

Modificação e resolução de contratos públicos na (nova) diretiva europeia dos contratos públicos

Pedro Matias Pereira

Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Grupo de Contratação Pública do CEDIPRE. Advogado.

Carla Machado

Membro do Grupo de Contratação Pública do CEDIPRE. Advogada.

Resumo: Neste texto analisam-se as novas disposições da diretiva 2014/24/EU relativas à modificação e resolução de contratos públicos, considerando-as à luz da jurisprudência *Pressetext* e dos trabalhos que precederam à aprovação do texto final da diretiva. Considera-se, ainda e de forma prospetiva, as implicações da nova diretiva nas soluções do Código dos Contratos Públicos Português, evidenciando as ligações com matérias já reguladas no Código e com a jurisprudência portuguesa.

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

Sumário: **1** Introdução – **2** A modificação do contrato – **3** A solução da nova diretiva sobre contratação pública – artigo 73.º – **4** A origem jurisprudencial da solução: proc. C-504/04, Comissão/República Federal da Alemanha – **5** A solução da diretiva: uma concretização (criticável) da jurisprudência do TJUE – **6** A modificação, a resolução e a concorrência: entre a europeização, a tradição e a crise

1 Introdução

As novas diretivas da contratação pública¹ fazem 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

¹ 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. Na data da elaboração do texto e embora já esteja transcorrido o prazo para a transposição das ditas Diretivas, ainda haviam sido aprovadas as necessárias alterações ao Código dos Contratos Públicos português; por essa razão, consideram-se, ainda de forma prospetiva, as alterações ao referido Código.

da emancipação da figura do contrato administrativo:² (i) o poder de modificação unilateral do contrato³ e (ii) o poder de resolução unilateral.

Com as novas diretivas deixámos, então, de ter um direito europeu (constituído) tendencialmente pré-contratual⁴ – quer quanto aos procedimentos de seleção propriamente ditos, quer quanto ao contencioso desses procedimentos de seleção – 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.⁵

É uma mudança de paradigma que já estava, no entanto, pré-anunciada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.⁶ Coube nomeadamente ao *Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA*⁷ colocar em relevo a importância das modificações ao contrato e às circunstâncias da sua execução que venham alterar as regras de partida,⁸

² 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 retracção da *autonomia pública contratual* que lhe estava associada”, v. 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. 392.

³ Referindo, como a jurisprudência do Tribunal de Justiça abordou, no *Acórdão Pressetext*, “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 *Pressetext*: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato», in: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, Janeiro/Fevereiro, 2009, p. 12.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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 *Pressetext*...”, p. 14. Dando conta dessa evolução

⁷ Cf. Acórdão de 29.04.2004, proc. C-469/99.

⁸ 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

ou seja, 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.

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,⁹ 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

que tais prorrogações correspondiam a outros tantos novos contratos que tinham, então, sido celebrados em violação dos princípios da transparência e da publicidade adequada.

⁹ 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.

próprios do contrato, entendiam que tal instrumento seria insuscetível de acomodar os desafios de adaptação inovatória às novas exigências do interesse público.¹⁰

A jurisprudência do Tribunal de Justiça lavrada na sequência da apreciação de concretas modificações contratuais teve a sua máxima expressão no Acórdão *Presstext*, em que o Tribunal, pronunciando-se sobre um conjunto de alterações introduzidas num contrato celebrado pelo Estado austríaco – e sobre se essas alterações constituiriam 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”.¹¹

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.¹²

É destes avanços jurisprudenciais¹³ e dos estudos que a doutrina lhes dedicou que arrancam as soluções – por isso não inteiramente inovadoras¹⁴ – das novas

¹⁰ Notando como o contrato é – ou deve ser – entidade normativa dinâmica, aberta “a uma execução criativa ou implementação por meio de *successivos* 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 (coord. Pedro Costa Gonçalves), CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 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.

¹¹ Analisando esta decisão e as suas implicações, cf. Pedro Costa Gonçalves, “Acórdão *Presstext*...”, cit., p. 13 e ss..

¹² 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 e a (então ainda) proposta de diretiva, v. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas...*, cit., pp. 407-539 e 746.

¹³ 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.

¹⁴ Neste sentido, também, Nicolas Charrel e Thomas Gaspar, “Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d’exécution”, in: *Contrats Publics, Les nouvelles directives «marchés»* (2^{ème} 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. Em sentido contrário, afirmando a existência de “soluções claramente inovadoras”, v. Ana Gouveia Martins, «A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos», in: *Atas da Conferência – A Revisão do Código*

diretivas respeitantes à modificação de contratos e uma parte da previsão de causas para a resolução dos contratos, consolidando e codificando as possibilidades de resolução, assim contribuindo – segundo se espera – para uma maior segurança jurídica¹⁵ e melhor aplicação do direito europeu (e, também, português) dos contratos públicos,¹⁶ servindo, em última análise, o propósito da “promoção, desenvolvimento e salvaguarda da construção, em regime de concorrência, de um mercado (contratual) europeu”.¹⁷

2 A modificação do contrato

2.1 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 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 alteração 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 alterações que não

dos Contratos Públicos, coord. Maria João Estorninho / Ana Gouveia Martins, Dez. 2016, disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_revisaoccp_icjp2016.pdf, p. 279.

¹⁵ Notando o problema da incerteza jurídica, favorecida pela escassez de jurisprudência e pouca investigação relativa ao tema, v. Jan M. Hebly & Paul Heijnsbroek, “When amending leads to ending: a theoretical and practical insight into the retendering of contracts after a material change”, in: *The Applied Law and Economics of Public Procurement* (coord. Gustavo Piga & Steen Treumer), Nova Iorque: Routledge, p. 161.

¹⁶ 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.

¹⁷ Cf. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de obras públicas...*, cit., p. 395.

forem substanciais (de acordo com a concretização do n.º 4) estarão também autorizadas ao abrigo da referida cláusula geral.¹⁸

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.

2.2 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.^{19 20}

2.2.1 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

¹⁸ Referindo como a estrutura do artigo 72.º confirma as regras gerais previstas no Acórdão *Presstext* quanto a modificações inadmissíveis, v. Sue Arrowsmith, *The Law...*, cit., p. 597.

¹⁹ Neste sentido, cf. Steen Treumer, «Contract changes...», cit., p. 149.

²⁰ Nicolas Charrel e Thomas Gaspar entendem que a lista de hipóteses vertidas no primeiro parágrafo do artigo 72.º é limitativa e resumem-na nos seguintes termos: 1) modificações previstas contratualmente de maneira clara e sem ambiguidades [72.º, n.º 1, a)]; 2) 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 [72.º, n.º 1, b), i) e ii)]; 3) modificação que se tornou necessária por força de circunstâncias imprevistas ou imprevisíveis, não altera a natureza global do contrato e não acarreta um aumento do preço superior a 50% do valor inicial [72.º, n.º 1, c), 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 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 [72.º, n.º 1, d), i), ii), e iii)]; modificações consideradas são substanciais nos termos do disposto no parágrafo 4 [72.º, n.º 1, e)] – cf., dos Autores citados, “Contrats Publics...”, cit., p. 56.

cláusulas de revisão ou opção.^{21 22} 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”.²³ 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 nacionais, nomeadamente do nosso Tribunal de Contas, e de alguns concorrentes mais atentos à execução dos contratos públicos e suas modificações.²⁴

2.2.2 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

²¹ 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.

²² 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 Gaspar, “Contrats Publics...”, cit., p. 57.

²³ 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. Em sentido divergente, notando como o “regime de modificações da Directiva é mais generoso do que aquele que decorreria da pura positividade da linha jurisprudencial referenciada, tendo-se realizado uma opção consciente no sentido de restringir o princípio da concorrência em prol da tutela de outros interesses públicos relevantes, dispensando-se o controlo da substancialidade da modificação nos casos especificamente elencados”, v. Ana Gouveia Martins, «A modificação dos contratos...», cit., p. 292.

²⁴ Neste sentido, v. Steen Treumer, «Contract changes...», cit., p. 150.

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 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 executou²⁵); 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;²⁶
- (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 alteração individual e não ao conjunto das alterações, 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.²⁷

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

²⁵ Exemplo que não é alheio à jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 08.04.2008, proc. C-377/05 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 concluiu 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.

²⁶ Nesta parte, o texto legal enfermará de uma incorreção: não nos parece que a modificação 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*); propõe-se, portanto, uma interpretação corretiva no sentido de a modificação 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.

²⁷ 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.

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 aberta,²⁸ 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.²⁹

2.2.3 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.³⁰ Também aqui a possibilidade de modificação começa por ser abordada num considerando da diretiva, o 109, que, referindo-se especialmente aos contratos de execução prolongada, reconhece dever admitir-se “alguma flexibilidade para adaptar o contrato a essas circunstâncias sem um novo procedimento de contratação”.³¹

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 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.

²⁸ Neste sentido, Nicolas Charrel e Thomas Gaspar, “Contrats Publics...”, 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.

²⁹ Cf. Steen Treumer, «Contract changes...», cit., p. 150.

³⁰ 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* francês, 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”, cf. Nicolas Charrel e Thomas Gaspar, “Contrats Publics...”, cit., p. 57.

³¹ 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.

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”. A este respeito não podemos deixar de notar, em relação a um lugar paralelo na legislação portuguesa, concretamente, o critério material de recurso ao ajuste direto referente a acontecimentos imprevisíveis [cf. alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos (doravante, abreviadamente “CCP”)], a muito restritiva jurisprudência que, em Portugal, sobre ele se tem produzido.³² Sintomático do que se vem de dizer é a referência agora feita à diligência da entidade adjudicante na subalínea i) do preceito em análise (que não era requisito ao abrigo do artigo 31.º, n.º 4, alínea a) da diretiva 2004/18³³).

O considerando 109 trata, também, de explicar o que podem ser “circunstâncias imprevistas” ao referir-se a factos que a autoridade adjudicante não poderia prever “apesar de ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível”.

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 a análise da capacidade que a entidade adjudicante tinha de prever o surgimento da circunstância que exige a modificação.³⁴

No entanto, deve assinalar-se a maior flexibilidade que a hipótese da verificação de “circunstâncias imprevistas” comporta.³⁵ 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

³² Cf., *inter alia*, o Acórdão n.º 35/2009, do Tribunal de Contas onde se refere que “acontecimentos imprevisíveis [são] aqueles que um decisor público normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto. Estão, portanto, fora do conceito de acontecimentos imprevisíveis, os acontecimentos que aquele decisor público podia e devia ter previsto”. A experiência do nosso Tribunal de Contas parece contrariar a ideia, transmitida por Steen Treumer, de que os tribunais nacionais não se têm debruçado sobre a matéria das circunstâncias imprevistas – cf., do Autor citado, «Contract changes...», cit., p. 151.

³³ Sustentando que, apesar de não previsto, o requisito da diligência da entidade adjudicante já estava implícito na diretiva 2004/18 e defendendo que, por essa razão, a hipótese da subalínea i) da alínea b) do n.º 1 do artigo 72.º não será mais estrita que a da anterior diretiva, v. Steen Treumer, «Contract changes...», cit., p. 150.

³⁴ Neste sentido, v. Sue Arrowsmith, *The Law...*, cit., p. 602.

³⁵ Chamando a atenção para o facto de a noção comunitária de “circunstâncias imprevistas ou imprevisíveis” 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 Gaspar, “Contrats Publics,...”, cit., p. 57-58.