5. deste texto.

⁽⁸⁾ Cf. Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, «Os princípios gerais da contratação pública», in: *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, org. Pedro Costa GONÇALVES, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 65 e ss.

⁽⁹⁾ E também não vale, como se sabe, na *modelação do contrato*, onde (i) o recorte do regime jurídico fundamental do contrato a celebrar pode constar de lei – como sucede no caso dos contratos previstos especialmente no CCP – e (ii) o dever de boa administração do qual resulta uma “vinculação teleológica positiva” – que impede, por exemplo, a exigência de prestações contratuais desproporcionadas ou a inclusão de cláusulas contratuais que não tenham uma relação direta com o objeto do contrato – cerceiam a possibilidade de modelação do contrato, donde resulta a *natureza heterodeterminada* da autonomia contratual pública – cf. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual no Contrato Administrativo*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 473 e ss. e Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, *Autoridade e Consenso no Contrato Administrativo*, 2001, pp. 7-9.

⁽¹⁰⁾ Veja-se a este propósito o *Livro Verde sobre Parecerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões* – COM (2014) 327 final, de 30 de abril de 2014. Neste documento identifica-se a modificação substancial do contrato com uma “uma espécie de *novação objectiva do contrato*, correspondente a uma (nova) adjudicação” – cf., Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 393.

⁽¹¹⁾ Fazemos menção ao conjunto de diretivas publicadas no JO L/94, de 28 de Março de 2014: a Diretiva 2014/24/UE (relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE); Diretiva 2014/23/UE (relativa à adjudicação de contratos de concessão) e 2014/25/UE (relativa

É sobre este último estágio de evolução que se centra este estudo, analisando, em concreto, as novidades que as novas diretivas da contratação pública reservam ao tema da modificação do contrato enquanto mecanismo de preservação da concorrência prévia, dilucidando as situações em que a modificação do contrato deve ser tratada como *nova adjudicação* para efeitos da adoção de um novo (e autónomo) procedimento concorrencial.

3. O direito europeu dos contratos públicos e o poder de modificação do contrato

As novas diretivas da contratação pública fizeram o direito europeu dos contratos públicos transpor o umbral da regulação substantiva dos contratos públicos. Fizeram-no, concretamente e no que a este estudo diz respeito, quanto a poderes de conformação da relação contratual que constituíram um dos fundamentos da emancipação da figura do contrato administrativo⁽¹²⁾: o poder de modificação unilateral do contrato⁽¹³⁾.

aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE), todas de 26 de Fevereiro de 2014.

⁽¹²⁾ Notando como “é o contrato administrativo, instituto jurídico que ao preservar certas especificidades próprias da actividade administrativa, reserva à Administração, ainda que enquanto parte contratual, poderes específicos de direito público que permitirá vencer as resistências quanto à contratualização na Administração Pública”, v. o nosso trabalho, *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 15. Notando, ainda antes da aprovação das diretivas, como os limites impostos pelo direito europeu “vem traduzir-se numa profunda inflexão de algumas das características típicas e clássicas que, historicamente, marcaram a construção e a autonomização conceitual e de regime daquela figura – o regime da sua execução, designadamente o de modificação – com a concomitante retração da *autonomia pública contratual* que lhe estava associada”, v. Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, cit., p. 392.

⁽¹³⁾ Referindo, como a jurisprudência do Tribunal de Justiça abordou, no Acórdão *Presetext*, “uma questão central e nuclear – poder-se-ia dizer mesmo identitária – do regime jurídico específico dos contratos públicos com natureza jurídica administrativa: o ‘poder de modificação do contrato’”, v. Pedro Costa GONÇALVES, «Acórdão *Presetext*: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, janeiro/fevereiro, 2009, p. 12. Apontando como o direito da União Europeia “está hoje decisivamente a avançar para a definição do próprio regime substantivo daqueles contratos – de direito público ou de direito privado – penetrando, assim, e extensamente, no sistema jurídico de cada um dos Estados-Membros, ao ponto de impor uma revisão estrutural de uma das mais marcantes notas identificadoras e autonomizadoras do regime clássico do contrato administrativo: o regime da sua execução, designadamente ao nível da modificação por razões de interesse público”, v. Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, cit., p. 397.

Com as novas diretivas deixámos, então, de ter um direito europeu (constituído) tendencialmente pré-contratual⁽¹⁴⁾ – quer quanto aos procedimentos de seleção propriamente ditos, quer quanto ao contencioso desses procedimentos – para passarmos a ter um direito europeu que regula diretamente aspetos substantivos do contrato administrativo. Trata-se de uma alteração de paradigma já que o direito europeu da contratação pública, assentando, em primeira linha, na ideia de não discriminação em razão da nacionalidade – como pressuposto da construção de um mercado único – tendia a relegar a matéria da regulação substantiva do contrato para as legislações nacionais⁽¹⁵⁾.

É uma mudança de paradigma que já estava, no entanto, pré-anunciada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça⁽¹⁶⁾. Coube, nomeadamente, ao *Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA*⁽¹⁷⁾ colocar em relevo a importância das modificações ao contrato e às circunstâncias da sua execução que venham alterar as regras de partida⁽¹⁸⁾, ou seja, alterações que impliquem discrepâncias face ao conteúdo das normas pré-contratuais observadas, desvirtuando o essencial do procedimento pré-contratual seguido no caso concreto.

No *Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA*, o Tribunal reconheceu que, após a adjudicação, não podia a entidade adjudicante proceder à modificação de uma condição importante do concurso, como seja o modo de pagamento dos produtos que seriam fornecidos.

⁽¹⁴⁾ Neste sentido, v. Steen TREUMER, «Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive», *in: Public Procurement Law Review*, 2014, 3, p. 148.

⁽¹⁵⁾ Neste sentido, notando que é nos procedimentos de contratação pública que as entidades adjudicantes nacionais podem sentir-se mais tentadas a favorecer concorrentes nacionais, v. Roberto CARANTA, «The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works», *in: Common Market Law Review*, vol. 52, n.º 2, abril 2015, pp. 448-449.

⁽¹⁶⁾ Referindo como “paulatinamente, [o direito europeu da contratação pública] vai abandonando o paradigma inicial de regulamentação limitada aos processos de selecção do contratante, para abranger a disciplina de aspectos claramente relacionados com a execução do contrato”, cf. Pedro Costa GONÇALVES, «Acórdão *Presstext*...», p. 14.

⁽¹⁷⁾ Cf. Acórdão de 29.04.2004, proc. C-469/99.

⁽¹⁸⁾ O Tribunal de Justiça também já se havia pronunciado no sentido de saber se uma prorrogação automática do prazo de vigência do contrato constitui uma adjudicação de um novo contrato, concluindo que “ao implicar que seja protelada a adjudicação de uma nova concessão mediante procedimento de concurso público, constitui, pelo menos durante esse período de adiamento, uma diferença de tratamento em detrimento das empresas que possam estar interessadas nessa concessão que estão situadas num Estado-membro diferente daquele a que está sujeita a entidade adjudicante”, considerando a dita prorrogação como violadora do direito comunitário – cf. Acórdão *ASM Brescia SpA / Comune di Rodengo Siano*, proc. C-347/06, de 17.07.2008. Num sentido muito próximo, o Acórdão *Comissão/Itália*, proc. C-260/04, de 13.09.2007, julgando um caso de prorrogação, através de ato legislativo, de 329 concessões de apostas hípcas por um período de seis anos considerou que tais prorrogações correspondiam a outros tantos novos contratos que tinham, então, sido celebrados em violação dos princípios da transparência e da publicidade adequada.

Em concreto, e muito resumidamente, no referido processo foi o Tribunal chamado a pronunciar-se quanto à admissibilidade de, em momento posterior à adjudicação (e sem que a alteração em causa se encontrasse prevista nem no anúncio, nem nos demais documentos concursais), a entidade adjudicante proceder “a uma substituição das frutas indicadas no anúncio de concurso por outras frutas enquanto modalidades de pagamento dos produtos a fornecer pelo adjudicatário”.

Em resposta à questão colocada, entendeu o Tribunal que, nas circunstâncias do caso concreto, não podia a entidade adjudicante agir nos termos em que o fez, salientando que “(...) no caso de a entidade adjudicante desejar que, por motivos precisos, certas condições do concurso possam ser modificadas depois da escolha do adjudicatário, é obrigada a prever expressamente esta possibilidade de adaptação, tal como as suas regras de execução, no anúncio de concurso que ela própria elaborou e que traça o quadro do desenrolar do processo, de modo que todas as empresas interessadas em participar no concurso tenham desde o início conhecimento das mesmas e se encontrem assim em pé de igualdade no momento de formularem a sua proposta”, no estrito respeito pelos princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Ou seja, o Tribunal não se pronunciou no sentido de que, em sede de execução contratual, não poderia haver lugar a modificações do contrato. Pelo contrário: o que o Tribunal esclareceu foi que a possibilidade de modificar o contrato, em determinadas circunstâncias, deveria ter sido logo prevista no anúncio de concurso, bem como as condições em que a modificação teria lugar.

Podemos dizer que quando se fala em modificação do contrato do que se trata é, então e ainda, de uma questão de vinculação pelo concurso prévio que projeta os seus efeitos para o momento subsequente da execução do contrato a que dá origem⁽¹⁹⁾, limitando-se, com isso, os poderes do contraente público quanto à modificação do contrato; poderes que, como se sabe, constituíram o fundamento principal para o afastamento das teses que, evidenciando os pressupostos de estabilidade próprios do contrato, entendiam que tal instrumento seria insuscetível de acomodar os desafios de adaptação inovatória às novas exigências do interesse público⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Reconhece-se, assim, que há limites à reconfiguração das prestações contratuais, matéria em que o procedimento de contratação detém uma *eficácia póstuma* ou *ulterior* (*Nachwirkung*) sobre os termos do contrato em execução. Notando como este fenómeno constitui uma *procedimentalização do regime substantivo do contrato administrativo*, v. Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, cit., p. 404.

⁽²⁰⁾ Notando como o contrato é – ou deve ser – entidade normativa dinâmica, aberta “a uma execução criativa ou implementação por meio de *sucessivos e contínuos* arranjos, ajustamentos ou protocolos, consoante o aconselhar a evolução do estado de coisas no respectivo mundo”, v. António BARBOSA DE MELO, «A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público», in: *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, org. Pedro Costa GONÇALVES, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora,

A jurisprudência do Tribunal de Justiça lavrada na sequência da apreciação de concretas modificações contratuais teve a sua máxima expressão no Acórdão *Pressetext*, no qual o Tribunal, pronunciando-se sobre um conjunto de alterações introduzidas num contrato celebrado pelo Estado austríaco – e sobre se essas alterações constituíam uma *nova adjudicação* –, avançou com uma delimitação da noção de *alteração substancial* do contrato. Com efeito, afirmou o Tribunal, no mencionado Acórdão, que uma alteração substancial do contrato corresponderia àqueles casos em que “as alterações introduzidas apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, conseqüentemente, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato”⁽²¹⁾.

O objetivo da distinção traçada pelo Tribunal de Justiça é, então, a proteção da concorrência (*scope of the competition*) e o meio utilizado foi o de delimitar as alterações que constituem verdadeiras alternativas à abertura das prestações contratuais à concorrência. Nesses casos – quando as modificações a introduzir no contrato configurem uma nova prestação com interesse para o mercado – o Tribunal desautoriza a modificação, obrigando o contraente público a atuar como se estivesse em causa a *adjudicação de um novo contrato* que, de harmonia com as disposições da contratação pública, deve ter lugar pela via concorrencial⁽²²⁾.

É destes avanços jurisprudenciais⁽²³⁾ e dos estudos que a doutrina lhes dedicou que arrancam as soluções – por isso não inteiramente inovado-

2008, p. 20. No mesmo sentido abrangente, evidenciando como várias circunstâncias – não só as relativas à reinterpretação do interesse público – colocam o desafio de adaptar inovatoriamente os termos contratuais inicialmente previstos, tudo com vista a uma “melhor e contínua composição dos interesses contratuais, isto é, dos interesses públicos e privados presentes no contrato”, cf. Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, cit., pp. 714-715.

⁽²¹⁾ Analisando esta decisão e as suas implicações, cf. Pedro Costa GONÇALVES, «Acórdão *Pressetext*...», cit., p. 13 e ss..

⁽²²⁾ Analisando o direito comparado e o direito europeu, concluindo haver “uma espécie de antinomia sistemática silente” entre o direito dos Estados-Membros e a jurisprudência do TJUE [concretizada na (então ainda) proposta de diretiva], v. Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, cit., pp. 407-539 e 746.

⁽²³⁾ Notando como a jurisprudência existente será determinante para a interpretação das novas regras, Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell, 3.^a ed., 2014, p. 597. Assinalando como a jurisprudência do Tribunal de Justiça é o *primum movens* de muitas das alterações às regras europeias da contratação pública – notando, em especial, o surgimento da regulação dos contratos de concessão de serviços –, v. Roberto CARANTA, «The changes...», cit., pp. 409-410; no mesmo sentido, notando a forte relação entre a nova diretiva e a jurisprudência do Tribunal de Justiça que tem, também neste âmbito, clarificado aspetos fundamentais do direito europeu da contratação e dos contratos públicos, v. Steen TREUMER, «Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive», in: *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen: Djøf Publishing, 2014, pp. 17-19.

ras⁽²⁴⁾ – das novas diretivas respeitantes à modificação de contratos (e uma parte da previsão de causas para a rescisão dos contratos), assim contribuindo – segundo se espera – para uma maior segurança jurídica e melhor aplicação do direito europeu (e, também, nacional) dos contratos públicos⁽²⁵⁾, servindo, em última análise, o propósito da “promoção, desenvolvimento e salvaguarda da construção, em regime de concorrência, de um mercado (contratual) europeu”⁽²⁶⁾.

4. A modificação do contrato na diretiva 2014/24/UE

A origem do artigo 72.º da diretiva 2014/24/UE pode, como se referia, ser claramente reconhecida na jurisprudência *Pressetext*; no entanto, o detalhe das normas aprovadas permite perceber que o legislador europeu foi para além do que se poderia inferir da referida jurisprudência tomando posição quanto a aspetos que não eram claros e que, inclusivamente, vinham sendo diferentemente interpretados pelos tribunais dos diversos Estados-Membros⁽²⁷⁾.

Cabe, neste texto, analisar, à luz da promoção (e preservação) de um regime concorrencial de adjudicação dos contratos públicos, o novo regime da modificação de contratos públicos, relacionando-o com as legislação e jurisprudência nacionais.

4.1. Estrutura geral das disposições relativas à modificação de contratos

O artigo 72.º da diretiva 2014/24/UE estrutura-se em torno da distinção entre modificações contratuais *admissíveis* e *inadmissíveis, rectius*, (i) aquelas modificações que, sem necessidade de procedimentos especiais, podem ser introduzidas no decurso da execução de um contrato e (ii) aquelas outras que, sendo substanciais, não podem ser introduzidas, obrigando antes à adoção de um novo procedimento de contratação pública.

Assim, o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 72.º enunciam as hipóteses em que a modificação do contrato é admissível. Enquanto o n.º 1 elenca hipóteses complexas, cuja verificação em concreto depende da verificação cumulativa de várias

⁽²⁴⁾ Neste sentido, também, Nicolas CHARREL e Thomas GASPARD, «Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d'exécution», in: *Contrats Publics, Les nouvelles directives «marchés» (2de partie)*, n.º 144, Maio 2015, p. 58, esclarecendo que se trata mais de uma codificação de modificações substanciais anteriormente avançadas pela jurisprudência comunitária do que propriamente de novidades nesta matéria.

⁽²⁵⁾ No domínio deste novo conjunto de regras pode, impressivamente, dizer-se que a evolução verificada no direito europeu não parece ser apenas de uma década, mas de várias; notando este facto, quanto à reforma no seu todo, v. Roberto CARANTA, «The changes...», cit., p. 392.

⁽²⁶⁾ Cf. Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, cit., p. 395.

⁽²⁷⁾ Referindo esta evolução da nova diretiva e dando como exemplo disso mesmo a questão da *transferência de contratos* após a insolvência do cocontratante, v. Steen TREUMER, «Evolution of the EU...», cit., p. 9

condições que são, na sua maioria, constituídas por conceitos abertos, o n.º 2 pretende abranger hipóteses de modificação menos extensas, convocando, como critério de aferição da dimensão das modificações e, por conseguinte, da respetiva admissibilidade, o critério do “valor da modificação”.

Por outro lado, o n.º 4 do artigo 72.º vem concretizar a noção de “modificação não substancial” *a contrario*, enunciando as condições não cumulativas que determinam que uma modificação seja considerada substancial. A modificação não substancial do contrato constitui, nos termos da alínea e) do n.º 1 do mesmo artigo, uma cláusula geral de permissão de modificação do contrato. Portanto, as modificações que não forem substanciais (de acordo com a concretização do n.º 4) estarão também autorizadas ao abrigo da referida cláusula geral⁽²⁸⁾.

As modificações substanciais – aquelas que não estão cobertas pelo disposto nos dois primeiros números do artigo – ficarão sujeitas à adoção de um novo procedimento de contratação, não sendo, então, possível introduzi-las, sem mais, no contrato em execução, antes obrigando a entidade pública contratante a iniciar um novo procedimento de procura pública, nos termos do n.º 5 do artigo 72.º da diretiva.

Vista a estrutura fundamental destas disposições, analisemo-las em concreto.

4.2. A permissividade às modificações do contrato – artigo 72.º, n.º 1

A estatuição do n.º 1 do artigo 72.º é bem clara: os “contratos e os acordos-quadro podem ser modificados sem novo procedimento de contratação”. Já no que diz respeito às hipóteses da norma, as dificuldades da sua definição são mais evidentes, como se verá já de seguida, podendo, no entanto e a título preliminar, antecipar-se que, perante o quadro geral de alguma flexibilidade das hipóteses – e salvo alguma interpretação mais estrita por parte da jurisprudência que, entretanto, se venha a adotar –, aumentarão os casos de modificações ao contrato que não exigirão a adoção de um procedimento adjudicatário autónomo^{(29) (30)}.

⁽²⁸⁾ Referindo como a estrutura do artigo 72.º confirma as regras gerais previstas no Acórdão *Presstetext* quanto a modificações inadmissíveis, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 597.

⁽²⁹⁾ Neste sentido, cf. Steen TREUMER, «Contract changes...», cit., p. 149.

⁽³⁰⁾ Nicolas CHARREL e Thomas GASPAS entendem que a lista de hipóteses vertidas no primeiro parágrafo do artigo 72.º é limitativa e resumem-na nos seguintes termos: (a) modificações previstas contratualmente de maneira clara e sem ambiguidades [n.º1, alínea a)]; (b) trabalhos, serviços ou fornecimentos complementares que se tornaram necessários e para a execução dos quais é impossível uma alteração de cocontratante, por razões económicas e técnicas e ser inconveniente a alteração ou implicar um aumento substancial dos custos [n.º1, alínea b), subalíneas i) e ii)]; (c) modificação que se tornou necessária por força de circunstâncias imprevisíveis ou imprevisíveis, não altera a natureza global do contrato e não acarreta um aumento do preço superior a 50% do valor inicial [n.º1, alínea c), subalíneas i), ii), iii)]; em caso de alteração do cocontratante, seja por força da aplicação de uma cláusula de revisão prevista no contrato, seja na sequência de uma

4.2.1. Previsão de cláusulas de revisão ou de opção – artigo 72.º, n.º 1, alínea a)

A primeira dessas hipóteses começa por ser abordada no considerando 111 da diretiva onde se reconhece que as entidades adjudicantes devem poder prever cláusulas de revisão ou opção⁽³¹⁾ ⁽³²⁾. Desse considerando resulta que essa previsão deve constar de cláusulas suficientemente claras e em que o poder de apreciação das entidades adjudicantes seja limitado. No referido considerando são dados exemplos em que as cláusulas de modificação podem ser admissíveis: indexações de preços; atualização tecnológica e adaptações decorrentes de dificuldades técnicas posteriores.

No que diz respeito à hipótese propriamente dita, fixada na alínea a) do número sob análise, a ideia de clareza é reforçada: as cláusulas de revisão devem ser, além de claras, “precisas e inequívocas” e devem indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas (assim se limitando a discricionariedade do contraente público). Além da exigência colocada à clareza e limitação das cláusulas de revisão, a identificada alínea contém uma limitação de âmbito mais genérico: não são permitidas cláusulas que impliquem “modificações ou opções que alterem a natureza global do contrato ou do acordo-quadro”⁽³³⁾. Por outro lado, a modificação ao abrigo de uma destas cláusulas não tem – ao contrário de algumas das hipóteses de modificação permitida que veremos de seguida – limite de valor.

É evidente, portanto, que estas cláusulas conferirão um considerável poder de modificação aos contraentes públicos contanto que as cláusulas cumpram com rigor as exigências de clareza), mas que estará certamente na mira dos tribunais

sucessão universal ou parcial ou de operações de reestruturação sem outras modificações substanciais do contrato, seja porque a entidade adjudicante assume ela própria as obrigações do contratante principal em relação aos seus subcontratados [n.º 1, alínea a), subalíneas i), ii), e iii)]; modificações consideradas não substanciais nos termos do disposto no parágrafo 4 [72.º, n.º 1, alínea e)] – cf. dos Autores citados, «Le nouveau régime...», cit., p. 56.

⁽³¹⁾ Já no *Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA*, o Tribunal de Justiça havia reconhecido a necessidade de as entidades adjudicantes preverem, nos documentos do procedimento, cláusulas de modificação contratual e, bem assim, os concretos termos da respetiva execução.

⁽³²⁾ A propósito da cláusula de reexame ou revisão, e reconhecendo que se trata de um interessante instrumento jurídico, pese embora os respetivos contornos se encontrem por determinar, cf. Nicolas CHARREL e Thomas GASPARD, «Le nouveau régime...», cit., p. 57.

⁽³³⁾ O que, de qualquer forma, já resultaria também da definição legal de “alteração substancial”, prevista no n.º 4 do artigo 72.º, no que se refere à determinação geral de que a modificação do contrato (ou do acordo-quadro) não pode tornar o contrato materialmente diferente do que foi inicialmente celebrado.

nacionais, nomeadamente do nosso Tribunal de Contas e de alguns concorrentes mais atentos à execução dos contratos públicos e suas modificações⁽³⁴⁾.

4.2.2. Surgimento da necessidade de *prestações adicionais* (que, por razões técnicas ou económicas, não devem ser entregues a um novo cocontratante) – artigo 72.º, n.º 1, alínea *b*)

Passando para a segunda hipótese – prevista na alínea *b*) –, também aqui a diretiva começa por reconhecer, no seu considerando 108, a hipótese de, em certos casos, as entidades adjudicantes se poderem ver confrontadas com a *necessidade de obras, fornecimentos ou serviços adicionais* [ou, na nomenclatura do nosso Código dos Contratos Públicos, *trabalhos (ou serviços) a mais*]. Nesse mesmo considerando, é manifesto o cuidado de exemplificar esse tipo de casos, adicionando o requisito de a alteração do fornecedor poder originar “incompatibilidades ou dificuldades técnicas desproporcionadas de utilização e manutenção”. A referida alínea *b*) concretiza a questão ao estabelecer três condições cumulativas para que, em resposta a uma necessidade de prestações contratuais adicionais, o contraente público possa modificar o contrato:

- (i) que a mudança do cocontratante não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas (dando-se o exemplo da interoperabilidade do que é necessário contratar adicionalmente com o que já se executou⁽³⁵⁾); e
- (ii) que essa mesma mudança “seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos” que se teriam com a contratação de prestações adicionais ao cocontratante original⁽³⁶⁾; e

⁽³⁴⁾ Neste sentido, v. Steen TREUMER, «Contract changes...», cit., p. 150.

⁽³⁵⁾ Exemplo que não é alheio à jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente ao Acórdão do de 08.04.2008 (proc. C377/05), onde, perante uma adjudicação com negociação com um único operador económico (que já era o cocontratante do Estado italiano), fundamentada em razões técnicas, o Tribunal concluía que “o Estado-Membro limitou-se a sublinhar as vantagens de uma interoperabilidade dos helicópteros utilizados pelos seus diferentes corpos. No entanto, não demonstrou de que modo uma mudança de fornecedor o teria obrigado a adquirir um material fabricado segundo uma técnica diferente, susceptível de provocar uma incompatibilidade, ou dificuldades técnicas de utilização ou de manutenção desproporcionadas”. Parece ser esta, precisamente, a exigência subjacente à demonstração da inconveniência da contratação de um novo cocontratante para as prestações adicionais de um contrato.

⁽³⁶⁾ Nesta parte o legislador terá incorrido numa incorreção: não nos parece que a alteração só deva ser permitida quando o *aumento de custos é superior ao dobro* – em relação aos custos com a contratação adicional ao mesmo cocontratante – (caso em que os custos se *duplicam*); ela deve ser permitida quando o aumento dos custos é *substancial*, o que permite enquadrar contratações adicionais em que os custos não sejam (pelo menos) o dobro dos que se teriam com a contratação do cocontratante adicional.

- (iii) que a modificação não implique o pagamento de um preço que exceda 50 % do valor do contrato original, sendo que este limite se aplica a cada modificação individual e não ao conjunto das modificações, embora se disponha expressamente – na parte final do preceito e com espécie de *cláusula anti abuso* – que as modificações sucessivas não podem ter em vista a não aplicação da diretiva⁽³⁷⁾.

Esta hipótese de modificação do contrato tem significativas semelhanças com duas disposições da diretiva 2004/18, concretamente, a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 31.º – respeitante a fornecimentos complementares de bens (destinados à substituição ou a ampliação de produtos) – e a alínea *b*) do n.º 4 do mesmo artigo – relativo a obras ou serviços que consistam na repetição de obras ou serviços similares. Em ambos os casos o que se autorizava era a adoção de um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio.

Embora inspirada, digamos assim, naqueles preceitos, a hipótese surge com uma configuração mais aberra⁽³⁸⁾, com a eliminação de algumas condições e a flexibilização de outras, como é o caso da expressa consideração de aspetos económicos ou a eliminação da referência ao período a partir do qual os fornecimentos adicionais poderiam ter lugar⁽³⁹⁾.

4.2.3. Ocorrência de *circunstâncias imprevistas* – artigo 72.º, n.º 1, alínea *c*)

Segue-se, na economia do n.º 1 do artigo 72.º, a possibilidade de modificar o contrato em caso de verificação de *circunstâncias imprevistas*, ou seja, circunstâncias externas que não poderiam ter sido previstas aquando da celebração do contrato⁽⁴⁰⁾. Também aqui a possibilidade de modificação começa por ser abordada num considerando da diretiva, o 109, que, referindo-se especialmente aos con-

⁽³⁷⁾ De acordo com o n.º 3 do artigo 72.º, sempre que o contrato contenha uma cláusula de indexação, o preço a considerar é o preço atualizado, disposição que se aplica também ao disposto na alínea *c*) do n.º 1 e ao no n.º 3 do mesmo artigo.

⁽³⁸⁾ Neste sentido, Nicolas CHARREL e Thomas GASPAS, «Le nouveau régime...», cit., p. 57, esclarecendo que, enquanto as anteriores disposições comunitárias entendiam a modificação do contrato no seio dos trabalhos complementares ou a mais, a nova diretiva apresenta-se mais aberta.

⁽³⁹⁾ Cf. Steen TREUMER, «Contract changes...», cit., p. 150.

⁽⁴⁰⁾ Chamando à atenção para o facto de o preceito não exigir que a modificação que se tornou essencial seja excepcional e alheia às partes, contrariamente ao sufragado pelo *Conseil d'Etat français*, no processo CE 30 julho 2003, Cne de Lens, req. 223445, onde se refere “que ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues au sens de ces dispositions, que des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties”, v. Nicolas CHARREL e Thomas GASPAS, «Le nouveau régime...», cit., p. 57.

tratos de execução prolongada, reconhece dever admitir-se “alguma flexibilidade para adaptar o contrato a essas circunstâncias sem um novo procedimento de contratação”⁽⁴¹⁾.

Também em relação a este ponto, a diretiva 2004/18 dispunha de norma muito próxima da que foi vertida na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 72.º, concretamente, o n.º 4 do artigo 31.º, relativo aos critérios para, em contratos de empreitada de obra pública ou de serviços públicos, contratar obras ou serviços complementares que, não constando do projeto ou do contrato inicial, se viessem a tornar necessários na sequência de circunstâncias imprevistas.

A exemplo do que sucedia com essa norma da diretiva 2004/18, a questão fundamental residirá, como se nota no referido considerando 109 da atual diretiva, na exata delimitação do conceito de “circunstâncias imprevistas”.

As situações enquadráveis no conceito de “circunstâncias imprevistas” tenderão a aproximar-se daquelas em que surge a necessidade de prestações adicionais, uma vez que essa necessidade, constatada *a posteriori*, também constituirá uma circunstância imprevista. A distinção entre ambas resvalará para análise da capacidade que a entidade adjudicante tinha de prever o surgimento da circunstância que exige a modificação⁽⁴²⁾.

No entanto, deve assinalar-se a maior flexibilidade que a hipótese da verificação de “circunstâncias imprevistas” comporta⁽⁴³⁾. De facto, uma modificação permitida de acordo com esta hipótese, além de não se limitar a prestações adicionais (do mesmo tipo), não exige que a alteração do cocontratante não possa ser efetuada e represente um muito significativo inconveniente ou leve a uma duplicação substancial dos custos⁽⁴⁴⁾.

(41) Devemos notar que é especialmente neste tipo de contratos – de longo termo – que perdem sentido as restrições ao poder de modificação dos contratos, tornando irrealista a exigência, prevista na diretiva, da previsão de cláusulas claras e precisas que habilitem à modificação do contrato; neste sentido crítico e defendendo, em consequência, “uma espécie de *caducidade impeditiva ou proibitiva* (ou, numa outra perspectiva, uma espécie de *caducidade permissiva da modificação*), especialmente para contratos de longa duração, no sentido de que as limitações externas e imperativas à modificação (...) dos contratos para os fins específicos de defesa da concorrência, impostas pelo direito europeu e/ou pelo CCP, apenas deveriam vigorar e ser vinculativas durante um determinado período de tempo, reportado este ao prazo de vigência inicial dos tipos contratuais de longa duração”, v. Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, cit., pp. 399-400.

(42) Neste sentido, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 602.

(43) Chamando a atenção para o facto de a noção comunitária de “circunstâncias imprevistas ou imprevísíveis” ser mais flexível quando comparada com a noção de “limitações técnicas imprevistas” consagrada na jurisprudência francesa, questionando a transposição da diretiva e a futura interpretação da norma, cf. Nicolas CHARREL e Thomas GASPARD, «Le nouveau régime...», cit., pp. 57-58.

(44) Notando esta maior flexibilidade, v. Steen TREUMER, «Contract changes...», cit., p. 150.

Ademais, além de ter que se estar perante este tipo (muitíssimo exigente) de circunstâncias, a possibilidade de modificação do contrato só se abre se, adicionalmente, *não houver alteração da natureza global do contrato*⁽⁴⁵⁾ e o *aumento de preço não ultrapassar 50% do valor do contrato (ou acordo-quadro) inicial*. O limite do preço aplica-se aqui, tal como referido no ponto anterior, a cada modificação, ressalvando-se, contudo, que modificações sucessivas (ao abrigo da ocorrência de circunstâncias imprevistas) não podem ter por objetivo a não aplicação da diretiva.

Considerando que o limite de 50% do valor do contrato original se aplica a cada modificação (e não às modificações que possam vir a ser introduzidas globalmente consideradas), admite-se que um conjunto de modificações possa levar o valor do contrato para patamares que excedem largamente aquele limite. Por outro lado, nenhuma exigência especial é feita quanto à necessidade de preservar o equilíbrio económico do contrato, o que se justificará por não ser possível garantir, em sede de modificação em ambiente não concorrencial, que se gerem as condições necessárias para criar um equilíbrio do contrato próximo daquele que serviu de base ao contrato inicial⁽⁴⁶⁾.

4.2.4. Alteração subjetiva do cocontratante – artigo 72.º, n.º 1, alínea d)

A modificação subjetiva do cocontratante constituiu uma das questões colocadas no Acórdão *Pressetext* – central, como se referiu, na jurisprudência acolhida nas novas diretivas, em matéria de modificação do contrato –, em que a primeira das alterações realizadas ao contrato que aí estava em questão dizia respeito à passagem de um conjunto de prestações, relativas ao “serviço OTS”, para uma filial constituída pela adjudicatária do contrato inicial. Uma vez que essa filial era detida a 100% pelo cocontratante original, o Tribunal encontrou na alteração uma mera “reorganização interna do co-contratante” – o que se reflete na alínea d) do n.º 4 do artigo 72.º da diretiva 2014/24 –, mas, em todo o caso, declarou expressamente que a substituição do cocontratante constituía uma alteração dos termos essenciais do contrato⁽⁴⁷⁾ –, a menos que essa substituição estivesse prevista.

⁽⁴⁵⁾ Cf. a subalínea ii) da alínea c) do n.º 1 do artigo 72.º e a parte final do considerando 109 que, exemplificando a alteração da natureza global do contrato com a substituição por obras, fornecimentos ou serviços diferentes, refere, expressamente, que tal situação, constituindo uma alteração substancial, determina “que o resultado final seja influenciado”.

⁽⁴⁶⁾ Neste sentido, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 601.

⁽⁴⁷⁾ O Tribunal de Justiça já se pronunciou, igualmente, sobre a alteração de um subcontratante durante a execução do contrato – cf. Acórdão *Wall AG*, de 13.04.2010, proc. C-91/08 – entendendo que, “mesmo quando a faculdade de o fazer está prevista no contrato, pode, em casos excepcionais, constituir uma alteração desse tipo de um dos elementos essenciais do contrato de concessão quando o recurso a determinado subcontratante e não a outro tenha sido, atendendo às características próprias da prestação em causa, um elemento determinante da celebração do contrato”.

Ora, a alínea *d*) do n.º 1 do artigo 72.º começa exatamente por refletir esse entendimento jurisprudencial, admitindo a modificação subjetiva, *i.e.*, a alteração do adjudicatário (*rectius*, cocontratante), se estiver prevista em cláusula de revisão ou opção clara, precisa e inequívoca, exigência que deve ser lida, de acordo com a parte final da alínea, em conformidade com o disposto na alínea *a*) do mesmo número (que respeita aos requisitos a cumprir pelas cláusulas de revisão, nomeadamente, a sua clareza, precisão e inequivocidade) – cf. subalínea *i*).

A este respeito deve assinalar-se que a possibilidade de incluir cláusulas de revisão que permitam grande latitude na alteração do cocontratante – admitindo a sua substituição por razões não estritamente ligadas ao objeto do contrato e cujo processo de escolha respeite apenas o que se determinar na cláusula de revisão – não nos parece ser de admitir⁽⁴⁸⁾. Na verdade, o poder de determinar uma alteração subjetiva do cocontratante deve ser fundamentado apenas em motivos de interesse público, o que deveria constituir um requisito específico da cláusula de revisão ou opção, tendo em vista assegurar, integralmente, o estrito respeito pelos princípios subjacentes à contratação pública, com especial enfoque, nesta situação, nos princípios da concorrência e da transparência. Em rigor, caso assim não seja, estar-se-á a abrir uma caixa de pandora a modificações subjetivas introduzidas ao arrepio do interesse público e desligadas do objeto do contrato.

A mesma alínea *d*) trata, na subalínea *ii*), de várias possibilidades de transmissão universal ou parcial do cocontratante, concretamente: (*a*) operações de reestruturação, incluindo ofertas públicas de aquisição, (*b*) fusão e aquisição, e (*c*) insolvência. De acordo com o considerando 110, este tipo de “alterações estruturais” não deverão exigir automaticamente novos procedimentos de contratação para todos os contratos públicos executados pelo adjudicatário em causa, sendo que se realça, em particular, os casos dos contratos adjudicados a agrupamentos de empresas (pressupondo, portanto, que as referidas alterações estruturais afetem apenas uma dessas empresas).

Para que uma alteração estrutural deste tipo passe no crivo das modificações permitidas ao contrato é necessário, de acordo com a mesma subalínea *ii*), que o novo operador económico (*a*) “satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos”, (*b*) que dessa alteração “não advenham outras modificações substanciais ao contrato” e, em mais uma refração da já referida cláusula anti-abuso, (*c*) que “a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva”.

Por fim e em consonância com a possibilidade, aberta pelo n.º 1 do artigo 73.º, de os Estados-Membros poderem prever que a entidade adjudicante transfira os pagamentos devidos ao seu cocontratante diretamente para o subcontratante, a subalínea *iii*) admite que o exercício concreto de tal faculdade – conquanto

⁽⁴⁸⁾ Neste sentido, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 603.

esteja vertida na legislação nacional –, implicando uma assunção, pela entidade adjudicante, das obrigações de pagamento do contratante principal para com os seus subcontratantes, constitui uma modificação autorizada do contrato.

4.2.5. Modificações autorizadas em função do valor – artigo 72.º, n.º 2

O n.º 2 do artigo 72.º trata, também, da autorização às modificações usando um critério de valor. Assim e a exemplo do que sucede com os critérios para a adoção de procedimentos por negociação sem publicação prévia de convite à apresentação de propostas, além de haver critérios materiais que permitem a modificação ao contrato, também há critérios que, em função do valor implicado nessa modificação, o autorizam, sem necessidade de se verificar qualquer dos fundamentos atrás analisados⁽⁴⁹⁾.

A alteração no valor do contrato – mais propriamente no preço a pagar pela entidade adjudicante – foi mais uma das questões submetidas ao Tribunal de Justiça no âmbito do Acórdão *Pressetext*, com o Tribunal a sublinhar que o preço é uma “condição importante” do contrato⁽⁵⁰⁾ e a sua alteração, se não se basear numa previsão expressa, poderia implicar a violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos operadores que apresentaram proposta na fase de adjudicação do contrato. Por sua vez, no Acórdão *Comissão/CAS Succhi di Frutta*, o Tribunal reconheceu que, após a adjudicação, não podia a entidade adjudicante proceder à modificação de uma condição importante do concurso, como seja o modo de pagamento dos produtos que seriam fornecidos, sendo que a possibilidade de introdução desta alteração deveria ser previamente prevista nos documentos do procedimento.

No § 2.º do considerando 107 é estabelecido que as modificações que levem a uma “pequena alteração do valor do contrato até determinado valor deverão ser sempre possíveis sem necessidade de iniciar um novo procedimento de contratação”. É assim nesta sequência que o n.º 2 do artigo 72.º prevê limiares de valor para que a alteração possa ter lugar sem que haja a obrigação de iniciar um novo procedimento adjudicatório. Assim e estritamente em função do “valor da modificação”, a modificação é permitida se:

- (i) o respetivo valor for inferior ao dos limiares de aplicação da diretiva, previstos no artigo 4.º; e

⁽⁴⁹⁾ Nicolas CHARREL e Thomas GASPAS salientam que a modificação de um contrato sem necessidade de iniciar um novo procedimento constitui uma exceção, sendo que a celebração de um novo contrato consubstancia o princípio geral nesta matéria, cf. dos Autores citados, «Le nouveau régime...», cit., p. 58.

⁽⁵⁰⁾ O que resulta também do Acórdão *Comissão/CAS Succhi di Frutta*, já citado.

- (ii) não ultrapassar 10 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de serviços e fornecimentos, e 15 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de empreitada de obras.

Verificados estes dois limites quantitativos – um, de ordem geral, e outro relacionado com o valor do contrato – a modificação do contrato encontrar-se-á, então, autorizada, independentemente de se verificarem (ou não) os requisitos materiais enunciados no n.º 2 do artigo 72.º⁽⁵¹⁾ e mesmo que se encontrassem preenchidas as condições, previstas no n.º 4 do artigo, para que se qualifique a modificação como substancial⁽⁵²⁾. De facto, parece presumir-se que alterações da dimensão permitida nos termos do n.º 2 dificilmente preencheriam os requisitos de alteração do universo concorrencial [cf. alínea *a*] do n.º 4], de alteração do equilíbrio a favor do cocontratante [cf. alínea *b*] do n.º 4]⁽⁵³⁾ ou de modificação considerável do contrato [cf. alínea *c*] do n.º 4].

A ideia, portanto, é a de que se trata de alterações de pequena monta.

No caso de haver várias modificações sucessivas – autorizadas nos termos do n.º 2 ou do n.º 3 – o valor considerado será o “valor líquido acumulado das modificações sucessivas”.

Comum aos requisitos materiais é o limite de âmbito geral relacionado com a imposição de que a modificação não altere a natureza global do contrato ou do acordo-quadro. Com efeito, enquanto uma alteração de valor reduzido para o mesmo tipo de prestações contratuais (v.g., para o fornecimento de bens com

⁽⁵¹⁾ Notando, na perspectiva oposta, como alterações de contrato que excedam ligeiramente os limites quantitativos do n.º 4 do artigo 72.º (e.g., 14% do valor do contrato), não serão, *muito provavelmente*, alterações proibidas pois não se enquadraram na noção de alteração substancial, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 598.

⁽⁵²⁾ Chamando à atenção para o facto de o montante da modificação não dever ser entendido como exclusivo, mas antes um elemento que constitui um importante indício, v. Nicolas CHARREL e Thomas GASPARD, «Le nouveau régime...», cit., p. 59. Na verdade, conforme referem os Autores, o montante da modificação pode ser, por vezes, insuficiente para caracterizar a afetação ou não da economia do contrato. Em rigor, referem os Autores, pode suceder que uma modificação superior a 10% ou 15% do montante do contrato inicial não tenha qualquer incidência no equilíbrio económico do contrato.

⁽⁵³⁾ Sue ARROWSMITH identifica a hipótese de a alteração do contrato, implicando o pagamento de um valor até 10% superior ao inicialmente previsto, poder alterar o equilíbrio económico do contrato; essa hipótese consistiria numa alteração ao contrato em que o aumento do valor a cargo da entidade adjudicante não fosse proporcional às obrigações adicionais exigida do cocontratante, numa prática que levaria a uma distorção da concorrência – cf., da Autora citada, *The Law...*, cit., p. 599. A mesma Autora indica que tais práticas não passariam no teste da proporcionalidade da modificação (ou seja, da limitação da modificação ao estritamente necessário). No mesmo sentido, assinalando que se com a modificação introduzida, apesar do seu valor relativo reduzido, se alterar a natureza do contrato, também se alterará o universo de potenciais concorrentes, cf. Steen TREUMER, «Contract changes...», cit., p. 151.

poucas diferenças em relação aos inicialmente contratados) beneficia da presunção de que não suscitaria uma alteração ao universo concorrencial, uma alteração significativa no tipo de prestações contratuais (v.g., bens com diferentes processos de fabrico) não pode beneficiar de tal presunção, havendo então de, neste estrito sentido, realizar o teste sobre a alteração do universo concorrencial, nos termos da alínea *a*) do n.º 4 do artigo 72.º⁽⁵⁴⁾.

4.3. As modificações substanciais do contrato – artigo 72.º, n.º 4

Na última alínea do n.º 1 do artigo 72.º encontramos uma cláusula geral de permissão da modificação do contrato – sem necessidade de proceder a novo procedimento de adjudicação – para os casos, além dos previstos nas restantes alíneas do n.º 2, em que as modificações ao contrato não sejam substanciais. Cabe ao n.º 4 delimitar, pela positiva, quais as modificações consideradas substanciais⁽⁵⁵⁾, enunciando-se, para o efeito, as condições não cumulativas⁽⁵⁶⁾ que deverão encontrar-se preenchidas para que uma determinada modificação contratual possa ser entendida como substancial.

Assim e em primeiro lugar, é considerada modificação substancial aquela que venha “tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente”.

Trata-se de um limite que resulta da *intangibilidade do objeto do contrato*, muitas vezes resumido na ideia que se pode mudar o contrato, não sendo já possível mudar *de* contrato; quer isto dizer que as alterações introduzidas no contrato não podem contender com as suas características definidoras (diferentes

⁽⁵⁴⁾ Neste sentido, Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 599.

⁽⁵⁵⁾ Para Nicolas CHARREL e Thomas GASPARD, o n.º 4 do artigo 72.º da diretiva 2014/24/UE enuncia, de forma um pouco abstrata, as situações em que uma modificação é considerada substancial, cf., dos Autores citados, «Le nouveau régime...», cit., p. 58.

⁽⁵⁶⁾ As condições não cumulativas que têm que estar verificadas para que uma modificação contratual seja considerada não substancial são enunciadas por Nicolas CHARREL e Thomas GASPARD, nos seguintes termos: 1) introdução de condições que se tivessem figurado do procedimento pré-contratual, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de uma proposta diferente da inicialmente apresentada ou teriam atraído um número superior de participantes no concurso [cf. artigo 72.º, n.º 4, alínea a)]; 2) modificação do equilíbrio económico do contrato [cf. artigo 72.º, n.º 4, alínea b)]; 3) extensão considerável do campo de aplicação do contrato ou do acordo-quadro [cf. artigo 72.º, n.º 4, alínea c)]; 4) um novo contratante substitui a entidade à qual inicialmente foi adjudicado o contrato, em situações não previstas na alínea d) do n.º 1 do aludido artigo – cf., dos Autores citados, «Le nouveau régime...», cit., p. 58.

para cada tipo de contrato), isto é, com o respetivo objeto^{(57)/(58)}. Por exemplo, se o contrato é, de acordo com o seu conteúdo típico, uma empreitada de obra pública, uma alteração que tenha em vista a exploração dessa obra pública pelo empreiteiro (mediante remuneração), introduziria no contrato de empreitada elementos típicos da concessão, o que alteraria, então, o objeto do contrato que, além das suas prestações típicas da empreitada, passaria a incluir prestações de tipo concessório.

Além disso, são também consideradas modificações substanciais aquelas que:

- (i) introduzam condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso;
- (ii) alterem o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial;
- (iii) alarguem consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro;
- (iv) impliquem substituição do cocontratante, em casos que não estejam abrangidos pela alínea *d*) do n.º 1 do artigo 71.º⁽⁵⁹⁾.

As hipóteses previstas para a qualificação de uma modificação como “substancial” são, com exceção das modificações que exigem a substituição do cocontratante, hipóteses que exigem uma verificação concreta do conteúdo do contrato. Essa análise concreta implicará um juízo de prognose quanto aos efeitos prováveis da modificação no que ao âmbito e equilíbrio económico do contrato dizem respeito

⁽⁵⁷⁾ Assim Pedro COSTA GONÇALVES, *O Contrato Administrativo, Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 108. A propósito do objeto do contrato, esclarece o Autor que aquele constitui “a própria obrigação contratual ou a coisa a que o contrato respeita: assim, implica modificação do objeto de um contrato de empreitada para a reconstrução e restauro de um monumento, se, em vez disso, se previr agora, por exemplo, a demolição e a construção de um novo edifício.” Atendendo, precisamente, à intangibilidade do objeto do contrato, refere o citado Autor que “por via do poder de modificação, 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”.

⁽⁵⁸⁾ Tiago DUARTE salienta que parece que, para o Tribunal de Justiça, apenas uma modificação substancial no sentido de uma modificação que descaracterize os aspetos essenciais do contrato – alterando o objeto do mesmo, a ponto de se poder concluir que se está perante outro contrato e já não perante o contrato inicial modificado – justifica o recurso a novo procedimento pré-contratual – cf., do Autor citado, «Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: o Tribunal de Contas e os limites à modificação dos contratos», in: *Revista dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, n.º 3, p. 35. Por outro lado, de acordo com o Tribunal de Justiça, no processo subjacente ao Acórdão *Presstetext*, verifica-se uma alteração substancial do contrato quando as modificações inseridas no contrato “apresentem características substancialmente diferentes do contrato inicial.”

⁽⁵⁹⁾ Cf., *supra*, ponto 4.2.4.

e, no caso da primeira das hipóteses do n.º 4, ainda da reanálise do universo concorrencial que, potencialmente – se o contrato colocado à concorrência fosse o *modificado* (em vez do *original*) – se teria apresentado com diferentes propostas ou candidaturas, evitando-se, com esta última análise, que o contrato seja modificado em fraude ao procedimento concorrencial prévio, esvaziando-o de qualquer real efetividade no que ao *scope of competition* diz respeito.

Relativamente às alterações ao âmbito do contrato só são qualificadas como substanciais aquelas que o alarguem *consideravelmente*, com o que se atribui ao contraente público uma clara margem de apreciação. Neste contexto, é útil recordar que o Acórdão *Pressetext* se referia a “[uma alteração que] alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos”.

Logo à partida, surge-nos como limite externo deste possível alargamento do contrato a ideia de *intangibilidade do contrato*; no restante, se a modificação se ativer à introdução de prestações que não sejam desvirtuadoras do tipo contratual em causa, apenas uma análise concreta poderá responder à questão de saber se o alargamento é (ou não) considerável.

Entendemos que essa análise deverá ter em conta, além de outros aspetos, a sedução que a colocação à concorrência das prestações poderá ter para os operadores económicos: se ela for elevada (por ser possível perceber que suscitaria, dentro do mercado respetivo – que pode ter diferentes dimensões – uma animada disputa concorrencial), o alargamento terá de ser considerado como *considerável*. Este ponto tem, no entanto, de ser temperado com o que resulta já do n.º 2 do artigo 72.º pois o principal critério para aferir da atratividade de um procedimento concorrencial seria o valor da modificação a introduzir e, por força do preceito citado, percebemos que muitas modificações em relação as quais nos sentiríamos tentados a dizer que constituiriam um alargamento substancial, estariam excluídas da própria verificação exigida pelo n.º 5 do artigo 72.º. Para ilustrar este ponto, basta pensarmos que um qualquer contrato abrangido pela diretiva permite, nos termos do n.º 2, uma modificação de valor um cêntimo inferior aos limiares de aplicação da diretiva o que, no caso de uma empreitada de obras públicas com o valor global de € 5.200.000,00 significa que se admite – sem que possa considerar-se que tal modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato – uma modificação de valor inferior (em um cêntimo, por hipótese) a € 5.186.000,00.

Passando para a alínea *b*) do n.º 4, a qualificação de substancial será dada, de acordo com a referida alínea, àquelas modificações que “inclinem o prato da balança” a favor do cocontratante, de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial.

Que o que interessa é apenas o desequilíbrio que beneficie o cocontratante já se tinha percebido no Acórdão *Pressetext*, quando, perante uma modificação respeitante ao aumento de um desconto do valor a pagar pelo contraente público, o Tribunal de Justiça decidiu que “o aumento do desconto, uma vez que tem

por efeito a redução da remuneração recebida pelo adjudicatário em relação à inicialmente prevista, não modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário". Por outro lado, a alínea admite expressamente que o equilíbrio económico seja modificado em favor do adjudicatário se isso – esse benefício maior dado ao adjudicatário – já resultasse do contrato inicial. Ficam de fora, merecendo o qualificativo de "substanciais", as modificações que não estivessem previstas.

O artigo 72.º termina, no seu n.º 5, com uma estatuição que já resultaria, em qualquer caso, do disposto nos preceitos anteriores (e analisados *supra*), concretamente que, quando as modificações a um contrato público (ou acordo-quadro) durante a sua vigência sejam distintas das enunciadas nos n.ºs 1 e 2 do artigo, então a entidade adjudicante está obrigada a adotar um novo procedimento de contratação, nos termos da diretiva.

Apesar de a formulação legal sugerir que apenas as modificações enquadráveis nas hipóteses delineadas nos n.º 1 e 2 do artigo 72.º – onde se inclui a cláusula geral da alínea e) do n.º 1 –, há Autores que defendem que o n.º 5 do artigo 72.º se trata apenas de um princípio geral, pelo que haverá possibilidade de serem aceites modificações ao contrato que não respeitem estritamente o disposto no preceito sob análise, avançando-se o exemplo de modificações que tenham por objetivo resolver um incumprimento contratual⁽⁶⁰⁾.

Esta interpretação encontra algum apoio na evolução dos trabalhos que culminaram com a aprovação da atual diretiva. De facto, o n.º 7 do artigo 72.º da Proposta de diretiva⁽⁶¹⁾ previa uma proibição de modificações relativas à correção de deficiências no desempenho do cocontratante, quando o mesmo resultado pudesse ser obtido por via da aplicação das obrigações contratuais, parecendo assumir-se, nesse trabalho preparatório, que essa seria uma modificação autorizada ao abrigo dos critérios gerais de autorização à modificação, pois isso motivaria uma proibição expressa como a do (entretanto eliminado) n.º 7⁽⁶²⁾.

⁽⁶⁰⁾ Sue ARROWSMITH entende que, sendo o artigo 72.º uma forma de codificação da jurisprudência respeitante à modificação de contratos, ele não deve ser considerado exaustivo, nomeadamente no que diz respeito a situações que não foram colocadas na jurisprudência anterior (do Tribunal de Justiça, bem entendido) – cf., da Autora referida, *The Law...*, cit., p. 602. Steen TREUMER, por seu lado, realça a necessidade de serem admitidas outras modificações – dando o exemplo, referido no texto, da modificação tendente a solucionar um incumprimento contratual –, notando ainda como o texto do artigo 72.º contém uma formulação mais estrita dos requisitos das alterações substanciais do que aquela que resultava da jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente do Acórdão *Pressetext* – cf., do Autor referido, «Contract changes...», cit., p. 148.

⁽⁶¹⁾ Cf. COM(2011) 896 final, 2011/0438 (COD).

⁽⁶²⁾ Criticando a solução prevista na Proposta de diretiva mas, igualmente, o silêncio da redação final da Diretiva por não clarificar se o contraente público tem o poder de modificar o contrato no caso de incumprimento, o que permitiria uma maior flexibilidade, exigida pelo interesse público, cf. Steen TREUMER, «Contract changes...», cit., p. 149.

Em suma, resulta do artigo 72.º da diretiva a enunciação das diversas possibilidades de modificação de um contrato e, bem assim, das condições que determinam que aquela assuma uma natureza substancial ou não substancial⁽⁶³⁾.

No que diz respeito à qualificação das modificações não substanciais, parece-nos que a construção do preceito tem como pressuposto claro – com reflexos no texto das normas – que as estas devem ser apenas aquelas que nele estão previstas, é dizer, o artigo 72.º pretende estabelecer um *elenco taxativo de modificações não substanciais*, sendo que essas seriam as únicas a eximir o contraente público da obrigação de promover novo procedimento de contratação. É uma opção que, embora criticável quanto à sua inflexibilidade – como veremos já em seguida –, está em linha com ideia de que o incumprimento da obrigação de promover novos procedimentos de contratação pode ter grande impacto e ser, em última instância, um fator que contribui para a ineficácia das regras de contratação pública europeias⁽⁶⁴⁾ e para que saia gorada, afinal, a concorrência que tantos cuidados exige ao nível da adoção e regulamentação de procedimentos concorrenciais.

5. A modificação e a concorrência: entre a europeização, a tradição e a crise

A transposição da nova diretiva da contratação pública constituirá mais um momento de alteração do direito administrativo dos Estados-Membros da União Europeia que podemos incluir no movimento geral de *europeização* dos ordenamentos jurídicos nacionais⁽⁶⁵⁾.

Com efeito, a redução dos poderes de intervenção dos contraentes públicos nos contratos por estes celebrados corresponde a mais uma vertente da *integração pelo direito* que, perante as dificuldades associadas à integração pela via política (ou político-constitucional), “catapultou o direito administrativo para o papel principal [da dinâmica da integração], secundarizando o direito constitucional”⁽⁶⁶⁾. Um papel que, até meados do século XX, não se pensaria que o direito

⁽⁶³⁾ Para Nicolas CHARREL e Thomas GASPARD, o artigo 72.º apresenta uma presunção inilidível de não alteração do equilíbrio do contrato através da introdução de uma modificação, de acordo com dois valores cumulativos, abaixo dos quais a modificação não tem natureza substancial – cf., dos Autores citados, «Le nouveau régime...», cit., p. 58.

⁽⁶⁴⁾ Cf. Steen TREUMER, «Contract changes...», cit., p. 155.

⁽⁶⁵⁾ Refletindo como a europeização resulta, em parte, de “um movimento de integração na construção da AP Europeia e no ordenamento jurídico europeu”, v. Susana TAVARES DA SILVA, *Um novo Direito Administrativo*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, pp. 37-38. Distinguindo, como figuras afins da europeização, a *harmonização* e a *convergência*, v. Lourenço VILHENA DE FREITAS, *Os Contratos de Direito Público da União Europeia no quadro do Direito Administrativo Europeu*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 35-37.

⁽⁶⁶⁾ São palavras de Susana TAVARES DA SILVA, em *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p. 13.

administrativo pudesse ter, encarado que era como produto da história e tradição nacionais, criando um domínio insuscetível de convergência⁽⁶⁷⁾.

O axioma da territorialidade do direito administrativo está pois, definitivamente posto em causa, afastando-se, do mesmo passo, a ideia de que os direitos administrativos são filhos dos Estados nacionais⁽⁶⁸⁾.

A produção normativa e jurisprudencial das instituições da União Europeia que tivemos oportunidade de analisar constitui um claro exemplo, no plano do direito dos contratos públicos, de como a disciplina do Direito Administrativo é alimentada por fenómenos para além das fronteiras estaduais através da produção normativa por uma organização internacional de integração, profundamente influenciada pela jurisprudência dos órgãos jurisdicionais dessa mesma organização.

A conjugação de fenómenos deste tipo conduz, naturalmente, à harmonização do direito administrativo dos Estados-Membros contribuindo para a criação de um *Espaço Administrativo Europeu*⁽⁶⁹⁾ – fenómeno que constitui, a par de outros de dimensão e profundidades variáveis, um traço de evolução do direito administrativo – com a “emergência de um regime comum e próprio aos contratos públicos”⁽⁷⁰⁾.

Em concreto, as alterações que os Estados-Membros se preparam para introduzir nos ordenamentos jurídicos nacionais – em sede de transposição das novas diretivas – surge como um movimento em contracorrente face à que tem sido a evolução do direito interno da generalidade dos Estados-Membros contribuindo para a criação de “um quadro de *antinomias sistemáticas silentes*”⁽⁷¹⁾.

Com a transposição das diretivas, a tendência será para a redução dessas antinomias, avançando os Estados-Membros para soluções comuns quanto ao poder de modificação do contrato, restringindo-o aos casos de *modificações não substanciais*, assim se afirmando como preponderante o interesse público da concorrência, preocupação central do legislador europeu empenhado na criação de um mercado europeu de contratos públicos⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁷⁾ Neste sentido, cf. Mariana ELIANTONIO, *Europeanization of Administrative Justice?*, Amsterdão: Europa Law Publishing, 2009, p. 3.

⁽⁶⁸⁾ Cf. Ana Raquel MONIZ, «Traços da Evolução do Direito Administrativo Português», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVII, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 312.

⁽⁶⁹⁾ Cf. IDEM, *ibidem*, p. 313.

⁽⁷⁰⁾ Cf. Laure MARCUS, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, 2010, p. 328.

⁽⁷¹⁾ Cf. Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, cit., p. 392, que identifica nos ordenamentos jurídicos alemão e italiano uma tendência cada vez mais favorável à modificação do contrato.

⁽⁷²⁾ Sobre a atual configuração deste mercado e de como a sua promoção “serviu, num primeiro momento, a realização dos objetivos de integração europeia – designadamente a criação do mercado único –, [e] é hoje, por força das difíceis circunstâncias que os países europeus atravessam (e de uma mais abrangente conceção dos efeitos económicos da contratação pública), um mecanismo de realização de políticas públicas anticíclicas”, v. o nosso «A promoção das PME na

A questão que se coloca é a de saber se a preservação da concorrência é fundamento bastante para uma restrição que atinge diretamente uma das notas identificadoras do regime de execução dos contratos públicos e, mais importante, colocando em causa a própria proteção do interesse público que o poder de modificação visava acautelar⁽⁷³⁾.

Não é um equilíbrio fácil de atingir – este de assegurar a preservação da concorrência prévia, mantendo a possibilidade de modificar o contrato durante a execução – uma vez que a eficácia das normas que asseguram a concorrência prévia depende, em larga medida, da permanência do contrato tal como foi adjudicado. Os reflexos da crise na ciência jurídica teimam, no entanto, em indicar que o caminho é exatamente o oposto⁽⁷⁴⁾, acentuando-se a necessidade de os instrumentos jurídicos – incluindo os que servem a atuação dos entes públicos – se adaptarem a situações novas, exigindo uma mudança do Direito Administrativo em geral “num sentido menos burocrático e mais operacional”⁽⁷⁵⁾.

E as soluções das novas diretivas, representando uma evolução de abertura em relação aos estritos termos da jurisprudência do TJUE (ou, mais rigorosamente, à interpretação muito estrita que se vinha fazendo dessa jurisprudência) colocam na dependência da verificação cuidada dos seus requisitos a possibilidade de modificação do contrato (com vista à qualificação da modificação como “não substancial”).

De entre esses requisitos surge como particularmente desfasado da realidade dos contratos complexos e/ou de longa duração a exigência da previsão, no contrato original, de “cláusulas de revisão (podendo incluir cláusulas de revisão dos

contratação pública: as novas diretivas», in: *Boletim de Ciências Económicas*, FDUC, vol. LVII, 2015, pp. 241-250.

⁽⁷³⁾ No sentido de que essas limitações podem ser *prejudiciais, inadequadas e desnecessárias*, v. Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, cit., pp. 745-746.

⁽⁷⁴⁾ Assumindo como “a referência à crise e ao direito implica, desde logo, reconhecer que as circunstâncias em que vivemos impõem alterações significativas no mundo jurídico e, em especial, no direito público” e admitindo que a “tradicional doutrina jurídico-pública nem sempre se encontra preparada para dar respostas (correntes) aos desafios inerentes às crises”, v. Ana Raquel MONIZ, «Direito, Ética e Estado: Brevíssimas Reflexões em Diálogo com Barbosa de Melo», in: *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra: Almedina, 2013, pp. 66-67.

⁽⁷⁵⁾ Colocando em relevo como “a crise acelera o ritmo de transformação da Administração num sentido menos burocrático e mais operacional” e como, nesse contexto de crise, “ao direito administrativo (dos contratos públicos) cabe o papel de se adaptar às condições de contexto e regular situações novas”, v. Pedro Costa GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado...*, cit., pp. 44-45. No mesmo sentido, concluindo como “os instrumentos do Direito Administrativo tradicional, a representar um Direito reativo e retrospectivo, avesso à convivência com os tempos que hoje regem a nossa vida – o financeiro, o económico e o político –, não se prestam a resolver os problemas dos contratos públicos como instrumento de governo”, v. Egon Bockmann MOREIRA, «O contrato administrativo como instrumento de governo», in: *Estudos de Contratação Pública*, vol. IV, org. Pedro Costa GONÇALVES, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 16.

preços) ou opção claras, precisas e inequívocas” – cf. alínea *a*), do n.º 1 do artigo 72.º. É que, naquele tipo contratos, a relação contratual torna-se uma “estrutura ou um processo num *continuum* e dinâmico movimento juridicamente recriador”, dificultando ou mesmo impossibilitando que se elaborem *ex ante* cláusulas que, dotadas da clareza, precisão e inequívocidade, antecipem as inúmeras contingências pelas quais o contrato e as partes podem passar⁽⁷⁶⁾.

Na verdade, a preservação da concorrência prévia enquanto interesse público – mais propriamente, como garantia dos interesses públicos implicados na *igualdade concorrencial* e na *economicidade* asseguradas pelo procedimento de contratação adotado – aparecerá, nestes casos, a conflitar com a necessidade de “assegurar a permanente e eficaz disponibilidade administrativa do interesse público contratualizado”⁽⁷⁷⁾ tornada possível pelos poderes de conformação do contrato e, entre eles, pelo poder de modificação.

Ora, estamos aqui na presença de um dilema similar ao que vimos poder ser identificado na fase pré-contratual⁽⁷⁸⁾, em que se podem opor *interesse público financeiro* e *interesse público da concorrência*, exigindo a realização do primeiro algum sacrifício no que diz respeito à proteção do segundo⁽⁷⁹⁾. É o caso, paradigmático, dos critérios materiais que autorizam a utilização de procedimentos de negociação com as entidades que a entidade adjudicante escolher convidar a apresentar proposta (que, estando previstos nas diretivas sobre a contratação pública, são concretizados, no nosso país, nos critérios materiais de recurso ao ajuste direto).

Pois bem, a situação de oposição entre a *economicidade* e a *preservação da concorrência prévia* que podemos encontrar em sede de execução do contrato constitui, em relação ao que vimos poder acontecer em sede pré-contratual, um *lugar paralelo*, a merecer, então, uma ponderação que permita, quando isso se justifique, sacrificar o interesse público da concorrência em favor do interesse público na execução do contrato (nomeadamente, o interesse financeiro associado ao aumento de custos em caso de exigência de uma nova adjudicação).

Como vimos atrás, a formulação do artigo 72.º não parece deixar grandes dúvidas quanto ao carácter taxativo das modificações não substanciais, a significar, portanto, uma inflexibilidade do regime gizado na diretiva para permitir modificações ao contrato que não cumpram os requisitos (algo restritivos, como vimos) previstos no preceito referido.

⁽⁷⁶⁾ Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, cit., pp. 709-714. A respeito do mesmo problema e ilustrando, de forma impressiva, a impossibilidade de uma *futurologia contratual*, v. Egon Bockmann MOREIRA, «O contrato administrativo...», cit., pp. 14-15.

⁽⁷⁷⁾ Cf. Rodrigo Esteves de OLIVEIRA, «O acto administrativo contratual», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, Maio/Junho, 2007, p. 14.

⁽⁷⁸⁾ Cf., *supra*, nota 7.

⁽⁷⁹⁾ Cf. Pedro Costa GONÇALVES, *Reflexões sobre o Estado...*, cit., p. 395.

Assim, e tendo sobretudo em vista os contratos de longa duração ou complexos, as soluções da nova diretiva ficarão à mercê do tempo, da experiência e da crise, sendo certo que o nível de exigência que elas trazem – com reflexo na retração do poder de modificação – se sujeitarão (como soluções jurídico-científicas que são) à infirmação da realidade, nomeadamente no que diz respeito à pretensão de completude do contrato para regular necessidades futuras de modificação do contrato⁽⁸⁰⁾.

Resumo: Neste texto analisam-se as novas disposições da diretiva 2014/24/EU relativas à modificação de contratos públicos, considerando-as à luz da jurisprudência *Presstext* e dos trabalhos que precederam à aprovação do texto final da diretiva.

Palavras-chave: diretiva 2014/24/UE; modificação de contratos; jurisprudência *Presstext*; Código dos Contratos Públicos.

Abstract: This paper analyses the new provisions of the Directive 2014/24/EU concerning the amendment of contracts, considering them in the light of *Presstext* jurisprudence and the work leading up to the approval of the final text of the directive.

Keywords: directive 2014/24/UE; modification of contracts; *Presstext* case law; Portuguese Public Contracts Code.

Referências bibliográficas

- ARROWSMITH, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell, 3.^a ed., 2014.
- BARBOSA DE MELO, António, «A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público», in: *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, org. GONÇALVES, Pedro Costa, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CARANTA, Roberto, «The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works», in: *Common Market Law Review*, vol. 52, n.º 2, abril 2015.
- CHARREL, Nicolas / GASPARD, Thomas, «Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d'exécution», in: *Contrats Publics, Les nouvelles directives «marchés» (2de partie)*, n.º 144, maio 2015.
- DUARTE, Tiago, «Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: o Tribunal de Contas e os limites à modificação dos contratos», in: *Revista dos Contratos Públicos*, CEDIPRE, n.º 3.

⁽⁸⁰⁾ A este propósito, deve registar-se a proposta (muito razoável) feita, quanto aos requisitos para a modificação de contratos de longa duração, por Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, cit., pp. 398-399; de notar, ainda, a sugestão do Autor no sentido de submeter as modificações à fiscalização/confirmação de um órgão independente, de modo a concretizar a eficácia das regras de contratação pública europeias que, como aponta Steen TREUMER, é feita perigar com a maior permissividade à modificação dos contratos – cf., deste último Autor, «Contract changes...», cit., p. 155.

- GONÇALVES, Pedro Costa, *O Contrato Administrativo, Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra: Almedina, 2003.
- _____, «Acórdão *Presstext*: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, janeiro/ fevereiro, 2009.
- _____, *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MARCUS, Laure, *L'unité des contrats publics*, Dalloz, 2010.
- MARTINS, Licínio Lopes, *Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)*, Coimbra: Almedina, 2014.
- MONIZ, Ana Raquel, «Traços da Evolução do Direito Administrativo Português», in: *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXVII, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- _____, «Direito, Ética e Estado: Brevíssimas Reflexões em Diálogo com Barbosa de Melo», in: *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra: Almedina, 2013.
- MOREIRA, Egon Bockmann, «O contrato administrativo como instrumento de governo», in: *Estudos de Contratação Pública*, vol. IV, org. GONÇALVES, Pedro Costa, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, *Autoridade e Consenso no Contrato Administrativo*, Coimbra, 2001, inédito.
- _____, «O acto administrativo contratual», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 63, Maio/Junho, 2007.
- _____, «Os princípios gerais da contratação pública», in: *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, org. GONÇALVES, Pedro Costa, CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- PEREIRA, Pedro Matias, *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- _____, «A promoção das PME na contratação pública: as novas diretivas», in: *Boletim de Ciências Económicas*, FDUC, vol. LVII, 2015.
- SHOONER, Steven «Desiderata, objectives for a system of government contract law», *Public Law and Legal Theory Working Paper no. 37*, p. 4, disponível em www.papers.ssrn.com.
- SILVA, Susana Tavares da, *Um novo Direito Administrativo*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- _____, *Direito Administrativo Europeu*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- TREUMER, Steen, Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules – the end of the status of concluded public contracts as sacred cows», in: *Public Procurement Law Review*, 2007, n.º 6.
- _____, «Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive», in: *Public Procurement Law Review*, 2014, 3.
- _____, «Evolution of the EU Public Procurement Regime: The New Public Procurement Directive», in: *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhagen: Djøf Publishing, 2014.