

AS NOVAS DIRETIVAS DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E A TUTELA DA CONCORRÊNCIA NA EXECUÇÃO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

*Raquel Carvalho**

ABSTRACT: For the first time, Public Procurement Directives (2014) established legal rulings concerning the execution of public contracts. This paper begins by clarifying the legal provisions on contract modifications and continues by demonstrating its foundations: to protect competition (one of the main interests sustained in public procurement procedure) in contract execution. In spite of novelty comprised within the Directives, it is interesting to acknowledge that some national orders, namely in Spain and Portugal, have been concerned with this issue and, therefore, have already prescribed some rules protecting competition in contract execution before these Directives. Will there be so many changes in national orders?

Sumário: 1. O estado da questão antes das Diretivas de 2014. 2. As Diretivas de 2014. 2.1. Enquadramento. 2.2. Análise das soluções das Diretivas – A Diretiva 2014/24 como modelo. 2.2.1. Da modificação objetiva e subjetiva. 2.2.2 Apreciação das soluções. 3. A tutela da concorrência no regime jurídico da modificação dos contratos. 3.1. O estado atual das soluções em alguns ordenamentos nacionais – o espanhol em particular. 3.2. No Código dos Contratos Públicos português. 3.3. Alcance das disposições da Diretiva sobre a legislação nacional – breve reflexão. 4. Síntese. Bibliografia.

1. O ESTADO DA QUESTÃO ANTES DAS DIRETIVAS DE 2014

As diretivas de 2004 não continham disposições especificamente dedicadas à execução do contrato público, pelo menos justificadas em razões de concorrência. Existiam por exemplo as disposições relativas aos trabalhos complementares nos contratos de empreitada de obras públicas e de serviços, a propósito de

* Professora Auxiliar. Universidade Católica Portuguesa, CEID – Centro de Estudos e Investigação em Direito, Faculdade de Direito – Escola do Porto, Rua Diogo Botelho, 1327, 4169-005, Porto, Portugal.

recurso a procedimento de negociação sem publicação de anúncio¹. Estabelecia a diretiva a possibilidade de adjudicação de trabalhos não previstos no contrato inicial “*que se tenham tornado necessários, na sequência de uma circunstância imprevisível, para a execução da obra ou a prestação do serviço neles descritos, na condição de o adjudicatário ser o mesmo operador económico que executa a referida obra ou o referido serviço: – quando essas obras ou esses serviços complementares não possam ser técnica ou economicamente separados do objeto de contrato inicial sem grande inconveniente para as entidades adjudicantes ou – quando essas obras ou esses serviços, embora possam ser separados do objeto do contrato inicial, sejam absolutamente necessários à sua conclusão. Contudo, o valor total dos contratos relativos a obras ou serviços complementares não pode exceder 50% do montante do contrato inicial*”². Esta disposição deu origem, como se sabe, ao regime dos trabalhos a mais, embora a sua inserção sistemática indicasse que se referia a situações de celebração de contrato *ex novo*. A análise da disposição não encontra qualquer outra referência ao valor da concorrência que não seja a admissibilidade de procedimento de negociação sem publicação de anúncio (além dos requisitos limitativos, mas que se referem às características dos ditos trabalhos). Trata-se de uma das situações em que o interesse público de não desperdiçar recursos públicos pode e justifica a celebração do contrato, sem recurso a procedimento concorrencial³. Fora destas circunstâncias, impunha-se o recurso a um novo procedimento de contratação pública⁴. Steen Treumer entendia que esta previsão, em concreto o artigo 31.º (4) da Diretiva 2004/18/EU, constituía uma exceção ao princípio de que as Diretivas se focavam na atuação das entidades adjudicantes até à celebração do contrato. A opacidade da execução contratual era e é um fator que pode explicar a menor atenção aos problemas concorrenciais que se podem colocar após a celebração do contrato⁵.

1 Cfr. o disposto na alínea a) do n.º 4 do artigo 31.º da Diretiva 2004/18.

2 Na Diretiva 2014/24, o recurso a procedimento de negociação sem publicação de anúncio está tratada no artigo 32.º, de forma distinta, porquanto a questão dos trabalhos complementares está agora vertido (e também de forma mais simplificada) na alínea b) do n.º 1 do artigo 72.º da Diretiva.

3 Neste sentido, à luz das Diretivas de 2004, Poulsen, 2012: 170.

4 Neste sentido, Hartlev & Liljenbol, 2013: 52.

5 Treumer, 2014a: 281. Entre nós, esta questão mereceu reflexão e teve atenção legislativa no artigo 77.º-A do Código do Processo dos Tribunais Administrativos (CPTA), a propósito das fontes de legitimidade para propor ações sobre validade dos contratos administrativos (e públicos). Sobre as manifestações do princípio da concorrência em sede de formação do contrato, Oliveira & Oliveira, 2011: 192 e ss.

A ausência de disposições legislativas sobre a questão da tutela da concorrência na execução dos contratos públicos não significou contudo que a questão não constituísse uma preocupação. A modificação do contrato já celebrado é importante na medida em que, tendo sido precedido de um procedimento rodeado de cautelas associadas à concorrência, transparência e igualdade, não pode abrir a porta a atuações contratuais que no fundo coloquem em crise aqueles valores. Nas palavras de Rui Medeiros, trata-se de fazer a “interconexão entre celebrar o contrato e executá-lo”⁶. Por outro lado, nos contratos de longa duração, o interesse público pode vir a exigir alterações, até em consequência de circunstâncias que eram objetivamente imprevisíveis no momento da abertura do procedimento⁷. Ou seja, é perfeitamente compreensível que se coloque a necessidade de alterações/modificações neste tipo de contratos de longa duração, com alta complexidade das respetivas prestações. O reconhecimento desta circunstância não resolve de per si o problema que sempre se gera a este propósito: como conciliar o interesse de prosseguir continuamente o interesse público e manter protegida a concorrência, igualdade de tratamento e transparência? O equilíbrio joga-se por conseguinte entre adequar o contrato sem desvirtuar a concorrência que esteve na sua origem⁸ ou, nas palavras de Isabel Gallego Córcoles, a modificação do contrato fica na tensão entre a eficácia do contrato firmado e a livre concorrência⁹. Na realidade, “uma das principais portas da corrupção... tem sido a generosa interpretação do direito de modificar contratos, não só por imprevisibilidade, mas por novas necessidades ou conveniências políticas, alterando o preço final até percentagens superiores a 200%” (Gimeno Feliu)¹⁰. Daí que o A. defenda o carácter excepcional das modificações e a imperiosa necessidade de ampla publicidade das modificações possíveis, bem como a possibilidade de impugnação dessas modificações¹¹.

6 Medeiros, 2014.

7 Referindo-se a esta questão, enunciando como exemplos deste tipo de circunstâncias, externas, legislação, materiais, etc., Poulsen, 2012: 171.

8 Sublinhando este dilema, Charrel & Gaspar, 2014.

9 Gallego Córcoles, 2015: 2.

10 Referindo-se à realidade espanhola mas que se poderá aplicar genericamente aos países da União (com os devidos ajustamentos de cada país), Gimeno Feliu, 2015: 21.

11 Como aliás decorre das Diretivas como veremos. Gimeno Feliu, 2015: 23.

Estas preocupações foram acolhidas e tratadas pela jurisprudência, sendo emblemática nesta questão, a decisão do TJUE no caso *Pressetext*^{12/13}.

O tribunal austríaco pretendeu que o TJUE decidisse, em síntese, “em que condições as alterações efetuadas num contrato existente entre uma entidade adjudicante e um prestador de serviços podem ser consideradas uma nova adjudicação de um contrato público de serviços na aceção da Diretiva n.º 92/50”¹⁴.

Na sequência do pedido dirigido pelo Tribunal nacional, o TJUE teve a oportunidade de refletir sobre a questão de como as alterações a um contrato existente podem significar fraude aos valores da concorrência.

Debruçou-se sobre modificações objetivas e modificação subjetiva, tendo “criado” um conceito para aferição da admissibilidade da modificação (a objetiva): alteração substancial do contrato. Identificou várias concretizações desse tipo de alteração: (i) quando a alteração “introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite”¹⁵; (ii) “quando alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos”¹⁶; (iii) quando “modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial”¹⁷. A propósito da modificação subjetiva, o Tribunal entendeu que, em regra, a “substituição do co-contratante ao qual a entidade adjudicante tinha inicialmente adjudicado o contrato por um novo co-contratante constitui uma alteração de um dos termos essenciais”, a não ser que a substituição estivesse prevista no contrato inicial como subcontratação¹⁸. Admitia o Tribunal no

12 Acórdão C-454/06, de 19 de junho de 2008 – daqui em diante sempre designado como Acórdão *Pressetext*. Não é contudo a primeira decisão judicial a propósito da modificação de contratos públicos: *vide* Acórdão Comissão/França, C – 337/98, de 5 de outubro de 2000; Acórdão Comissão/CAS *Succhi di Frutta SpA*, C – 496/99, de 29 de abril de 2004; Acórdão *ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano*, C – 347/06, de 17 de julho de 2008.

13 Há igualmente documentos da União que se debruçam sobre esta questão: Livro Verde sobre Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões [COM (2004 327 final)]; Livro Verde sobre Modernização da política de contratação pública da EU (2011).

14 Ponto 29 do Acórdão *Pressetext*.

15 Ponto 35 do Acórdão *Pressetext*.

16 Ponto 36 do Acórdão *Pressetext*.

17 Ponto 37 do Acórdão *Pressetext*.

18 Ponto 40 do Acórdão *Pressetext*.

entanto que podiam existir alterações subjetivas que não integravam aquele conceito, como seja a situação de “reorganização interna do co-contratante”¹⁹.

2. AS DIRETIVAS DE 2014

2.1. Enquadramento

Nas novas diretivas da contratação pública é também a propósito da modificação dos contratos que o legislador apresenta soluções legislativas inovadoras por comparação com as opções anteriores.

O legislador europeu optou por fazer a “interconexão” entre a fase da formação dos contratos públicos com a fase da execução. E fê-lo guiado pelo valor jurídico que norteia desde sempre a construção do mercado único: a concorrência. Em qualquer dos artigos 72.º (diretiva 2014/24²⁰), artigo 89.º (diretiva 2014/25) e artigo 43.º (diretiva 2014/23), o legislador comunitário trata a questão da execução (modificação) como necessidade de tutelar a concorrência. A exposição das soluções vertidas exemplificativamente no artigo 72.º pretende precisamente sublinhar esse denominador comum.

Da análise do referido artigo 72.º, que servirá de modelo dos objetivos e soluções europeias a este propósito, podemos enunciar desde já o seguinte:

- a) As soluções legislativas nas três Diretivas sobre a “modificação de contratos durante o seu período de vigência” parecem muito semelhantes. Esta opção permite colocar a questão de saber se o legislador comunitário se bastou pelo mínimo denominador comum quanto à questão da tutela da concorrência na execução dos contratos. Não haveria lugar a diferenciações de regime em função do tipo de contratos (contratos públicos e setores especiais) e as concessões?
- b) Prevêem-se regras sobre modificação objetiva e subjetiva;
- c) As diretivas estabelecem como regra que qualquer modificação do contrato celebrado na sequência do procedimento de contratação ali regulado depende de novo procedimento. Acrescenta o considerando 107, em auxílio interpretativo, que esse novo procedimento se torna

19 Ponto 35 do Acórdão Pressetext.

20 O artigo 71.º regula a questão da subcontratação que, sendo uma alteração na relação contratual, não consubstancia exatamente uma modificação subjetiva no contrato, uma vez que não há alteração das partes no contrato.

exigível a propósito “de alterações materiais ao contrato inicial, em particular ao âmbito de aplicação e ao conteúdo dos direitos e obrigações mútuos das partes, incluindo a distribuição de direitos de propriedade intelectual. Tais alterações demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais desse contrato. Isso verifica-se, em particular, nos casos em que as condições alteradas poderiam ter tido influência no resultado do procedimento, se tivessem sido inicialmente contempladas”. O mesmo considerando enuncia no entanto e de seguida a possibilidade de a autoridade adjudicante não se socorrer de um novo procedimento sempre que o valor do contrato sofrer uma alteração diminuta, estabelecendo a diretiva os “limiares de minimis” abaixo dos quais tal atuação é possível. Acresce que ainda é possível a modificação sem precedência de novo procedimento, acima daqueles limiares, desde que se mostrem cumpridos os requisitos da diretiva;

- d) Também a propósito da modificação subjetiva, a primeira regra das diretivas é a de que “em conformidade com os princípios da igualdade de tratamento e da transparência, o adjudicatário não deverá, por exemplo quando um contrato seja rescindido devido a deficiências na execução, ser substituído por outro operador económico sem abrir novo concurso relativo ao contrato”²¹;
- e) Por último, mas porventura até mais importante, as disposições normativas representam a codificação da jurisprudência do Acórdão Pressetext, ainda que a versão consagrada legislativamente vá além da construção pretoriana²².

2.2. Análise das soluções das Diretivas – A Diretiva 2014/24 como modelo

2.2.1. *Da modificação objetiva e subjetiva*

Tomando então como modelo o artigo 72.º da Diretiva 2014/24, vejamos em que circunstâncias é admissível a modificação objetiva sem recurso a novo procedimento de contratação pública.

21 Cfr. o disposto no considerando 110.

22 Treumer, 2014: 148; Charrel & Gaspar, 2014. Por exemplo, a limitação que hoje consta da alínea a) do n.º 4 do artigo 72.º não consta da fundamentação do TJUE no Acórdão Pressetext (“A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso”). Para Steen Treumer contudo é bem-vindo esclarecimento do critério (Treumer, 2014:149).

A redação final do artigo 72.º é diferente daquela que esteve em consulta. A estrutura normativa do artigo começa por enunciar as exceções nos n.ºs 1 e 2 e só no n.º 5 é que se refere à regra de que, fora das exceções, qualquer modificação do contrato implica o recurso a novo procedimento de contratação pública²³.

A primeira modificação admissível sem recurso a procedimento é aquela que está prevista nos documentos iniciais do contrato em cláusulas de revisão ou em opções claras e inequívocas, sendo que tais cláusulas devem indicar o âmbito e natureza das eventuais modificações e respetivas condições de aplicabilidade²⁴. Pretende o legislador proteger o valor da concorrência, tornando visível na fase de formação do contrato a possibilidade de modificação e disponibilizando *ab initio* para todos os concorrentes as circunstâncias e contornos da possível futura modificação. Ao fazê-lo, o poder adjudicador fica salvaguardado de correr o risco de falsear o procedimento concursal ou de sobre ele recair a suspeita de que seria esse o objetivo da modificação. O considerando 111 dá algum conforto interpretativo no que respeita ao modo como se configuram aquelas cláusulas ou opções: “Deverá, por conseguinte, ser especificado que, em cláusulas de revisão ou opção redigidas de forma suficientemente clara, poderão, por exemplo, ser previstas indexações de preços ou se poderá assegurar que, por exemplo, o equipamento de comunicações a entregar ao longo de um determinado período continue a ser adequado, mesmo que haja mudanças nos protocolos de comunicações ou outras mudanças tecnológicas. Também deverá ser possível, em cláusulas suficientemente claras, prever as adaptações do contrato que se tornem necessárias devido a dificuldades técnicas surgidas durante a utilização ou a manutenção. Por último, convém recordar que os contratos poderão, por exemplo, incluir tanto a manutenção normal como as intervenções extraordinárias de manutenção que sejam necessárias para assegurar a continuidade de um serviço público”.

23 Referindo-se à atipicidade da estrutura do artigo 72.º e ao desvio das suas disposições face à proposta da Comissão, Treumer, 2014 a: 283.

De facto, no artigo 72.º da proposta de revisão da Comissão, o n.º 1 enunciava a regra de que “uma modificação substancial das disposições de um contrato durante o seu período de vigência é considerada uma nova adjudicação para efeitos da presente Diretiva e obriga a um novo procedimento de adjudicação nos termos da mesma”. O que parece ser a técnica legislativa adequada. Seguiu-se a definição do que o legislador entendia ser uma alteração substancial. Cfr. Proposta de Diretiva, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD), {SEC (2011) 1585} {SEC (2011) 1586}.

24 Correspondia à previsão do n.º 5 do artigo 72.º da proposta de revisão.

Estabelece a diretiva ainda limitações objetivas, sem contudo estarem previstos limites de valores. Há uma proibição absoluta: a modificação não pode conduzir a uma alteração da natureza global do contrato. O que seja uma “alteração da natureza global do contrato”, que podia passar pela máxima de que “pode haver modificação do contrato mas não de contrato” (Freitas do Amaral), não está definida na Diretiva. Todavia, a diretiva encarregou-se de estabelecer no n.º 4 o que se deve entender por *alteração substancial do contrato*²⁵. O teor literal daquela disposição parece circunscrever a respetiva aplicação à previsão da alínea e) do n.º 1. A expressão é de facto diferente e parece-nos que não poderá de facto ser aplicada de imediato à exegese da alínea a). Pode contudo ser utilizado como padrão para aferir, em cada caso, se é de aplicar ou não a exceção da alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º. Deixando para adiante uma mais detalhada análise do n.º 4, cabe apenas enunciar os tipo de condições que, no entendimento do legislador, configuram uma modificação substancial: (i) introdução de condições que, se fizessem parte do procedimento inicial, teriam permitido admitir outros candidatos ou outras propostas ou mais concorrentes; (ii) alteração do equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário de forma não prevista inicialmente; (iii) alargamento considerável do âmbito do contrato; (iv) substituição do adjudicatário fora da previsão da alínea d) do n.º1. Ou seja, as quatro circunstâncias enunciadas, que, verificando-se, significam uma modificação substancial e portanto exigindo cumprimento das regras da contratação pública, mais não são do que requisitos de controlo da concorrência na fase da execução dos contratos: limitação da concorrência no procedimento (i); alteração do equilíbrio económico gizado na fase do procedimento entre o que a entidade adjudicante necessitava e a proposta do adjudicatário (ii); alteração de contrato (não é o que esteve em concurso) (iii); modificação subjetiva (não é o adjudicatário escolhido de acordo com as regras de contratação pública). Repare-se portanto que a preocupação do legislador comunitário é a de assegurar que a modificação do contrato não é uma fraude à concorrência observada na fase de formação.

A segunda previsão de admissibilidade de modificação sem recurso a procedimento concursal, diz respeito a obras, serviços ou fornecimentos não previstos no contrato inicial que se revelam necessários se não for possível

25 Para Nicolas Charrel e Thomas Gaspar, trata-se de uma formulação “um pouco abstrata”, (Charrel & Gaspar, 2014).

Na versão em inglês da da Diretiva a expressão também não é idêntica: “overall nature” e “substantial modification”.

mudar de contratante devido a razões técnicas/económicas de permutabilidade ou interoperabilidade e for altamente inconveniente ou provoque duplicação substancial de custos²⁶. Continuou o legislador a consagrar espaços de conformação autónoma às entidades adjudicantes, conferindo flexibilidade à questão da modificação, uma vez que os limites estabelecidos resultam de fator relativamente objetivo: não pode haver aumento de preço (regra das modificações sucessivas) que exceda 50% do valor do contrato original. Claro que as modificações – as sucessivas e que estão sujeitas individualmente àquele limite de 50% – não podem ter por objetivo a não aplicação da diretiva. Ou seja, impedir ou falsear da concorrência. Há contudo na nova Diretiva um alargamento da previsão de modificação do contrato²⁷.

A alínea c) do n.º 1 do artigo 72.º prevê a modificação imprevisível de circunstâncias, que não implique uma alteração da natureza global do contrato e um acréscimo de preço superior a 50%²⁸. O considerando 109 parece delimitar o alcance desta previsão porquanto é inequívoco que “o conceito de circunstâncias imprevisíveis refere-se a factos que a autoridade adjudicante não podia prever, apesar de ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível”. Não está enquadrado aqui a alteração das circunstâncias por causa imputável ao contraente público como nós temos na parte substantiva do Código dos Contratos Públicos²⁹. Nem sequer prevê o legislador europeu que a alteração das circunstâncias, conquanto imprevisível, seja anormal (como exige o nosso direito interno)³⁰. É portanto admissível a modificação do contrato, por circunstâncias imprevisíveis de forma menos exigente do que o legislador nacional. Opera o legislador comunitário o equilíbrio entre modificações imprevisíveis e portanto não exigíveis de constar *ab initio* dos documentos do concurso [alínea a)] com

26 Trata-se de algum modo da previsão do artigo 31.º, n.º 2, alínea b), quanto ao fornecimento, e do artigo 31.º, n.º 4, alínea b), quanto às obras. Merece por isso a crítica por parte de Nicolas Charrel e Thomas Gaspar por juntar na previsão de modificações “não substanciais” a questão que no direito francês (e também no nosso) está consagrado como trabalhos a mais (complementares), (Charrel & Gaspar, 2014).

27 Treumer, 2014 a: 292.

28 Esta prescrição normativa correspondia ao artigo 32.º, n.º 4, alínea a) da Diretiva 2004/18.

29 Cfr. o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 314.º do Código dos Contratos Públicos (CCP).

30 Cfr. o disposto na alínea a) do artigo 312.º e no artigo 335.º do CCP.

a concorrência ao permitir aquelas que não alterem a natureza do contrato – portanto, não signifiquem, a final, que se está perante um contrato diferente do que o que foi a concurso – e não impliquem um aumento de preço superior a 50% do preço do contrato inicial (porque tal fator está como se sabe fortemente implicado pelo critério de adjudicação no desfecho do procedimento de contratação pública. Um preço superior a 50%, se colocado em concurso, poderia ditar uma adjudicação distinta. Logo, é o interesse de proteger a concorrência desenhada no procedimento).

Prevê a Diretiva, na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 72.º, uma forma de modificação de natureza subjetiva³¹. É admissível a modificação verificado que esteja um dos motivos seguintes: (i) existência de revisão ou opção, nos moldes previstos na alínea *a*) – indicação de âmbito e natureza da modificação e as condições de aplicação; (ii) alteração subjetiva da pessoa do adjudicatário por transmissão universal ou parcial, na sequência de operações de reestruturação (incluindo insolvência), desde que o outro operador económico satisfaça os critérios de seleção, não haja modificações substanciais do contrato e não se destine a “contornar a aplicação da presente diretiva”; (iii) a entidade adjudicante assume as obrigações do contratante principal para com os subcontratantes, se tal estiver previsto na legislação nacional nos termos do artigo 71.º

O primeiro critério – o da previsão, no procedimento de formação das condições e procedimento de modificação subjetiva – não constava da proposta de revisão. No acórdão *Pressetext*, não era evidente que a previsão pudesse referir-se a subcontratação, até porque a subcontratação não se consubstancia como modificação subjetiva. O artigo 71.º da Diretiva regula a subcontratação e contém, de forma brevemente enunciada, as seguintes regras: obrigação de cumprimento pelos subcontratantes das obrigações assumidas pelo contratante (n.º 1); previsão na proposta de quem pode vir a ser subcontratante (n.º 2); possibilidade de transferência de pagamentos para o subcontratante, desde que existam mecanismos de o contratante principal se opor a pagamentos indemnizatórios (n.º 3); manutenção da responsabilidade do contratante principal (n.º 4); possibilidade de serem tomadas medidas para evitar o incumprimento (n.º 6), designadamente a verificação de impedimentos ou motivos de exclusão; previsão da possibilidade de estabelecimento de regra mais rigorosas de responsabilidade civil (n.º 7); obrigação de especificação das medidas tomadas ao abrigo dos n.ºs 3, 4, 5 ou 6 (n.º 8). De todo o modo,

31 Na linha do que decorre do § 40 do Acórdão *Pressetext*.

a concorrência verificada no procedimento fica acautelada se a possibilidade de modificação subjetiva estiver prevista nos documentos do concurso, bem como as respectivas condições.

No que respeita à previsão constante da subalínea ii), ela contempla situações distintas. Desde logo, a insolvência e de como uma circunstância desta natureza pode sustentar uma modificação subjetiva sem recurso a novo procedimento não era uma questão pacífica. Há jurisprudência dos Estados Membros a sustentar que em caso de insolvência do cocontratante, o novo parceiro contratual se devia encontrar através de novo procedimento³². A previsão da Diretiva admite a fundamentação da insolvência, ainda que a rodeie de cautelas³³. A previsão da subalínea ii) permite ainda levantar a questão se será possível a modificação da composição de um consórcio por outras razões que não por insolvência. O considerando 110 pode ajudar à resposta a esta dúvida: “Todavia, o adjudicatário responsável pela execução do contrato pode, em particular quando o contrato tenha sido adjudicado a mais do que uma empresa, sofrer algumas alterações estruturais durante essa execução, nomeadamente reestruturações puramente internas, OPA, fusões e aquisições ou falências”³⁴. No fundo, entende o legislador comunitário que estas situações não atingem a dimensão subjetiva da concorrência e da escolha da entidade adjudicante.

A terceira hipótese de admissibilidade de modificação subjetiva também não constava da proposta de revisão da Comissão.

Na alínea e) do n.º 1 está prevista a hipótese de modificação, independentemente do valor, se não consubstanciar uma alteração substancial. Prevê então o n.º 4 as circunstâncias que indiciam uma alteração substancial: (i) o contrato torna-se materialmente diferente do contrato inicialmente estabelecido; (ii) são introduzidas 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”³⁵;

32 Por exemplo, no ordenamento alemão, decisão de 29/6/2005, VK 3-52/05; no ordenamento italiano, Consiglio di Stato de 22/1/2008, Proc. n.º 4574/07 *apud* Treumer, 2014 a: 285, notas 17 e 18. Steen Treumer debruçou-se expressamente sobre a transferência de contratos sujeitos às regras da contratação pública após a insolvência na Dinamarca (Treumer, 2014 b).

33 A discussão sobre o fundamento da insolvência é mais ampla do que aquele que aqui demos conta. Não cabe contudo no escopo da nossa reflexão. Sobre tal discussão pode consultar-se Treumer, 2014 a.

34 Treumer, 2014 a: p. 289.

35 Não se encontra na construção pretoriana mas esta previsão é considerada “uma relevante e incontroversa clarificação do critério”, (Treumer, 2014 a: 283).

(iii) a modificação altera o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial; (iv) a modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato; (v) o adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato é substituído por um novo adjudicatário, em casos não previstos no n.º 1, alínea d)”. Portanto, uma alteração substancial é diferente de alteração da natureza global. Além disso, uma alteração substancial pode ter também natureza subjetiva e não apenas objetiva³⁶.

Prevê ainda a Diretiva as situações de modificações não significativas em termos de valor. O considerando 107, 2.^a parte, prevê: “As modificações do contrato que resultem numa pequena alteração do valor do contrato até determinado valor deverão ser sempre possíveis sem necessidade de iniciar um novo procedimento de contratação. Para o efeito, e a fim de garantir a segurança jurídica, a presente diretiva deverá prever limiares «de minimis» abaixo dos quais não é necessário um novo procedimento de contratação. As modificações do contrato acima desses limiares deverão ser possíveis sem necessidade de iniciar um novo procedimento de contratação, na medida em que cumpram as condições previstas na presente diretiva”. Em consequência, o n.º 2 do artigo 72.º estabelece que, independentemente das previsões do n.º 1, a modificação do contrato é possível, sem recurso a novo procedimento se a modificação for de valor inferior a ambas as condições: “i) os limiares estabelecidos no artigo 4.º, e ii) 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”. Continuam a ser limites absolutos a não alteração da natureza global do contrato, aplicando-se os limites enunciados ao valor líquido acumulado das modificações sucessivas.

Convém esclarecer que a existência de uma modificação substancial justifica a rescisão do contrato, nos termos da alínea *a)* do artigo 73.º Resta a questão de saber se ocorrer uma alteração da natureza global do contrato, qual poderá ser a consequência. Parece-nos que, à luz do artigo 73.º, tal hipótese não constitui fundamento de rescisão, uma vez que a expressão legal é muito particular e a enunciação dos fundamentos parece ser taxativa. Contudo, nada impede que as legislações nacionais possam estabelecer outros fundamentos de rescisão³⁷.

36 *Vide supra* as considerações já tecidas a este propósito.

37 Cfr. o corpo do artigo 73.º

2.2.2. *Apreciação das soluções*

Embora a diretiva seja muito recente, já foi alvo de alguma reflexão e a doutrina vem criticando alguns dos aspetos das soluções legais, ou mesmo a oportunidade e a necessidade do artigo 72.º

Quanto às soluções concretas, Jan Brodec e Václav Janecek, após analisarem precisamente o artigo 72.º da Diretiva 2014/24, sintetizaram da seguinte forma a solução legal: “é proibido fazer modificações substanciais num contrato [sem novo procedimento], exceto se se cair nas circunstâncias previstas nas alíneas a) a d) do n.º 1 do artigo 72.º e n.º 2 do artigo 72.º”³⁸. Depois de analisar o conceito de alteração substancial que consta do n.º 4, os mesmos AA. concluem que, se estiverem preenchidas as condições dos n.ºs 1 e 2, há modificações substanciais permitidas. No fundo, “a característica definidora de uma modificação substancial é... a sua natureza comparada com o contrato inicial”³⁹. Há contudo quem critique a disposição por ela não permitir que se encontrem outras situações de modificação que não sejam substanciais fora da previsão legal, retirando assim flexibilidade às normas da contratação pública⁴⁰. Na verdade, um dos objetivos assumidos pelas novas Diretivas é a flexibilização. Aliás, no considerando 109 é claramente assumido esse propósito: “As autoridades adjudicantes podem ser confrontadas com circunstâncias externas que não podiam ter previsto quando adjudicaram o contrato, em especial quando a execução deste se prolonga por mais tempo. Neste caso, é necessário ter alguma flexibilidade para adaptar o contrato a essas circunstâncias sem um novo procedimento de contratação”⁴¹.

Desapareceu da versão final da Diretiva a proposta da comissão que constava do n.º 7 do artigo 72.º: “As autoridades adjudicantes não devem recorrer a modificações ao contrato nos seguintes casos: (a) Quando a modificação se destinar a corrigir deficiências no desempenho do adjudicatário ou as respetivas consequências, podendo o mesmo resultado ser alcançado através da aplicação das obrigações contratuais; (b) Quando a modificação visar a compensação

38 Brodec & Václav, 2015: 94.

39 Brodec & Václav, 2015: 95.

40 Neste sentido, Kotsonis, 2014: 184.

41 Referindo-se ao facto de que a evolução da proposta da Comissão para a versão final constante da Diretiva opera uma maior flexibilidade à contratação pública, Treumer, 2014 a: 283. Contudo, Sue Arrowsmith, ainda antes da publicação das Diretivas e pronunciando-se sobre as respetivas propostas, sustentou que “embora as propostas trouxessem de facto alguma flexibilidade, também introduziam, em muitos aspetos maior rigidez e requisitos mais onerosos..., que resultarão num conjunto de regras bastante mais complexas do que o regime” das Diretivas de 2004 (Arrowsmith: 2012: 71).

de riscos de aumento dos preços que foram objeto de cobertura por parte do adjudicatário”⁴².

Já numa perspectiva de avaliação geral da opção legislativa, Nicolas Charrel e Thomas Gaspar têm dúvidas sobre a necessidade de distinguir, no direito nacional, uma modificação de um trabalho suplementar⁴³. Para os AA., o artigo 72.º da Diretiva utiliza uma noção ampla de modificação, na qual “se encontra implicitamente as duas noções de modificação e de contrato/trabalho complementar”, o que vem confirmar que na realidade a distinção entre ambos os conceitos não está juridicamente justificada. Não sustentam os AA. que não exista diferenças entre uma modificação e um trabalho suplementar; o que parece ser desnecessária é a distinção quando se fala em prestações suplementares/complementares que se revelam necessárias no decurso da execução⁴⁴. À semelhança de Jan Brodec e Václav Janecek, Nicolas Charrel e Thomas Gaspar também sustentam que os conceitos a diferenciar são os de modificação não substancial e modificação substancial (ou novação contratual)⁴⁵.

Isabel Gallego Córcoles sublinha na sua análise sobre a Diretiva que as alterações introduzidas ao nível da execução dos contratos são motivadas pela proteção dos concorrentes e não do adjudicatário e que se limitam a traçar fronteiras, até pela incerteza de conceitos introduzidos como o de alteração da natureza global⁴⁶.

Steen Treumer entende que a previsão normativa contida na alínea a) do n.º 1 do artigo 72.º confere amplo espaço de conformação à autoridade administrativa, consagrada na expressão “natureza global”, funcionado como fator de alguma incerteza na tutela da concorrência na execução dos contratos⁴⁷. Não há especificação sobre a medição em valores das modificações. Por outro lado, entende o A. que a possibilidade operada pela alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º “remove a incerteza legal associada à transferência de contratos após insolvência ao permitir às entidades adjudicantes um amplo espaço de conformação na

42 Proposta de Diretiva, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD), {SEC (2011) 1585} {SEC (2011) 1586}.

43 Charrel & Gaspar, 2014.

44 Charrel & Gaspar, 2014.

45 Charrel & Gaspar, 2014.

46 Gallego Córcoles, 2015: 56, 57 e 58.

47 Treumer, 2014: 149.

prática”⁴⁸. A Diretiva promove também por isso a flexibilidade e, na previsão da insolvência, altera efetivamente o padrão legislativo na questão.

3. A TUTELA DA CONCORRÊNCIA NO REGIME JURÍDICO DA MODIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

3.1. O estado atual das soluções em alguns ordenamentos nacionais – o espanhol em particular

A questão da modificação do contrato está intimamente ligada ao exercício de poderes de autoridade do poder adjudicador que, nos ordenamentos como o nosso, é autoridade administrativa de tipo executivo, onde a maior parte dos contratos públicos são contratos administrativos. Ora, neste tipo de contratos, o interesse público, dita, no essencial, a necessidade de ser admissível mudar o contrato para o adaptar àquele interesse⁴⁹. No domínio do direito administrativo, a preocupação central começou por ser a defesa do cocontratante da Administração. Daí que os limites passassem (e passem) pela intangibilidade do objeto contratual, por exemplo. Sucede que foi sendo percebido que as limitações ao poder de modificação unilateral também servem outros interesses públicos, mais amplos, em particular quando o contrato administrativo passou também a ser contrato público⁵⁰.

As legislações nacionais de alguns Estados Membros, em particular as de matriz francesa, dispõem já de disposições sobre a execução dos contratos públicos (que sejam simultaneamente contratos administrativos) que, admitindo alterações/modificações dos mesmos, prescrevem limitações a tais modificações, muitas das quais se justificam na tutela da concorrência.

Por exemplo, o artigo 20.º do Code des Marchés Públicos prescreve que as modificações do contrato, quando não fundadas em circunstâncias imprevistas, não podem alterar a economia do contrato nem o seu objeto⁵¹. São algumas

48 Treumer, 2014 a: 286.

49 Andrade, 2008: 346.

50 Sobre esta questão, Gonçalves, 2009: 14 e 15.

51 *“En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet”.*

das limitações que também encontramos entre nós para o exercício do poder de modificação unilateral do conteúdo das prestações⁵².

No direito espanhol, também está previsto o poder de modificação unilateral do conteúdo das prestações⁵³.

Podem os contratos modificar-se, sem recurso a novo procedimento, nas situações previstas nos artigos 106 e ss. do Texto Refundido da Lei de Contratos do Setor Público (TRLCSP)⁵⁴. Há dois tipos de modificações: as modificações previstas nos documentos do procedimento (artigo 105.1 e 106 do TRLCSP) e as modificações não previstas nos documentos do procedimento (artigo 107. TRLCSP).

No que respeita às modificações previstas, o artigo 106 estabelece a obrigação de que sejam claras, inequívocas e precisas, com base em critérios objetivos, incluindo uma percentagem do preço máximo. Não está estabelecido contudo nenhum limite quantitativo⁵⁵.

No que respeita às modificações não previstas, o artigo 107.1 descreve um conjunto de situações: a) inadequação da prestação para satisfazer as necessidades, designadamente quanto a erros e omissões do projeto e das especificações técnicas; b) inadequação do projeto ou especificações técnicas por causas objetivas (de tipo geológico, hídrico, arqueológico, meio-ambiental ou similares, posteriores à adjudicação e imprevisíveis); c) casos de força maior ou caso fortuito; d) conveniência em incorporar avanços técnicos, que melhorem significativamente a prestação e não estivessem antes disponíveis no mercado; e) necessidade de ajustar a prestação a especificações técnicas, meio-ambientais, urbanísticas, de segurança ou de acessibilidade posteriores à adjudicação do contrato⁵⁶. Estabelece a legislação espanhola limitações a esta possibilidade de modificação não prevista no contrato: “não poderá alterar as condições essenciais do procedimento e da adjudicação”⁵⁷. O artigo 107.3 estabelece critérios

52 Cfr. o disposto no n.º 1 do artigo 313.º do CCP.

53 Sobre a problemática da modificação dos contratos no direito espanhol, *vide* Gimeno Feliu, 2013.

54 As preocupações com a integridade da contratação pública levaram Espanha à emanação de uma lei em 2011 que, de algum modo, veio ao encontro das preocupações sobre a corrupção, em parte motivada e assente em modificações contratuais.

55 Referindo-se precisamente à necessidade de que as cláusulas sejam cuidadosamente descritivas e pormenorizadas, Blanquer Criado, 2013: 542.

56 Cfr. o disposto no artigo 107.1 do TRLCSP.

57 Trata-se de um conceito indeterminado que a lei tenta esclarecer. Sobre a natureza jurídica das alíneas do artigo 107.3, entendendo trata-se de presunções *iuris tantum*, CÓLAS TENAS: 2014: 350.

para a densificação do que sejam condições essenciais: “a) Quando a modificação varie substancialmente a função e características essenciais da prestação inicialmente contratada. b) Quando a modificação altere a relação entre a prestação contratada e o preço, tal e como essa relação foi definida pelas condições da adjudicação. c) Quando para a realização da prestação modificada fosse necessária uma habilitação profissional diferente da exigida para o contrato inicial ou umas condições de solvência substancialmente distintas. d) Quando as modificações do contrato igualem ou excedam, em mais ou menos, os 10% do preço da adjudicação do contrato; no caso de modificações sucessivas, o seu conjunto não poderá superar este limite. e) Em quaisquer outros casos em que possa presumir que, se tivesse sido conhecida previamente a modificação, teriam concorrido ao procedimento concursal outros interessados, ou que os concorrentes que participaram teriam apresentado propostas substancialmente diferentes das apresentadas”.

Cumprê sublinhar que, além das previsões acabadas de elencar, a lei espanhola não “tolera à Administração outro tipo de impreviões ou ‘torpezas’” (David Blanquer Criado), sendo que as modificações admitidas além destas previsões, são apenas as relativas a elementos secundários ou acessórios⁵⁸. Trata-se de regras com carácter excecional, pelo que qualquer tentativa de ampliação interpretativa está vedada, sob pena de “se poder falsear ou distorcer a concorrência”⁵⁹.

A legislação espanhola permite igualmente a cessão da posição contratual (modificação subjetiva)⁶⁰. Contém também a limitação de que tal é possível “sempre que as qualidades técnicas ou pessoais do cedente não tenham sido razão determinante da adjudicação do contrato, e da cessão não resulte uma restrição efetiva da concorrência de mercado”.

No direito italiano, o *ius variandi* da Administração Pública, conquanto não tenha a mesma configuração daquele que vigora nos ordenamentos de matriz tipicamente francesa, conhece algumas limitações associadas à superveniência de circunstâncias e tem o limite absoluto de não implicar modificações substanciais do contrato⁶¹. Ou seja, limitações do mesmo tipo do das anteriores:

58 Blanquer Criado, 2013: 543.

59 Blanquer Criado, 2013: 543.

60 Cfr. o disposto no artigo 226. do TRLCSP.

61 Cfr. as disposições dos artigos 132 e 114 do D.Lgs. n. 163/2006, 161, n.º 4 e 311, n.ºs 3 e 6 do D.P.R. n. 207/2010.

assegurar que a concorrência protegida na formação do contrato se mantém durante a sua execução.

3.2. No Código dos Contratos Públicos português

O nosso Código dos Contratos Públicos (CCP) foi elaborado na sequência da necessidade de transposição das diretivas de 2004, tendo o legislado português optado por regular o regime substantivo dos contratos administrativos, quer no que respeita a regime comum a todos os contratos quer quanto à disciplina jurídica de contratos em especial. Ora, em várias disposições normativas, relativamente à execução dos contratos administrativos, quer na parte geral da parte III quer na regulamentação concreta dos contratos em especial, encontram-se soluções jurídicas que se destinam a tutelar o interesse público da concorrência⁶².

Embora a nossa lei não tenha reproduzido *quale tale* a construção jurisprudencial atrás brevemente enunciada do Acórdão Pressetext, a verdade é que vamos encontrar várias disposições normativas em que é evidente a influência daquela jurisprudência⁶³.

Na parte geral, uma das primeiras disposições que tem alguma relação com a construção jurisprudencial encontra-se no n.º 6 do artigo 282.º, a propósito da reposição do equilíbrio financeiro. Em caso de modificação do contrato, designadamente por causa do exercício do poder de modificação do conteúdo das prestações, por razões de interesse público, o legislador português estabeleceu que “a reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio do contrato”. Ou seja, não se pode aproveitar uma modificação objetiva para se frustrarem os pressupostos concorrenciais da fase de formação do contrato.

Ao nível do regime da invalidade dos contratos, há também disposições que se relacionam com a questão da tutela da concorrência. A propósito da invalidade derivada do contrato, o n.º 4 do artigo 283.º estabelece como limite ao afastamento do efeito anulatório e portanto para efeitos de manutenção do

62 A legislação portuguesa também protege a concorrência a nível da proteção judicial.

63 Como a doutrina do Acórdão Pressetext assenta na aplicação dos princípios dos Tratados e da contratação pública, ela deve aplicar-se a todos os contratos públicos e não apenas aos considerados nas diretivas. A nova geração de Diretivas, mais abrangentes, e com a consagração de normas sobre a matéria já não levantarão a questão do alcance de aplicação das disposições.

contrato, que a decisão “não implicaria uma modificação subjetiva no contrato celebrado nem uma alteração do seu conteúdo essencial”. Ou seja, estão aqui previstas as duas situações de modificação do contrato existente que o TJUE considerou: a subjetiva e a objetiva, esta última associada ao conceito de conteúdo essencial⁶⁴.

Também a propósito da eficácia do contrato, domínio em que aparentemente não se vislumbrariam problemas de concorrência, o legislador estabeleceu a regra de que a eficácia é para futuro, mas consagrou a possibilidade de atribuição de efeitos retroativos. Estabeleceu contudo um requisito de natureza impeditiva: “2 – As partes podem atribuir eficácia retroativa ao contrato quando exigências imperiosas de direito público o justifiquem, desde que a produção antecipada de efeitos: c) Não impeça, restrinja ou falseie a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à de formação do contrato”⁶⁵. Com esta disposição, pretende o legislador que não seja possível, por esta via, adulterar o equilíbrio financeiro da relação que constou do procedimento de contratação. Ao atribuir eficácia retroativa ao contrato, altera-se, como é compreensível, a relação entre os contraentes. Ora, a nova realidade contratual poderia significar que, colocada nesses termos a concurso, o desfecho do mesmo poderia ter sido diferente. Esta possibilidade mais não é do que a alteração do tipo de concorrência para aquele contrato.

Do mesmo passo, no que respeita à execução do contrato, estabelece o artigo 288.º a obrigação de execução pessoal do contrato e proíbe a transmissão de responsabilidades a terceiros. Com esta disposição, pretende-se proteger a escolha do parceiro contratual e os interesses públicos em que assentou tal escolha.

Mas é ao nível dos limites exercício do poder de modificação do conteúdo das prestações que mais evidente se manifesta a proteção da concorrência. Estabelece o n.º 1 do artigo 313.º: “A modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato”. Ou seja, no jogo de equilíbrios entre a eficácia e eficiência da prossecução do interesse público tutelado no contrato e, portanto, do interesse dos parceiros contratuais, e a tutela do interesse, igualmente público mas mais abrangente, dos concorrentes no procedimento de formação daquele contrato, tem de

64 Sobre a densificação deste conceito e a dificuldade inerente, *vide* o nosso Carvalho, 2010: 492.

65 Artigo 287.º do CCP.

existir um limite absoluto na harmonização. Prevalece o interesse contratual até se atingir intoleravelmente o interesse público da concorrência. Quando tal sucede e a modificação significa a restrição ou/e falseamento da concorrência, ela não é admissível. Chegou-se ao ponto em que a ordem jurídica exige o cumprimento das regras de procedimento concursal.

Mas o legislador também se debruçou sobre a problemática da tutela da concorrência a propósito da modificação subjetiva. Tratou dessa questão como proibição de cessão da posição contratual, no n.º 1 do artigo 317.º e em particular nas alíneas a) e c), claramente tutelando as opções do procedimento de formação do contrato: quando o contrato surgiu na sequência de um ajuste direto em que só se podia convidar uma entidade – permitir a cessão da posição contratual significa necessariamente violar a lei; quando, nos termos da lei, “existam fortes indícios de que a cessão da posição contratual ou a subcontratação resultem de atos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras de concorrência”. Mas como a cessão da posição contratual pode ser autorizada no contrato, fora das situações enunciadas no artigo 317.º, o artigo 318.º estabelece em primeiro lugar que a estipulação contratual a prever cessão “não pode ter por efeito restringir, limitar ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato, não podendo, designadamente, limitar a possibilidade de recurso à capacidade técnica de terceiras entidades que se afigure essencial para efeitos de qualificação do co-contratante”. Além disso, o potencial cessionário deve ter os documentos de habilitação que tenham sido exigidos ao cocontratante [artigo 318.º, n.º 2 a)], bem como deter os requisitos técnicos e de capacidade financeira [artigo 318.º, n.º 2 b)]. É ainda possível a cessão ser autorizada durante a execução, nos termos do artigo 318.º. Pretende o legislador que o novo parceiro contratual da Administração cumpra os requisitos que estiveram em concurso na formação do contrato. Ou seja, para que não se utilize a modificação subjetiva para estabelecer a relação contratual com quem, segundo as regras da contratação pública, não poderia ser parceiro da Administração Pública. Além de beliscar decisivamente o conjunto potencial de concorrentes.

Por fim, mas não menos importante, o artigo 315.º impõe a publicitação de “quaisquer modificações objetivas do contrato e representem um valor acumulado superior a 15% do preço contratual”. Trata-se de uma obrigação de transparência, sendo um mecanismo de tutela da concorrência e dos valores da contratação pública.

No que respeita à regulamentação dos contratos administrativos em especial, a título meramente ilustrativo, no contrato de empreitada de obras públicas e a respeito dos trabalhos e a trabalhos a mais, o legislador português também tentou acautelar o valor da concorrência. No n.º 4 do artigo 361.º, relativo ao plano de trabalhos, se bem que sejam admissíveis ajustamentos, os mesmos nunca se podem consubstanciar em alterações em elementos essenciais do contrato como o preço, prazo de execução, elementos fundamentais do contrato que estiveram a concurso.

Depois, no regime de trabalhos a mais o n.º 5 do artigo 370.º estabelece: “Caso não se verifique alguma das condições previstas no n.º 2, os trabalhos a mais devem ser objecto de contrato celebrado na sequência de procedimento adoptado nos termos do disposto no título I da parte II”. As condições previstas no n.º 2 são as seguintes: “a) Tendo o contrato sido celebrado na sequência de procedimento de ajuste direto ao abrigo do disposto na alínea a) do artigo 19.º, o somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, seja igual ou superior ao valor referido naquela alínea; b) Tendo o contrato sido celebrado na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação e o somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, seja igual ou superior ao valor referido na alínea b) do artigo 19.º, o anúncio do concurso não tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia; c) O preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, ultrapasse 40 do preço contratual”. Como se pode verificar, trata-se de circunstâncias em que os trabalhos a mais, a serem adjudicados ao cocontratante, violam as disposições da contratação pública, no que respeita ao elemento essencial do preço.

No âmbito do contrato de prestação de serviços, é aplicável o mesmo acervo de limitações para que possam ser ordenados serviços a mais⁶⁶.

No que respeita às concessões, o artigo 416.º, quando o legislador regula a viabilidade económico-financeira do projeto, prevê que só podem ser concedidas “prestações económico-financeiras desde que as mesmas não violem as regras comunitárias e nacionais da concorrência”.

Portanto, o legislador português ter-se-á apercebido dos perigos que a execução contratual podia trazer para a idoneidade da contratação pública e

66 Cfr. o disposto nos n.º 2 e 5 do artigo 454.º do CCP.

daí ter acautelado essencialmente a propósito da modificação do contrato o interesse público da concorrência.

3.3. Alcance das disposições da Diretiva sobre a legislação nacional – breve reflexão

Cabe agora tentar perceber como o regime do artigo 72.º altera ou tem possibilidades de alterar o regime do Código dos Contratos Públicos a este propósito.

À semelhança do que sucede nos ordenamentos que atrás brevemente convocamos à reflexão, a primeira apreciação é a de que o artigo 72.º não vem revolucionar as atuais soluções legislativas internas. Por exemplo, no direito italiano, o Instituto per L’Innovazione e Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale produziu um “Documento di analisi della Diretiva 2014/24/EU in Materia di Appalti Pubblici”, 15/16/CR5bis/C4, em Roma, fevereiro de 2015, onde procedeu à apreciação das normas introduzidas pelo artigo 72.º, tendo, do confronto com as soluções internas já existentes, sustentado que “ambas as disciplinas se fundam na proibição de modificação substancial da natureza do contrato; b) que ambas, na presença de causas supervenientes e imprevisas, preveem hipóteses taxativas na presença das quais são consentidas modificações do contrato em execução, embora apresentando carácter substantivo; c) ambas preveem hipóteses de modificação não substanciais do contrato exigidas pelo contratante”⁶⁷. Claro que existem diferenças que passam, na análise italiana, por exemplo, pela previsão de publicidade das modificações, pela não consagração, na norma europeia, da necessidade de se referir a superveniência de circunstância ao momento da estipulação contratual como exige a legislação italiana, pela definição de “modificação substancial”⁶⁸.

No direito espanhol, o procedimento de transposição das novas diretivas vai já avançado, dispondo já a ordem jurídica espanhola de um projeto de transposição. Merece por isso alguma atenção. Os artigos 106. e 107. da TRLCSP passarão a ter a seguinte redação, por força da transposição:

- a) Modificações previstas nos documentos do concurso, vertidas em cláusulas claras, precisas e inequívocas, com definição do alcance e natureza da modificação e indicação das circunstâncias justificativas, de verificação objetiva e o procedimento da modificação. Exige-se ainda que a

67 Ambientale: 2015: 138.

68 Ambientale: 2015: 138.

cláusula de modificação seja “*tal que en todo caso permita a los candidatos y licitadores comprender su alcance exacto e interpretarla de la misma forma y que, por otra parte, permita al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por éstos*”⁶⁹.

- b) Modificações não previstas nos documentos do concurso, prestações adicionais, circunstâncias imprevistas e modificações não substanciais. Constam do artigo 203.º que pretende transpor:
- i) Quanto às circunstâncias previstas no artigo 72.º, n.ºs 4 e 5⁷⁰;
 - ii) Trabalhos complementares previstos nos termos do artigo 72.º, n.º 1 b);
 - iii) Circunstâncias imprevisíveis, nos termos do artigo 72.º, n.º 1 c)⁷¹;
 - iv) Conceito de modificação substancial, nos termos do artigo 72.º, n.º 4⁷²;

69 Cfr. o disposto artigo 202.º, n.º 1, que transpõe os artigos 72.1.a) y 72.1.d), i) y *Considerando (111) DN y Artículo 43 DC* do BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO-17 DE ABRIL DE 2015 (consultado em <http://www.obcp.es/>, em 25/6/2015).

70 1. [Artículos 72.4; 72.5 y *Considerando (107) DN*] Las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares o que, habiendo sido previstas, no se ajusten a lo establecido en el artículo anterior, solo podrán realizarse cuando la modificación en cuestión cumpla los siguientes requisitos: a) Que encuentre su justificación en alguno de los supuestos que se relacionan en el apartado segundo de este artículo. b) Que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. Los supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación no prevista, siempre y cuando ésta cumpla todos los requisitos recogidos en el apartado primero de este artículo, son los siguientes:

a) [Art. 72.1.b) y *Considerando (108) DN*] Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente 1º. Que el cambio de contratista o bien obligaría al órgano de contratación a adquirir obras, servicios o suministros con características técnicas diferentes a los inicialmente contratados, cuando estas diferencias den lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso o de mantenimiento que resulten desproporcionadas; o bien generaría inconvenientes significativos o un aumento sustancial de costes para el órgano de contratación; o que por alguna otra razón de tipo económico o técnico no fuera posible el cambio de contratista. 2º. Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido”.

71 b) [Art. 72.1.c) y *Considerando (109) DN*] Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes: 1º. Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever. 2º. Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato. 3º. Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

72 c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales. En este caso se tendrá que justificar especialmente la necesidad de las mismas, indicando las razones por las que esas prestaciones no se incluyeron en el contrato inicial.

No nosso Código, como acima já fomos adiantando, algumas das soluções pretorianas foram consagradas, ainda que seja necessária a intervenção do legislador nacional para que se opere a integral transposição das novas diretivas. Não é de todo nossa intenção apresentar possíveis soluções de transposição, mas apenas identificar brevemente aquelas soluções da Diretiva que podem estar mais distantes das atuais opções legislativas internas.

Não existe atualmente a previsão no Código dos Contratos Públicos da modificação estar prevista, a título objetivo e subjetivo, nos documentos do concurso, em cláusulas de revisão ou “opções claras, precisas e inequívocas”, se bem que o n.º 1 do artigo 318.º se refere a autorização no contrato – pode presumir-se que tal “autorização” consta já dos documentos do concurso e é vertida, após a adjudicação, para o contrato⁷³.

A modificação motivada por trabalhos complementares, em contrato já celebrado, parece ser um pouco mais exigente do que a previsão contida no atual n.º 1 do artigo 370.º do Código dos Contratos Públicos, pois faz depender a sua admissibilidade do preenchimento de duas condições que têm formulações mais exigentes.

O nosso Código não se refere a modificação substancial como limite a modificações mas refere-se a “prestações principais”, mas já se refere à proteção da ordenação das propostas (cfr. o artigo 313.º).

A obrigação de transparência já está prescrita no artigo 315.º

Será necessário refletir como se deverá transpor o n.º 2 do artigo 72.º relativo às modificações de valor diminuto.

Una modificación de un contrato se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio. En cualquier caso, una modificación se considerará sustancial cuando se cumpla una o varias de las condiciones siguientes: 1º. Que la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación 2º. Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista de una manera que no estaba prevista en el contrato inicial 3º. Que la modificación amplíe de forma importante el ámbito del contrato. En todo caso, se considerará que se amplía de modo importante el ámbito del contrato cuando las modificaciones supongan una alteración en su cuantía que exceda, aislada o conjuntamente, del 15 por ciento del precio inicial del mismo, IVA excluido, si se trata del contrato de obras, o de un 10 por ciento, IVA excluido, cuando se refiera a los demás contratos. Para el cálculo del precio mencionado en las letras a) y b) de este apartado se tomará en cuenta el precio actualizado, si el contrato incluye cláusula de revisión de precios. En los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios, si la concesión no incluye cláusula de revisión de precios, el valor actualizado se calculará teniendo en cuenta la inflación media medida conforme al índice de precios de consumo.]”

73 Sem prejuízo do disposto do n.º 2 do artigo 96.º do CCP. Ainda que se deva sublinhar que a previsão constante do artigo 318.º se refere apenas à modificação subjetiva.

4. SÍNTESE

Pela primeira vez, e dando mais uma vez peso legislativo à construção jurisprudencial, o legislador europeu emanou normas específicas sobre a execução dos contratos públicos. Não propriamente sobre a relação contratual mas apenas no que respeita a aspetos da execução dos contratos que possam colocar em causa o valor da concorrência presente e protegido na formação do contrato.

Assim, e tomando como modelo de análise do artigo 72.º da Diretiva 2014/24, verifica-se que o legislador europeu interveio a propósito das modificações objetivas e subjetivas. O princípio geral estabelecido, ainda que em técnica legislativa desadequada, é o de qualquer modificação deve levar a entidade adjudicante a iniciar um novo procedimento concursal.

Todavia, querendo dotar a legislação europeia de alguma flexibilidade, o legislador europeu leva a cabo uma harmonização entre a tutela da concorrência e a execução de contratos de longa duração, os quais levantam questões relativas à sua execução e sua adequação permanente ao interesse público. Previu então o legislador um conjunto de circunstâncias que uma vez verificadas não impõem um novo procedimento pré-contratual: de modificações objetivas que estejam previstas nos documentos do concurso [artigo 72.º, n.º 1, alínea *a*)], de trabalhos complementares [artigo 72.º, n.º 1 alínea *b*)], de circunstâncias imprevisíveis [artigo 72.º, n.º 1 alínea *c*)], de modificações que não forem substanciais [artigo 72.º, n.º 1, alínea *e*)] e de modificações de valor diminuto (artigo 72.º, n.º 2). Comum a todas estas hipóteses são os limites das mesmas: não pode haver um aumento significativo do preço (50% ou superior aos limiares, no caso do n.º 2) nem existir uma alteração substancial do contrato ou modificação da natureza global do mesmo.

No caso da modificação subjetiva, prevista na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 72.º, ela é admissível sem recurso a novo procedimento quando esteja prevista nos documentos/proposta contratual, quando decorra de alterações subjetivas internas, incluindo a insolvência do adjudicatário ou quando seja a entidade adjudicante a assumir as obrigações do contratante inicial.

Alguns ordenamentos nacionais já acautelaram a tutela da concorrência em sede de execução dos contratos, pelo que as suas ordens jurídicas contemplam já algumas soluções. É o caso do direito espanhol, que até já está adiantado quanto à transposição das Diretivas, e o nosso ordenamento. Foram elencadas várias disposições normativas disso mesmo ilustrativas.

BIBLIOGRAFIA

AMBIENTALE, I. p. L. I. e. T. d. A. e. I. C.

2015 *Documento di analisi della Direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici*. [Online] disponível em: <http://www.itaca.org/documenti/news/Analisi%20direttiva%20appalti.pdf> [Acedido em 24 junho 2015].

ANDRADE, José Carlos Vieira de

2008 “A propósito do regime do contrato administrativo no «Código dos Contratos Públicos»”, In: Almeida, Carlos Ferreira de, Amaral, Diogo Freitas do, Almeida, Marta Tavares de, *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Coimbra: Almedina, pp. 339-363.

ARROWSMITH, Sue

2012 “Modernising the European Union’s public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility”, *PPLR*, 2012, 3, pp. 71-82.

BLANQUER CRIADO, D.

2013 *Los Contratos del Setor Público*. Valencia: Tirant lo Blanch.

BRODEC, J. & VÁCLAV, J.

2015 “How does the substantial modification of a public contract effect its legal regime?”, *PPLR*, 2015, 3, pp. 90-105.

CARVALHO, Raquel

2010 *As invalidades contratuais nos contratos administrativos de solicitação de bens e serviços*. Coimbra: Almedina.

CHARREL, N. & Gaspar, T.

2014 “Le nouveau régime juridique de modification des marchés en cours d’exécution”. *Revue – Contrats Public*.

CÓLAS TENAS, J.

2014 “Sexto. El cumplimiento y la ejecución”, In: *Yzquierdo Tolsada, Mariano – coord., Contratos – Los Contratos Públicos*. Navarra: Aranzadi, pp. 326-365.

GALLEGO CÓRCOLES, I.

2015 *La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública*. X Congreso AEPDA, s.n.

GIMENO FELIU, J. M.

2013 “La modificación de los contratos: Límites y derecho aplicable”. In: C. C. d. Madrid, ed. *La contratación pública: problemas actuales*. Madrid: s.n., pp. 83-140.

2015 *La Reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad*. [Online] Disponível em: www.aepda.es/pdf [Acedido em 25 junho 2015].

GONÇALVES, Pedro

2009 “Acórdão Presstext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”. *Cadernos de Justiça Administrativa*, janeiro/fevereiro, pp.1-20.

HARTLEY, KRISTIAN & LILJEENBOL, MORTEN WAHL

2013 “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”, *PPLR*, 2013, 2, pp. 51-73.

KOTSONIS, T.

2014 “The 2014 Utilities Directive of the EU: codification, flexibilisation and other misdemeanours”. *PPLR*, 2014, 4, pp. 169-187.

MEDEIROS, Rui

2014 “The New Directive 2014/24/EU on Public Procurement: A First Overview”. In Tavares, Luís Valadares / Medeiros, Rui / Coelho, David: *The new Directive 2014/24/EU on Public Procurement*, Lisboa: s.n., pp. 29-52.

OLIVEIRA, Mário Esteves & OLIVEIRA, Rodrigo Esteves

2011 *Concursos e outros procedimentos de contratação pública*. Coimbra: Almedina.

POULSEN, S. T.

2012 “The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under UE”. *PPLR*, 2012, 5, pp. 167-187.

TREUMER, Steen

2014 “Contract changes and the duty to retender under the new EU Public Procurement Directive”. *PPLR*, 2014, 3, pp. 148-155.

2014a “Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive. In Lichére, François; Caranta, Roberto; Treumer, Steen: *Modernising Public Procurement: the new Directive*. s.l.:DJOF Publishing, pp. 281-300.

2014b “Transfer of contracts covered by EU public procurement rules after insolvency”, *PPLR*, 2014, 1, pp. 21-31.

BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO – 17 de Abril de 2015 (consultado em <http://www.obcp.es/>, em 25/6/2015).