

# TELLES

TELLES DE ABREU | ADVOGADOS

---

## REVISTA DE CONTRATOS PÚBLICOS

EDIÇÃO: CEDIPRE - DIRETOR: PEDRO COSTA GONÇALVES - N.º 12

---

12

*Reforma Europeia  
da Contratação Pública*



+ U



+ C +



**TELLES DE ABREU E ASSOCIADOS**  
Sociedade de Advogados, SP, RL

Reg. na Ordem de Advogados nº 23/92  
Capital Social. € 26 000,00  
NIPC. PT 502 790 652

**PORTO**

R. da Restauração, 348  
4050-501 Porto · Portugal  
t. +351 220 308 800  
f. +351 220 308 898/9

**LISBOA**

Av. António Augusto de Aguiar, 15/5º  
1050-012 Lisboa · Portugal  
t. +351 210 308 830  
f. +351 210 308 839

telles@telles.pt  
[www.telles.pt](http://www.telles.pt)

MEMBER OF  
**MARCALLIANCE**   
FOR GLOBAL LAW  
& TAX PRACTICES

## Modificação e Rescisão do Contrato

PEDRO MATIAS PEREIRA

Assistente Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Advogado  
Membro do Grupo de Contratação Pública do Cedipre

CARLA MACHADO

Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Membro do Grupo de Contratação Pública do Cedipre

### 1. Introdução

As novas diretivas da contratação pública<sup>1</sup> 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<sup>2</sup>:

<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> 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.

(i) o poder de modificação unilateral do contrato<sup>3</sup> e (ii) o poder de rescisão unilateral.

Com as novas diretivas deixámos, então, de ter um direito europeu (constituído) tendencialmente pré-contratual<sup>4</sup> – quer quanto aos procedimentos 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<sup>5</sup>.

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

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

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

<sup>8</sup> 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

cias 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,

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 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<sup>9</sup>, 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<sup>10</sup>.

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

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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 (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.

de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato”<sup>11</sup>.

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<sup>12</sup>.

É destes avanços jurisprudenciais<sup>13</sup> e dos estudos que a doutrina lhes dedicou que arrancam as soluções – por isso não inteiramente inovadoras<sup>14</sup> – das novas diretivas respeitantes à modificação de contratos e uma parte da previsão de causas para a rescisão dos contratos, consolidando e codificando as possibilidades de resolução, assim contribuindo – segundo se espera – para uma maior segurança jurídica<sup>15</sup> e melhor aplicação do direito europeu

<sup>11</sup> Analisando esta decisão e as suas implicações, cf. Pedro Costa GONÇALVES, “Acórdão *Pres-setext...*”, cit., p. 13 e ss..

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.<sup>a</sup> 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.

<sup>14</sup> 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»* (2<sup>ème</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

(e, também, nacional) dos contratos públicos<sup>16</sup>, servindo, em última análise, o propósito da “promoção, desenvolvimento e salvaguarda da construção, em regime de concorrência, de um mercado (contratual) europeu”<sup>17</sup>.

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

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Cf. Licínio Lopes MARTINS, *Empreitada de obras públicas...*, cit., p. 395.

<sup>18</sup> Referindo como a estrutura do artigo 72.º confirma as regras gerais previstas no Acórdão *Pressetext* quanto a modificações inadmissíveis, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 597.

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<sup>19 20</sup>.

<sup>19</sup> Neste sentido, cf. Steen TREUMER, «Contract changes...», cit., p. 149.

<sup>20</sup> 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: 1) modificações previstas contratualmente de maneira clara e sem ambiguidades [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 [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 [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 [n.º 1, d), i), ii), e iii)]; modificações consideradas não substanciais nos termos do disposto no parágrafo 4 [n.º 1, e)] – cf., dos Autores citados, “Contrats Publics,...”, cit., p. 56.

## 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 III da diretiva onde se reconhece que as entidades adjudicantes devem poder prever *cláusulas de revisão ou opção*<sup>21 22</sup>. 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”<sup>23</sup>. 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,

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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.

e de alguns concorrentes mais atentos à execução dos contratos públicos e suas modificações<sup>24</sup>.

### 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 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 executou<sup>25</sup>); e

<sup>24</sup> Neste sentido, v. Steen TREUMER, «Contract changes...», cit., p. 150.

<sup>25</sup> Exemplo que não é alheio à jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente ao Acórdão 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.

- (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<sup>26</sup>; e
- (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<sup>27</sup>.

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 aberta<sup>28</sup>, 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<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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 n.º 3 do mesmo artigo.

<sup>28</sup> Neste sentido, Nicolas CHARREL e Thomas GASPAS, “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.

<sup>29</sup> Cf. Steen TREUMER, «Contract changes...», cit., p. 150.

### 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<sup>30</sup>. 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”<sup>31</sup>.

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.

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”.

<sup>30</sup> Chamando à atenção para o facto de o preceito não exigir que a modificação que se tornou essencial seja excecional 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 GASPARD, “Contrats Publics...”, cit., p. 57.

<sup>31</sup> 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 este respeito não podemos deixar de notar, em relação a um lugar paralelo na legislação nacional, 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 nacional que sobre ele se tem produzido<sup>32</sup>. 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 2004/18<sup>33</sup>).

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<sup>34</sup>.

No entanto, deve assinalar-se a maior flexibilidade que a hipótese da verificação de “circunstâncias imprevistas” comporta<sup>35</sup>. De facto, uma modificação

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> Neste sentido, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 602.

<sup>35</sup> 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

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<sup>36</sup>.

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*<sup>37</sup> 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 alterações 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<sup>38</sup>.

As modificações adotadas ao abrigo da existência de circunstâncias imprevisíveis – bem como aquelas que sejam introduzidas ao abrigo da alínea c) do n.º 1 – estarão sujeitas a publicação no Jornal Oficial da União Europeia (“JOUE”), nos termos do último § do n.º 1 do artigo 72.º da diretiva.

imprevisíveis” consagrada na jurisprudência francesa, questionando a transposição da diretiva e a futura interpretação da norma, cf. Nicolas CHARREL e Thomas GASPARD, “Contrats Publics,...”, cit., p. 57-58.

<sup>36</sup> Notando esta maior flexibilidade, v. Steen TREBUMER, «Contract changes...», cit., p. 150.

<sup>37</sup> 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”.

<sup>38</sup> Neste sentido, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 601.

## 2.2.4. 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<sup>39</sup> –, a menos que essa substituição estivesse prevista.

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<sup>40</sup>. Na verdade, o poder de determinar uma alteração subjetiva do cocontratante deve ser fundamentado apenas em motivos de interesse público, o que

<sup>39</sup> 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”.

<sup>40</sup> Neste sentido, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 603.

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 alterações permitidas ao contrato é necessário, de acordo com a mesma subalínea *ii)*, que o novo operador económico “satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos”; que dessa alteração “não advenham outras modificações substanciais ao contrato” e, em mais uma refração da já referida cláusula anti-abuso, que “a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva”.

No que se refere aos critérios de seleção qualitativa, o nosso CCP já faz depender a autorização para a cessão da posição contratual ao abrigo do contrato “do preenchimento, por parte do potencial cessionário, dos requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira exigidos ao cedente para efeitos de qualificação, quando esta tenha tido lugar na fase de formação do contrato em causa” [cf. alínea *b)*, do n.º 2 do artigo 318.º].

Ainda quanto ao tipo de alterações que estão aqui em causa, o CCP já contém uma previsão relativa às alterações societárias que um cocontratante obrigado a constituir-se sob a forma de sociedade possa vir a sofrer durante a execução do contrato. Com efeito, prevê-se no artigo 323.º a possibilidade de as partes estabelecerem, no contrato, a sujeição à autorização do contraente público da alteração do contrato constitutivo da sociedade e da alienação ou oneração das participações no capital social.

Pese embora a norma da diretiva não diga diretamente respeito ao poder de o contraente público autorizar uma alteração do tipo identificado *supra*, trata imediatamente das respetivas consequências quanto à manutenção do vínculo contratual, que se manterá, então, desde que se mantenha também o cumprimento dos critérios de seleção quantitativa.

Neste âmbito, poder-se-á colocar a questão de saber quais os poderes do contraente público perante uma determinada alteração subjetiva do seu cocontratante, ou seja, saber se, (i) preenchidos os critérios de seleção qualitativa – se o procedimento adjudicatório implicar tal seleção – e (ii) não derivando de tal alteração outras modificações substanciais ao contrato na aceção do n.º 4 do artigo 72.º e (iii) não constituindo a alteração uma forma de contornar a aplicação de alguma disposição da diretiva, se, neste caso, restará ao contraente público algum poder de veto sobre a referida alteração subjetiva do seu cocontratante<sup>41</sup>. Apesar de a diretiva não fazer qualquer restrição expressa, não nos parece expetável que os legisladores nacionais permitam uma abertura generalizada à *transferência de contratos públicos*<sup>42</sup> entre privados, uma vez que, apesar da natural aversão da contratação pública à consideração das qualidades pessoais dos seus contratantes, 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, não surpreenderá que as legislações nacionais venham a prever a necessidade de a alteração de cocontratante ser, mesmo depois de cumpridos os requisitos previstos na alínea d) do n.º 4 do artigo 72.º da diretiva 2014/24, sujeita a autorização do contraente público, como forma de defesa perante os riscos assinalados; a verdade, no entanto, é que a limitação de alterações subjetivas no contrato poderá levantar as mesmas questões de discriminação que se colocam em sede de procedimento pré-contratual, o

<sup>41</sup> Colocando a questão e respondendo negativamente, ou seja, no sentido de que, cumpridos os requisitos enunciados na diretiva, o contraente público não poderá impedir uma alteração subjetiva do cocontratante, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 603.

<sup>42</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, «Contract changes...», cit., p. 153.

que exige um especial cuidado na verificação do cumprimento dos princípios da contratação pública.

Uma nota é devida, ainda no âmbito da subalínea *ii*), para a consideração dos efeitos da insolvência que passaria, nos estritos termos desta subalínea, a constituir uma modificação autorizada do contrato. Destarte, a administração do cocontratante insolvente poderia tratar o contrato público como um ativo de que poderia dispor algo livremente <sup>43</sup>.

Atendendo ao exposto, caso o legislador português proceda à correta transposição da diretiva, estará em causa a importação de uma solução, que nos parece simples, para a resolução de diversas situações de cocontratantes insolventes, que, vendo-se impossibilitados de executar o contrato e não conseguindo ceder a respetiva posição contratual, incorreriam em incumprimento, que determinaria a resolução do contrato <sup>44</sup>.

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 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.

## 2.2.5. 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 impli-

<sup>43</sup> Notando como a previsão da diretiva parece resultar de uma codificação da prática administrativa da Comissão Europeia, v. Steen TREUMER, «Contract changes...», cit., p. 152.

<sup>44</sup> Abordando as consequências da insolvência do membro de um agrupamento, embora em sede pré-contratual, v. Diogo Duarte de CAMPOS / Carla MACHADO, “Um por todos e todos por um? Efeitos da insolvência em agrupamento de concorrentes”, in: *Estudos de Contratação Pública IV* (org. Pedro Costa Gonçalves), CEDIPRE, 2013, pp. 305 e ss..

cado nessa modificação, o autorizam, sem necessidade de se verificar qualquer dos fundamentos atrás analisados <sup>45</sup>.

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 <sup>46</sup> 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
- (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)

<sup>45</sup> 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, “*Contrats Publics,...*”, cit., p. 58.

<sup>46</sup> O que resulta também do Acórdão *Comissão/CAS Succhi di Frutta*, já citado.

os requisitos materiais enunciados no n.º 2 do artigo 72.º<sup>47</sup> e mesmo que se encontrassem preenchidas as condições, previstas no n.º 4 do artigo, para que se qualifique a modificação como substancial<sup>48</sup>. 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]<sup>49</sup> 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 poucas diferenças em relação aos inicialmente contratados) beneficia da presunção de que não suscitaria uma alteração ao universo concorrencial, uma

<sup>47</sup> Notando, na perspetiva 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.

<sup>48</sup> 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, “Contrats Publics...”, 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.

<sup>49</sup> 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.

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<sup>50</sup>.

### 2.3. 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 adjudicação – para os casos, além dos previstos nas restantes alíneas do n.º 2, em que as modificações ao contrato não sejam substanciais<sup>51</sup>. Cabe ao n.º 4 delimitar, pela positiva, quais as modificações consideradas substanciais<sup>52</sup>, enunciando-se, para o efeito, as condições não cumulativas<sup>53</sup> que deverão encontrar-se preenchidas para que uma determinação modificação contratual possa ser entendida como substancial.

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

<sup>50</sup> Neste sentido, Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 599.

<sup>51</sup> Argumentando no sentido dos benefícios de uma maior abrangência das modificações não substanciais, invocando, em última análise, o interesse das populações numa mais rápida execução das prestações compreendidas pela modificação, veja-se Jan M. HEBLY & Paul HEIJNSBROEK, “When amending...”, cit., p. 161

<sup>52</sup> Para Nicolas CHARREL e Thomas GASPAS, 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, “Contrats Publics,...”, cit., p. 58.

<sup>53</sup> 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 GASPAS, 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 traído 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 – cf., dos Autores citados, “Contrats Publics,...”, cit., p. 58.

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 para cada tipo de contrato), isto é, com o respetivo objeto<sup>54 55</sup>. 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;

<sup>54</sup> Assim Pedro COSTA GONÇALVES, *O Contrato Administrativo, Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 108. A propó-

<sup>55</sup> sito 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 prever 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”.

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 *Pressetext*, verifica-se uma alteração substancial do contrato quando as modificações inseridas no contrato “apresentem características substancialmente diferentes do contrato inicial”.

- (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<sup>56</sup>.

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 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

<sup>56</sup> Cf., *supra*, ponto 2.2.4.

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 às 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.

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.ºs 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<sup>57</sup>.

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<sup>58</sup> 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 alteração autorizada ao abrigo dos critérios gerais de autorização à modificação, pois isso motivaria uma proibição expressa como a do (entretanto eliminado) n.º 7<sup>59</sup>.

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<sup>60</sup>. No que diz respeito à qualificação das alterações não substanciais, parece-nos que a construção do preceito tem como pressuposto claro – com

<sup>57</sup> 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 *Presstext* – cf., do Autor referido, «Contract changes...», cit., p. 148.

<sup>58</sup> Cf. COM(2011) 896 final, 2011/0438 (COD).

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> 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, «Contrats Publics...», cit., p. 58.

reflexos no texto das normas – que as modificações não substanciais devem ser apenas aquelas que nele estão previstas, é dizer, o artigo 72.º pretende estabelecer um elenco taxativo de alterações 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, 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>61</sup>.

### 3. A rescisão do contrato – artigo 73.º

No considerando 112 da diretiva expressa-se a necessidade, sentida algumas vezes pelas entidades adjudicantes, de se proceder a uma “rescisão antecipada de contratos públicos a fim de cumprir obrigações decorrentes do direito da União em matéria de contratação pública”. Por essa razão, conclui-se, também, que os Estados-Membros devem assegurar a existência de legislação nacional que assegure essa possibilidade.

No artigo 73.º, concretiza-se melhor esta questão, estabelecendo-se um dever de os Estados Membros assegurarem, em geral, que as entidades adjudicantes tenham a possibilidade (*rectius*, poder) de rescindir um contrato público durante a sua vigência pelo menos nas circunstâncias enunciadas no referido preceito. O artigo refere-se, em concreto, às seguintes situações:

- (i) o contrato tenha sido objeto de uma modificação substancial que, nos termos do artigo 72.º – atrás analisado –, obrigue à adoção de novo procedimento de adjudicação;
- (ii) se se verificar que o cocontratante, na data da adjudicação do contrato, se encontrava afetado por motivos que determinariam a sua exclusão – previstos no artigo 57.º da diretiva;
- (iii) se se verificar que o contrato não poderia ter sido adjudicado ao cocontratante pelo facto de se ter apurado uma “infração grave das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados [e das diretivas

<sup>61</sup> Cf. Steen TREUMER, «Contract changes...», cit., p. 155.

relativas à contratação pública]” constatada em ação de incumprimento iniciada pela Comissão Europeia, ao abrigo do artigo 258.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Relativamente ao poder de resolução do contrato quando ocorra uma modificação substancial que deveria ter dado lugar a um novo procedimento e este não foi adotado, a situação não parece ser diferente das adjudicações de contratos públicos que são realizadas em violação das regras previstas na diretiva para esses procedimentos adjudicatórios<sup>62</sup>. Havendo identidade de razões para sancionar com a resolução do contrato quaisquer violações de regras determinantes do procedimento de adjudicação, entende-se que deveria a diretiva ter também previsto como fundamento para a resolução do contrato, a violação das regras do procedimento de adjudicação (e não apenas a falta de procedimento em caso de modificação substancial ao contrato)<sup>63</sup>.

Na verdade, se a hipótese da alínea *a*) do artigo 73.º serve o propósito de dotar o contraente público do poder de, independentemente de qualquer instância de recurso jurisdicional, atuar sobre uma modificação ilegal (por violação de procedimento de adjudicação prévio), a mesma razão – de antecipação a uma eventual decisão jurisdicional de anulação do contrato – exigiria que esse poder também fosse previsto para os casos em que a própria celebração de um contrato adicional decorre de um procedimento adjudicatário ilegal.

A essa necessidade – de terminar um contrato adjudicado de forma ilegal – respondem, embora de forma imperfeita, as alíneas *b*) e *c*) do artigo 73.º ao exigirem previsão, nas legislações nacionais, de fundamentos autónomos de rescisão relacionados *(i)* com a *contratação de cocontratantes impedidos* e *(ii)* à *necessidade de pôr fim, através de resolução unilateral, a um contrato adjudicado de forma ilegal* [já que a alínea *c*) do artigo 73.º exige a previsão, nas legislações nacionais, de fundamentos autónomos de rescisão relacionados com a infração das obrigações que decorrem dos Tratados e da nova diretiva que venha a ser constatada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em procedimento iniciado pela Comissão ao abrigo do artigo 258.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia].

<sup>62</sup> Levantando a questão, v. Sue ARROWSMITH, *The Law...*, cit., p. 604.

<sup>63</sup> Solução que estaria em consonância com a privação de efeitos do contrato, previsto no artigo 2.º-D da Diretiva 89/665/CEE (alterada pela Diretiva 2007/66/CE, de 11 de dezembro de 2007).

Estas disposições constituem uma resposta a um problema colocado numa ação de incumprimento instaurada pela Comissão contra a República Federal da Alemanha. Neste processo, o referido Estado-Membro, confrontado com a necessidade de proceder à rescisão de um contrato público por violação da diretiva de contratação pública (concretamente, a diretiva 92/50/CE<sup>64</sup>) – tal como julgado pelo Tribunal de Justiça em processo anterior –, invocou, inicialmente, o seu direito de não proceder à rescisão, por força dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima e do *pacta sunt servanda*. Chamado a pronunciar-se sobre a possibilidade de inexecução – embora o contrato tenha, entretanto, sido resolvido pela entidade adjudicante –, o Tribunal de Justiça considerou que um Estado-Membro não poderia prevalecer-se daqueles princípios para evitar os efeitos de uma ação de incumprimento, mantendo em vigor um contrato ilegalmente adjudicado<sup>65</sup>.

As alíneas *b*) e *c*) do artigo 73.º vêm, então, 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 procedimento adjudicatário prévio. No entanto, como o que a diretiva exige é que as legislações nacionais prevejam essa possibilidade, isso não significa que os contraentes públicos tenham que prescindir da sua margem de apreciação quanto à opção (de rescisão ou não rescisão) que, de acordo com a interpretação do interesse público, venham a tomar<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Trata-se da diretiva 92/50/CEE do Conselho de 18.06.1992 relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços.

<sup>65</sup> Cf. Acórdão *Comissão / República Federal da Alemanha*, proc. C-503/04, 18.07.2007. A conclusão fundamental do Tribunal – na sequência do que foi defendido nas Conclusões da Advogada Geral Verica Trstenjak (apresentadas a 28 de março de 2007) – foi a de que enquanto não foi anulado o contrato (adjudicado em violação da diretiva sobre contratação pública) esteve em causa a proteção do livre acesso aos contratos públicos (enquanto concretização da liberdade de prestação de serviços) pelo que o incumprimento das normas comunitárias destinadas a defendê-la não cessaram antes que os contratos fossem anulados pelas autoridades nacionais. Para uma análise deste aresto e de outra jurisprudência que conduziu à atual disposição prevista na diretiva, v. Steen TREUMER, “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, pp. 371-386.

<sup>66</sup> Sobre a possibilidade de atenuação de sanções contratuais – incluindo resolução-sanção – no contexto da emergência da função de gestão dos contratos administrativos, v. o nosso

A norma da alínea c) do preceito em análise vem confirmar uma das interpretações que havia sido aventada para o Acórdão tirado no processo acima referido, 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, concretamente, a falta absoluta do procedimento de contratação devido<sup>67</sup> (e também por terem estado em causa contratos que permaneceriam em execução por décadas).

Mas, confirmando a referida interpretação, a norma sob análise também confirma que o dever de rescindir o contrato não se confina aos casos de falta de procedimento adjudicatório, pois, se fosse esse o caso, a diretiva teria certamente circunscrito o âmbito daquela obrigação de resolução a ser transposta para as legislações nacionais. Permanece, portanto, uma significativa margem de apreciação que o TJUE terá na análise das situações que obrigarão as entidades adjudicantes a resolver contratos já celebrados; essa margem será progressivamente depurada à medida que o Tribunal vá qualificando como constituindo infração grave os casos levados até si. Também as decisões das instâncias de controlo nacionais – nos casos em que não submetam a questão ao Tribunal de Justiça através do reenvio prejudicial – serão importantes para determinar os casos de *infração grave* (tanto às disposições da diretiva como dos Tratados).

A solução parece-nos, ainda assim, imperfeita: se o que se pretende é permitir a rescisão de contratos que sejam adjudicados em desrespeito das regras da contratação pública – por o procedimento correto não ter sido adotado, por nele se terem cometido ilegalidades graves ou por ter terminado com uma adjudicação a um concorrente que, se vem saber, estaria impedido de aceder a contratos públicos – então esse poder não deveria ficar dependente de decisões da instâncias jurisdicionais. É que a fiscalização jurisdicional do

trabalho, «Gestão do contrato administrativo: a aplicação de sanções», *in: Revista de Contratos Públicos*, n.º 10, CEDIPRE, pp. 69-99.

<sup>67</sup> Aventando e propendendo para esta interpretação precisamente por ter estado em causa – no processo C-503/05 – a mais séria das violações das normas relativas à contratação pública (concretamente, um procedimento de adjudicação sem publicação de anúncio e, portanto, não concorrencial e onde não foram aplicadas quaisquer regras das regras sobre contratação pública), v. Steen TREUMER, “Towards an ...”, cit., p. 377; outra hipótese seria considerar que o Tribunal de Justiça teria enunciado uma regra de carácter geral, só não havendo obrigação de resolver o contrato, então, em circunstâncias excecionais.

contrato em ações de incumprimento ao abrigo do artigo 258.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia pode não chegar a ser feita, apesar de a invalidade do ato de adjudicação ser conhecido da entidade adjudicante ou até estar estabelecida em decisões das instâncias nacionais.

Na verdade, se as legislações nacionais optarem por versões minimalistas da obrigação de pôr termo a contratos adjudicados em violação das regras da contratação pública, então, apenas um caso de invalidade do procedimento adjudicatório poderá – sem aquele determinado tipo de decisão jurisdicional prévia – justificar a rescisão do contrato, concretamente, a perceção, por parte da entidade adjudicante, de que o seu cocontratante estava, à data de adjudicação, em situação de impedimento.

Ora, se no caso concreto de *cocontratante impedido* a diretiva prescinde de qualquer decisão jurisdicional prévia sobre o incumprimento de regras de contratação pública, qual a razão determinante para tratar de forma tão diferente outros incumprimentos que podem ter sido inclusivamente verificados por decisões de instâncias jurisdicionais nacionais? Para nos mantermos em questões relacionadas com o cocontratante, basta imaginar o caso de o cocontratante escolhido em procedimento concorrencial sujeito a fase de prévia qualificação – o nosso “curso limitado por prévia qualificação” – ter adulterado os documentos relativos à sua prestação de contas, assim contaminando a análise da capacidade financeira e, por força disso, a ordenação da lista de candidatos admitidos a apresentar proposta. Também aqui o cocontratante foi escolhido em violação das regras da contratação pública.

Outro exemplo: se a circunstância que se vem a verificar já em fase de execução do contrato não disser respeito à existência de um impedimento, mas à falta de uma determinada habilitação – por que se usou um documento falso, por exemplo – também aí o contraente público não fica legitimado a rescindir o contrato, mesmo que haja decisão de instância jurisdicional nacional a reconhecer a ilegalidade.

Diferentes exemplos poderiam ser dados para demonstrar que não existe uma diferença substancial que legitime 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 rescisão 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. É que, como afirma Steen Treumer, a ideia de

que apenas um incumprimento reconhecido pelo Tribunal de Justiça tem relevância autónoma para determinar uma rescisão do contrato seria, além de surpreendente, demonstrador da falta de coerência do sistema de reposição da legalidade <sup>68</sup>.

<sup>68</sup> Cf. Steen TREUMER, “Towards an obligation...”, cit., p. 382. No mesmo texto, o Autor discute, com interesse para as soluções que, nas legislações nacionais podem vir a ser concretamente adotadas, a questão de saber se há um direito ou obrigação de rescindir contratos em casos em que a violação das normas ainda não foi reconhecida por decisão jurisdicional.