

---

---

# REVISTA DE CONTRATOS PÚBLICOS

EDIÇÃO: CEDIPRE · DIRETOR: PEDRO COSTA GONÇALVES · N.º 17

---

---

17

*Recursos Humanos e Contratação Pública  
Modificações Subjetivas e Subcontratação  
Trabalhos Complementares*



· U



C ·



# Modificação subjetiva, pagamentos diretos a subcontratados e resolução do contrato: novidades do CCP revisto\*

PEDRO MATIAS PEREIRA

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Advogado

Membro do Grupo de Contratação Pública do CEDIPRE

**Resumo:** Neste texto e a pretexto das alterações introduzidas pela revisão ao Código dos Contratos Públicos analisam-se três temas de execução dos contratos públicos: (i) a modificação subjetiva, (ii) o pagamento direto a subcontratados e (iii) a extinção do contrato.

**Palavras-chave:** *diretiva 2014/24/UE; modificação de contratos; pagamentos diretos a subcontratados; resolução de contratos; Código dos Contratos Públicos.*

**Abstract:** Following the changes to the Portuguese Public Contracts Code, this paper aims to analyse three subjects concerning the execution of public contracts: (i) changes in the contractor; (ii) transfer of due payments directly to the subcontractor; (iii) termination of contracts.

**Keywords:** *directive 2014/24/EU; modification of contracts; transfer of payments to subcontractors; termination of contracts; Portuguese Public Contracts Code.*

## 1. Introdução

A matéria da modificação dos contratos públicos estava a destinada a ser central no quadro da revisão do Código dos Contratos Públicos (“CCP”), uma vez que era necessário transpor para o direito nacional disposições das

\* O presente texto resulta da comunicação que apresentámos na Conferência “A Reforma do Código dos Contratos Públicos”, organizada pelo CEDIPRE em setembro de 2017.

Diretivas de 2014<sup>1</sup> que regulavam inovatoriamente esta matéria. Por isso, a *ratio* de muitas das novas ou revistas disposições do CCP haverão de ser procuradas nas referidas Diretivas<sup>2</sup> e, além disso, na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”)<sup>3</sup>; preposição que vale, indistintamente, para as modificações objetivas e para as modificações subjetivas, estas últimas a constituírem objeto de análise neste texto.

Com idênticas raízes no direito europeu da contratação pública encontramos também, na nova redação do CCP, uma alteração ao nível da subcontratação que é uma espécie de “regresso ao passado” no que diz respeito às relações entre contraente público e subcontratados, já que o reformado CCP vem autorizar a existência de pagamentos diretos a subcontratados, por parte do contraente público.

Além destas matérias objeto de disciplina inovatória no nosso CCP, realçamos uma *não-alteração* do Código na parte relativa ao poder de resolução do contrato, matéria em que, como veremos, se exigiriam algumas alterações cirúrgicas, tendo o Código (num reflexo da sua tendência minimalista) mantido tal matéria intocada.

## 2. Cessão da posição contratual – artigo 318.º: a alteração subjetiva do cocontratante

A Diretiva reconhece – e bem – na 2.ª parte do considerando 110 da Diretiva que podem ocorrer alterações estruturais no adjudicatário e que isso não deve

<sup>1</sup> 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 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.

<sup>2</sup> Evidenciando como muitas das exigências postas em torno dos procedimentos de contratação são “marcadas pelo signo da concorrência” já que “grande parte delas garante (ainda que indiretamente) a existência de um ambiente concorrencial na adjudicação de um contrato público”, v. o nosso «Concorrência e Modificação de Contratos Públicos», in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade* (no prelo).

<sup>3</sup> Assinalando, como a jurisprudência do Tribunal de Justiça é o *primum movens* de muitas das alterações às regras europeias da contratação pública, 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. 409-410.

“exigir automaticamente novos procedimentos de contratação para todos os contratos públicos executados pelo adjudicatário em causa”. Este reconhecimento constitui um desvio face à jurisprudência *Pressetext*<sup>4</sup>, já que nesse famoso aresto se refere que, em geral, a substituição do cocontratante inicial “constitui uma alteração de um dos termos essenciais do contrato público em causa, a menos que essa substituição estivesse prevista nos termos do contrato inicial”<sup>5</sup>.

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*) da disposição mencionada.

O CCP vem, nessa sequência, permitir alterações deste tipo.

## 2.1. Alterações subjetivas com fundamento no contrato

A primeira mudança que se verifica na disposição do Código que centraliza o tratamento das alterações subjetivas<sup>6</sup> – o artigo 318.º – é que em vez da

<sup>4</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.06.2008, proc. C-454/06. No sentido de que este era o princípio geral insito à jurisprudência *Pressetext*, v. Vera EIRÓ, «Contratação Pública e Crise», in: *A Crise e o Direito Público – VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público*, 2013: Instituto de Ciências Jurídico Políticas, p. 178.

<sup>5</sup> Cf. § 40.º do Acórdão. A primeira das alterações realizadas ao contrato que estava em causa no processo 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, a menos que essa substituição estivesse prevista.

<sup>6</sup> Sobre a arrumação sistemática das disposições do Código – comparando com o que se pode encontrar nas Diretivas –, v. Miguel LORENA DE BRITO, «A modificação subjectiva do contrato no Código dos Contratos Públicos», in: *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: AFDL, 2017, p. 892.

expressão “o contrato pode autorizar” – que constava da anterior redação –, encontramos, no n.º 1 do artigo, a exigência de que a previsão da possibilidade de cessão conste de “cláusula de revisão ou opção inequívoca”.

Estas exigências colocadas à previsão das cláusulas de modificação correspondem a um dos requisitos fundamentais para que sejam possíveis, em geral, as *modificações com fundamento no contrato*; a diretiva exige *clareza, precisão e inequívocidade*<sup>7</sup>.

A alteração feita no Código não foi, no entanto, acompanhada de uma necessária alteração no artigo 316.º que consagrava – e, incongruentemente, continua a consagrar – um *princípio geral de admissibilidade das modificações subjetivas*, salvo estipulação contratual em sentido contrário ou quando isso resultar da natureza do contrato. Ora, como a nova redação do artigo 318.º vem exigir a previsão contratual dessa possibilidade, o artigo 316.º mostra-se equívoco pois se uma determinada modificação não se inscrever nas várias alíneas do n.º 1 do artigo 318.º e se não tiver sido acautelada contratualmente, então, não poderá, em princípio, ser autorizada.

Por outro lado, o artigo 318.º e 319.º deixam de respeitar a dois momentos diferentes no tempo; com efeito, enquanto o artigo 318.º respeitava à cessão da posição contratual “autorizada no contrato” – i.e., a uma autorização conferida *ab initio* e *sob condição* da verificação dos requisitos legais<sup>8</sup> –, o artigo 319.º respeitava à autorização da cessão durante a execução do contrato, sujeitando-a, nesse caso, a autorização do contraente público que, naturalmente, não se aplicava nos casos em que a autorização era concedida logo no instrumento contratual.

Apesar desta alteração estrutural (que pretende centralizar em cláusulas de modificação contratualmente previstas a possibilidade de cessão da posição), o n.º 6 do artigo 318.º mantém uma menção à “autorização estabelecida no contrato” (para estatuir que também essas estão sujeitas aos limites e exigências da lei). A manutenção do referido n.º 6 no texto legal permite sustentar que se poderão continuar a conferir autorizações contratuais para a cessão da posição contratual do cocontratante<sup>9</sup>, possibilidade que, no entanto, se

<sup>7</sup> Cf. considerando 111 e alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º.

<sup>8</sup> Neste sentido, cf. Pedro COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 579.

<sup>9</sup> No mesmo sentido, assinalando, contudo, o facto de a revisão do Código apontar num sentido oposto, v. Miguel LORENA DE BRITO, «A modificação ...», cit., p. 905.

tem que conjugar com a exigência de que todas as modificações devem respeitar as *cláusulas de revisão ou opção inequívocas*. Assim, parece-nos que para que possamos ter autorizações contratuais à cessão, elas terão que respeitar o disposto nas referidas cláusulas do contrato.

Por fim, deve assinalar-se ainda que a possibilidade de incluir cláusulas de modificação 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 modificação – não nos parece ser de admitir<sup>10</sup>.

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 modificação, 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.

## 2.2. Alterações subjetivas genericamente permitidas

Além das que se fundamentem no Contrato, são genericamente permitidas as alterações que se subsumam nas hipóteses das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 318.<sup>º</sup><sup>11</sup>.

Na alínea *a)* encontramos uma permissão à cessão quando se der uma *transmissão universal ou parcial da posição do cocontratante*, sem que, no entanto, se faça referência a duas restrições previstas na subalínea *ii)* do n.º 2 do artigo 72.º da Diretiva concretamente:

- (i) a impossibilidade de a modificação subjetiva se associar a outras modificações substanciais ao contrato; e

<sup>10</sup> Neste sentido, v. Sue ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell, 3.ª ed., 2014, p. 603.

<sup>11</sup> Discutindo a opção sistemática do legislador do CCP por, nas duas hipóteses da lei, não se tratar de casos de cessão da posição contratual, v. Miguel LORENA DE BRITO, «A modificação ...», cit., pp. 909-910.

(ii) à cláusula anti-abuso, que impede que a modificação subjetiva seja uma forma de contornar a aplicação da Diretiva (nomeadamente, uma forma de evitar a adoção de um novo procedimento pré-contratual).

Quanto à primeira limitação dir-se-ia que está contida no n.º 5 do artigo 313.º do Código que determina que modificações substanciais (ou seja, “aquelas que não respeitem os limites estabelecidos no presente Código”) exigem a adoção de novo procedimento de formação de contrato. Já a segunda limitação pode ver-se incluída na alínea b) do n.º 1 do artigo 313.º.

### 2.2.1. *A não inclusão da insolvência no elenco exemplificativo das transmissões universais ou parciais da posição do cocontratante*

A Diretiva faz referência expressa à situação da insolvência, pelo que os efeitos de tal situação – no que à modificação do cocontratante diz respeito – passam a constituir uma *modificação autorizada do contrato*, assim se codificando uma prática assumida pela Comissão Europeia<sup>12</sup>.

O Código não faz – ao contrário da Diretiva – expressa menção à situação de insolvência no artigo 318.º e continua, por outro lado, a identificar a declaração de insolvência ou a apresentação do cocontratante à insolvência como um fundamento para a resolução sancionatória do contrato [cf. alínea h) do n.º 1 do artigo 333.º].

Deste dissenso face à Diretiva e da manutenção do fundamento de resolução parece resultar que, ao contrário do que o legislador europeu admite, o CCP não alterou a sua posição quanto à insolvência. Assim, nos contratos celebrados ao abrigo do CCP, a situação de insolvência do cocontratante continuará a ser tratada como um caso de *crise no contrato* que habilita o contraente público à resolução do mesmo e não uma situação em que, como resultaria de uma transposição simples da Diretiva, a posição do cocontratante insolvente no contrato público é um ativo apto a ser transacionado pela gestão da insolvência.

<sup>12</sup> A propósito *codificação da prática administrativa* da Comissão Europeia, 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. 152.

A opção do legislador nacional não passa apenas por recusar que a modificação subjetiva decorrente de uma situação de insolvência pode ser autorizada sem prévia previsão contratual, mas por manter a defesa dos contraentes públicos face a cocontratantes que se vejam caídos nessa situação<sup>13</sup>.

Apesar desta conclusão, a situação de insolvência não deve, sempre e sem outras considerações, ser considerada como fundamento para o recurso imediato à resolução do contrato<sup>14</sup>, já que essa solução nem sempre afetará o bom cumprimento do contrato e o interesse público nele implicado<sup>15</sup>. Assim, parecem-nos possível – e será, muitas vezes, até desejável – que a insolvência possa ser autorizada enquanto modificação subjetiva desde que essa possibilidade esteja contratualmente prevista, nos termos do corpo do n.º 1 do artigo 318.<sup>16</sup>

### **2.2.2. A autorização da modificação subjetiva como ato vinculado?**

Neste âmbito, coloca-se a questão de saber quais são os poderes do contraente público perante uma determinada alteração subjetiva do seu cocontratante. Ou seja, saber se, perante uma transmissão universal ou parcial da posição do cocontratante (v.g., aquisição do cocontratante por outra empresa) e uma vez preenchidos os requisitos mínimos de habilitação e de capacidade técnica e de capacidade económica e financeira, restará ao contraente público algum poder de veto sobre a referida alteração subjetiva do seu cocontratante.

Sue Arrowsmith já colocou a questão a propósito da Diretiva, respondendo negativamente – ou seja, que cumpridos os requisitos enunciados na diretiva,

<sup>13</sup> Com idêntica conclusão, analisando também as alterações ao tratamento da situação de insolvência no momento pré-contratual, v. Miguel LORENA DE BRITO, «A modificação ...», cit., pp. 921-922.

<sup>14</sup> Neste sentido também se pronuncia Vera EIRÓ, «Contratação Pública...», cit., p. 187.

<sup>15</sup> De facto, destinando-se a obra, o serviço ou bem contratados “a servir a colectividade, o cumprimento do contrato passa a ser um fenómeno que exorbita da pura dimensão contratual (como é apanágio geral nos negócios privados), comportando uma directa relevância para o interesse público” – cf. Pedro Costa GONÇALVES, «Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo», in: *Estudos de Contratação Pública*, vol. I (coord. Pedro Costa GONÇALVES), CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 583; no mesmo sentido, v. o nosso «Gestão do contrato administrativo: a aplicação de sanções», in: *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 10, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 72-73.

<sup>16</sup> Também assim, v. Miguel LORENA DE BRITO, «A modificação ...», cit., pp. 922-923.



o contraente público não poderá impedir uma alteração subjetiva do cocontratante<sup>17</sup>. A concordar-se com esta interpretação, o Código terá procedido a uma correta transposição da Diretiva, permitindo a abertura generalizada àquilo que alguns autores têm denominado de *transferência de contratos públicos*<sup>18</sup> entre privados<sup>19</sup>.

Ora, apesar da natural aversão da contratação pública à consideração das qualidades pessoais dos cocontratantes, a verdade é que, uma vez iniciada, a execução contratual não é indiferente à alteração de cocontratante, podendo mesmo implicar alguns custos adicionais (inerentes ao estabelecimento de novos interlocutores do contrato e à passagem de dossiers) ou mesmo elevar, numa primeira fase, os riscos de deficiente execução contratual que são mais normais no início do estabelecimento das relações contratuais. Por isso, surpreende que o Código não reserve um poder autorizativo ao contraente público para a cessão da posição contratual, mesmo quando verificada a hipótese da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 318.º. Serviria um tal poder como forma de defesa perante estes riscos de *sub performance*, digamos assim.

Por outro lado – e talvez aqui resida o fundamento para a imprevisão do dito poder – a verdade é que a limitação de alterações subjetivas no contrato poderia levantar as mesmas questões de discriminação que se colocam em sede de procedimento pré-contratual (v.g., não se permitindo certa cessão em função da nacionalidade do cessionário), o que exige um especial cuidado na verificação do cumprimento dos princípios da contratação pública.

### **2.2.3. Alínea b): cessão da posição contratual em caso de assunção, pelo contraente público, das obrigações do cocontratante para com os subcontratados – remissão**

Nos termos da alínea *b*) do n.º 1 do artigo 318.º, fica também genericamente permitida – sem necessidade de previsão expressa no Contrato – a cessão da

<sup>17</sup> Cf., da Autora citada, *The Law...*, cit., p. 603.

<sup>18</sup> Utilizando esta expressão e referindo como as disposições da diretiva não poderão ser interpretadas como uma abertura generalizada a este tipo de negócios, v. Steen TREUMER, Steen TREUMER, «Contract changes...», cit., p. 153.

<sup>19</sup> No mesmo sentido, já a propósito do CCP revisto, v. Miguel LORENA DE BRITO, «A modificação ...», cit., nota 31, p. 911.

posição contratual quando o contraente público assume as obrigações do cocontratante para com os subcontratados. Esta norma transpõe para o direito nacional a subalínea *iii*) da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva; prevê-se aí que a modificação é *não substancial* – e, por isso, é permitida – quando a substituição do cocontratante se dever à “assunção pela própria autoridade adjudicante das obrigações do contratante principal para com os seus subcontratantes, se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional em conformidade com o artigo 71.º [da diretiva]”.

O nosso Código prevê essa possibilidade – de assunção da posição do cocontratante principal perante os subcontratados – pelo menos nos casos de resgate da concessão (cf. n.º 3 do artigo 422.º do CCP). Mas muito dificilmente isto pode ser visto como uma *cessão da posição contratual* no contrato principal como a parece querer qualificar o nosso Código; o que há é uma assunção das obrigações do cocontratante principal pelo contraente público. Enfim, deslocado ou não, a conclusão que parece poder tirar-se deste preceito é que se houver contraentes públicos dispostos a isso, podem assumir a posição que os seus cocontratantes tinham nos subcontratos e isso não será tido como uma modificação *substancial*.

### 2.3. Cessão da posição contratual por incumprimento do cocontratante – Artigo 318.º-A

No artigo 318.º-A, o legislador procura acautelar os casos de crise na execução do contrato, permitindo que, em vez da *resolução unilateral do contrato*, o *cocontratante incumpridor ceda a sua posição ao concorrente classificado em lugar subsequente no procedimento contratual prévio*. Para esse efeito (e além da prévia previsão no instrumento contratual desta possibilidade), cabe ao contraente público interpelar cada um dos concorrentes, pela ordem de classificação das suas propostas, a fim de, *querendo* (uma vez que já não se encontram obrigados perante a entidade adjudicante, sequer quanto às propostas que apresentaram) celebrarem um novo contrato que tem como objeto a execução dos trabalhos em falta (cf. n.º 2 do artigo).

A remissão para os resultados do concurso prévio são a prova de que o momento da adjudicação – *rectius*, o ato de adjudicação – tem uma *força expansiva* que permanece durante a execução do contrato.

### **2.3.1. A cessão como adesão, pelo cessionário, ao contrato em execução**

Diferentemente de outras modificações do Código em que o vetor negocial sai reforçado, não há, no caso da cessão por incumprimento, qualquer possibilidade de negociação já que o n.º 3 do artigo determina que “a execução do contrato ocorre nas mesmas condições já propostas pelo cedente no procedimento pré-contratual original”. Ou seja, ao potencial cessionário cabe apenas *aderir* às condições do contrato tal qual ele estava a ser executado.

A questão é que esse contrato conterà condições da proposta adjudicada e que o cessionário (então na posição de concorrente) não conseguiu igualar ou bater. Por isso, (i) haverá casos em que a assunção dessas condições será possível; (ii) outros em que será muito difícil assumi-las, porque faltarão ao cessionário os meios técnicos ou recursos financeiros para (acabar) de executar um contrato em condições que não conseguiu *bater* na fase de concurso; (iii) e outras situações ainda haverá em que são precisamente essas condições (que os concorrentes não adjudicatários não conseguiram propor) que levaram à crise existente no contrato.

Esta é, claro, uma primeira e muito séria limitação à aplicação deste novo (e pretendido) regime.

Outra, muitíssimo séria também, resulta do n.º 5 do artigo 318.º-A, já que, além da assunção da execução de uma proposta que não era a sua, o cessionário ingressa nos direitos e obrigações que o cedente tinha no momento da notificação da decisão da cessão; ora, tal situação significará, nos casos mais significativos de *crise no contrato* (i.e., incumprimento, aplicação de sanções contratuais) que o cessionário ficará, logo à partida, em posição muito difícil (para cumprir).

Esta dificuldade pode ser ainda agravada se o cessionário não recusar – nos termos da parte final do n.º 8 do artigo 318.º-A – ingressar na posição do cedente nos subcontratos; é que também aí se podem encontrar situações de crise, como sejam os casos de mora no pagamento.

Assim, o que poderia ser uma eficiente solução para certos casos de incumprimento acaba por ser fortemente desincentivador da assunção, pelo potencial cessionário, da posição contratual deixada “vaga” pelo cocontratante incumpridor, dificultando muitíssimo a aplicação prática do novo artigo 318.º-A.

Talvez se possa obviar um pouco à segunda dificuldade identificada se se estabelecer, contratualmente – e, antes disso, no caderno de encargos –, que a utilização deste mecanismo da cessão em caso de incumprimento confere

ao cessionário um *clean start* no que à acumulação de sanções contratuais diz respeito (i.e., não sendo o valor das sanções pecuniárias aplicadas no período anterior à cessão contabilizadas para efeitos do limite legal previsto) e que haverá uma prorrogação de alguns prazos parcelares do contrato que se encontrem em curso (p.e., pelo período equivalente aos dos atrasos verificados)<sup>20</sup>.

### 2.3.2. A cessão como imposição (para o cedente)

Nos casos em que, apesar das identificadas dificuldades, a cessão seja aceite por algum dos concorrentes não adjudicatários, então a cessão da posição contratual torna-se uma *imposição unilateral do contraente público ao cocontratante incumpridor*, uma vez que, nos termos do n.º 4 do artigo 318.º-A, a cessão opera por ato do contraente público, o que está na origem de uma nova alínea – a d) – no elenco dos *atos administrativos contratuais*, previsto no n.º 2 do artigo 307.º<sup>21</sup>.

### 2.3.3. A compatibilidade com o direito europeu

O artigo 318.º-A sofreu uma tremenda evolução desde o Anteprojeto onde se admitia que não fosse o procedimento pré-contratual a ditar a identidade do cessionário. Mesmo assim, a realização de uma modificação subjetiva do contratante nos termos desta norma pode não ser uma opção de “risco zero” no que ao cumprimento do direito europeu diz respeito.

Na verdade, o Considerando 110 da Diretiva refere que “Em conformidade com os princípios da igualdade de tratamento e da transparência, o adjudicatário não deverá, por exemplo quando um contrato seja rescindido devido

<sup>20</sup> Notando a possibilidade deste tipo de conformação contratual ao mesmo tempo que assinala os riscos de “desigualdade, ineficácia e litigiosidade” que lhe estarão associados, v. Pedro LEITE ALVES, «Alguns problemas em sede de execução e (in)cumprimento do contrato», in: *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: AFDL, 2017, p. 938.

<sup>21</sup> Referindo como esta solução, de carácter *impositivo e unilateral*, a descaracteriza enquanto verdadeira cessão da posição contratual transformando-a, antes, em *transmissão forçada da posição contratual em resultado do exercício de um poder de conformação contratual*, v. Miguel LORENA DE BRITO, «A modificação ...», cit., pp. 926-927.

a deficiências na execução [como está pressuposto na normal nacional], *ser substituído por outro operador económico sem abrir novo concurso relativo ao contrato* (itálico nosso). Quer isto dizer que a solução de substituição do cocontratante incumpridor é, para o legislador europeu, um exemplo de uma *modificação subjetiva não autorizada* e que, portanto, não poderia ser introduzida no contrato.

Para mais, a norma nacional, embora se refira – desde a sua epígrafe – a uma *cessão*, estabelece que a finalidade desta operação jurídica é a “de concluir um *novo contrato* para a *adjudicação* da conclusão dos trabalhos” (itálicos nossos).

Em primeiro lugar, quanto a esta espécie de *adjudicação substitutiva*, não se tratará, claro, de uma adjudicação propriamente dita mas, mais simplesmente, do título necessário à atribuição ao cessionário do direito a ingressar na posição do cedente. Em segundo lugar, o *novo contrato* que a lei refere será o instrumento jurídico pela qual o cessionário ingressa na posição do cedente. Na verdade, se o cedente é afastado por ato unilateral, a assunção, pelo cessionário, da posição do cedente tem natureza consensual e esse consenso deve expressar-se através de um instrumento contratual com a nova parte (o cessionário), mas em que as condições contratuais serão, em grande medida, decalcadas do contrato existente entre o contraente público e o cedente, quer quanto aos termos e condições exigidos, quer quanto aos aspetos submetidos à concorrência (tudo em virtude do estabelecido no n.º 3 do artigo)<sup>22</sup>.

Assim e se interpretarmos bem a intenção do legislador, não se trata da *adjudicação de um novo contrato* em sentido próprio, já que o contrato se justificará apenas pela necessidade de titular, através de instrumento jurídico consensual, a nova relação jurídica que se estabelece. Apesar disso, mantém-se a dúvida sobre a conformidade da solução do direito nacional face ao que Diretiva consente como modificações que podem ser introduzidas sem novo procedimento de contratação. Na avaliação dessa conformidade será decisivo o facto de a escolha do cessionário remeter para o procedimento pré-contratual prévio, onde a concorrência já funcionou e se garantiu a igualdade de tratamento e a transparência.

<sup>22</sup> Criticando a solução do legislador nesta parte, v. Pedro LEBTE ALVES, «Alguns problemas...», cit., pp. 938-939.

#### 2.3.4. Nota sobre a conceção das modificações não substanciais

Uma última reflexão, sobre a cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante, quanto ao que ela significa, na interpretação do que podem ser consideradas *modificações não substanciais*. É que este tipo de modificação era precisamente um dos exemplos que a doutrina estrangeira dava para afirmar que não havia, nas Diretivas, um elenco fechado de modificações não substanciais<sup>23</sup>, ou seja, que seria possível incluir no artigo 72.º da Diretiva outros casos de modificações que não exigiriam a realização de um novo procedimento de contratação.

O Código, ao estabelecer a necessidade de prever em cláusula contratual a cessão da posição contratual em caso de incumprimento, parece propender para uma leitura mais estrita da Diretiva, no sentido de que apenas as modificações enquadráveis nas hipóteses delineadas nos n.º 1 e 2 do artigo 72.º constituem “modificações não substanciais”. Parece ser uma leitura consentânea com a construção do artigo 72.º da Diretiva como um *elenco taxativo de modificações não substanciais*.

É uma opção que pode ser criticada pela sua inflexibilidade, mas que 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<sup>24</sup> e para que saia gorada, afinal, a concorrência que tantos cuidados exige ao nível da adoção e regulamentação de procedimentos concorrenciais.

### 3. Pagamentos diretos a subcontratados

Relativamente à subcontratação, a principal novidade do Código revisto é a introdução do artigo 321.º-A, respeitante a pagamentos diretos a subcontratados que o reclamem junto do contraente público. É uma alteração significativa mas, entre nós, a nova solução tem uma larga tradição no direito

<sup>23</sup> Cf., 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. O Autor critica o silêncio da redação final da Diretiva ao 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. *idem*, p. 149.

<sup>24</sup> Cf. *idem*, p. 155.

das empreitadas públicas<sup>25</sup>. De facto, o artigo 267.º do Regime Jurídico da Empreitadas de Obras Públicas (“RJEOP”), sob a epígrafe de “direito de retenção” previa o que muitos denominavam “ação direta” porque, precisamente, colocava em *relação direta* subempreiteiro e dono de obra, permitindo que o subempreiteiro reclamasse perante o dono de obra pagamentos em atraso pelo empreiteiro (principal).

A (re)introdução de uma solução deste tipo no direito vigente constitui uma opção consentânea com o objetivo, previsto no Considerando 78 da Diretiva, de potenciar a participação das PME no mercado dos contratos públicos (que têm na subcontratação uma das principais formas de acesso aos contratos públicos de elevado valor) enfrentando um dos mais recorrentes problemas que estas empresas enfrentam: a possibilidade de, realizando as suas prestações de forma perfeita e atempada, ficarem à mercê de um cocontratante principal para o pagamento dos valores devidos pelos trabalhos ou fornecimentos feitos (embora este também fique, muitas vezes, refém da proverbial demora em pagar de certos contraentes públicos)<sup>26</sup>.

Ao mesmo tempo, esta novidade significa uma rutura com a opção da anterior redação do CCP de não prever semelhante solução (sequer para o contrato de empreitada de obras públicas, em que tradicionalmente existia), com o objetivo de afastar os contraentes públicos dos conflitos que muitas vezes – e ainda mais em alturas de dificuldades económicas – se geram entre cocontratante principal e subcontratados.

### 3.1. Alguns aspetos concretos do mecanismo de pagamento direto

O primeiro aspeto concreto que suscita atenção é o de saber se o pagamento direto aos subcontratados é, para o contraente público que recebe a reclamação, uma faculdade ou um dever. No âmbito do REOP, a jurisprudência

<sup>25</sup> Sobre esta tradição, v. Pedro MELO / Miguel NEIVA DE OLIVEIRA, “Subcontratação e pagamento directo aos subcontratados”, in: *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: AFDL, 2017, p. 775.

<sup>26</sup> Adicionando a este interesse o da “estabilidade contratual do contrato principal” já que pode evitar atrasos devidos à execução do subcontratados, v. Pedro MELO / Miguel NEIVA DE OLIVEIRA, “Subcontratação ...”, cit., p. 783. Sublinhando que o Estado Português paga “tarde e a más horas”, v. Miguel ASSIS RAIMUNDO, “Pagamento Direto a Subcontratados”, disponível em <https://contratospublicos.net>.

acentuava a letra do artigo 267.<sup>o</sup> – do qual constava a expressão “*podendo o dono de obra exercer*”, para concluir que se tratava de uma *faculdade* do dono de obra (e não um dever vinculado)<sup>27</sup>.

A letra do n.<sup>o</sup> 1 do artigo 321.<sup>o</sup>-A do Código determina que, na mesma situação – de reclamação de créditos por um subcontratado –, o contraente público *exerce* o direito de retenção, transparecendo daí a ideia de, reunidos os pressupostos legais, há um *dever de realizar a retenção* não efetuando, por isso, o pagamento ao cocontratante principal e iniciando o procedimento previsto no n.<sup>o</sup> 2, após o que, não havendo oposição do cocontratante principal (ou pagamento no prazo indicado), realizará os pagamentos diretamente aos subcontratados. Claro que isso não impede que o contraente público invoque, perante o subcontratado, um conjunto de motivos que impendem o pagamento direto; o mais importante e relevante é, claro, a inexistência de um crédito por parte do cocontratante principal que possa ser transferido para o subcontratado<sup>28</sup>.

Portanto, perante a reclamação do subcontratado pode não haver pagamento direto (i) quer porque não há crédito do cocontratante principal pelo qual pudesse ser pago<sup>29</sup>, (ii) que porque o cocontratante principal se opõe a esse pagamento, nos termos da segunda parte n.<sup>o</sup> 2 do artigo.

Quanto a esta hipótese de oposição por parte do cocontratante principal, a questão que pode legitimamente colocar-se é se isso coloca um fim às pretensões dos subcontratados ou se há um poder do contraente público de, apesar da oposição, realizar o pagamento, designadamente porque não aceita a oposição do cocontratante principal (designadamente, os fundamentos invocados na sua oposição).

A este respeito, a letra o n.<sup>o</sup> 2 do artigo 321.<sup>o</sup>-A é manifestamente infeliz já que, logo após exigir que o cocontratante principal apresente “motivo justificativo para o não pagamento”, estatui que, *nesse caso*, o cocontratante

<sup>27</sup> Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 22.06.2014.

<sup>28</sup> Assim acontecerá, p.e., quando apesar de o contrato permanecer em execução, o contraente público esteja a descontar nos pagamentos previstos ao cocontratante principal o valor das multas aplicadas, caso em que não haverá crédito por conta do qual pagar ao subcontratado reclamante, como decorre expressamente do n.<sup>o</sup> 5 do artigo 321.<sup>o</sup>-A.

<sup>29</sup> A este propósito, na jurisprudência, tem-se entendido que “*compete ao dono a obra, nos termos do n.<sup>o</sup> 2 do artigo 342.<sup>o</sup> do Código Civil, a alegação e prova da extinção pelo pagamento ao empreiteiro do montante reclamado pelo subempreiteiro em acção intentada para o efeito*” – cf. Acórdão do Tribunal da Relação de 03.01.2013, tirado no proc. 205940/09.6YIPRT.Cl.



principal deve “indicar o prazo (...) no qual se propõe liquidar a dívida ao subcontratado”; ora, se o cocontratante principal invoca que não há *motivo justificativo* para que não tenha pago e se esse motivo permanece no momento da reclamação do subcontratado, que sentido faz exigir a fixação de um prazo para o pagamento (que se entende que não é devido)? Parece-nos que não faz sentido, justificando-se uma interpretação corretiva do preceito<sup>30</sup>: quando o motivo justificativo apresentado for de molde (não a justificar um atraso no pagamento mas) a justificar o não pagamento do crédito, o cocontratante principal não pode ficar obrigado a indicar um prazo para liquidar a dívida (que não reconhece ou relativamente à qual dispõe de mecanismos de oposição).

Mas a questão permanece: o contraente público está obrigado a aceitar a oposição do cocontratante principal (qualquer que seja o motivo justificativo apresentado)? Ou pode, pelo contrário, considerar as razões que lhe são apresentadas e decidir, fundamentadamente pela respetiva improcedência e, conseqüentemente, realizar o pagamento ao subcontratado?

Entendemos que o contraente público deve ter o poder de não aceitar os motivos que lhe são apresentados e, de modo fundamentado, decidir que, os mesmos não impedem o pagamento – ou a transferência do pagamento, nos termos da Diretiva – para o subcontratado<sup>31</sup>.

Outro aspeto relevante diz respeito a uma “sugestão” da Diretiva que não foi seguida pelo legislador da revisão do CCP: a possibilidade de serem feitos pagamentos diretos a subcontratados, sem que estes sequer o reclamassem.

<sup>30</sup> Com idêntica proposta interpretativa, v. Pedro LEITE ALVES, «Alguns problemas...», cit., p. 953; interpretação diferente só se justificaria por razões de economia procedimental: o contratante principal indica desde logo o prazo em que se dispõe a pagar – embora entenda que não o tem que fazer – para abreviar este subprocedimento no caso de a entidade adjudicante determinar que deve, apesar da oposição, fazer o pagamento.

<sup>31</sup> Defendendo uma interpretação idêntica e uma *análise casuística das circunstâncias particulares de cada situação contratual*, v. Pedro MELO / Miguel NEIVA DE OLIVEIRA, “Subcontratação...”, cit., p. 783; em sentido divergente – embora reconhecendo a difícil compatibilização entre a letra da lei e a interpretação perfilhada –, entendendo que a justificação apresentada pelo contratante principal constitui “uma declaração absurda, sem nenhum valor jurídico”, precisamente porque, apresentada que ela seja, o contraente público já não pode efetuar o pagamento direto, v. Pedro LEITE ALVES, «Alguns problemas...», cit., p. 954; também em sentido divergente, assinalando como nada na letra da lei indica a existência de um poder discricionário do contraente público, v. Miguel ASSIS RAIMUNDO, «Pagamento Direto...», cit..

O n.º 7 do artigo 71.º da Diretiva previa a possibilidade de as legislações nacionais irem mais longe quanto aos pagamentos diretos aos subcontratados, avançando o exemplo, não seguido pelo Código, de *os pagamentos diretos aos subcontratados serem feitos sem solicitação prévia destes*. Se o exercício do direito de retenção já colocará problemas de relacionamento entre as partes no contrato principal, uma tal solução exponenciá-los-ia, além de que exigiria do contraente público um conhecimento profundo não só das prestações executadas pelos subcontratados como também da situação relativa às condições dos pagamentos e respetiva situação atualizada.

Por fim, uma exigência da Diretiva não foi transposta para o direito nacional, concretamente o disposto na parte final do n.º 3 do artigo 71.º que exige que “as disposições relativas a este modo de pagamento devem constar da documentação relativa ao concurso”<sup>32</sup>. Assim, interpretado o artigo 321.º-A do CCP em conformidade com a Diretiva, é dever das entidades adjudicantes inscreverem nos cadernos de encargos as disposições necessárias à aplicação do regime do pagamento direto a subcontratados o que, atendendo à manifesta incompletude do texto legal do CCP, implicará também densificar as regras nele previstas.

#### 4. A não alteração no domínio da extinção do contrato

O capítulo VII do Título I da Parte III do Código – relativo à “extinção do contrato em geral” – não contém qualquer modificação ou aditamento. A Diretiva, por seu lado, continha uma norma expressa sobre a resolução de contratos públicos (o artigo 73.º), exigindo que os Estados-Membros assegurassem que as entidades adjudicantes tinham o poder de, durante a vigência do contrato, *o rescindir* se se verificassem 3 situações:

- a) Fosse introduzida uma modificação substancial no contrato que exigiria um novo concurso (ou seja, estarmos perante um contrato que foi ilegalmente modificado);

<sup>32</sup> O diploma regional que consagra o Regime Jurídico dos Contratos Públicos da Região Autónoma dos Açores – o Decreto Legislativo Regional n.º 27/2015/1, de 29 de dezembro de 2015 – inclui uma disposição que responde directivamente ao exigido pela Diretiva determinando que a faculdade de fazer pagamentos diretos a subcontratados “depende de ter sido estatuído pelas entidades adjudicantes regionais, nas peças do procedimento”.

- b) Se se verificasse que, na data da adjudicação, o cocontratante estava *impedido* (e devia, por isso, ter sido excluído do concurso);
- c) O contrato não poderia ter sido adjudicado porque o Tribunal de Justiça descobre existir uma infração grave das obrigações decorrentes do Tratado.

Importa saber se, apesar desta *não-alteração*, a Diretiva está transposta, ou seja, se os contraentes públicos estão, em face das normas do CCP, legalmente habilitados a resolver os contratos quando se verifique alguma daquelas situações em que o Direito da União Europeia exige que se possa – e até *deva* – resolver um contrato público.

#### 4.1. A introdução de uma modificação substancial ao contrato como fundamento para resolver o contrato

##### 4.1.1. *Questão prévia: a resolução de contratos na sequência da sua imodificabilidade*

Quanto às alterações substanciais, diz-nos o n.º 5 do artigo 313.º, que elas *determinam a adoção de um novo procedimento de formação de contrato, caso a entidade adjudicante mantenha a decisão de contratar*. Mas a norma nada nos diz sobre se subsiste (ou não) o contrato que carecia de tal modificação. Há situações em que o contrato originário pode continuar a ser executado, em que pode *conviver* com o contrato que vai ser sujeito à concorrência (aquele que contém as modificações que não puderam ser introduzidas no contrato originário). Mas há casos em que não; há casos – talvez até sejam os mais frequentes – em que é inviável executar o contrato originário e, ao mesmo tempo, *concurrar* e começar a executar outro com um objeto parcialmente coincidente (será assim em grande parte das empreitadas e concessões). Nesses casos, o que tem que ir a concurso é o *contrato modificado*, com as diferentes (ou alteradas) prestações, pelo que a sua execução pelo cocontratante originário, não pode subsistir.

Não podendo, então, subsistir a execução do contrato, ele tem que ser extinto por uma das formas permitidas pela lei, nomeadamente no artigo 330.º do CCP que prevê, além do cumprimento, as hipóteses de (i) revogação (por acordo) e (ii) a resolução por decisão judicial/arbitral ou por decisão do contraente público. Apenas esta última hipótese – que configura um poder

de resolução unilateral – interessa para cumprimento da exigência de que o contrato imodificável não permaneça em execução. Sucede que esse poder do contraente público está limitado, no nosso ordenamento jurídico à existência de 3 diferentes fundamentos:

- (i) sancionatório (artigo 333.º do CCP);
- (ii) por razões de interesse público (artigo 334.º do CCP);
- (iii) por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (artigo 335.º do CCP).

Se não há incumprimento, a extinção do contrato originário tem que se sustentar em *razões de interesse público*, o que determina que o contraente público terá que indemnizar o cocontratante privado pelos danos emergentes e lucros cessantes (nos termos do n.º 2 do artigo 334.º do CCP).

Mas a verdade é que o que está em causa – muito mais que uma releitura do interesse público – é uma *impossibilidade jurídica*: as limitações impostas à modificação dos contratos são, afinal, o que determinam a resolução do contrato originário. Se houver interesse público, ele parece estar na modificação e não na resolução; a resolução é apenas consequência de não se poder modificar o contrato nos termos exigidos pelo interesse público.

#### 4.1.2. A exigência da Diretiva

O que está em causa na alínea a) do artigo 73.º da Diretiva é algo diferente do que acabámos de observar: trata-se de exigir que seja resolvido (*terminated*) o contrato que foi ilegalmente modificado. Ou seja, a Diretiva exige que os contraentes públicos possam – parece que unilateralmente e sem recurso prévio a instâncias jurisdicionais – resolver um contrato a que foram introduzidas modificações substanciais do género não permitido. Trata-se, aqui, como é bom de ver, de uma *resolução tendente a resolver uma invalidade* – a introdução de modificações não permitidas – para a qual a entidade adjudicante contribuiu, seja porque impôs (unilateralmente) a modificação, seja porque a acordou com o cocontratante.

É claro que se pode dizer que se houver decisão judicial que julgue a existência de um impedimento e a anulação do contrato celebrado com fundamento na invalidade do ato de adjudicação, então o contrato também poderá

ser judicialmente anulado. Mas o que a Diretiva parece exigir nos casos das alíneas *a)* e *b)* do artigo 73.º, é que os contraentes públicos tenham esse poder unilateral de resolução com fundamento na existência de um impedimento que não tem que ser judicialmente declarado. Parece que basta que o contraente público entenda ter ocorrido essa situação para que se possa e deva, *sem qualquer intervenção judicial*, resolver o contrato.

**4.2. A verificação, durante a execução do contrato, que o contraente privado estava, à data da adjudicação, afetado por um impedimento, como fundamento para resolver o contrato**

A alínea *b)* do artigo 73.º da diretiva exige que os Estados Membros prevejam, na sua legislação, a possibilidade de as entidades adjudicantes resolverem contratos que, vem a descobrir-se, foram celebrados com *cocontratantes impedidos*. Apesar desta nova exigência, o nosso reformado CCP também não tem nenhuma norma a este respeito, pelo que a questão a colocar é, novamente, saber se os atuais poderes de resolução unilateral acomodam esta nova exigência comunitária.

Neste caso não se pode, como no caso da modificação substancial do contrato, dizer que não há qualquer incumprimento: o cocontratante privado conhecia – ou não devia desconhecer – o impedimento que o afetava no momento da adjudicação. Não há um *incumprimento do contrato* propriamente dito, mas há um *incumprimento de deveres pré-contratuais* que estiverem na base da conclusão do contrato. A questão é que esse tipo de incumprimento não está contido no elenco do n.º 1 do artigo 333.º que não é, no entanto, taxativo, já que permite a resolução sancionatória quando ocorram “outras situações de grave violação das obrigações assumidas pelo cocontratante especialmente previstas no contrato”.

Assim, parece que a forma de cumprir com a exigência europeia poderá transformar-se num ónus para as entidades adjudicantes que devem prever, nos cadernos de encargos, que a existência de uma situação de impedimento a contratar no momento da adjudicação constitui uma violação grave das obrigações assumidas através contrato. Não é, contudo, a melhor solução e, provavelmente, não passará num juízo mais estrito de conformidade do CCP com a Diretiva.

#### 4.3. Crítica da imposição da resolução unilateral do Contrato como forma de resolver problemas de invalidade

As exigências que a Diretiva parece fazer aos Estados Membros podendo, como se viu, ser resolvidas dentro do quadro legal nacional, exigem uma mudança estrutural, já que se afigura que a convivência dessas exigências com o poder de resolução unilateral tal qual está configurado no Código pode ser difícil. Com efeito, a resolução do contrato, justifica-se quando haja (i) alteração das circunstâncias, (ii) razões de interesse público ou (iii) seja necessário sancionar determinados (e graves) incumprimentos. Todas as situações relacionadas com o procedimento prévio ficam entregues aos órgãos jurisdicionais, a quem caberá declarar a ilegalidade do ato procedimental e, eventualmente, anular ou declarar nulo o contrato por invalidade consequential.

A Diretiva, ao querer atribuir ao contraente público o poder de resolver o contrato, foge a este esquema que limita o poder de resolução unilateral a vicissitudes da execução contratual. Isto é, no nosso Código, os contraentes públicos não têm o poder de anular os contratos públicos em que são parte com fundamento em invalidade – isso cabe unicamente aos Tribunais<sup>33</sup>.

A avançar-se neste sentido, haveria uma descaracterização do poder de resolução unilateral, passando os contraentes públicos a poder resolver contratos com fundamento em questões pré-contratuais que eles próprios *decidem* (quando não *contribuem* diretamente para a existência de ilegalidades), sem a necessária a chancela de um Tribunal.

Entendemos que esta exigência europeia desvirtua a razão de ser – para não dizer os fundamentos dogmáticos – do poder de resolução unilateral. Parece que, tal como aconteceu ao poder de modificação, o direito europeu quer também *europeizar* o poder de resolução unilateral, *instrumentalizando-o* para realizar o *enforcement* de regras pré-contratuais, o que não é um problema puramente dogmático; é um problema prático.

<sup>33</sup> Neste sentido, v. José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *Lições de Direito Administrativo*, 4.ª Ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 299; João PACHECO DE AMORIM, «A invalidade e a (in)eficácia do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos», in: *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 645; Maria João ESTORNINHO, *Curso de Direito dos Contratos Públicos*, p. 454; e Carlos CADILHA e António CADILHA, *O Contencioso Pré-Contratual e o Regime de Invalidade dos Contratos Públicos*, Coimbra: Almedina, p. 250.

É que sempre que o risco contratual aumenta – no caso, o risco de o contrato ser unilateralmente rescindido por questões que não importam à execução do contrato –, isso reflete-se, de algum modo (p.e., universo concorrencial, preço proposto, etc.) em desfavor do contraente público.

#### **4.4. A existência de infração grave das obrigações decorrentes do Tratado decidida pelo Tribunal de Justiça como fundamento para resolver o contrato**

A alínea *c*) do artigo 73.º da Diretiva exige que, nas legislações nacionais dos Estados Membros, se preveja a possibilidade de serem resolvidos os contratos em cuja adjudicação o Tribunal de Justiça detete a infração das obrigações que decorrem dos Tratados e das Diretivas em procedimento iniciado pela Comissão ao abrigo do artigo 258.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Em outro texto, abordámos já a origem jurisprudencial desta solução do Direito da União Europeia<sup>34</sup> que pretende trazer para um plano de (inequívoco) direito constituído o fim de qualquer pretensão que os Estados-Membros pudessem ter no sentido de manter em vigor um contrato ilegalmente adjudicado, considerando-os imunes às vicissitudes da sindicância jurisdicional do TJUE sobre o procedimento adjudicatário prévio. Aquela norma da Diretiva vem confirmar uma das interpretações que havia sido aventada para o Acórdão tirado no Processo C-503/04, concretamente, que a obrigação de resolver o contrato se coloca apenas em casos de violação grave das normas relativas à contratação pública ou das obrigações decorrentes dos Tratados, por ser uma violação dessa magnitude que esteve em causa naquele processo, *in casu*, a falta absoluta do procedimento de contratação devido (e também, diga-se, por terem estado em causa contratos que permaneceriam em execução por décadas).

Percebe-se, claro, que o legislador europeu pretenda evitar que se repitam alegações como as apresentadas pela República Federal da Alemanha no sentido de manter em vigor contratos que o TJUE decide que foram adjudicados em violação do Direito da União Europeia. Mas novamente se colocam as questões – abordadas no ponto anterior – da dispensa de uma decisão judicial nacional

<sup>34</sup> Cf. o nosso «Deveres de resolver contratos públicos», *in*: *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 27-28, julho-dezembro 2016, Coimbra: Almedina, pp. 85 e ss., com a descrição do caso e da tramitação processual do proc. C-503/04, Comissão/ República Federal da Alemanha.

no sentido da resolução do contrato, já que parece que, também neste caso, o legislador europeu espera que as entidades adjudicantes estejam legalmente habilitadas a proceder à resolução do contrato (e não tenham, por isso, que recorrer aos tribunais para obterem esse efeito).

No entanto, o risco que identificámos é, no caso desta disposição da Diretiva, relativamente circunscrito já que pressupõe uma fiscalização jurisdicional do contrato em ações de incumprimento ao abrigo do artigo 258.º do TFUE.

Por outro lado, não haverá diferença substancial entre essa decisão jurisdicional pelo Tribunal de Justiça e tantas outras decisões das instâncias jurisdicionais nacionais que podem julgar verificadas ilegalidades procedimentais que resultam da violação do Direito da União Europeia. Assim, nada – além do reforço da prevalência das decisões do TJUE – legitima a diferenciação feita pela Diretiva no que diz respeito à previsão de motivos com gravidade suficiente que devem permitir – obrigando a que a lei nacional o permita – a resolução do contrato, sem necessidade de decisão jurisdicional emitida na sequência de ação de incumprimento iniciada pela Comissão que conclua pela grave violação de regras de contratação pública ou de obrigações do Tratado. É que, como afirma STEEN TREUMER, a ideia de que apenas um incumprimento reconhecido pelo Tribunal de Justiça tem relevância autónoma para determinar uma resolução do contrato seria, além de surpreendente, demonstradora da falta de coerência do sistema de reposição da legalidade<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> Cf., do Autor referido, «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*, n.º 6, p. 382.