

Mestrado em Direito e Prática Jurídica

Especialidade em Direito Administrativo e Administração Pública



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL EM CASO DE
INCUMPRIMENTO DO COCONTRATANTE: uma reflexão**

Carina Cunha Vieira

Dissertação de Mestrado

Orientação: Professor Doutor Miguel Assis Raimundo

Janeiro de 2019

À minha mãe,
A quem devo tudo o que sou.

Ao meu pai,
Que te orgulhes de mim (sempre), estejas onde estiveres.

Ao meu irmão,
Por seres [O] meu.

“à luta do direito, que gosta da estabilidade das situações adquiridas, contra a mobilidade dos acontecimentos”

Maurice Hauriou, *Principes De Droit Public*

Agradecimentos

Ao meu orientador, Professor Doutor Miguel Assis Raimundo, agradeço a disponibilidade que demonstrou em orientar-me nesta dissertação e, sobretudo, a inestimável ajuda nos momentos de descoordenação e falta de objetividade.

À Universidade Católica Portuguesa, onde me foram transmitidos os primeiros ensinamentos de direito.

À Faculdade de Direito de Lisboa, que tão bem me acolheu, proporcionando o aprofundamento dos conceitos de Direito Administrativo.

À Câmara Municipal de Lisboa, onde tudo aprendi sobre contratação pública, em especial sobre as empreitadas de obras públicas.

À GEBALIS - Gestão do Arrendamento da Habitação Municipal de Lisboa, E.M., S.A., onde me tem sido dada a oportunidade de aplicar conhecimentos e onde sou diariamente desafiada.

Aos meus amigos (os de sempre), pela imensa força que me foram transmitindo.

A ti, Maria Inês, sabes porquê.

Por fim, mas não por último, ao Pedro Pinto de Jesus e à Maria Helena Correia: por me terem proporcionado condições de trabalho que viabilizaram o estudo desenvolvido, por representarem o que de bom existe (e deve ser reconhecido) no Gestor Público, pela amizade, e, como não podia deixar de ser, pela enorme paciência que tiveram.

Resumo

O presente estudo é dedicado à procura de uma alternativa aos mecanismos legais comuns de reação ao incumprimento do cocontratante, que assegure a efetiva execução das prestações contratualizadas, ainda que por intermédio de diferente cocontratante, em nome do interesse público e sem necessidade de promover novo procedimento concursal.

Propõe-se uma reflexão sobre o aditado artigo 318º-A, na revisão do Código dos Contratos Públicos, promovida pelo Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto.

Esta revisão era muito aguardada, não apenas face às novas diretivas europeias de 2014, que careciam de transposição, mas particularmente para se perceber qual seria a opção do legislador nacional face à inovadora regulamentação da execução dos contratos e, em especial, das modificações admitidas nos contratos sem necessidade de promover novo procedimento concursal.

Destacando o mecanismo escolhido pelo legislador nacional - cessão da posição contratual imposta pelo contraente público, com substituição do contraente incumpridor pelo concorrente com a proposta ordenada em lugar subsequente no procedimento concursal que formou o contrato incumprido -, pretende-se enunciar os problemas de aplicação prática e clarificar o âmbito, regime e limites da figura positivada, em comparação com a disciplina fixada na Diretiva 2014/24/EU, em especial com o artigo 72º.

Não se deixa de observar a figura, integrada num contexto de transmissão de um contrato, distinta da figura da novação.

Analisando os conceitos de modificações não substanciais e modificações substanciais (admissíveis e não admissíveis) à luz da vasta jurisprudência europeia, aplicados ao direito interno, pretende-se defender a simultânea autorização de modificação subjetiva e modificação objetiva quando se recorre à figura da cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante, enquadrada nos limites estabelecidos pelo legislador comunitário.

Conclui-se que a solução de direito interno é pouco satisfatória e introduz dificuldades que deveriam ter sido acauteladas, tendo sido preferível a transposição do artigo 72º da *Diretiva Contratos*.

Palavras-chave.

Artigo 318º-A; Código dos Contratos Públicos revisto; incumprimento contratual; modificação subjetiva; modificação objetiva; modificação substancial; modificação não substancial; limites; diretiva 2014/24/EU; artigo 72º.

Abstract

The present study is dedicated to the search for an alternative to the common legal mechanisms of reaction to the non-compliance of the contracting party, which ensures the effective execution of the contracted services, albeit through a different co-fulfilment, in the name of the public interest and without the need to promote new procurement proceedings.

It is proposed a reflection on the added article 318^o-A in the revision of the Public Contracts Code, promoted by Decree-Law no. 111-B / 2017, of August 31.

This revision was long awaited, not only in the face of the new European directives of 2014, which had to be transposed, but particularly in order to understand what the national legislator would have in view of the innovative rules governing the execution of contracts and, in particular, without the need to promote new procurement proceedings.

Emphasizing the mechanism chosen by the national legislator - cession of the contractual position imposed by the public contractor, with the substitution of the defaulting contractor by the concurrent with the proposal ordered due to the insolvency proceedings that formed the contract failed - is intended to state the problems of practical application, and clarify the scope, scheme and limits of the positive figure compared to the discipline set out in Directive 2014/24 / EU, in particular with the Article 72^o.

The figure, integrated in a context of transmission of a contract, distinct from the figure of the novation, will not be left to be observed.

In analyzing the concepts of non-substantial changes and substantial changes (admissible and inadmissible) in the light of the wide european jurisprudence, applied to domestic law, the intention is to defend the simultaneous authorization of subjective modification and objective modification, when using the figure of the assignment of the contractual position in the event of non-compliance by the contracting party within the limits set by the Community legislator.

It is concluded that the solution of domestic law is unsatisfactory and introduces difficulties which should have been taken care of, and that the transposition of Article 72^o of the *Contracts Directive* would have been preferable.

Key words

Article 318°-A; Public Procurement Code revised; breach of contract; subjective modification; objective modification; substantial modification; not substantial modification; Limits; Directive 2014/24/EU; Article 72°.

Abreviaturas e siglas

AAFDDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

CCP – Código dos Contratos Públicos

Cfr. – Conforme

Col. – Colaboração

Coord. – Coordenação

E.M. – Empresa Municipal

EU – European Union /União Europeia

JOE - Jornal Oficial da União Europeia

Nº – Número

Nºs – Números

Org. –Organização

P. – Página

Pp. – Páginas

S.A. – Sociedade anónima

Ss. – Seguintes

TJ – Tribunal de Justiça

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

V. – Vide

Índice:

<i>Agradecimentos</i>	4
<i>Resumo</i>	5
<i>Abstract</i>	7
<i>Abreviaturas e siglas</i>	9
<i>Índice:</i>	10
<i>Introdução</i>	12
<i>Sequência da exposição</i>	16
<i>Parte I</i>	18
<i>Um olhar sobre os contratos administrativos</i>	18
Capítulo I – Breve incursão aos conceitos de contrato público e de contrato administrativo	18
1. Opção pelo conceito de contrato administrativo	18
Capítulo II - O Cumprimento contratual	20
1. Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo – conceitos	20
2. Pressupostos do cumprimento do contrato	23
<i>Parte II</i>	25
<i>A modificação dos contratos administrativos em contexto do cumprimento contratual</i>	25
Capítulo I - Da mutabilidade ao princípio da estabilidade	25
1. A mutabilidade dos contratos administrativos	25
2. A jurisprudência europeia – em busca do conceito de modificação substancial e não substancial do contrato	27
2.1 Acórdão Comissão/Succhi di Frutta	28
2.2 Acórdão Presstext	29
2.3 Acórdão ASM Brescia	32
2.4 Acórdão Wall AG	33
2.5 Acórdão Finn Frogne	34
Capítulo II - A reforma europeia em matéria de modificação do contrato	36
1. A necessidade de reforma da legislação europeia em matéria de contratos administrativos	36
2. A Diretiva Contratos – uma tentativa de regular a matéria das modificações contratuais .	42
2.1 Um novo figurino	42
2.2 O artigo 72º	44
2.2.1 Modificações admissíveis	45

2.2.2	Modificações inadmissíveis	48
	<i>Parte III</i>	50
	A modificação dos contratos administrativos em contexto de incumprimento contratual: a cessão da posição contratual, uma solução de direito interno	50
	Capítulo I - A cessão da posição contratual: um caso de modificação subjetiva	50
1.	O instituto da cessão da posição contratual – conceito	50
2.	Regime normativo (em vigor) da cessão da posição contratual	52
	Capítulo II - O artigo 318º-A: regime, limites e problemas	55
1.	A cessão da posição contratual em cenário de incumprimento contratual	55
2.	O aditado artigo 318º-A – Uma solução em defesa do interesse público, face aos problemas gerados pelo incumprimento do cocontratante?	56
2.1	Regime legal	56
2.2	Dificuldades de aplicação da figura, tal qual pensada e positivada pelo legislador nacional	59
2.2.1	Uma interpelação vinculativa?	60
2.2.2	Poderá o contraente público voltar atrás na sua decisão?	63
2.2.3	Efeitos da cessão da posição contratual	64
2.3	Os nºs 2 e 3 do artigo 318º-A - Um paradoxo?	64
2.4	O artigo 318º-A – O acolhimento da dupla modificação contratual?	70
	<i>Conclusão</i>	77
	<i>Bibliografia</i>	83

Introdução

O incumprimento dos contratos públicos, ou em noção estrita, dos contratos administrativos, é um problema que tem sido muito debatido na doutrina, destacando-se em períodos de crise tal qual o que recentemente afetou Portugal.¹ Por força destes períodos de recessão económica, é-nos permitido afirmar, muitos operadores económicos foram compelidos a apresentar propostas excessivamente competitivas², o que se reflete diretamente, não apenas na fase da formação do contrato, mas particularmente na respetiva execução.

Ora, quem como nós lidou, pela ótica do contraente público e sendo esta a nossa declaração de interesses, com procedimentos concursais em que as propostas apresentadas ultrapassavam a admissível competitividade, revelando margens de lucro deficitárias e muitas vezes, indiciadoras de *dumping*³, dúvidas não restavam da difícil execução do contrato a celebrar, pelo menos com a qualidade contratada e nos tempos acordados.

Admitindo que se possa entender tratar-se de uma visão e perspetiva pessimistas, verdade que, examinando os mecanismos legais de reação ao incumprimento contratual do cocontratante, voltados tão apenas para a sua punição, cremos, indubitavelmente, que deixam a descoberto o interesse público no cumprimento do contrato, nos termos e tempos acordados.

Assim, a consciência das dificuldades do cumprimento contratual tal qual acordado, não sendo admissível a exclusão de propostas por mera possibilidade de incumprimento⁴, importou na busca de alternativas aos mecanismos legais comuns de reação ao incumprimento e que assegurem uma real e efetiva execução das prestações contratualizadas, ainda que por intermédio de diferente cocontratante, escolha esta balizada, embora e sempre, nos princípios orientadores da contratação pública.

¹ Como consabido, Portugal atravessou recentemente um período de crise, a designada crise das dívidas soberanas, que levou a uma intervenção do Fundo Monetário Internacional no período compreendido de 2011 a 2015.

² Em particular no setor da construção civil.

³ Expressão utilizada, não sem refletida cautela. Parece ser, todavia, a expressão que melhor reflete o que a experiência tem desvelado.

⁴ Não podemos deixar de fazer referência à posição jurisprudencial que caminhou num sentido pouco permissivo à exclusão de propostas de preço anormalmente baixo, ainda que pudesse ser demonstrável tratar-se de propostas pouco *sérias* e de elevado risco em fase de execução contratual. A propósito da posição dos nossos tribunais, v. acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 07 de janeiro de 2016, proferido no âmbito do processo nº 01021/15.

Essa busca surge ora patente na tarefa a que nos propomos, sendo que o presente estudo versa sobre um mecanismo, que será por certo controvertido e fonte de elevada litigiosidade, que à data da escolha do tema objeto da presente dissertação ainda não se achava em vigor, mas que é hoje uma realidade vertida no artigo 318º-A do Código dos Contratos Públicos⁵: a cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante.

É a possibilidade de, em caso de incumprimento contratual do cocontratante, o contraente público poder valer-se do concorrente que tenha apresentado a proposta ordenada em lugar subsequente e por intermédio deste obter a execução das prestações em falta.

Este mecanismo inserido em matéria de modificação contratual patenteia, assim pensamos, algumas das preocupações e dificuldades que se apresentam ao contraente público e tendente a ultrapassar os cuidados e *medos* que obstam a que se fale e defenda, a substituição forçada do cocontratante em sede de execução do contrato, sem que se sentencie com a violação do princípio da concorrência.

É precisamente a perceção de que a modificação contratual poderá colidir, não só, mas sobretudo, com o princípio da concorrência assegurado na fase inicial do procedimento, que desvela a principal dificuldade de implementação e sobrevivência jurídica do instrumento ora consagrado pelo legislador nacional.

Não podemos deixar de referir que com a constituição, primeiro, de uma Comunidade Económica Europeia⁶ e, depois, com a instituição de uma União Económica e Monetária⁷, foi objetivo dos Estados-Membros a implementação de medidas tendentes à criação de um grande mercado comum, tendo-se afigurado essencial a promoção de uma política concertada de contratos públicos. O regime de contratação pública foi, então, construído voltado para a fase da formação do contrato, assentando alicerces nos princípios da concorrência, da não discriminação em razão da nacionalidade, da igualdade de tratamento, da imparcialidade, da transparência e da proporcionalidade, princípios que dominam toda a tramitação pré-contratual.

Foi, pois, o reconhecimento de que só poderia haver uma concorrência efetiva e transparente através da enunciação de regras e princípios claros e da criação de condições

⁵ Na versão do Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto. A este diploma se fará referência, adiante, também por CCP ou Código e a que se referem os artigos inscritos, salvo indicação em contrário.

⁶ Criada através do Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, tendo por objetivo e missão fundamentais a criação de um mercado comum, assente na abolição de restrições comerciais e produtivas.

⁷ Criada através do Tratado de Maastricht, de 1 de novembro de 1992.

efetivas de prevenção de práticas discriminatórias na fase de formação dos procedimentos aquisitivos.

Por sua vez, a fase da execução do contrato foi relegada para segundo plano. Julgamos que devido à convicção de que bastaria o cumprimento de regras precisas, transparentes e de fomento à concorrência, em fase do procedimento inicial, para que a execução dos contratos decorresse de forma a não beliscar os princípios enformadores da contratação pública.

Porém, como expectável, a execução do contrato foi ganhando vida e dinâmicas próprias. Não tardou, assim, a preocupação com a fase da execução dos contratos e da necessidade da sua compatibilização com as regras que estiveram na sua génese.⁸ O enfoque esteve, precisamente, nos mecanismos e fundamentos de modificação contratual. Percebeu-se, então, que não raras vezes, as modificações introduzidas nos contratos em sede da sua execução, reconduziam a uma sua absoluta desvirtuação atingindo, de forma manifesta, os termos fundamentais do contrato celebrado.

É neste ambiente de preocupação com a fase da execução dos contratos que se começa a delinear a nossa reflexão: a compatibilização dos princípios enformadores da contratação pública com a necessidade de adaptar o contrato às várias vicissitudes que vão ocorrendo e que se reconduzem, para o que interessa ao nosso estudo, ao incumprimento do contrato por parte do cocontratante.

O Código dos Contratos Públicos consagra o instituto da cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante que, aparentemente, procura dar resposta ao nosso problema: reação eficaz e célere ao incumprimento do cocontratante. Mas trata-se de um instituto com implicações diretas na execução de um contrato, traduzindo uma sua modificação, com alteração, pelo menos, de uma das suas partes primitivas.

⁸ Tendo por referência o Livro Verde da Comissão sobre a modernização da política de contratos públicos da União Europeia, o Tribunal de Contas veio defender não lhe competir questionar os objetivos de política definidos pela Comissão, lembrando, todavia, que fossem quais fossem esses objetivos, estes não deveriam afetar os objetivos básicos do quadro jurídico dos contratos públicos, designadamente, o respeito pelos princípios da não discriminação, da igualdade de tratamento e da transparência, bem como a obtenção, para as entidades adjudicantes e para os contribuintes, dos melhores resultados possíveis em matéria de contratos públicos, com o menor investimento possível em termos de tempo e de dinheiros públicos. V. Parecer nº 4/2011, de 26 de maio, publicado no JOE, de 02 de julho de 2011. [Consultado em 18 de dezembro de 2018]. Disponível em: http://www.contratacao publica.com.pt/xms/files/Documentacao/Parecer_TC_4_2011_-_PRINCIPAL_1289727_1-.PDF.

Ora, considerando o acervo de jurisprudência nacional e europeia a propósito da substituição do cocontratante, tratando-se, ainda, de mecanismo que opera através do instituto da cessão da posição contratual *forçada*, não podemos deixar de refletir a sua conformidade com as regras europeias, por um lado, e a adequação do regime estabelecido pelo legislador português com a própria figura de uma cessão da posição contratual, por outro, como adiante melhor se verá.

Esta dissertação procura refletir o instituto, identificar as dificuldades que se apresentam à sua admissão, analisar a sua conformidade com o direito europeu e verificar se é uma alternativa, válida e eficaz, aos meios tradicionais de resposta ao incumprimento do cocontratante.

Sequência da exposição

Justificada a escolha do tema, cumpre indicar a sequência da exposição, não deixando de advertir, como já em parte desvelado, que a reflexão que se propõe centra-se na análise ao código atual tendo, todavia, se iniciado ainda com o anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos.

Este facto, antecipamos, tem consequências sobretudo ao nível da compreensão da letra da lei e da análise da sua (in) suficiência, face aquele que se julga ser o pensamento do legislador comunitário.

Assim, na Primeira Parte, focando a atenção nos contratos administrativos, entendemos como fundamental um enquadramento concetual, ainda que resumido, sobre os conceitos de contrato público e de contrato administrativo discorrendo, de seguida, sobre o tema do cumprimento e do incumprimento contratuais, essencial à correta integração do tema objeto do trabalho que ora se inicia.

Começamos por caracterizar, distinguindo, aludindo em seguida e sinteticamente aos diferentes tipos de incumprimento e responsabilidades geradas, bem como à exposição dos meios aptos a obrigar e compelir o cocontratante ao cumprimento do contrato celebrado.

Na Segunda Parte procedemos à contextualização do tema da modificação dos contratos administrativos, discorrendo sobre as razões que motivaram o regime atual, moldado em regras muito precisas. Esta tarefa não seria possível sem recurso ao vasto acervo jurisprudencial europeu e ao exame, então feito, às modificações aos contratos que se consideram substanciais e obrigam a que sejam reconduzidas para um novo procedimento concursal.

Não deixamos de analisar a reforma europeia em matéria de contratos públicos e à nova vocação centrada na fase da execução dos contratos, onde o tema das modificações contratuais assume papel de destaque. Neste propósito, procedemos à análise da *Diretiva Contratos*⁹, em especial do artigo 72º, de forma a perceber que modificações aos contratos são, ou não, admissíveis para o legislador europeu.

⁹ Assim designada no presente estudo, ou também por Diretiva e que corresponde à Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro.

Na Terceira Parte fazemos a incursão sobre o instituto da cessão da posição contratual, ponto nuclear desta reflexão, mecanismo observado em duas vertentes: enquanto modificação de contratos, garante do seu cumprimento e enquanto modificação de contratos, meio de reação ao incumprimento do cocontratante e destinado, ainda, a salvar o contrato incumprido com fundamento na satisfação do interesse público.

Para o efeito, impõe-se uma reflexão sobre a sua natureza e regime. Na posse dessa discência aproximamo-nos, então, da compreensão do regime contido no aditado artigo 318º-A. O desenvolvimento do estudo passa pela breve análise do tratamento que o legislador dá ao tema, procurando perceber pressupostos de aplicação, seus limites e problemas. Neste ponto, dedicamos especial atenção aos aspetos que se devem manter intocáveis no contrato e aqueles que podem ser alterados, sem que se incorra em violação dos princípios da contratação pública ou na deformação do próprio instituto da cessão da posição contratual.

Fornecemos, por fim, na Quarta Parte, uma breve síntese conclusiva, indagando da suficiência do regime estatuído face às expectativas criadas com as diretivas de 2014 e questionando se o instituto, tal qual previsto, será bastante a dar resposta às reais necessidades da defesa do interesse público subjacente ao contrato celebrado.

Parte I

Um olhar sobre os contratos administrativos

Capítulo I – Breve incursão aos conceitos de contrato público e de contrato administrativo

1. Opção pelo conceito de contrato administrativo

Com o propósito de refletir o instituto da cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante, no âmbito de um contrato administrativo, importa fixar o objeto da dissertação. Assim, considerando o diploma chave onde se desenrola este estudo (o Código dos Contratos Públicos), impõe-se a incursão sobre duas figuras que expressam a atividade contratual da Administração Pública: o contrato público e o contrato administrativo.¹⁰

Os conceitos de contrato público e de contrato administrativo são conceitos diferentes. É o que decorre da aplicação conjugada dos n.ºs 1, 2 e 5 do artigo 1.º e do n.º 1 do artigo 280.º.

Traçando a sua distinção, percebemos que a noção de contrato público detém vasta amplitude no direito português.¹¹ Para Miguel Assis Raimundo, pensamento que julgamos não desvirtuar, contrato público é todo aquele contrato com ligação a necessidades públicas, celebrado pelas entidades adjudicantes referidas nos artigos 2.º, 7.º e 12.º, que são entidades públicas ou equiparadas, que possui um regime jurídico-público de formação e de controlo específicos, com limitações de direito público relativas à sua eficácia, validade e conteúdo, e suscetível de variações e limitações a esse mesmo conteúdo. Por outras palavras, aquele contrato celebrado pelas entidades adjudicantes indicadas no Código dos Contratos Públicos e que não esteja excluído do seu âmbito de aplicação. Note-se que, face à amplitude dada ao conceito de entidade adjudicante na revisão de 2017 se impõe, perante qualquer contrato celebrado por uma entidade adjudicante, a avaliação da sua recondução às regras do CCP.

¹⁰ Embora conscientes da *vexata questio* na distinção entre contratos administrativos e contratos privados da Administração Pública, esta acha-se excluída do presente estudo, sendo abordada de forma superficial.

¹¹ Não nos dedicaremos à tarefa de construção dogmática do conceito, optando por perfilhar a noção de contrato público apresentada pelo professor Miguel Assis Raimundo, cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação dos contratos públicos- uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 42 ss. (67).

Já contrato administrativo pode ser visto como uma espécie de contrato público e assim considerado por Diogo Freitas do Amaral “(...) *se o respectivo objecto respeitar ao conteúdo da função administrativa e se traduzir, em regra, em prestações referentes ao funcionamento de serviços públicos, ao exercício de actividades públicas, à gestão de coisas públicas, ao provimento de agentes públicos ou à utilização de fundos públicos.*”¹².

Para Pedro Gonçalves trata-se de um acordo celebrado tendo por objetivo “(...) *constituição, modificação ou extinção de uma relação regulada pelo direito administrativo (...).*”¹³. Mais recentemente, Pedro Gonçalves completa a noção defendendo que o contrato administrativo corporiza a colaboração com um particular que realiza uma tarefa em substituição ou em benefício do contraente público, a troco de uma remuneração.¹⁴

A configuração legal desta espécie de contrato público alicerça-se, nas lições de Vieira de Andrade, em torno da ideia de equilíbrio *ponderado*¹⁵ de posições. Por um lado, temos a posição tendente à prossecução do interesse público, força motriz da atuação administrativa, por outro, a necessária garantia dos interesses da contraparte, ainda que seja evidente uma supremacia da posição jurídica do contraente público, por força da importação, para a relação contratual administrativa, da autoridade associada aos meios de atuação da Administração.

Recorrendo à caracterização feita por Mário Aroso de Almeida, existe uma “(...) *posição de supremacia jurídica sobre o seu contratante, mediante a qual ela [Administração] fica investida em prerrogativas que «desigualizam as posições em que as partes estão colocadas» no âmbito de «uma relação de poder público vs. sujeição (e não de direito vs. dever)»*”¹⁶.

A supremacia da Administração na relação contratual administrativa com os particulares acha-se materializada em poderes de conformação da relação contratual (artigo 302º), que a lei

¹² Neste sentido, Diogo Freitas Amaral. V. AMARAL, Diogo Freitas, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, (col. Lino Torgal), Coimbra: Almedina, 2016, p. 518.

¹³ V. GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo - Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*, reimpressão da 1.ª edição, Coimbra: Almedina, 2004, p. 27.

¹⁴ V. GONÇALVES, Pedro, “O cumprimento e incumprimento do contrato administrativo”, Pedro Gonçalves (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra: CEDIPRE, 2008, pp. 569-626 (577).

¹⁵ Neste sentido, v. ANDRADE, Vieira, “A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos”, Pedro Gonçalves (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Vol. II, Coimbra: CEDIPRE, 2010, pp. 6-39 (14).

¹⁶ V. ALMEIDA, Mário Aroso, “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 66, 2007, pp. 3-16 (9).

densifica no: *i*) poder de direção (artigo 304º, nº 1); *ii*) poder de fiscalização (artigo 305º)¹⁷; *iii*) poder de modificação unilateral (artigos 311.º, n.º 2 e 312º, alínea b) ¹⁸; *iv*) poder de resolução por razões de interesse público (artigos 334º e 335º); *v*) poder de aplicação de sanções (artigos 302º, alínea d) e 329º) e no aditado poder de imposição da cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante (artº302º, alínea f)) e que é, afinal, objeto da presente dissertação.

Capítulo II - O Cumprimento contratual

1. Cumprimento e incumprimento do contrato administrativo – conceitos

Sintetizando o atrás exposto, sem reduzir a importância dos traços distintivos entre contrato público e contrato administrativo, o presente estudo recorre, tão apenas, ao termo contrato administrativo. Não iremos alongar-nos nos aspetos polémicos que rodeiam a figura do contrato administrativo, o que aliás excederia largamente o objeto do presente trabalho.¹⁹

Assim, como defende Miguel Assis Raimundo na obra por nós citada, “*o contrato público será sempre um contrato administrativo*”²⁰ porque se acha regulado pelo direito administrativo, pelo menos na fase da sua formação.

De acordo com Pedro Matias Pereira e Carla Machado, as especificidades próprias da atividade administrativa concedem poderes específicos de direito público à Administração, ainda que esta atue como um contratante.²¹

A distinção entre contrato público e contrato administrativo cifra-se, afinal, de acordo com Miguel Assis Raimundo, na distinção entre contratos públicos que, embora regidos pelo direito público na fase da sua formação e em alguns aspetos da execução, não estão submetidos

¹⁷ Importa referir que o exercício dos poderes de direção e de fiscalização deve, nos termos do nº 2 do artigo 303º, salvaguardar a autonomia do cocontratante, limitando-se ao estritamente necessário, nomeadamente à prossecução do interesse público.

¹⁸ Note-se, como referência, que o artigo 312º sofreu importantes alterações no anteprojeto de revisão ao CCP e que se mantiveram no código revisto.

¹⁹ Incontornável para o estudo do conceito de contrato administrativo a investigação de Maria João Estorninho, v. ESTORNINHO, Maria João, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1990.

²⁰ Cfr. RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação ...*, p.138.

²¹ Neste sentido, v. MATIAS, Pedro/ MACHADO, Carla, *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 15.

ao regime contido na Parte III do CCP, e aqueles contratos públicos que estão e a que o legislador chamou de contratos administrativos.²²

Importa agora centrar o estudo na matéria do cumprimento e incumprimento do contrato administrativo, que merece tratamento específico no Código dos Contratos Públicos. No título I da Parte III do CCP - artigos 278º a 342º-, fixa-se a sua disciplina.

O cumprimento do contrato administrativo, visto como a *perfeição* da relação contratual, acha-se corporizado no ato de cumprir todas as obrigações emergentes do contrato. Em sentido contrário, temos os casos em que a obrigação não é cumprida ou, nas palavras de Antunes Varela²³, os casos de: *i*) não realização da prestação devida; *ii*) de não realização no prazo previsto; *iii*) ou realização de forma defeituosa, sem que entretanto se tenham verificado quaisquer das causas extintivas típicas da relação obrigacional²⁴.

No domínio do cumprimento do contrato, o artigo 286º orienta os contraentes (e o intérprete), indicando tratar-se de *situações subjetivas activas e passivas, a exercer de boa-fé de acordo com os ditames do interesse público*.

O contrato administrativo apresenta-se, deste modo, como um *instrumento de vinculação jurídica*²⁵, em que cada parte surge, diante da outra, “(...) *simultaneamente, como sujeito ativo ou credor e sujeito passivo ou devedor (...)*”²⁶, embora o “(...) *contraente público (...)* [se eleve] *como um principal e o co-contratante (...)* [se posicione] *como um agente*.”²⁷. E assim é porque, como já adiantado e por recurso ao pensamento de Pedro Gonçalves, a Administração tem no âmbito da relação contratual administrativa a faculdade de vigiar e controlar o cumprimento do contrato e de reagir ao seu incumprimento ou cumprimento defeituoso.²⁸

Na perspetiva de Carla Amado Gomes, esta posição surge temperada por uma ideia de reequilíbrio porque, “(...) *sem os "contrapesos" dos "poderes exorbitantes", quem arriscaria*

²² V. RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação ...*, p.138.

²³ V. VARELA, Antunes, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 1992, p. 61.

²⁴ A saber: o cumprimento, a dação em cumprimento, a consignação em depósito, a compensação, a novação, a remissão e a confusão, que não têm lugar no presente estudo.

²⁵ Assim, Pedro Gonçalves, v. GONÇALVES, Pedro, *O cumprimento...*, p.575.

²⁶ V. GONÇALVES, Pedro, *O cumprimento...*, p.575.

²⁷ V. GONÇALVES, Pedro, *O cumprimento...*, p.575.

²⁸ Neste sentido, v. GONÇALVES, Pedro, *O cumprimento...*, p.580.

contratar com a Administração, quem se prestaria a fazê-lo se não tivesse asseguradas as garantias básicas do seu investimento?”²⁹.

Concordando com a ideia de fundo que subjaz ao pensamento acima descrito, não se deixa de notar ser nosso entendimento que não se pode, nem deve, olvidar aquele que é sempre o fim último do contrato administrativo: a prossecução do interesse público. Esta força motriz justifica, e impõe na nossa opinião, o desequilíbrio de forças no contrato administrativo. Aliás, somos tentados a afirmar que esta perceção do desequilíbrio não tem impedido o interesse (crescente) nos procedimentos concursais, tendentes à celebração dos contratos administrativos.

Importa referir que se experienciou, em matéria de contratos administrativos, uma enorme evolução que passou de uma dúvida inicial sobre a possibilidade do direito público poder recorrer a esta figura tão marcante do direito privado - o contrato -, e tão distanciada da visão tradicional de exorbitância dos poderes públicos face aos direitos dos particulares, para o que Maria João Estorninho apelidou de “*fuga para o direito privado*”³⁰.

Revisitando a autora, de uma “*(...) relação de conformação, traduzida na sujeição da liberdade contratual dos particulares às limitações definidas pelas intervenções administrativas (...)*” assistiu-se a um processo “*(...) pelo qual o contrato passa a ser um instrumento da própria acção administrativa.*”³¹. De uma visão de exorbitância dos poderes públicos emergiu, por conseguinte, uma outra visão assente na justa composição de interesses, embora sob a cobertura do interesse público.

Em nossa opinião, e que adiante se retomará, assiste-se a uma desvalorização do princípio da prossecução do interesse público, que cede face a uma generalizada obediência ao princípio da concorrência.

²⁹ Assim, a Professora Carla Amado Gomes em texto de suporte às comunicações da Professora, no Curso de Pós-Graduação em Contratos, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, anos letivos de 2007/2008 e 2008/2009, organizada pelo Doutor Pedro Gonçalves, e pelos Mestres Rodrigo Esteves de Oliveira e Bernardo Azevedo, p.31. [Consultado em 20 de dezembro de 2018]. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/287-131.pdf>.

³⁰ Expressão feliz e que tituló a tese de doutoramento da autora, cfr. ESTORNINHO, Maria João, *A fuga para o direito privado*, Colecção Teses, Coimbra: Almedina, 1996.

³¹ Neste sentido a autora, v. ESTORNINHO, Maria João, *Requiem ...* p.63.

2. Pressupostos do cumprimento do contrato

Sem prejuízo do acima exposto, centremos a atenção no artigo 288º, expressão do princípio *pacta sunt servanda* (brocardo latino que alude à necessidade de cumprimento dos pactos/acordos celebrados³²) e referência dos contratos civis.

Este artigo desvela um regime jurídico especial que procura, por um lado, garantir o exato e pontual cumprimento do contrato e, por outro lado, colocar o contraente público em posição de reagir, de forma eficaz, num cenário de incumprimento contratual. Neste sentido se estatui no indicado artigo, incumbir ao cocontratante a *execução exacta e pontual das prestações contratuais convencionadas*, e se impede que o *cocontraente transmita a terceiros as responsabilidades assumidas perante o contraente público*.

É possível alcançar, assim, dois pressupostos do cumprimento do contrato: a execução das prestações tal qual contratualizadas e no tempo definido, sem atrasos - na expressão de execução *exacta e pontual* -, e por quem por elas se responsabilizou.

Cuidando do princípio do cumprimento pontual dos contratos este encontra no direito público uma cuidada atenção. De facto, a execução das prestações contratuais dentro dos prazos convencionados assume especial relevância para a Administração, e não alcançar este propósito poderá significar, em última instância e em nosso entendimento, o incumprimento da necessidade última que levou a Administração a contratar.

Não é difícil perceber porquê: imagine-se, a título de exemplo, o caso de um contrato de empreitada de obras públicas tendo em vista a reabilitação da cobertura danificada de uma escola. Imagine-se, agora, que se acautelou a necessidade de a conclusão dos trabalhos ocorrer antes do início do período escolar. Pense-se, então, nas consequências da violação deste limite temporal. A experiência reconduz-nos a uma realidade (e não a uma mera hipótese), que se vem repetindo: alunos sem aulas por falta de condições e insatisfação do interesse público que levou à adjudicação da empreitada.

³² Expoente máximo da autonomia privada e que consiste na constituição, modificação ou extinção e relações jurídicas.

Imagine-se, ainda, outra situação: um contrato tendo em vista o fornecimento de refeições *vegan* para um determinado evento sobre o tema. Parece evidente que as refeições a fornecer deverão ser *vegan* e servidas para o evento a que se destinam, perdendo toda a utilidade e interesse caso assim não aconteça.

Muitos outros exemplos haverá. No essencial, o sobredito faz compreender a importância que o tema do cumprimento do contrato administrativo reveste, no modo e tempo previstos e, sendo fonte de obrigações jurídicas, o seu não cumprimento comporta, necessariamente, consequências a que a ordem jurídica não podia deixar de dedicar especial atenção.

Um outro pressuposto impõe o cumprimento do contrato por quem por ele se responsabilizou. Exige-se, então, que a execução do contrato seja efetuada por quem *aceitou* a obrigação perante a Administração.

Parte II

A modificação dos contratos administrativos em contexto do cumprimento contratual

Capítulo I - Da mutabilidade ao princípio da estabilidade

1. A mutabilidade dos contratos administrativos

A exigência acima referida e constante do artigo 288º não pode ser vista de forma absoluta, havendo o reconhecimento de que, por força de circunstâncias várias que vão ocorrendo durante a vigência de um contrato se oferece, não raras vezes, a necessidade não só de produzir alterações ao que inicialmente se acordou (modificação objetiva), como de admitir a entrada de outros sujeitos na relação contratual, em substituição de um dos contraentes primitivos (modificação subjetiva).

É de realçar que os contratos administrativos se destacavam, tradicionalmente, por uma elevada flexibilidade face à rigidez com que eram concebidos os contratos civis. De facto, tendo na sua génese a prossecução do interesse público, interesse em constante mutação, os contratos administrativos tendiam a acompanhar todas as suas transformações.

Como refere Maria João Estorninho, a ideia de mutabilidade tem sido justificação de muitos aspetos do regime jurídico do contrato administrativo, “(...) *de elemento de interpretação a fonte de novação das obrigações das partes ou condição de exercício de poderes exorbitantes da administração a fundamento de direitos pecuniários do particular.*”³³, sendo uma característica distintiva dos contratos administrativos, por comparação com os contratos civis.

A este propósito, recuemos ao próprio conceito de contrato e à ideia de pacto ou acordo de vontades, que fixa termos e condições que as partes ajustam entre si obedecer e cumprir, e

³³ V. ESTORNINHO, Maria João, *Requiem ...* p. 118.

que traduz, no essencial, uma ideia de estabilidade apenas alterável por acordo ou por força de uma alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar.

Sucedem, porém, que os contratos administrativos vão um pouco mais além do que as modificações consagradas, inicialmente, no direito privado: admitem uma sua alteração unilateral com fundamento no interesse público. Este aspeto era, no passado³⁴, impensável no âmbito dos contratos privados. Ademais, o poder de modificação traduz o que, tradicionalmente, se designou de *ius variandi* ou *fait du prince*: poder de alterar unilateralmente as estipulações iniciais acordadas pelas partes, tendo em vista a adaptação das prestações devidas pelo cocontratante às necessidades dinâmicas de interesse público.

Ora, de uma visão dos contratos administrativos caracterizados, por um lado, por uma elevada flexibilidade ajustada à mutabilidade do interesse público, e por outro lado, por um regime jurídico construído em prerrogativas exorbitantes³⁵ da Administração face aos particulares, a quem eram exigidos encargos sem paralelo no direito contratual privado, assistiu-se a uma inflexão na ideia de poderes *exorbitantes* e na possibilidade de, unilateralmente, se introduzirem modificações aos contratos administrativos.

É nosso *mister* advertir não se ter verificado a derrogação do poder de modificação unilateral da Administração ou o fim dos poderes que eram outrora considerados exorbitantes e um exclusivo da Administração. A partir de determinado momento foram, sim, introduzidas limitações ao exercício dos poderes (então considerados) *exorbitantes* da Administração e observou-se um novo paradigma: o *ius variandi* passou a considerar-se, assim nos parece, uma exceção ao que deveria ser a atuação dita *normal* da Administração.

Caminhou-se para o abandono da ideia de proteção quase exclusiva do cocontratante, cerrando fileiras em torno dos concorrentes preteridos ou interessados em determinado procedimento concursal. Os princípios enformadores da contratação pública e, em especial, da transparência e da concorrência acautelados nos procedimentos pré-contratuais, assumem papel de destaque, pelo que nos tentamos a afirmar que o princípio da estabilidade se começou a impor nos contratos administrativos e a reclamar o seu lugar.

³⁴ A ideia de impossibilidade de introdução de modificações unilaterais às cláusulas contratuais dos contratos privados tem vindo a ser diluída. É hoje pacificamente reconhecido que a faculdade de modificação unilateral já não é um exclusivo do direito administrativo. De facto, são já alguns os exemplos positivados, sobretudo em matéria de empreitadas de obras privadas e de relações laborais.

³⁵ A propósito da teoria dos poderes exorbitantes da Administração, v. ESTORNINHO, Maria João, *Requiem ...* pp. 115 ss.

Outrossim, se durante décadas a possibilidade de se introduzirem modificações aos contratos ocupou a atenção da doutrina e, sobretudo, da jurisprudência administrativa, a discussão desenvolve-se, hoje, fruto do surgimento do direito europeu, que se começou a delinear com o vasto acervo de jurisprudência e depois com as diretivas, numa análise aprofundada aos fundamentos e consequências das modificações introduzidas nos contratos administrativos.

Não podemos deixar de destacar um texto publicado em 2013 por Kristian Hartlev Morten e Wahl Liljenbøl que, em análise aos fatores que podem obrigar a uma modificação a um contrato em vigor, salientam as dificuldades que se apresentam à Administração em sede de execução contratual. Destacam estes autores que, muitas vezes, a Administração só se apercebe da necessidade de alterar algumas das especificações contratuais, quando o cocontratante já foi selecionado ou em fase, já, de execução do contrato. Tal se deve, como reconhecem, à dificuldade em prever e especificar, prévia e adequadamente, a forma como se pretende ver um determinado interesse público satisfeito.³⁶

É-nos assim possível perceber a elevada importância da matéria das modificações aos contratos e que tem alimentado a doutrina e jurisprudência administrativas, sobretudo quando, como interpretamos, estas passam a ser a regra e não uma exceção.

2. A jurisprudência europeia – em busca do conceito de modificação substancial e não substancial do contrato

Feita a breve excursão sobre o tratamento tradicional dado à matéria da modificação dos contratos administrativos, cuidemos agora do debate que ocupa a doutrina e jurisprudência administrativas. Dito de outro modo, na intrincada questão de saber que modificações aos contratos administrativos são admissíveis e quais as que são consideradas inadmissíveis. Questiona-se, em que situações é exigida a adoção de novo procedimento concursal?

Diremos, ensaiando uma resposta às questões levantadas, que as alterações produzidas na vida de um contrato, exatamente por serem exceções à regra do seu cumprimento exato e

³⁶ Neste sentido, Kristian Hartlev Morten e Wahl Liljenbøl, v. MORTEN, Kristian Hartlev/ LILJENBØL, Wahl, “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”, *Public Procurement Law Review*, nº 2, 2013, pp.51-71 (51).

pontual e por quem por ele se responsabilizou, estão sujeitas a regras, limitadas ao estritamente necessário e desde que não contendam com a estabilidade própria do contrato.

O CCP trata da matéria no artigo 313.º, cuja epígrafe alude aos limites à modificação dos contratos administrativos. O preceito estabelece alguns obstáculos à intenção de modificação dos contratos: assinalamos o respeito pelo seu objeto (o designado princípio da intangibilidade do objeto do contrato administrativo) e a defesa dos interesses da concorrência e da transparência.

Antes de se procurar alcançar o sentido contido no artigo 313º, o que adiante faremos a propósito do regime de modificações aos contratos previsto pelo legislador nacional, é imperioso recorrer à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, onde se encontra o *iter* interpretativo apto a permitir alcançar as alterações (subjativas e objetivas, consensuais ou unilaterais) que são admitidas nos contratos e quais as que se acham vedadas, sob pena de nova adjudicação.

Perscrutemos, então, que aspetos se entende descaracterizarem o contrato em moldes, tais, que impedem a sua admissão e obrigam à reabertura do procedimento concursal e consequente nova adjudicação, pela visão do TJUE.

2.1 Acórdão Comissão/Succhi di Frutta

Um importante acórdão foi elaborado pelo Tribunal de Justiça no âmbito do processo nº C-496/99³⁷, naquele que ficou conhecido como o *Acórdão Comissão/Succhi di Frutta*.

A Sexta Secção do Tribunal de Justiça foi chamada a pronunciar-se, após recurso interposto de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, de outubro de 1999, a propósito de uma modificação no objeto do pagamento feito aos cocontratantes, modificação esta que não estava, porém, prevista no anúncio do concurso.

Assim, no concurso tinha ficado estipulado que o pagamento do contrato seria feito através de maçãs e laranjas. Porém, já em fase de execução do contrato, procedeu-se a uma substituição da modalidade de pagamento, prevendo o pagamento através de pêssegos.

No essencial, o Tribunal de Justiça tratou de saber se pode ocorrer uma substituição da forma de pagamento inicialmente anunciada e acordada.

³⁷ Consultado em 19 de dezembro de 2018. Disponível em:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0496&rid=1>.

Por recurso à jurisprudência então assente, o Tribunal decidiu que apenas são aceitáveis alterações que estivessem, já, contempladas no anúncio do concurso, por força da aplicação do princípio da igualdade de tratamento e com o fim de garantir a comparabilidade objetiva entre as propostas.³⁸

O Tribunal de Justiça não deixou de clarificar os princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Assim, esclareceu que o princípio da igualdade de tratamento dos proponentes tem por objetivo dotar todos os interessados de idênticas oportunidades e condições para a apresentação de propostas³⁹, e o princípio da transparência, corolário daquilo, destina-se a evitar riscos de favoritismo, o que se conseguirá através da indicação clara e precisa de todas as condições e modalidades do processo de adjudicação nas peças do procedimento.⁴⁰

Por conseguinte, de acordo com o Tribunal, a entidade adjudicante fica impedida de alterar a “(...) *sistemática geral do concurso modificando em seguida unilateralmente uma das suas condições essenciais e, em especial, formulando uma estipulação que, se tivesse figurado no anúncio de concurso, teria permitido aos proponentes apresentarem uma proposta substancialmente diferente, não apenas na fase da formação do contrato, mas até ao fim da sua execução.*”⁴¹, pelo que a modificação de uma “(...) *condição importante do concurso (...)*”⁴², não pode ser autorizada, exceto se a entidade adjudicante tivesse previsto essa possibilidade nas peças de procedimento.⁴³

2.2 Acórdão Presstext

Um outro acórdão com destaque em matéria de modificação contratual ficou conhecido como *Acórdão Presstext*, tendo sido elaborado no âmbito do processo nº C-454/06⁴⁴.

O caso analisado no acórdão consistia, resumidamente, no seguinte: um contrato celebrado em 1994 por tempo indeterminado entre a Agência de Imprensa Austríaca (APA) e o

³⁸ Cfr. ponto 72 do acórdão citado.

³⁹ Assim, ponto 110 do acórdão citado.

⁴⁰ V. ponto 111 do acórdão citado.

⁴¹ V. ponto 116 do acórdão citado.

⁴² V. ponto 117 do acórdão citado.

⁴³ Neste sentido, ponto 118 do acórdão citado.

⁴⁴ Consultado em 19 de dezembro de 2018. Disponível em:

http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5c41b16c023004e818585ea63203f7314.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaxuMe0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&docid=69189&cid=1145944.

Estado austríaco, sob reserva de uma cláusula de renúncia à rescisão até 31 de dezembro de 1999, foi alterado durante a sua execução através da: *i*) mudança do cocontratante [cessão parcial das prestações adjudicadas ao contraente privado a uma sua filial, a *APA-OTS*, que era 100% detida pela *APA*, tendo o Estado austríaco autorizado a mudança do cocontratante]; *ii*) alteração do preço com conversão do preço fixado inicialmente para euros; *iii*) derrogação ao mecanismo de indexação inicialmente previsto; *iv*. revisão da cláusula de não resolução no contrato acordada até 31 de dezembro de 1999 e que foi renovada até 31 de dezembro de 2008.

Ocupando-se especificamente do tema da modificação dos contratos públicos, o Tribunal pronunciou-se sobre as alterações efetuadas num contrato que podiam ser consideradas uma nova adjudicação de um contrato público de serviços, na aceção da Diretiva 92/50/CEE, de 18 de junho, aplicável à data.

Admitindo, embora, que a Diretiva 92/50/CEE não continha “(...) *uma resposta explícita (...)*”⁴⁵ a esta questão, o Tribunal reconheceu que a mesma avançava “(...) *indicações pertinentes (...)*”⁴⁶, designadamente, propalando o objetivo de assegurar a livre circulação dos serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros⁴⁷, aplicando os princípios da não discriminação em razão da nacionalidade, da igualdade de tratamento dos proponentes e a obrigação de transparência que decorre de tais princípios.

Nesta medida, o Tribunal decidiu que: *A*. deve considerar-se que a substituição do cocontratante, ao qual a entidade adjudicante tinha inicialmente adjudicado o contrato, por um novo cocontratante, constitui uma alteração de um dos *termos essenciais* do contrato público em causa. Apenas assim não se considerará, se essa substituição estivesse prevista nos termos do contrato inicial; *B*. a conversão dos preços em euros sem modificação do seu montante intrínseco ou a conversão dos preços em euros acompanhada de uma redução do seu montante intrínseco, não constitui uma alteração das condições essenciais deste contrato suscetível de constituir uma nova adjudicação do contrato, na aceção da Diretiva 92/50/CEE⁴⁸; *C*. a reformulação da cláusula de indexação dos preços não constitui uma alteração das condições essenciais do contrato inicial suscetível de constituir uma nova adjudicação do contrato, na aceção da Diretiva 92/50/CEE⁴⁹; *D*. a celebração de uma nova cláusula de não rescisão durante o período de vigência de um contrato celebrado por tempo indeterminado é, em si, incompatível

⁴⁵ V. ponto 30 do acórdão citado.

⁴⁶ V. ponto 30 do acórdão citado.

⁴⁷ Cfr. pontos 31 e 32 do acórdão citado.

⁴⁸ Cfr. pontos 56 e 57 do acórdão citado.

⁴⁹ Cfr. pontos 64 a 66 e 70 do acórdão citado.

com o sistema e finalidade das regras comunitárias em matéria de contratos públicos, podendo entravar a concorrência entre os potenciais prestadores de serviços.⁵⁰

Nesta senda, o Tribunal concluiu que se está perante uma nova adjudicação quando as modificações introduzidas num contrato “(...) *apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, conseqüentemente, suscetíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato.*”⁵¹.

O TJUE forneceu, ainda, exemplos de alterações consideradas como substanciais: i) alteração que “(...) *introduza 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 (...)*”⁵²; ii) modificação que “(...) *alargue o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos (...)*”⁵³; iii) alteração que “(...) *modifique o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial (...)*”⁵⁴; iv) cessão contratual a um terceiro⁵⁵; v) modificações no preço definido, que não sejam meros ajustamentos⁵⁶; vi) e cláusulas de rescisão que falseiem a concorrência.⁵⁷

Apoiando-nos no estudo de Kristian Hartlev Morten e Wahl Liljenbøl, no que designam de *alteração material* aos contratos, bastará a ocorrência de apenas um destes exemplos para que estejamos perante uma alteração material aos contratos e, nesta medida, considerada um novo contrato, obrigando a uma abertura à concorrência.⁵⁸

Deste modo, tendo por assente o acórdão em referência, *a contrario*, só ocorrerá uma modificação substancial do contrato, com dever de nova adjudicação, se o próprio contrato não prever essa alteração (cfr. pontos 40 e 60 da decisão). E assim é, e bem se compreende, em obediência ao princípio da transparência, porque no processo primitivo os operadores

⁵⁰ Importa esclarecer que o Tribunal entendeu que, nas condições aludidas no processo, a previsão de uma cláusula de renúncia à rescisão durante um período de três anos, no decurso da vigência de um contrato de serviços celebrado por tempo indeterminado, não constitui uma nova adjudicação do contrato, na aceção da Diretiva 92/50/CEE.

⁵¹ V. ponto 34 do acórdão citado.

⁵² V. ponto 35 do acórdão citado.

⁵³ V. ponto 36 do acórdão citado.

⁵⁴ V. ponto 37 do acórdão citado.

⁵⁵ V. ponto 47 do acórdão citado.

⁵⁶ V. pontos 59 a 63 do acórdão citado.

⁵⁷ V. pontos 75 a 80 do acórdão citado.

⁵⁸ Assim, cfr. MORTEN, Kristian Hartlev/ LILJENBØL, Wahl, “Changes...”, p.53.

económicos já conheciam da possibilidade de serem introduzidas alterações ao contrato, não ficando, portanto, surpreendidos por estas.

Nesta senda, é de salientar a análise ao acórdão feita por Pedro Gonçalves, onde admite o carácter meramente ilustrativo dos exemplos fornecidos pelo TJUE, sendo possível encontrar outros exemplos, tais quais a cessão da posição contratual ou a alteração do preço que não seja um mero ajustamento.⁵⁹

2.3 Acórdão ASM Brescia

O Tribunal de Justiça da União Europeia foi chamado a pronunciar-se no âmbito do processo C-347/06⁶⁰, que teve por objeto um litígio que opôs *ASM Brescia SpA* à *Comune di Rodengo Saiano*, a propósito de uma deliberação do Conselho Municipal deste Município que veio confirmar a data de 31 de dezembro de 2005 como a data de fim da concessão à *ASM Brescia* do serviço de distribuição de gás natural no seu território.

Em concreto, e muito resumidamente, a *ASM Brescia* era concessionária do serviço público de distribuição de gás natural no território da *Comune di Rodengo Saiano*, cujo termo estava inicialmente fixado para 31 de dezembro de 2014 e foi depois adiado para 31 de dezembro de 2029.

Sucedeu que através da deliberação n.º 19 do Conselho Municipal, a *Comune di Rodengo Saiano* fixou a cessação antecipada do contrato de concessão, com o objetivo de proceder à abertura de um concurso público.

A *ASM Brescia* impugnou esta deliberação, tendo o Tribunal de Justiça se pronunciado no sentido de que a prorrogação do prazo de vigência de um contrato “(...) constitui uma

⁵⁹ Neste sentido, cfr. GONÇALVES, Pedro, “Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”, *Cadernos da Justiça administrativa*, n.º 73, 2009, p. 1-20 (18). Mais indica Pedro Gonçalves no texto citado que “O TJ (...) parece inclinar-se para considerar “alteração substancial” a cessão da posição contratual não prevista nas peças do procedimento de adjudicação. cremos, contudo, que o facto de a lei permitir a cessão da posição contratual, ainda que apenas em certas condições (entre nós, cf. art. 319.º do CCP), conduz a considerar respeitado o “fim da concorrência”, mesmo que a cessão não esteja prevista no contrato (e nas peças do procedimento).”, v. GONÇALVES, Pedro, “Acórdão...., p.16. Não caminhamos tão longe quanto o professor Pedro Gonçalves, mas reconhecemos uma evidente abertura do TJ ao elenco das modificações possíveis, desde que previstas, claro está, nas peças do procedimento.

⁶⁰ Consultado em 20 de dezembro de 2018. Disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67795&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=877029>.

*diferença de tratamento em detrimento das empresas que possam estar interessadas nessa concessão.”*⁶¹.

2.4 Acórdão Wall AG

Um outro acórdão que importa destacar em matéria de modificação contratual, é o que ficou conhecido como *Wall AG*, elaborado no âmbito do processo C-91/08⁶², tendo por objeto um litígio que opôs a empresa *Wall AG* à cidade de Frankfurt, no âmbito de uma concessão de serviços de exploração e manutenção de sanitários públicos.

No caso em referência, a cidade de Frankfurt lançou um convite à apresentação de candidaturas a um concurso para adjudicação de um contrato de concessão de serviços de exploração, manutenção, assistência e limpeza de onze sanitários públicos urbanos, por um período de dezasseis anos. Em 9 de junho de 2004 a concessão foi adjudicada à *Frankfurter Entsorgungs-und Service GmbH* (adiante *FES*), constando do contrato outorgado a *Wall AG* como subcontratante para as prestações publicitárias visadas pela concessão em causa. Sucede, porém, que por carta datada de 15 de junho de 2005, a *FES* solicitou à cidade de Frankfurt que consentisse na substituição do subcontratante *Wall AG* pela *DSM*, relativamente à utilização do material publicitário, o que foi aceite. A *Wall AG* interpôs recurso dessa decisão. O TJUE apreciou a causa e, para o que ora nos importa, pronunciou-se no sentido de que quando as alterações introduzidas são diferentes das condições iniciais que conduziram à adjudicação, “(...) e sejam, conseqüentemente, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais desse contrato, há que adotar, em conformidade (...) todas as medidas necessárias para restabelecer a transparência no processo, incluindo um novo processo de adjudicação.”⁶³.

Em análise ao acórdão *Wall AG*, Kristian Hartlev Morten e Wahl Liljenbøl esclarecem que o Tribunal sustentou, neste processo, que a alteração do subcontratante pode obrigar a um novo procedimento concursal, sobretudo quando a adjudicação dependeu de determinadas características do subcontratante e, assim sendo, constitui alteração material do contrato

⁶¹ V. ponto 64 do acórdão citado.

⁶² Consultado em 20 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0091>.

⁶³ V. ponto 42 do acórdão citado.

celebrado que obriga a um novo procedimento concursal, mesmo que as peças do procedimento tivessem previsto uma tal alteração.⁶⁴

2.5 Acórdão Finn Frogne

Um outro acórdão⁶⁵ que se veio a revelar muito importante em matéria de modificação aos contratos administrativos, surgiu no âmbito de um litígio que opôs a *Finn Frogne A/S* ao *Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation* (Centro de Comunicações de Emergência, Polícia Nacional Dinamarquesa e adiante *CFB*) e teve por objeto a análise da validade de um acordo extrajudicial de transação celebrado entre o *CFB*, na qualidade de entidade adjudicante, e a *Terma A/S*, como adjudicatária, no âmbito da execução de um contrato.

Ora, de acordo com a factualidade enunciada, no ano de 2007 foi lançado um concurso público para fornecimento de um sistema global de comunicações comum aos serviços de emergência e a manutenção desse mesmo sistema durante vários anos. O contrato foi adjudicado à *Terma A/S* e, durante a sua execução, surgiram dificuldades quanto ao cumprimento dos prazos de entrega, pelo que as partes acordaram uma transação extrajudicial tendo em vista pôr termo ao contrato. O contrato ficou, então, reduzido ao fornecimento de um sistema de comunicações por rádio para os serviços distritais de polícia.

A *Finn Frogne A/S*, que não se candidatara à pré-seleção de participação no concurso relativo ao contrato inicial, impugnou o acordo celebrado.

Após várias decisões judiciais o Højesteret (Supremo Tribunal) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia uma questão que, no essencial, consistia em saber se, após a adjudicação de um contrato, lhe podiam ser introduzidas alterações substanciais sem novo procedimento concursal, ainda que no âmbito de um “(...) *acordo extrajudicial de transação, implicando renúncias recíprocas pelas partes, com vista a pôr termo a um litígio, cujo desfecho é incerto, resultante de dificuldades surgidas na execução desse contrato.*”⁶⁶. Isto é, e como interpretou Miguel Assis Raimundo, modificações contratuais resultantes de situações de imprevistos que não se destinam a alterar o modo como o contrato

⁶⁴ Cfr. MORTEN, Kristian Hartlev/ LILJENBØL, Wahl, “Changes...”, p.62.

⁶⁵ Elaborado no âmbito do processo C-549/14. [Consultado em 20 de dezembro de 2018]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5ee98c1787e9f4f12be84da84d10e8752.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pa3mSe0?text=&docid=183107&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=622320>.

⁶⁶ Cfr. ponto 27 do acórdão citado.

é executado, mas antes *cortar perdas* das partes no contexto de término dos contratos existentes.⁶⁷

O Tribunal, em análise ao caso assim apresentado, tendo por base o acórdão presstext e as modificações então consideradas materiais, concluiu que uma alteração dos elementos de um contrato que consista “(...) *numa redução importante do seu objeto pode ter como consequência a sua colocação ao alcance de um mais amplo número de operadores económicos.*”⁶⁸, operadores estes que podiam, até, não ter reunido condições que autorizassem a candidatura ao procedimento primitivo ou a entrega de uma proposta.

Uma tal modificação constitui, por conseguinte, uma alteração substancial que obriga ao lançamento de um novo procedimento concursal, exceto se estivesse prevista *ab initio* nas peças do procedimento.⁶⁹

O Tribunal considerou, pois, que a entidade adjudicante poderia ter previsto logo nas peças do concurso a necessidade de ajustamento, ainda que implicando uma modificação material do contrato após a sua adjudicação.

O Tribunal não deixou, também, de afirmar, que a idêntica conclusão se deveria chegar, ainda que a situação em causa tivesse resultado de um acordo celebrado entre as partes, embora não com a intenção de renegociar os termos essenciais do contrato que as vinculava inicialmente, argumento, aliás, que foi utilizado pela entidade adjudicante, mas de dificuldades objetivas e de consequências imprevisíveis⁷⁰ surgidas no âmbito da execução desse contrato.

Miguel Assis Raimundo, em análise ao acórdão e a propósito da questão da imprevisibilidade, questiona se o Tribunal não terá *confundido* cláusulas de opção e circunstâncias imprevistas. As primeiras⁷¹, de acordo com o autor, devem ser claras, precisas e inequívocas, indicando “*o âmbito e a natureza das possíveis modificações ou opções, bem como a condições em que podem ser utilizados*”⁷², justificadas apenas para situações quantificáveis

⁶⁷ Neste sentido Miguel Assis Raimundo num artigo publicado a propósito do acórdão Finn Frogne. V. RAIMUNDO, Miguel Assis, “Good Contracting Authorities Can Predict the Future: A Note on Finn Frogne” *European Papers*, vol. 2, pp. 411 ss.

⁶⁸ V. ponto 29 do acórdão citado.

⁶⁹ V. ponto 30 do acórdão citado.

⁷⁰ Atente-se que as consequências imprevistas que ocorram no âmbito de um contrato são suscetíveis de permitir a modificação dos contratos sem necessidade de abertura à concorrência, nos termos do artigo 31º da Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março.

⁷¹ Ora previstas no artigo 72º da Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro.

⁷² Alínea a) do nº 1 do artigo 72º da *Diretiva Contratos*.

e gerenciáveis ou até mesmo discricionárias⁷³ e não também, como o faz o Tribunal, para situações não previsíveis.⁷⁴

Os acórdãos enunciados são ilustrativos da atenção que o TJUE tem dedicado a esta matéria, defendendo que as modificações contratuais se devem fundar em razões de interesse público, não admitindo a reconstrução do contrato em termos que se afastem das condições e pressupostos fundamentais que estiveram na base do procedimento de escolha da proposta adjudicada.

Sublinha, pois, este Tribunal que, em matéria de modificação contratual, imperam os princípios da contratação quais sejam o princípio da intangibilidade do objeto contratual, a manutenção do seu equilíbrio financeiro, a concorrência, a igualdade e a transparência.

É certo que se saberá terem sido observados todos os princípios basilares da contratação pública, quando se consiga demonstrar que a ordenação das propostas não seria alterada, se as peças do procedimento tivessem contemplado a modificação introduzida. Não se conseguindo demonstrar esta circunstância, estaremos, então, perante uma alteração substancial e, portanto, ante um contrato novo, como adiante melhor se verá.

Capítulo II - A reforma europeia em matéria de modificação do contrato

1. A necessidade de reforma da legislação europeia em matéria de contratos administrativos

No capítulo anterior dedicamos especial atenção às decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, o qual assumiu papel preponderante na configuração do atual regime das modificações dos contratos administrativos.

⁷³ Neste sentido, v. RAIMUNDO, Miguel Assis, “Good Contracting ...”,p.421.

⁷⁴ Miguel Assis Raimundo refere no texto citado que a Diretiva de 2014, ao contrário do TJUE no acórdão em referência, distinguiu na alínea c) do nº 1 do artigo 72º as modificações provocadas por circunstâncias imprevistas, das modificações resultantes de circunstâncias consideradas previsíveis.

Também a Comissão Europeia, consciente dos problemas atinentes à modificação dos contratos administrativos e que foram sendo objeto de tratamento jurisprudencial, produziu várias notas interpretativas a que não se poderia deixar de fazer referência.

Destacamos a Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as concessões em direito comunitário (2000/C 121/02⁷⁵), na qual se sublinhou a sujeição destes contratos aos princípios consagrados na jurisprudência do TJUE e onde se incluem os princípios da não discriminação, da transparência, da igualdade de tratamento e da proporcionalidade.

Assim, reconhecendo embora aos “(...) *Estados-Membros a liberdade de fixar regras materiais e processuais*”⁷⁶, a Comissão não deixou de salientar a exigência de respeito pelos princípios e normas de direito europeu.⁷⁷

Relevamos com interesse para este estudo os princípios da: i) igualdade de tratamento que “(...) *impõe que não se tratem de forma diferente situações análogas, a menos que a diferença de tratamento se justifique por razões objectivas.*”⁷⁸; ii) transparência assegurada através de qualquer meio adequado, incluindo a publicidade que contém, em geral, “(...) *as informações necessárias para que os potenciais concessionários possam decidir se estão interessados em participar no processo (...)*”⁷⁹; iii) proporcionalidade que impõe “(...) *que qualquer medida escolhida seja ao mesmo tempo necessária e apropriada à luz do objectivo a alcançar (...)* que se concilie concorrência e equilíbrio financeiro (...)”⁸⁰.

Numa outra Comunicação Interpretativa (2008/C 91/02⁸¹), a Comissão refletiu sobre a aplicação do direito comunitário em matéria de contratos públicos e de concessões, às parcerias público-privadas institucionalizadas (PPPI), debruçando-se sobre as alterações que obrigam a uma modificação aos contratos celebrados.

⁷⁵ Consultada em 23 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32000Y0429\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32000Y0429(01)), e a que se referem as transcrições, salvo outra indicação.

⁷⁶ V. Comunicação Interpretativa citada, p. 7.

⁷⁷ V. Comunicação Interpretativa citada, p.7.

⁷⁸ Neste sentido o ponto 3.1.1 (p.9), onde se esclarece que “*O princípio da igualdade de tratamento implica, nomeadamente, que as regras do jogo devem ser conhecidas por todos os potenciais concessionários e devem aplicar-se de igual forma a todos eles.*”; o respeito do princípio da igualdade de tratamento exige não apenas a fixação de condições não discriminatórias de acesso a uma actividade económica mas também que as autoridades públicas tomem todas as medidas susceptíveis de assegurar o exercício dessa actividade”; “(...) o respeito do princípio da igualdade de tratamento exige que todas as propostas sejam conformes com as prescrições do caderno de encargos, a fim de garantir uma comparação objectiva entre essas mesmas propostas (...) quando uma entidade adjudicante toma em consideração uma alteração introduzida nas propostas iniciais por um só concorrente, este fica em vantagem em relação aos outros concorrentes, o que contraria o princípio da igualdade de tratamento dos concorrentes e lesa a transparência do processo (...) Deste modo, cada um dos candidatos conhece antecipadamente a possibilidade de prever soluções técnicas diferentes.”

⁷⁹ V. Comunicação Interpretativa citada, p.10.

⁸⁰ V. Comunicação Interpretativa citada, p.11.

⁸¹ Consultada em 23 de dezembro de 2018. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0412\(02\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0412(02)&from=DE).

A Comissão inteirou-se sobre o conceito de *termo essencial* de um contrato (estipulação que se tivesse constado do anúncio do concurso ou do caderno de encargos, teria permitido aos concorrentes apresentar propostas substancialmente diferentes), esclarecendo que uma sua alteração, que não estivesse previamente prevista no caderno de encargos, obriga à reabertura do procedimento concursal.

Recuando, agora, ao ano de 2010 e à Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões⁸², aí se fez notar que a construção do “(...) *grande mercado europeu* (...)”⁸³ continuava a ser ponto central no projeto europeu, assente em quatro liberdades: a liberdade de circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais.

Com a criação da moeda única, a Comissão ambicionou o relançamento do mercado único, ponto central na *Estratégia Europa 2020*, apresentando várias propostas alinhadas com esta visão.

Destacando aquelas com pertinência ao estudo que se desenvolve, assinalamos a Proposta n.º 4, que teve em vista a cooperação com os Estados-Membros⁸⁴; a Proposta n.º 5, tendente a “(...) *combater as discriminações de que os destinatários dos serviços são alvo em razão da sua nacionalidade ou lugar de residência*(...)”⁸⁵; a Proposta n.º 17, que previu a elaboração de “(...) *propostas legislativas com o objectivo de simplificar e modernizar as regras europeias, de modo a tornar o processo de adjudicação de contratos mais fluído e a permitir uma melhor utilização dos contratos públicos para apoiar outras políticas*(...)”⁸⁶.

Como previsto, em 2010 e no âmbito da *estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*, face aos vários desafios que resultaram da aplicação da legislação comum pré-existente no domínio dos contratos públicos, a qual se sustentou, sobretudo, na garantia de procedimentos mais transparentes e não discriminatórios e ao reconhecimento da evolução do contexto político, económico e social, a Comissão Europeia sugeriu a alteração das diretivas, no sentido de abarcarem uma regulação da execução dos contratos. Esta regulação traduziu, ainda, o reconhecimento da importância que assumem as

⁸² Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: “Um acto para o mercado único – Para uma economia social de mercado altamente competitiva”, de 27 de outubro de 2010. [Consultada em 23 de dezembro de 2018]. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2010\)0608_/com_com\(2010\)0608_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2010)0608_/com_com(2010)0608_pt.pdf).

⁸³ V. Comunicação citada, p.3.

⁸⁴ V. Comunicação citada, p.10.

⁸⁵ V. Comunicação citada, p.11.

⁸⁶ V. Comunicação citada, p.16.

modificações ocorridas em sede de execução contratual, como vinha sendo desvelado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

O resultado da tarefa a que se propôs a Comissão Europeia ficou patenteado no Livro Verde sobre a modernização da política dos contratos públicos da União Europeia.⁸⁷

De forma a dar resposta, não apenas aos objetivos propostos pela Comissão Europeia, mas também aos anseios e preocupações que foram surgindo com a aplicação das diretivas anteriores, a 26 de fevereiro de 2014, o Parlamento e o Conselho Europeus aprovaram três novas Diretivas da Contratação Pública que vieram substituir as Diretivas de 2004 (diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE⁸⁸), acolhendo muitas das soluções debatidas e desejadas pela doutrina e jurisprudência comunitárias.

Como realça Maria João Estorninho e a que não se pode deixar de fazer referência, “(...) *se a concorrência amiga do mercado norteou durante décadas o Direito Europeu dos Contratos Públicos, prevalecendo sobre os interesses públicos nacionais (...) há muito que o princípio da proteção da concorrência passou a ser matizado pelo princípio da eficiência e pelo princípio do best value for taxpayer’s money. As Diretivas de 2014 fazem eco dessa evolução (...)*”⁸⁹, surgindo como uma nova referência em matéria de *Direito Europeu dos Contratos*.

Isabel Celeste Fonseca destaca que a “(...) *ideia de procurar harmonizar os princípios da concorrência, pacta sunt servanda e estabilidade contratual com o da adaptabilidade do contrato (...) vem bulir com o regime substantivo clássico, (...) do contrato administrativo (...)*”⁹⁰, obrigando os legisladores nacionais à adaptação a este novo figurino, designadamente em matéria da modificação contratual.

⁸⁷ Cfr. Livro Verde sobre a modernização da política dos contratos públicos da UE – “Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa”. [Consultado em 23 de dezembro de 2018]. Disponível em: http://www.contratacao publica.com.pt/xms/files/Documentacao/Livro_Verde_COM-2011-_15_final_-PRINCIPAL_1289703_1-.PDF.

⁸⁸ Diretivas emanadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, datadas de 31 de março de 2004.

⁸⁹ Neste sentido, Maria João Estorninho, “Por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum”, v. ESTORNINHO, Maria João (Coord.), *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: 2016, pp. 7-11 (10). [Consultada em 23 de dezembro de 2018]. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_0.pdf.

⁹⁰ V. FONSECA, Isabel Celeste, “Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: um velho tema, novas dificuldades”, Maria João Estorninho (Coord.), *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Lisboa: 2016, pp. 77-96 (77). [Consultada em 23 de dezembro de 2018]. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_0.pdf.

Pedro Gonçalves chama a atenção “(...) *para a nova sistematização do direito da EU dos contratos públicos, (...) que surge agora transformado (...)*”⁹¹.

As novas diretivas europeias de 2014 - Diretiva 2014/24/UE (relativa aos contratos públicos típicos [empreitadas de obras públicas, fornecimentos e aquisição e serviços] e que revoga a Diretiva 2004/18/CE); Diretiva 2014/23/UE (relativa à adjudicação de contratos de concessão) e Diretiva 2014/25/EU (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) - vêm, de facto, alterar o anterior paradigma centrado na fase pré-contratual e obediente ao princípio da não discriminação e da livre concorrência, indiciando a preocupação em dispor sobre uma disciplina relativa, também, à fase da execução dos contratos e, no que a este estudo diz respeito, no tocante aos poderes de conformação da relação contratual.

Assim, de uma “(...) *sede de regras aplicáveis à delimitação do universo concorrencial*”, nas palavras de Miguel Assis Raimundo⁹², passa-se para “(...) *um direito europeu que regula directamente aspectos substantivos do contrato administrativo*”, conforme Pedro Matias Pereira e Carla Machado.⁹³

Assiste-se, pois, a uma alteração de foco: o direito europeu passa a preocupar-se, regulando, a matéria da execução dos contratos, que estava relegada para o direito interno dos Estados-Membros. Paradigmático do apelo doutrinal e jurisprudencial, é o tratamento dado às circunstâncias em que podem ocorrer modificações aos contratos celebrados.

Importa salientar, no entanto, que o direito europeu não impede a modificação unilateral ou consensual dos contratos. Estabelece, ao invés, condições e limites que, sendo respeitados, não obrigam a uma renovação do procedimento concursal.

Neste âmbito, cumpre não perder de vista o que está subjacente à celebração de um contrato administrativo: a prossecução do interesse público, seu fundamento último e legitimador. Como bem caracteriza Maria João Estorninho, os contratos administrativos não são “(...) *oportunidades de negócio (...)*”⁹⁴, mas verdadeiros instrumentos ao serviço dos interesses da coletividade.

⁹¹ V. GONÇALVES, Pedro, “A reforma europeia da Contratação Pública”, *Revista de Contratos Públicos*, nº11, 2016, pp. 7-23 (9).

⁹² V. RAIMUNDO, Miguel Assis, *Estudos sobre contratos públicos*, Lisboa: AAFDL, 2010, p.14.

⁹³ V. PEREIRA, Pedro Matias/ MACHADO, Carla, “Modificação e rescisão do contrato”, *Revista de contratos públicos*, nº 12, 2016, pp. 75-104 (76).

⁹⁴ V. ESTORNINHO, Maria João, “Por uma contratação...”, p.7.

E nesta medida, como alude a autora, “*A realização do bem comum, através de contratos públicos, exige legislação clara e adequada, decisores públicos profissionalizados e responsáveis, mecanismos de regulação e de controlo eficazes.*”⁹⁵ e acrescentamos, legislação apta a permitir fazer face aos desafios que a modernidade coloca ao nível da execução dos contratos, a sua compatibilização com os princípios que regem o mercado contratual europeu e em particular, a compatibilização entre a tutela devida aos direitos do cocontratante (*scope of the contract*), a proteção da concorrência (*scope of the competition*) e o superior equilíbrio com a prossecução dos interesses da coletividade.

Por conseguinte, a percepção de que a dado momento se torna necessária a modificação do contrato (e se impõe como indispensável para que a entidade adjudicante possa prosseguir o interesse público de forma mais racional e eficiente), obriga a que se olhe com atenção redobrada para esta matéria.

Paulina Navarrete Medida defende, justamente, que a modificação aos contratos administrativos é um instrumento essencial à eficaz prossecução do interesse público, instrumento de que a Administração não pode prescindir, figurando os princípios da contratação pública como um limite ao *ius variandi*.⁹⁶

É assim possível destacar, revisitando os já citados Kristian Hartlev Morten e Wahl Liljenbø, que os princípios gerais da contratação pública se aplicam, também, na fase da execução dos contratos. Deste modo, se as modificações aos contratos celebrados configurarem uma alteração material, haverá necessidade de promover um novo procedimento concursal por força da aplicação dos princípios enformadores da contratação pública.⁹⁷

Importa salientar, perante tudo o já exposto, que não nos situamos na esfera dos que defendem a primazia absoluta ao interesse público. Caminhamos, ao invés, para uma solução de equilíbrio, mas que corte com a visão tão propagada de supremacia dos princípios da concorrência e da transparência no âmbito da matéria contratual administrativa.

É este o ponto de partida para o (re)conhecimento da solução comunitária e precisamente [O] nosso *case study*.

⁹⁵ V. ESTORNINHO, Maria João, “Por uma contratação...”, p.7.

⁹⁶ Neste sentido, cfr. MEDIDA, PAULINA NAVARRETE, “La modificación de los contratos públicos. Una mirada comparativa a la normativa de la Unión Europea, España y Chile”, Jaime Pintos Santiago (Coord.) *Cuadernos Críticos del Derecho*, 2, 2016, pp. 37-58 (p.44). Consultado em 18 de dezembro de 2018. Disponível em:

<http://www.liberlex.com/archivos/modico.pdf>.

⁹⁷ Neste sentido, v. MORTEN, KRISTIAN HARTLEV/ LILJENBØL, WAHL, “Changes...”, p.52.

2. A Diretiva Contratos – uma tentativa de regular a matéria das modificações contratuais

2.1 Um novo figurino

Na senda da vasta jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a *Diretiva Contratos* rompeu com a abordagem focada na fase formação dos contratos, passando a regulamentar a fase da sua execução.

É certo que se traduz, no essencial, na subordinação da execução dos contratos aos princípios de proteção da concorrência e da transparência, que já decorriam da fase pré-contratual. A designada *Diretiva Contratos* que veio substituir a Diretiva 2004/18/CE e sobre a qual incide este estudo em particular⁹⁸ alude, na exposição de motivos (Considerando 104), à nova vocação que enforma a sua redação: uma especial preocupação com a fase da execução dos contratos, gizando regular, expressamente, o regime da modificação dos contratos.

Forçando a distinção entre os designados critérios de adjudicação (preocupação que preencheu a mente do legislador comunitário nas diretivas anteriores) e as condições de execução dos contratos⁹⁹ o legislador comunitário acentua o papel central que o tema das modificações contratuais assume na nova Diretiva.

Ora, a regulação da matéria da modificação dos contratos contida na Diretiva, e como já referido, *bebe* inspiração na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, constituindo o acórdão *Presstext* um marco no atinente, sobretudo, aos critérios de aferição das alterações aos contratos consideradas substanciais.

Neste pendor, acentua-se a necessidade e objetivo de clarificar em que situações as modificações introduzidas nos contratos obrigam a um novo procedimento concursal, à luz do acervo jurisprudencial então constituído.

⁹⁸ Não nos iremos debruçar sobre as Diretivas 2014/23/EU e 2014/25/UE, de 26 de fevereiro de 2014, que regulam, como já se teve oportunidade de indicar, respetivamente, os contratos de concessão e os contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

⁹⁹ Como resulta do Considerando 104, “(...) *Contrariamente aos critérios de adjudicação, que constituem a base da avaliação comparativa da qualidade das propostas, as condições de execução dos contratos constituem requisitos objetivos fixos que não têm impacto sobre a avaliação das propostas.*”, devendo embora ser “(...) *compatíveis com a presente diretiva desde que não sejam direta ou indiretamente discriminatórias e estejam relacionadas com o objeto do contrato (...)*” e nesta medida “(...) *indicadas no anúncio de concurso, no anúncio de pré-informação utilizado como meio de abertura de concurso ou nos documentos do concurso.*”.

O legislador comunitário não deixa de destacar que se deve dar início a um novo procedimento concursal “(...) *em caso de alterações materiais ao contrato inicial, em particular ao âmbito de aplicação e ao conteúdo dos direitos e obrigações mútuos das partes, (...)*” prescrevendo, mesmo, e na pegada da jurisprudência europeia, que “*Tais alterações demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais desse contrato.*”, influenciando o “(...) *resultado do procedimento, se tivessem sido inicialmente contempladas.*”¹⁰⁰.

Esta posição não surpreende. Atente-se que a renegociação de um contrato administrativo pode fazer perigar os princípios da concorrência, da igualdade e da transparência, tão importantes na fase da formação dos contratos. De facto, a modificação de elementos tidos como essenciais, pode indiciar que as partes quiseram alterar o contrato, renegociando os seus termos ou as suas condições preponderantes, pelo que se deverá proceder à análise da intenção das partes e das condições alteradas, de forma a aquilatar se se produziu, em rigor, um novo contrato. Havendo a intenção de inovar (*animus novandi*) deixa-se de estar, por conseguinte, no campo da mera modificação contratual admitida - *transmissão de posições contratuais*¹⁰¹ - para se fixar no campo da *novação* e nesta medida, perante um novo contrato.

Movendo em *terreno* de contratação pública impõe-se, como nos parece inquestionável, a renovação do procedimento concursal e é este um primeiro aspeto a reter, na interpretação que fazemos.

Sem prejuízo da existência ou não de *animus novandi*, a *Diretiva Contratos* faz eco que modificações de reduzida expressão financeira não obrigam à reabertura do mercado concorrencial.¹⁰²

Esta nota não produz dificuldades de maior, cuidando de modificações introduzidas no contrato administrativo de escasso impacto económico, que não ultrapassem os limiares europeus, as percentagens fixadas e que não alteram a *natureza global do contrato*, expressão a que dedicaremos especial atenção.

¹⁰⁰ V. Considerando 107 da *Diretiva Contratos*.

¹⁰¹ Como adiante melhor se verá.

¹⁰² Neste sentido, Considerando 107 da *Diretiva Contratos*.

2.2 O artigo 72º

O Considerando 109 tece as linhas orientadoras de interpretação do que são modificações admitidas em sede de execução contratual e de modificações que obrigam à renovação do procedimento concursal, tendente à adjudicação de um novo contrato.

A expressão *alteração da natureza global do contrato* surge como ponto importante de discussão e distinção de conceitos. Ora, o que se deve entender por natureza global do contrato?

Em linha com o pensamento de Paulo Linhares Dias, não vislumbramos diferenças entre esta expressão e o conceito de modificação substancial resultante do acórdão *Presstext*¹⁰³, conceito este, aliás, que veio a ser acolhido no nº 4 do artigo 72º.

O legislador comunitário não fornece uma noção de natureza global do contrato, mas sim exemplos que permitem avaliar que alterações poderão afetar a natureza global do contrato. Adianta o legislador, a este respeito, quando se substitui “*obras, fornecimentos ou serviços a adjudicar por algo diferente*”¹⁰⁴ ou quando se altere “*profundamente o tipo de contrato*”¹⁰⁵.

O legislador comunitário realça que apenas as modificações *substanciais* que afetem a *natureza global do contrato* requerem uma nova adjudicação, autorizando, depois, margem de liberdade aos legisladores nacionais para conferir às autoridades adjudicantes a possibilidade de preverem modificações aos contratos, através de “*(...) cláusulas de revisão ou opção, (...) redigidas de forma suficientemente clara (...)*”¹⁰⁶.

É assim dado o mote para a regulação dos limites à modificação dos contratos administrativos, embora destacando a importância que reveste o procedimento pré-contratual em matéria de modificação aos contratos e, especificamente, os aspetos que influenciaram, de modo determinante, a configuração e constituição de tal procedimento, mormente a participação de concorrentes e o conteúdo do contrato a adjudicar.

Procedendo, agora, à análise ao regime legal ínsito na *Diretiva Contratos*, observamos que a matéria da modificação contratual é especialmente desenvolvida no artigo 72º.

Reafirmando o propósito de clarificar o âmbito, regime e limites da cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante com o teor constante do aditado artigo

¹⁰³ Neste sentido, v. DIAS, Paulo Linhares, “A execução dos contratos na Diretiva 2014/24/EU”, *Revista de contratos públicos*, nº 12, 2016, pp. 7-26 (24).

¹⁰⁴ V. Considerando 109 da *Diretiva Contratos*.

¹⁰⁵ V. Considerando 109 da *Diretiva Contratos*.

¹⁰⁶ V. Considerando 111 da *Diretiva Contratos*.

318º-A do Código dos Contratos Públicos revisto¹⁰⁷, admitindo, defendemos, uma simultânea autorização de modificação subjetiva e objetiva, importa examinar de forma mais demorada o regime estatuído no artigo 72º da *Diretiva Contratos*¹⁰⁸, perceber em que moldes são admitidas as modificações aos contratos administrativos e, assim, comparar com a solução adotada internamente.

Este artigo dá expressão à matéria das modificações objetivas e das modificações subjetivas, estruturando-se em torno da distinção entre modificações contratuais que são admissíveis (as constantes dos nºs 1 e 2) e modificações contratuais que são inadmissíveis (afinal, aquelas que obrigam à abertura de novo procedimento concursal, conforme resulta do nº 4, lido *a contrario* e do nº 5).

Além destes casos, e sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas nas alíneas a) a d) do n.º 4, os contratos podem ser modificados sem necessidade de novo procedimento concursal nos termos da *Diretiva Contratos*, caso o valor da modificação seja inferior aos limiares e percentagens aí indicadas¹⁰⁹, como já se teve oportunidade de fazer referência e desde que não seja alterada a natureza global do contrato.¹¹⁰

Saliente-se que o preço fora considerado *condição importante do contrato* na aceção do acórdão Presstext, cuja alteração implicava a renovação do procedimento concorrencial. É consabido, aliás, que entre os critérios de adjudicação mais utilizados pelas entidades adjudicantes está, precisamente, o preço ou, na redação atual do Código, *critério da proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante, (...) determinada pela avaliação do preço ou custo enquanto único aspeto da execução do contrato a celebrar*¹¹¹.

São, por conseguinte, situações em que as modificações introduzidas são de pouca expressão financeira.

2.2.1 Modificações admissíveis

Analisando o nº 1 do artigo 72º, acham-se elencadas as situações que não obrigam a uma nova adjudicação, o que designaremos por modificações admissíveis, a saber: *i)* na alínea a) estão previstas as modificações anunciadas previamente em cláusulas de revisão ou opção

¹⁰⁷ É certo que em perspetiva porventura *criativa*, fruto da vontade de reconhecer [O] instrumento capaz de dar resposta aos problemas de ordem prática de quem lida de perto com a contratação pública, na perspetiva da Administração.

¹⁰⁸ Ainda que não se tenha a pretensão de esgotar a análise do artigo.

¹⁰⁹ Cfr. pontos i) e ii) do nº2 do artigo 72º.

¹¹⁰ Neste sentido, o Considerando 107 da *Diretiva Contratos*.

¹¹¹ Artigo 74º do CCP.

claras, precisas e inequívocas; *ii*) na alínea b) estão contempladas as designadas obras, serviços ou fornecimentos complementares (que mais não traduzem do que os tão conhecidos trabalhos ou serviços a mais); *iii*) na alínea c) as modificações impostas por alteração das circunstâncias; *iv*. na alínea d) as modificações que implicam a substituição do adjudicatário; *v*. e na alínea e) as situações de modificação não substancial, na aceção do n.º 4 do artigo 72.º.

Perscrutando apenas as alíneas que interessam ao presente estudo, notamos que a alínea a), tratando das modificações que tenham sido previstas no anúncio e peças do procedimento em cláusulas de revisão (aquelas que concedem às partes a possibilidade de modificar o contrato em determinadas circunstâncias predefinidas) ou opção (aquelas que concedem um direito à entidade adjudicante e, em contrapartida, a sujeição do cocontratante ao cumprimento da correspondente obrigação) claras, precisas e inequívocas, que não alterem a natureza global do contrato reproduz, no essencial, o Considerando 111 da *Diretiva Contratos*.

Este Considerando antecipa a possibilidade das entidades adjudicantes preverem, independentemente do seu valor monetário, modificações contratuais em cláusulas de revisão ou opção, estipuladas de forma clara e perceptível a todos quantos participam ou queiram participar no procedimento, desde que, como não se pode deixar de acentuar, respeitem a natureza global do contrato a adjudicar.

Importa salientar que as cláusulas previstas deverão indicar, com rigor, o âmbito e natureza das eventuais modificações ou opções a aplicar.

O Considerando em referência procede, então, à exemplificação do tipo de cláusulas de modificação contratuais que são admissíveis. Destaca-se, *inter alia*, a cláusula de revisão de preços tão familiar aos contratos de empreitadas de obras públicas e que utilizamos como exemplo nesta reflexão. Também são admitidas cláusulas que procedam a alterações de conteúdo do contrato, da duração do mesmo, incluindo das suas partes outorgantes.

Outra alínea com destaque para a reflexão que ora desenvolvemos é a alínea c) do n.º 1 do artigo 72.º, que indica que podem ser introduzidas alterações aos contratos ou acordos-quadro sem necessidade de novo procedimento concursal, quando se verificarem as condições enunciadas em três subalíneas: modificação que decorra de circunstâncias que entidade adjudicante diligente não pudesse prever; que não altere a natureza global do contrato; e não aumente o preço em mais de 50% do valor inicial do contrato.

Divisam-se nesta alínea as situações que não podiam ter sido previstas aquando do contrato, sendo justificadas, sobretudo, em relação aos contratos de execução prolongada, que obrigam a uma sua adaptação às circunstâncias que ocorram.

Para além das alíneas a) e c) do nº 1 do artigo 72º, interessa ao presente estudo a análise da alínea d) que trata, precisamente, dos casos de modificação subjetiva dos contratos.

Examinando esta alínea, é impossível não recordar as conclusões extraídas do acórdão *Presstext*, achando-se reproduzida, nas várias subalíneas, a jurisprudência emanada do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Na subalínea i) admite-se a modificação subjetiva dos contratos, desde que a modificação estivesse previamente prevista numa, já por nós referida, cláusula de revisão ou opção, estipulada de forma clara, precisa e inequívoca. Na subalínea ii), são elencadas as situações de transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, produzidas na sequência de operações de reestruturação, incluindo as ofertas públicas de aquisição, a fusão e a aquisição e ainda a insolvência, “(...) *para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva.*”¹¹²

Duas breves notas que importa deixar: desde logo a utilização do conceito *modificações substanciais* e, ainda, a referência que é feita a *outras modificações substanciais*.

Intuímos que o legislador comunitário terá tido a perceção de que poderá ser tentada a introdução de outras modificações ao contrato, a par das admitidas modificações subjetivas. Referência, claro está, às modificações objetivas. Adiante, procuraremos perceber se o legislador comunitário impede, de facto, o que se apelidamos de *dupla modificação ao contrato*.

Retomando a análise do artigo, desde que enquadradas no âmbito e limites desta subalínea, as modificações subjetivas são, por conseguinte, admitidas, sem que haja necessidade de proceder a um novo concurso e consequente adjudicação de um novo contrato.

Já o nº 2 do artigo 72º trata dos casos em que se considera não existir uma modificação substancial aos contratos, por aplicação do critério do valor da modificação.

São estas as já referidas situações de reduzida expressão financeira, mencionadas a propósito do Considerando 107 da exposição de motivos da Diretiva, em que o valor da modificação não excede os limiares europeus (remissão para o artigo 4º), ou a percentagem de 10% (para os contratos de aquisição de bens e serviços), ou a percentagem de 15% (para os contratos de empreitada de obras públicas) do valor do contrato inicial e desde que não se altere a natureza global do contrato.

¹¹² Sublinhado nosso.

No âmbito deste número e em caso de modificações sucessivas, a avaliação será feita atendendo ao valor líquido acumulado.

Da análise produzida levanta-se uma dúvida: qual a consequência da introdução de modificações que ultrapassem os limiares previstos? Cair-se-á no âmbito das modificações contratuais substanciais e inadmissíveis?

Parece-nos adequado concluir estar perante uma modificação substancial. Todavia, salvo outro entendimento, analisando todo o quadro normativo, pensamos que a cominação não passa, imediata e necessariamente, pela consideração de se tratar de modificação *substancial inadmissível* e, como tal, obrigando à realização de novo procedimento concursal.

Para tanto bastará, em nossa opinião, que se enquadre em qualquer dos outros números do artigo 72º, que admitem a modificação contratual, sem que tal implique a renovação do procedimento concursal.

2.2.2 Modificações inadmissíveis

Por sua vez o nº4 do artigo 72º¹¹³ da *Diretiva Contratos*, que acolhe precisamente a reflexão produzida no já conhecido acórdão *Presstext*, aponta *condições* que determinam que uma alteração seja considerada como substancial, obrigando à adoção de um novo procedimento concursal, conforme indicado no nº 5.

São, portanto, aquelas modificações contratuais substanciais consideradas inadmissíveis.¹¹⁴

Importa apurar, pois, à luz da *Diretiva Contratos*, que alterações substanciais inadmissíveis são estas.

Ora no nº 4 do artigo 72º são elencadas situações que, uma vez verificadas, nos reconduzem às modificações substanciais do contrato que obrigam a um novo procedimento concursal nos termos do nº 5, a saber: *i*) modificação que introduz *condições* tais que, se tivessem feito parte do procedimento concursal inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos, a aceitação de outra proposta ou teriam, mesmo, atraído mais participações no concurso¹¹⁵; *ii*) modificação que altera *o equilíbrio económico* do contrato (ou do acordo-quadro) a favor do adjudicatário, de uma forma não prevista no contrato (ou acordo-quadro)

¹¹³ E que procede à concretização, *a contrario*, da noção de modificação não substancial.

¹¹⁴ O que antecipa que existem alterações substanciais que são admissíveis.

¹¹⁵ O que é revelador do novo paradigma introduzido pelo legislador comunitário em matéria contratual: uma preocupação que ultrapassa a condição dos concorrentes preteridos, desvelando acentuado cuidado e atenção para com os concorrentes que não chegaram sequer a ser admitidos no procedimento concursal e com os interessados que nem chegaram a apresentar proposta.

inicial; *iii*) modificação que alarga consideravelmente o *âmbito* do contrato (ou do acordo-quadro); *iv*) o adjudicatário ao qual a entidade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato é substituído por um novo adjudicatário, em casos não previstos no n° 1, alínea d).

Por conseguinte, resulta da análise ao preceito em apreço que, para ser considerada substancial e inadmissível, a modificação tem de ter algum impacto na concorrência, pedra basilar dos procedimentos concursais, ou afetar outros princípios importantes da contratação pública, com expoente máximo no princípio da transparência.

Em sentido contrário, pense-se numa alteração que não altere uma condição ou termo sujeitos à concorrência e sem qualquer influência no procedimento pré-contratual de que resultou o contrato celebrado. Uma alteração, assim, não pode ser considerada como substancial sendo, portanto, como nos parece evidente, admissível.

Do exposto pode-se então extrair o seguinte, fazendo nossas as conclusões a que chegaram Pedro Matias Pereira e Carla Machado¹¹⁶: segundo estes autores há três tipos de modificação dos contratos públicos contempladas no artigo 72° da *Diretiva Contratos*: *i*) as modificações não substanciais, contidas no n° 2 do artigo 72° e que são as que obedecem a limites quantitativos (inferiores aos limiares e percentagens indicadas na Diretiva) e qualitativos (coincidindo com a expressão *modificação global* do contrato); *ii*) as modificações substanciais permitidas (as que alteram *elementos essenciais*, mas que não afetam a natureza global do procedimento pré-contratual); *iii*) as modificações substanciais que requerem uma nova adjudicação (as que alterando elementos essenciais, modificam a natureza global do procedimento) e que são, portanto, inadmissíveis no quadro de um mesmo contrato ou acordo-quadro.

¹¹⁶ Neste sentido, v. PEREIRA, Pedro Matias/ MACHADO, Carla, “Modificação...”, pp. 94 ss.

Parte III

A modificação dos contratos administrativos em contexto de incumprimento contratual: a cessão da posição contratual, uma solução de direito interno

Capítulo I - A cessão da posição contratual: um caso de modificação subjetiva

1. O instituto da cessão da posição contratual – conceito

As modificações introduzidas ao nível das partes outorgantes, vulgo modificação subjetiva, encontram enquadramento normativo interno nos artigos 288º e 316º a 324º do Código dos Contratos Públicos.

De uma forma geral, associam-se as modificações subjetivas à substituição do cocontratante, mas também podem ser relacionadas com as transformações internas que ocorram no seio do cocontratante e com a substituição do próprio contraente público. A atenção neste estudo volta-se, apenas, para o primeiro caso.

Aproveitando a incursão ao artigo 288º, percebe-se que, se por um lado se impõe como regra o cumprimento *pessoal* das obrigações¹¹⁷, por outro, se admite a realização da prestação por outrem que não o seu originário sujeito.

A exceção à ligação do cumprimento das obrigações contratualizadas ao seu primitivo cocontratante materializa-se, de acordo com o disposto na parte final do citado artigo, nos casos da cessão da posição contratual e de subcontratação.¹¹⁸

¹¹⁷ Na aceção de que é sobre o titular passivo da relação creditória que recai o dever de prestar. Neste sentido Antunes Varela: “Embora a prestação possa, em princípio, ser efectuada, não só pelo devedor, mas por terceiro (...) deve reservar-se o termo cumprimento (...), para a realização voluntária da prestação pelo devedor”, esclarecendo, “(...) que não se pode entender que é o terceiro que cumpre a obrigação porque ele não estava adstrito (vinculado) à realização da prestação.”, v. VARELA, Antunes, Das obrigações..., pp.8 e 25.

¹¹⁸ Esclarecemos que a subcontratação não será objeto deste estudo.

O presente estudo ambiciona pensar o instituto da cessão da posição contratual ou, na designação fornecida por Antunes Varela, a “(...) *mais complexa de todas as formas de transmissão das obrigações.*”¹¹⁹.

O instituto da cessão da posição contratual é uma figura nascida no seio do direito civil, com regime dedicado nos artigos 424º e seguintes do Código Civil, estando hoje plenamente acolhido no direito público.

Assim é, não apenas pela expressa referência no nº 4 do artigo 288º, de aplicação subsidiária, com as necessárias adaptações, do direito civil, mas também devido ao regime contido nos artigos 316º a 319º.

Da análise ao artigo 316º resulta a perceção que incorpora uma regra geral de admissibilidade da modificação subjetiva do contrato.

Em termos conceptuais pode-se descrever a cessão da posição contratual como “(...) o *negócio pelo qual um dos outorgantes em qualquer contrato bilateral ou sinalagmático transmite a terceiro, com consentimento do outro contraente, o complexo dos direitos e obrigações que lhe advieram desse contrato.*”¹²⁰.

Como a expressão *transmissão* faz transparecer e acolhendo a lição de Antunes Varela, o contrato primitivo não se extingue, nem haverá lugar a um novo contrato. Haverá um contrato *instrumento de cessão*, através do qual se produz a transmissão das posições derivadas do *contrato base (primitivo)* e três sujeitos: o contraente que transmite a sua posição contratual (designado de *cedente*); o terceiro que adquire a posição transmitida e que ocupa o lugar do *primitivo contraente (cessionário)* e a contraparte do cedente, no contrato primitivo e que passa a ser contraparte do cessionário (*cedido*).¹²¹

A modificação da relação contratual que tinha como um dos titulares o cedente, é a mesma de que passa a ser sujeito, após o acordo, o cessionário. Decorre, assim, da cessão da posição contratual, a deslocação das posições jurídicas (entendidas como complexo de direitos e obrigações) detidas originariamente, de uma pessoa para outra (do transmitente cedente para

¹¹⁹ Importa atender à definição que o autor dá ao conceito de *Relação Obrigacional Complexa*, assim identificada por abranger um conjunto de direitos e deveres ou estados de sujeição nascidos do mesmo facto jurídico. Cfr. VARELA, Antunes, Das obrigações ..., p. 384.

¹²⁰ V. VARELA, Antunes, Das obrigações ..., p. 383.

¹²¹ Neste sentido, v. VARELA, Antunes, Das obrigações..., p. 384.

o adquirente cessionário), “(...) mantendo-se rigorosamente os mesmos, embora moldados à semelhança do primeiro.”¹²²: *successio non producit novus ius sed vetus transfert*¹²³.

Importa advertir que nem sempre assim se entendeu. Como explica Mota Pinto¹²⁴, em posição que aderimos, esta definição incorpora o reconhecimento e prevalência da designada teoria monista ou unitária¹²⁵, segundo a qual são transmitidos para o cessionário os créditos, débitos, direitos potestativos, sujeições, deveres laterais de comportamento, independentes do dever principal de prestação, exceções, expetativas, ónus...¹²⁶

Por outras palavras e como acima referido, *todas as posições subjectivas em que uma parte contratual estava constituída por força do contrato*.

A transferência da posição contratual *actual*¹²⁷ de uma das partes para a outra decompõe-se do seguinte modo: quanto ao cedente, ocorre a extinção subjetiva da relação contratual; para o cessionário decorre a aquisição derivada translativa dessa mesma relação, assim como se constitui uma relação entre o cedente e o cessionário.¹²⁸

2. Regime normativo (em vigor) da cessão da posição contratual

Impõe-se, agora, perceber de que forma opera e se materializa a cessão da posição contratual.

A cessão da posição contratual acha-se plasmada no artigo 316º, prescrevendo o legislador que, *na falta de estipulação contratual ou quando outra coisa não resultar da natureza do contrato*, tanto a cessão da posição contratual, como a subcontratação, se acham admitidas.

Da leitura aos preceitos dedicados à cessão da posição contratual, após as alterações introduzidas pelo legislador na reforma de 2017, procedem dificuldades de interpretação e aplicação prática do instituto.

¹²² Cfr. VARELA, Antunes, Das obrigações ..., p. 287.

¹²³ Cfr. VARELA, Antunes, Das obrigações ..., p. 384.

¹²⁴ Neste sentido, v. PINTO, Carlos Alberto da Mota, Cessão da Posição Contratual, Coleção Teses, Reimpressão de 1982, Coimbra: Almedina, 2003, pp. 191 ss.

¹²⁵ A propósito da distinção entre as teorias monista e atomística, a Parte II da citada obra.

¹²⁶ Neste sentido Antunes Varela, v. VARELA, Antunes, Das obrigações..., pp. 223 e ss.

¹²⁷ Como adverte Antunes Varela, “(...) a cessão abrange a relação nascida do contrato básico com a sua configuração actual e não com a primitiva estrutura.”, v. VARELA, Antunes, Das obrigações ..., p. 400.

¹²⁸ Neste sentido, v. VARELA, Antunes, Das obrigações ..., pp. 394 e ss.

Ainda assim, partindo da apreciação feita por Miguel Lorena Brito¹²⁹, divisa-se um primeiro aspeto essencial: a necessidade de uma previsão expressa e inequívoca da possibilidade de cessão da posição contratual no contrato.

Neste âmbito destaque para o alerta que é feito por este autor a propósito da regra contida no artigo 316º, quando lida em conjugação com o novo nº1 do artigo 318º.

Dita este preceito que a possibilidade de recurso à cessão da posição contratual deve estar expressamente prevista no contrato, em *cláusula de revisão ou opção inequívoca*, salvo quando se verifique alguma das condições previstas nas duas alíneas elencadas, a saber: a) quando haja transmissão universal ou parcial da posição do cocontratante, na sequência de reestruturação societária, nomeadamente, oferta pública de aquisição, aquisição ou fusão, a favor de cessionário que satisfaça os requisitos mínimos de habilitação e de capacidade técnica e de capacidade económica e financeira exigidos ao cocontratante; b) quando o contraente público *assume as obrigações do cocontratante para com os subcontratados*.

Percebe-se da leitura a ambas as disposições que, por força do artigo 316º, a cessão é admitida sempre que o contrato não preveja de forma diversa, ou assim decorra da sua própria natureza. Como indica Pedro Matias Pereira, o artigo 316º “(...) *consagrava e, incongruentemente, continua a consagrar – um princípio geral de admissibilidade das modificações subjetivas (...)*”¹³⁰, enquanto o artigo 318º prescreve o contrato como um requisito *essencial e prévio* à cessão da posição contratual.

O mesmo autor, defendendo que a modificação subjetiva deve ter como fundamento o interesse público, entende que “(...) *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.*”¹³¹.

De acordo com Miguel Lorena de Brito, no texto já citado e com o que não podemos deixar de concordar, a interpretação conforme às diretivas é a que condiciona a cessão da posição contratual à sua prévia e expressa previsão contratual, “(...) *tal qual exigido no artigo 318º nº 1, excepto nos casos expressamente previstos nas alíneas a) e b) dessa norma.*”¹³². E

¹²⁹ Cfr. BRITO, Miguel Lorena, “A modificação subjetiva do contrato no Código dos Contratos Públicos revisto”, Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro Tiago Serrão, Marco Caldeira (Coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, 1ª reimpressão, Lisboa: AAFDL, 2018, pp.891-932.

¹³⁰V. PEREIRA, Pedro Matias, “Modificação subjetiva, pagamentos diretos a subcontratados e resolução do contrato”, *Revista de Contratos Públicos*, nº 17, 2018, pp. 23-45 (26).

¹³¹ Neste sentido, v. PEREIRA, Pedro Matias, “Modificação ...”, p. 27.

¹³² Cfr. BRITO, Miguel Lorena “A modificação subjetiva ...”, p. 901.

por prévia e expressa previsão contratual, interpreta-se que o legislador pensou nas peças de procedimento, que são prévias à outorga do contrato propriamente dito.

Por conseguinte, para além das situações em que o contrato impeça ou assim resulte da natureza do próprio contrato (cf. artigo 316º), o recurso à cessão da posição contratual está vedado nos casos enumerados nas alíneas a) a c) do nº1 do artigo 317º: situações de adoção de critérios materiais em que a escolha do cocontratante foi feita através de ajuste direto, só podendo ser convidada uma entidade; *b) Às entidades abrangidas pelas causas de impedimento previstas no artigo 55.º;* *c) Quando existam fortes indícios de que a cessão da posição contratual ou a subcontratação resultem de atos, acordos, práticas ou informações suscetíveis de falsear as regras de concorrência.*

De igual modo se exige, para a validade do negócio, sem o que não produzirá qualquer efeito, a prévia autorização do contraente público.

A autorização do contraente público pode ocorrer no próprio *contrato* (ou durante a sua execução), neste sentido os artigos 318º e 319º, e desde que preenchidos os dois requisitos contidos no nº 2 do artigo 318º, que são os requisitos de habilitação e capacidade exigidos ao cedente aquando da formação do contrato em causa.

Este normativo encontra paralelismo na previsão civilística constante do nº 1 do artigo 424.º do Código Civil, onde se determina que, *no contrato com prestações recíprocas, qualquer das partes tem a faculdade de transmitir a terceiro a sua posição contratual, desde que o outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão.*

Inocência Galvão Telles explica a razão de ser desta imposição, recordando que o contraente cedido ficará ligado a um “(...) *estranho que até pode não lhe agradar.*”¹³³.

Em idêntica linha de pensamento, Antunes Varela destaca que a regra se deve ao circuito de natureza triangular que deriva do contrato de cessão da posição contratual: assim, para além da vontade dos intervenientes diretos na transmissão (o cedente, dum lado, o cessionário, do outro), estatui-se a necessidade do consentimento do contraente cedido, para quem não é indiferente a pessoa do devedor nas obrigações de que ele seja credor.¹³⁴

¹³³ Neste sentido, cfr. TELLES, Inocência Galvão, Manual dos Contratos em Geral, 4.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 455.

¹³⁴ V. VARELA, ANTUNES, Das obrigações ..., pp. 383 ss.

Resulta assim do exposto que, para que se possa consentir uma cessão da posição contratual, deverá existir uma previsão prévia, expressa e inequívoca dessa possibilidade no contrato (assim entendido como peças do procedimento) carecendo, em seguida, de autorização prévia do contraente público.

Capítulo II - O artigo 318º-A: regime, limites e problemas

1. A cessão da posição contratual em cenário de incumprimento contratual

A cessão da posição contratual pode verificar-se em dois cenários diferenciados. O primeiro cenário beneficiou, já, de atenção no presente estudo. Na verdade, até aqui abordámos o instituto da cessão da posição contratual enquanto importante instrumento a que as partes podem recorrer ainda durante a execução do contrato e em ordem ao seu cumprimento.

Importa, agora, pensar este instrumento num cenário de incumprimento contratual, figurando como forma de reação a esse mesmo incumprimento, enquanto alternativa à resolução contratual e como um mecanismo, mais, apto a salvar o contrato.

Ora, como foi possível perceber, o reformado artigo 302º elencou entre os poderes de conformação da relação contratual do contraente público, um *novo* poder: o da imposição da cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante (artº302º alínea f)). Configura, no essencial, o afastamento do cocontratante da relação contratual estabelecida por ação (reação, acrescentamos nós) do contraente público.

Esta figura está longe de se poder considerar uma verdadeira inovação, encontrando correspondência numa outra figura que se reconhece sob a designação de *step in e step out*. Este *direito* mais não traduz do que a possibilidade, mediante concordância do contraente público, e em caso de dificuldade contratual do cocontratante, de fazer intervir no contrato as entidades financiadoras.

Não cumpre ao presente estudo analisar esta figura, sobretudo com o rigor e dedicação que se impõem. Sem prejuízo, importa referir que o artigo 322º preceitua que, quando previamente previsto, as entidades financiadoras podem intervir nos contratos de forma a

assegurar a continuidade das prestações contratuais, mediante autorização do contraente público.

Esta figura oferece-se, assim, em caso de grave e eminente incumprimento ou quando se verificarem os pressupostos de resolução do contrato.

As semelhanças entre a cessão da posição contratual e o direito de *step in* e *step out* são, pois, evidentes. Todavia, para as situações de cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante, o legislador introduziu importantes distinções: a intervenção de outro sujeito no contrato, através da cessão da posição contratual, não ocorre por *mera autorização* do contraente público, como sucede com o direito de *step in* e *step out*, mas sim por *imposição* do próprio contraente público. Outra distinção recai sobre o momento em que se pode recorrer a estas figuras. Enquanto a figura do direito de *step in* e *step out* pode ser utilizada em situações anteriores à verificação dos pressupostos de resolução do contrato, a cessão da posição contratual em caso de incumprimento apenas pode ocorrer verificadas que estejam esses pressupostos.

2. O aditado artigo 318º-A – Uma solução em defesa do interesse público, face aos problemas gerados pelo incumprimento do cocontratante?

2.1 Regime legal

Como sublinhado, o presente estudo assenta na leitura da cessão da posição contratual como figura, também, de reação ao incumprimento do cocontratante¹³⁵, a par de outros instrumentos indicados no Capítulo 1, Parte I da presente dissertação.

Com a revisão do Código dos Contratos Públicos operada pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, o legislador passou a prever a aplicação da cessão de posição contratual num cenário de incumprimento contratual, por imposição do contraente público.

¹³⁵ Importa referir, a título de mera curiosidade, que o Código dos Contratos Públicos italiano de 2016 contempla no artigo 110º, com a epígrafe “Procedimentos de contratação em caso de falência do executor ou rescisão do contrato e medidas de gestão extraordinárias” [tradução nossa], um regime muito semelhante ao estatuído pelo legislador nacional, prevendo nos casos aí elencados a substituição do adjudicatário pelo concorrente ordenado em lugar subsequente no procedimento que deu origem ao contrato em causa. V. *Codice dei contratti Pubblici*, de 18 de abril de 2016. Disponível em: https://www.codiceappalti.it/Home/Legge/?legge=DLGS_50/2016

O CCP trata a matéria num aditado artigo 318.º-A, sob epígrafe *de cessão da posição contratual por incumprimento do cocontratante*.¹³⁶

Pedro Matias Pereira refere que a possibilidade introduzida pelo legislador nacional não é uma “(...) opção de risco zero (...)”¹³⁷, observando que a *Diretiva Contratos* indica no Considerando 110 que o adjudicatário não poderá ser substituído em razão do incumprimento do contrato, sendo o que precisamente o aditado artigo 318º-A autoriza.

Impõe-se questionar se assim é efetivamente, isto é, se o Considerando impede a previsão de um mecanismo tal qual o refletido no artigo 318º-A. Ora, da análise literal ao Considerando em apreço, não parece claro este argumento, é que aí se alude aos casos em que o contrato foi *rescindido* em virtude de deficiências de execução. Percebe-se, em nossa opinião, que o legislador comunitário tenha destacado a necessidade de novo concurso, em respeito aos princípios da igualdade de tratamento e da transparência, a que acrescentamos o da concorrência.

Já o artigo 318º-A trata das situações em que o contrato deficientemente executado não é resolvido¹³⁸ sendo, ao invés, *transmitido* a outro adjudicatário, através do mecanismo da cessão da posição contratual. Esta possibilidade parece-nos deter suporte normativo no disposto na alínea d) do artigo 72º da *Diretiva Contratos*, mais precisamente na subalínea i), desde previamente prevista em cláusula de opção de revisão ou opção clara, precisa e inequívoca.

O nº 1 do artigo 318º-A começa por apontar para a necessidade de previsão prévia da cessão da posição contratual no contrato e, por contrato, leia-se, peças de procedimento (atendendo, aliás, à configuração de contrato que é dada pelo artigo 96º).

Alude-se, em seguida, à ocorrência de *uma situação de incumprimento das obrigações do cocontratante que permita a resolução contratual*.

Não basta, assim, um qualquer incumprimento. Tem de ser suficientemente grave, um incumprimento tal que reúna os pressupostos para a resolução do contrato, vertidos nos artigos

¹³⁶ A reflexão feita por Paulo Otero afigura-se, em nossa opinião, muito importante para o estudo deste artigo. Este autor define três tipos de pressupostos que autorizam a utilização da prerrogativa contida no artigo em apreço: pressupostos objetivos, pressupostos procedimentais e pressupostos subjetivos. V. OTERO, Paulo, “Incumprimento e cessão da posição contratual: alguns problemas decorrentes do novo artigo 318º-A do CCP”, *Revista de Contratos Públicos*, nº 16, 2018, pp. 5-15 (7).

¹³⁷ V. PEREIRA, Pedro Matias “Modificação subjetiva, pagamentos diretos a subcontratados e resolução do contrato: novidades do CCP revisto”, *Revista de Contratos Públicos*, nº 17, 2018, pp. 23-45 (33).

¹³⁸ Ainda que o adjudicatário seja efetivamente afastado da execução do contrato.

325º e 333º, a ponto de permitir ao contraente público um exercício de ponderação entre a resolução do contrato e a cessão da posição contratual.

Pedro Leite Alves critica esta solução por entender que, para além de aumentar a litigiosidade, opera em momento em que o contrato já está em prestes a ser resolvido.¹³⁹

Percebe-se a crítica. De facto, porque não o recurso a esta figura quando o interesse público não resultou, ainda, demasiado *beliscado*?

Como já se referiu, propendemos para uma solução que promova, não uma simples utilização dos mecanismos de conformação da relação contratual, voltados apenas para a punição do cocontratante, mas o salvamento do contrato na forma e tempos acordados e, conseqüentemente, do interesse público que o motivou. Ainda assim não desconhecemos que o adjudicatário tem o direito a executar o contrato que *venceu*, recuperar atrasos e corrigir deficiências de execução e, nesta medida, temos de reconhecer faltar argumento suficiente a autorizar outro instrumento que não o ora previsto pelo legislador nacional.

Uma outra exigência, que se antecipa não oferecer dificuldades de interpretação, é a que obriga, para o efetivo funcionamento do instituto, à existência de concorrentes preteridos a quem o contraente público possa recorrer.

O contraente público interpela, gradual e sequencialmente os concorrentes que participaram no procedimento pré-contratual original, de acordo com a respetiva classificação final, a fim de *concluir um novo contrato* para a *adjudicação* da conclusão dos trabalhos. É o que se prescreve no nº 2 do artigo 318º-A.

O legislador balizou, deste modo, a escolha do contraente público. Se é verdade que pode recorrer ao procedimento pré-contratual que serviu de base ao contrato, não pode, através da cessão da posição contratual, escolher o cessionário sem critério ou a seu gosto. Nesta medida, o contraente público é forçado a seguir a ordenação fixada de propostas, assim como o havia feito nesse mesmíssimo procedimento pré-contratual.

Exige-se, também, a prática de um ato administrativo por parte do contraente público, através do qual este determina a cessão da posição contratual com o chamamento do potencial cessionário. É o que resulta da versão atual do código, onde foi introduzida uma nova alínea ao

¹³⁹ V. ALVES, Pedro Leite, “Alguns problemas em sede de execução e (in)cumprimento do contrato”, Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro Tiago Serrão, Marco Caldeira (Coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, 1ª reimpressão, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 933 a 957 (935).

elenco do nº 2 do artigo 307º, aí prevendo, especificamente, o caso de cessão da posição contratual do cocontratante para terceiro.

Segundo Paulo Otero, tem de haver vontade em preferir a cessão à resolução e vontade do concorrente ordenado no lugar subsequente em aceitar a cessão¹⁴⁰, desde que não esteja abrangido por qualquer dos impedimentos previstos no artigo 55º.

Resumimos o funcionamento do instituto da seguinte forma: a cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante prevista no artigo 318º-A, como adianta Pedro Matias Pereira¹⁴¹, “*procura acautelar os casos de crise na execução do contrato*” e apenas pode sobrevir caso haja expressa previsão nas peças de procedimento da possibilidade de, em caso de incumprimento pelo cocontratante das suas obrigações, reunidos os pressupostos suficientes para a resolução do contrato, o cocontratante poder ceder a sua posição contratual ao concorrente do procedimento pré-contratual na sequência do qual foi celebrado o contrato em execução, que venha a ser indicado pelo contraente público, pela ordem sequencial daquele procedimento, desde que não abrangido por qualquer dos impedimentos previstos no artigo 55º.

Quanto à necessidade de aceitação por parte do escolhido cessionário, não nos parece totalmente linear, como se verá no próximo subcapítulo, a propósito da eventual vinculatividade da interpelação feita.

2.2 Dificuldades de aplicação da figura, tal qual pensada e positivada pelo legislador nacional

É imperioso sublinhar que o tratamento legal desta matéria levanta muitos problemas de interpretação, havendo várias lacunas a integrar e, sobretudo, que alcançar o verdadeiro pensamento do legislador.

Como se viu acima, este instituto opera em caso de grave incumprimento, cuja normal consequência seria a resolução do contrato, mas que, por *opção* do contraente público, se *convolou* em cessão da posição contratual. Isto é, o contraente público opta por não declarar o incumprimento definitivo e prefere recorrer a um cessionário para que sejam concluídas as obrigações em falta.

¹⁴⁰ Cfr. OTERO, Paulo, “Incumprimento e cessão ... p.11.

¹⁴¹ Cfr. PEREIRA, Pedro Matias, “Modificação ..., p.31.

Vaticinando que apenas o tempo, a ação do intérprete, a aplicação prática desta figura e, muito provavelmente, os primeiros litígios e decisões judiciais, permitirão melhor alcançar os benefícios e limitações deste instituto, ainda assim, sendo um propósito a reflexão sobre o instituto da cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante, não podemos deixar de destacar aqueles problemas que surgem como mais relevantes, procurando alinhar a matéria à dúvida e objetivo que presidiram a este trabalho: a busca por um mecanismo apto a salvar o contrato e o interesse público a ele associado.

Importa não esquecer que, por força deste novo instrumento, que Paulo Otero reputa de verdadeira *Revolução*, o procedimento concursal que se julgava extinto, *ressuscita*. Na feliz expressão do autor citado “*A adjudicação deixa de ser o ato de extinção do procedimento pré-contratual, antes entra num “estado de coma jurídico” sendo a cessão responsável pelo “acordar” do “coma”*”¹⁴².

Por conseguinte, os concorrentes preteridos, ao invés de se conformarem com o não vencimento do concurso e conseqüente adjudicação para outro concorrente, passam a ter um direito potencial a serem cessionários e, nessa medida, executar o contrato administrativo.

Registamos que a nova realidade poderá resultar numa intensificação da litigância na contratação pública. Os interessados ao concorrerem, poderão atuar, não com a exclusiva vontade de se tornarem adjudicatários, mas a de figurarem, também, numa ordenação concursal que os habilite, em caso de não adjudicação, a tornarem-se possíveis cessionários. Por outras palavras, estes potenciais cessionários passarão a ser vigilantes do cumprimento do contrato, procurando exigir à entidade pública a utilização deste instrumento¹⁴³, inundando os tribunais com ações e obrigando à apreciação da sua legitimidade e do seu interesse em agir.

2.2.1 Uma interpelação vinculativa?

Uma primeira dúvida que se começou a enunciar no subcapítulo anterior, é aquela que nos tenta a questionar, por um lado, sobre o grau de liberdade que terão os concorrentes preteridos em aceitar ou declinar a interpelação feita pelo contraente público e, por outro lado, se o adjudicatário incumpridor se poderá opor a esta decisão.

¹⁴² Cfr. OTERO, Paulo, “Incumprimento e cessão ...”, p. 9.

¹⁴³ Neste sentido, v. OTERO, Paulo, “Incumprimento e cessão...”, p. 9 ss.

No tocante aos concorrentes preteridos parece que a resposta se acha na própria letra da lei, quando se preceitua uma interpelação gradual e sequencial. Esta indicação faz admitir uma rejeição da interpelação feita, obrigando o contraente público a interpelar o concorrente ordenado na posição subsequente.

Este pensamento vai ao encontro do já afirmado relativamente ao modo de operacionalização da cessão da posição contratual, o que reserva, por conseguinte, nova dúvida, que poderá parecer contraditória com o que há pouco se vaticinou: estando a cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante indicada *ab initio* nas peças de procedimento, não será legítimo pensar que, ao concorrerem, os concorrentes sabiam de antemão desta possibilidade, pelo que, e nesta medida, estar-lhes-á vedada a recusa em se tornarem cocontratantes por força da cessão da posição contratual?

A par deste reparo, note-se a forma como está pensado e redigido o artigo, particularmente impositiva, indicando que opera por mera declaração do contraente público.

Ora, caso impere este último argumento (a aceitação da interpelação feita não estar na livre disposição do concorrente com a proposta ordenada em lugar subsequente), situando o instituto, como refletido, no campo da cessão da posição contratual em fase da execução do contrato, muita cautela haverá que ter na compatibilização deste artigo com, por exemplo, o prazo máximo de manutenção das propostas. Será acertado pensar que um concorrente se pode desvincular da sua própria proposta ao fim de um prazo relativamente curto (cf. disposto no artigo 65º) e depois não se admitir que possa declinar a interpelação para a execução de um contrato, que não o seu, volvidos, por vezes, anos desde o procedimento concursal do qual resultou o contrato incumprido?

Pedro Leite Alves critica que a cessão da posição contratual opere por mero ato do contraente público, por, precisamente, carecer de aceitação do cessionário.¹⁴⁴ Ainda assim admite desnecessidade de consentimento, desde que esteja fixada essa condição no contrato.

Marco Caldeira declara perplexidade “(...) *perante a mera colocação da questão.*”¹⁴⁵. Para este autor, a cessão não poderá deixar de ser considerada voluntária, porque assim o faz deprender a interpelação sucessiva indicada no nº 2 do artigo 318º-A e, também, porque o nº

¹⁴⁴ Neste sentido, v. ALVES, Pedro Leite, “Alguns problemas...”, p. 939.

¹⁴⁵ Cfr., como em todos, CALDEIRA, Marco, em reflexão ao artigo 318º-A. [Consultada em 29 de dezembro de 2018]. Disponível em: <https://contratospublicos.net/2018/11/25/artigo-318-o-a/>.

6 esclarece que as “[as] obrigações assumidas pelo cocontratante depois da notificação (...) apenas vinculam a entidade cessionária quando este assim o declare, após a cessão”.

Marco Caldeira conclui, então, que a redação do artigo não prevê uma cessão da posição contratual “forçada” para o cessionário, o que seria inconstitucional. Segundo este autor “(...) à luz da liberdade de iniciativa económica e do direito de propriedade privada (cf. artigos 61.º e 62.º da Constituição), não pode um operador económico ser obrigado a celebrar um contrato com um contraente público, nos termos de uma proposta que não é a sua e já depois de expirado o prazo de manutenção das propostas. O nome disso não é “cessão da posição contratual”, mas sim requisição civil...”¹⁴⁶.

Como se pode verificar, trata-se de uma dúvida, uma dificuldade mais, que não se compatibiliza, consideramos, com o conceito de cessão da posição contratual.

Face ao acima exposto, propendemos, ainda que não de forma conclusiva, para a possibilidade¹⁴⁷ de o concorrente com a proposta ordenada em segundo lugar poder declinar a declaração do contraente público (posição que advém do elemento literal do preceito). Não olvidamos, porém, a porventura insanável contradição do regime jurídico estatuído face à figura que pretende regular: uma cessão da posição contratual.

Já o cocontratante incumpridor, julgamos, não terá qualquer liberdade perante o ato administrativo praticado pelo contraente público, sendo forçado a aceitar a cessão da sua posição.

Esta natureza *impositiva e unilateral* da decisão do contraente público, como a define Miguel Lorena de Brito¹⁴⁸ decorre da lei, designadamente do nº 4 do artigo 318º-A. O cocontratante incumpridor está subordinado a uma decisão que lhe ordena a cessão da sua posição a favor de terceiro, desde que o contrato tenha contemplado essa faculdade e este se encontre numa situação de incumprimento tal, passível de determinar a resolução contratual.

Ora, pensando a figura da cessão da posição contratual pela ótica do contraente incumpridor, alcança-se uma outra dificuldade mais, que poderá, mesmo, transformar-se num

¹⁴⁶ CALDEIRA, Marco, em reflexão...

¹⁴⁷ Não ignoramos que um entendimento contrário será objeto de crítica, designadamente por contender com os mais elementares princípios de justiça e proporcionalidade.

¹⁴⁸ Cfr. BRITO, Miguel Lorena, “A modificação subjetiva do contrato no Código dos Contratos Públicos revisto”, Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro Tiago Serrão, Marco Caldeira (Coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, 1ª reimpressão, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 891 a 931(926).

sério entrave aos efeitos pretendidos de celeridade e cumprimento do interesse público que esteve na base do procedimento concursal.

Pense-se que a figura opera nas situações de grave incumprimento contratual, merecedor da aplicação sancionatória da resolução contratual. Pense-se agora que, não raras vezes, a resolução sancionatória do contrato por parte do contraente público é impugnada pelo cocontratante privado. Pense-se, então, nos *tempos da justiça* que poderão representar uma séria limitação dos efeitos pretendidos com o recurso a esta figura.

2.2.2 Poderá o contraente público voltar atrás na sua decisão?

Um outro problema que se coloca é se, uma vez preferida a cessão da posição contratual à resolução contratual, o contraente público pode recuar no seu propósito.

Atente-se ao exemplo que Paulo Otero nos oferece na obra já citada: uma vez desencadeado o processo de cessão e o concorrente mais bem posicionado para assumir a condição de cessionário a rejeita, pode o contraente público recuar e não fazer descer à terceira posição?¹⁴⁹

Não se imporá, perguntamos, o respeito pelo princípio da segurança jurídica?

Ousando responder, até nos podendo ser apontada alguma incoerência no raciocínio, inclinamo-nos que não poderá recuar, a não ser que se faça operar a figura da revogação de atos à luz do Código de Procedimento Administrativo¹⁵⁰, ou se aplique o artigo 87º-A do CCP, nos termos em que prevê a caducidade da adjudicação, considerando a *ocorrência superveniente de circunstâncias que inviabilizem a celebração do contrato, designadamente por impossibilidade natural ou jurídica*¹⁵¹.

Assim não será, julgamos, se estiver prevista nas peças do procedimento a posição até onde seguirá o contraente público na busca do cessionário.

¹⁴⁹ Neste sentido, v. OTERO, Paulo, “Incumprimento e cessão ...”, p. 9.

¹⁵⁰ Referimo-nos à revogação de atos constitutivos de direito, regulados no nº 2 do artigo 167º do CPA atual.

¹⁵¹ Ainda que se tenha de aguardar a densificação destes conceitos.

2.2.3 Efeitos da cessão da posição contratual

Importa também perceber se, feita a cessão, ocorrem os normais efeitos de uma cessão da posição contratual, com a transmissão para o cessionário de todos os direitos, ónus e obrigações que a acompanham.

Não se olvide que a cessão ocorreu em detrimento da resolução do contrato, logo, estaremos na presença, já, de factos que inculcam a ideia de incumprimento definitivo do cedente. Impõe-se, então, perceber em que *posição* ficará o cessionário?

De acordo com o disposto no nº 5 do artigo 318º-A, os direitos e obrigações do cocontratante constituídos em data anterior à da notificação da cessão da posição contratual, transmitem-se automaticamente para o cessionário, sem que este a tal se possa opor. As obrigações assumidas pelo cocontratante depois da notificação da cessão da posição contratual apenas vinculam a entidade cessionária quando esta assim o declare, como resulta do disposto no nº 6 do artigo 318º-A.

Ergue-se novo problema, a que Pedro Leite Alves não deixa de fazer referência, relacionando com a frágil posição dos subcontratados. Alerta o autor, no que apelida de *cherry-picking*, que os cessionários, face à redação do nº 8 do artigo 318º-A (com estatuição diferente da estabelecida no nº5), irão procurar renegociar os subcontratos existentes.¹⁵²

Julgamos, para que esta figura tenha efetiva expressão, que os efeitos da mesma deverão estar suficientemente regulados nas peças de procedimento, de forma a que os concorrentes possam perceber as consequências de se candidatarem a um concurso que pressupõe o recurso à cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante.

2.3 Os nºs 2 e 3 do artigo 318º-A - Um paradoxo?

Fixando atenção na redação do nº 2 do artigo 318º-A, aí se alude à celebração de um novo contrato para a adjudicação da conclusão dos trabalhos.

¹⁵² Cfr. ALVES, Pedro Leite, “Alguns problemas... p. 943.

Ora, a mera indicação de celebração de um novo contrato admite afirmar uma contradição (mais), porventura insanável, com a figura do instituto da cessão da posição contratual.

Importa sublinhar que este estudo se centra, precisamente, na busca de um instrumento alternativo à resolução do contrato, que permita às entidades adjudicantes fazer face ao incumprimento do cocontratante. Como consabido, através da cessão da posição contratual promove-se a transmissão do contrato e não a celebração de um novo contrato.

Não há, nem se trata, de um fenómeno novativo - *successio non produci novum jus sed vetur transfert* -, figura esta que exige a confluência de quatro requisitos: a existência de uma obrigação anterior válida, a vontade de novar (*animus novandi*), acompanhada pela criação de uma nova obrigação (*aliquid novi*) e a extinção da anterior obrigação.

Em nosso entender, não parece fazer grande sentido falar-se de novo contrato quando os concorrentes preteridos são chamados, não a (re) apresentar a sua proposta, mas a assumir (e executar) o contrato incumprido pelo adjudicatário.

Por outro lado, o artigo 318º-A trata da cessão da posição contratual e não de uma nova decisão de adjudicação.

Segundo Pedro Matias Pereira, não há uma nova adjudicação, o que há é, tão apenas, um “(...) *título necessário à atribuição ao cessionário da posição do cedente*”. Nem sequer há um novo contrato, o que há é “(...) *um instrumento jurídico pelo qual o cessionário ingressa na posição do cedente.*”¹⁵³.

Ainda que este entendimento não se assuma como consensual, verdade é não se pode ignorar que o nº 3 se acha redigido de forma muito vincada, preceituando que a execução *ocorre nas mesmas condições* já propostas pelo cedente.

Dito isto, tudo o mais no regime contido no código revisto está sujeito à discussão e às mais diversas interpretações.

Procurando compatibilizar o conceito e regime próprios da cessão da posição contratual, o qual pressupõe elevado grau de autonomia aos contraentes envolvidos, com o já identificado carácter legal e impositivo com que está estatuído o regime da cessão da posição contratual, vertido no artigo 318º-A, reforçamos que não se apresenta fácil pensar na figura da cessão da

¹⁵³ Neste sentido, e em todos, v. PEREIRA, Pedro Matias, “Modificação ...”, p.34

posição contratual com a configuração dada pelo legislador nacional, desconsiderando, totalmente, que o instituto assenta num acordo de vontades entre o cedente e o cessionário, sujeito à autorização do cedido.

O reparo crítico não pode deixar de ser feito, sobretudo resultando patente que o artigo 318º-A desvaloriza a vontade do cedente e não trata, reconhecemos¹⁵⁴, do cessionário, bastando que a cessão esteja prevista no contrato, vulgo, peças procedimentais, para que possa ser ordenada.

Este quadro normativo é, julgamos, pouco ajustado ao conceito de cessão da posição contratual, pelo que, nesta medida, nos parece que o legislador foi pouco feliz. Salvo melhor entendimento, afigura-se pouco cuidada a redação do artigo, tendo resultado uma figura que fica a meio termo entre a cessão da posição contratual e a cessão forçada ou *ope legis*, por decorrência da alínea f) do artigo 302º que, por falta de melhor termo ou instituto jurídico, ousamos pensar, entendeu o legislador destacar como cessão da posição contratual, com consequências que ainda desconhecemos, mas antevemos.

Sem prejuízo e partindo do acima exposto, sendo essencial ao estudo que se iniciou, importa perquirir o alcance do nº 3 do artigo 318º-A: *A execução do contrato ocorre nas mesmas condições já propostas pelo cedente no procedimento pré-contratual original.*

Colocam-se algumas perguntas: que condições são estas? Há poder e liberdade para conformar o conteúdo do contrato? Como se relaciona esta disposição com o regime, condições e limites das modificações objetivas ao contrato? Não se olvide que não há lugar a um novo contrato, pelo menos considerando que o legislador tratou, efetivamente, a figura contida no artigo 318º-A como cessão da posição contratual.¹⁵⁵ Mas será verdadeiramente uma cessão da posição contratual? Como compatibilizar esta intenção com o disposto no nº 2? É que aí se prescreveu, como aludido, que *Para o efeito previsto na parte final do número anterior, o contraente público interpela, gradual e sequencialmente, os concorrentes que participaram no procedimento pré-contratual original, de acordo com a respetiva classificação final, a fim de concluir um novo contrato¹⁵⁶ para a adjudicação da conclusão dos trabalhos.* Haverá liberdade de conformação do conteúdo do contrato após a ocorrência da cessão da posição contratual, ou

¹⁵⁴ É exatamente devido ao facto de o legislador não ter tratado da posição do cessionário, que surge o maior debate na doutrina e relativo à eventual natureza vinculativa da interpelação feita.

¹⁵⁵ Será mais prudente afirmar, porventura, que o legislador *indicou* tratar-se de uma cessão da posição contratual.

¹⁵⁶ Sublinhado nosso.

terá o legislador regulado totalmente o regime da figura da cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante?

São de facto muitas as perguntas e dificuldades que o aditado artigo produz na mente do aplicador e intérprete da lei.

Refletindo o instituto, procuramos ensaiar um entendimento que parece deter alguma consagração legal¹⁵⁷ e responder às perguntas que deixámos em aberto.

Para concretizar aquilo que pretendemos analisar pense-se, não de forma *inocente*, na questão do preço num contrato de empreitada de obras públicas. Como fazer (e aliciar, atrevemo-nos a acrescentar), partindo do pressuposto de não ser vinculativa a interpelação feita, com que um concorrente preterido, volvidos meses sobre a adjudicação, aceite tornar-se cessionário do contraente incumpridor (que havia, até, apresentado proposta demasiado competitiva e não conseguiu executar o contrato) e pelo preço que este apresentara¹⁵⁸.

Adiantamos estar a refletir que foi intenção do legislador pensar o preço como uma das *condições já propostas pelo cedente no procedimento pré-contratual original*, e a que o cessionário se vincula a respeitar, na senda, aliás, da orientação contida no acórdão *Presstext*.

Voltando ao exemplo fornecido, suponha-se que o preço se afigurou insuficiente a dar cobertura aos custos necessários de desenvolvimento normal dos trabalhos. Imagine-se ainda que, ponderadas as circunstâncias do caso concreto, não se afigurou acertada ou prudente, para a entidade adjudicante¹⁵⁹ e face ao interesse público porque se move, a opção de resolução do contrato e a consequente reabertura ao mercado concorrencial das obrigações ainda por executar. Pense-se que, numa resposta imediata e em obediência aos princípios enformadores da contratação pública, o incumprimento do cocontratante nos reconduz à defesa da resolução do contrato por incumprimento definitivo e à abertura de novo procedimento concorrencial. Todavia, não se pode deixar de antever que um novo procedimento concursal pode oferecer um novo preço contratual desajustado à realidade. Também o interesse público que esteve na sua base pode não comportar os tempos e custos de um novo procedimento.

¹⁵⁷ Com densificação, embora, através do regime contido na *Diretiva Contratos*.

¹⁵⁸ A propósito da importância que o preço assume em matéria contratual, como adiante melhor se verá, por recurso ao pensamento de Kristian Hartlev Morten Wahl Liljenbøl “*The price to be paid by the contracting authority is one of the most important elements of the agreement. The price will almost always be included in the evaluation of the most economically advantageous tender, and the price will typically be given a high weighting.*” V. MORTEN, Kristian Hartlev/ LILJENBØL, Wahl, “Changes...”, pp.58-59.

¹⁵⁹ Pense-se em dois aspetos: os custos de novo procedimento concursal e a necessidade de dar cobertura a um interesse público atual e perfeitamente balizado no tempo.

Impõe-se lembrar que nos contratos civis as partes têm ampla liberdade para definir o seu conteúdo, por via do princípio *pacta sunt servanda*. Nessa sede, a liberdade contratual é apenas restringida por algumas normas injuntivas¹⁶⁰ e por princípios gerais de direito, tendo em vista acautelar os interesses de terceiros eventualmente afetados e a salvaguarda da contraparte.

Significa, assim, que nas relações contratuais privadas as partes podem conformar o conteúdo do contrato, ainda que no âmbito de uma cessão da posição contratual, sem que tais alterações configurem uma novação do contrato.¹⁶¹

Acentua-se, a este propósito, que quando não haja intenção de inovar, mas apenas dar expressão a uma cessão da posição contratual, enquanto fenómeno sucessivo, podem ser alterados aspetos do contrato transmitido, desde que se mantenha uma identidade jurídica da relação transmitida.

Como destaca Mota Pinto¹⁶², *“Para sairmos do campo da novação, e entrarmos no da sucessão, não é necessário que tudo permaneça intocado na relação modificada; basta que permaneça o suficiente para podermos falar numa essencial identidade”*.

Em contraposição, já no domínio das relações jurídicas de conteúdo administrativo, alcança-se uma mais evidente regulação normativa, com predomínio de normas injuntivas.

Observando o Código dos Contratos Públicos, enquanto instrumento que disciplina a contratação pública e o regime substantivo dos contratos administrativos, é manifesto que este se acha pleno de normas e princípios imperativos do direito público e norteadores da contratação pública.

Não quer o sobredito significar que não há qualquer margem de autonomia nas relações jurídicas públicas. O princípio da legalidade administrativa, que disciplina as relações entre as normas jurídicas e o desempenho da função administrativa, admite também e, ainda assim, alguma liberdade. É o que Sérvulo Correia designa por autonomia pública, descrevendo-a como sendo a *“(...) permissão da criação, no âmbito dos actos administrativos e dos contratos administrativos, de efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e a titularidade do exercício do correspondente poder (...)”*¹⁶³ ou, por outras palavras, *“(...) a margem de livre*

¹⁶⁰ Significa, *a contrario*, que as normas jurídicas que estatuem sobre o contrato de direito privado são dispositivas.

¹⁶¹ É manifesto que as partes podem acordar uma verdadeira novação. Basta, para tanto, que assim o manifestem. Estar-se-á, porém, fora do âmbito de aplicação do instituto da cessão da posição contratual.

¹⁶² V. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão...*, p.160.

¹⁶³ V. CORREIA, Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Colecção Teses, reimpressão da edição de 1987, Lisboa: Almedina, 2013, p.470.

decisão na criação de efeitos de direito nas situações concretas regidas pelo Direito Administrativo.”¹⁶⁴.

Ainda segundo Sérvulo Correia “(...) *corresponde à ausência de predeterminação legal integral do acto (...)*”¹⁶⁵, acompanhada por alguma abertura normativa que pode resultar, então, na utilização de conceitos indeterminados (que envolvem um juízo próprio de valoração) ou na previsão *de critérios de discricionariedade*¹⁶⁶.

Ora, tendo assente o regime contido na Parte III do Código, onde se acha vertido o regime da cessão da posição contratual determinada pelo contraente público, parece, assim entendemos, existir uma margem de autonomia contratual concedida às partes com previsão de normas de carácter supletivo. Quer isto significar, na interpretação que fazemos ao Código dos Contratos Públicos e por recurso às lições de Sérvulo Correia, que embora estejam fixados e regulados os poderes do contraente público de forma até bastante cuidada, não sem reparos como se tem dado nota, ainda assim se admite que os poderes elencados sejam completados e densificados nos procedimentos pré-contratuais, bem como nos contratos a outorgar.

Dito isto, retomando a análise do regime contido no n.º 3 do artigo 318.º-A, decorre da sua leitura estrita um carácter ordenador, desde logo pela asserção de que o contrato *ocorre*, de determinado modo. Esta imposição surge, logo depois, julgamos, temperada por um conceito indeterminado, na expressão *mesmas condições*.

Seguindo de perto os ensinamentos de Sérvulo Correia, pensamos que o conceito indeterminado que se alcança na expressão *mesmas condições* admite margem de interpretação, pelo que, completando esta expressão, percebendo quais as condições apresentadas pelo cedente na sua proposta, se poderá, concomitantemente, refletir sobre as modificações admitidas ao conteúdo dos contratos administrativos, as designadas modificações objetivas.

¹⁶⁴ Cfr. CORREIA, Sérvulo, *Legalidade e Autonomia...*, p.471.

¹⁶⁵ V. CORREIA, Sérvulo, *Legalidade...*, pp.472 ss.

¹⁶⁶ Como ensina Sérvulo Correia, a norma que confere poderes discricionários pode deixar em branco a individualização de alguns dos efeitos, mas conhece uma margem de vinculação quanto aos pressupostos e aos efeitos de direito e vinculada quanto ao fim e ao conteúdo, por princípios gerais como os da imparcialidade e da proporcionalidade). V. CORREIA, Sérvulo, *Legalidade...*, p.472.

2.4 O artigo 318º-A – O acolhimento da dupla modificação contratual?

Resumindo o até agora expresso: cuidámos do tema da cessão da posição contratual enquanto modificação subjetiva do contrato, assim como da aplicação do artigo 318º-A.

Face à redação do artigo, e para que este tenha alguma viabilidade prática, a outra conclusão não chegámos senão à que reflete o instituto da cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante, simultaneamente, enquanto modificação subjetiva (e assim decorre da epígrafe e do elemento literal do preceito legal) e enquanto modificação objetiva.

De facto, como suficientemente reconhecido e para o que ora releva ao presente estudo, razões de interesse público podem ditar que o contrato seja modificado: modificado, alterando um dos sujeitos contratantes ou alguma das suas cláusulas.

Estatuir a possibilidade de contraente público poder *salvar* o contrato, substituindo o cocontratante incumpridor e depois impedir que se alterem algumas das cláusulas do contrato, de forma a adaptá-las, por exemplo, à nova realidade, não nos parece coerente ou mesmo viável.

Ora, em capítulos anteriores abordou-se, já, a questão do limite às modificações dos contratos civis em situação de transmissão contratual e que, impõe, salvo quando as partes definam efeitos novatórios, a manutenção de uma identidade jurídica do contrato.

À semelhança deste limite às modificações aos contratos privados em situação de cessão da posição contratual, que impõe a manutenção de uma identidade jurídica do contrato, também no direito público, como houve oportunidade de se perceber, se estabelecem limites à modificação das cláusulas contratuais, embora com naturais e mais apertadas restrições, sob pena de se perfilar, também à semelhança do direito civil, não uma modificação contratual, mas a presença de um novo contrato.

A questão que ocupa o nosso trabalho, admitindo e defendendo mesmo a dupla modificação contratual em caso de utilização da figura da cessão da posição contratual prevista no artigo 318º-A, é a de saber que alterações introduzidas num contrato (alterações às denominadas *mesmas condições* do contrato originário) desvirtuam, ou não, o conteúdo adjudicatório e, naquele caso, traduzindo um novo contrato, o que se acha vedado por força do direito e jurisprudência comunitárias, a não ser que se inicie um novo procedimento concursal.

Colocando a pergunta de outra forma, importa perceber que aspetos da modificação do contrato, que alterem as *mesmas condições* com que o legislador preceitua dever ser executado o contrato cedido, conduzem a uma sua substancial e ilegal alteração.

Recuando no estudo concebido, havia a tradição e percepção que os contratos administrativos, traço que os caracterizava, eram modificáveis. Essa ideia ficou comprometida por uma evolução que foi ocorrendo e que reconduziu uma situação inversa, ou, paradoxalmente, para um regime que dificulta e impede mesmo na prática, a modificação dos contratos.

A evolução aconteceu sobretudo por influência da jurisprudência do TJUE e a que o Tribunal de Contas não deixou de se associar: pode-se mudar [o] contrato, em situações muito específicas, mas não se pode mudar [de] contrato. O contrato é, numa visão muito redutora, para ser executado exatamente como celebrado.

É importante sublinhar que as diretivas adotaram uma posição bastante mais moderada do que a resulta da jurisprudência do Tribunal da Justiça e que conduziram, de forma surpreendente, e em nossa opinião, a soluções relativamente equilibradas. De facto, anteviam-se tempos difíceis em matéria de modificação contratual. Eram elevadas as suspeitas de que as diretivas iriam caminhar para o cercear, definitivo, da matéria da modificação dos contratos, o que não se veio a confirmar.

Assim, da inicial preocupação com regras da transparência e da concorrência, atendendo à percepção de que as modificações introduzidas poderiam defraudar as preocupações iniciais do procedimento concursal, emergiu o cuidado do legislador comunitário no que concerne aos limites de modificação aos contratos administrativos.

Note-se que a celebração de um contrato administrativo resulta de um complexo e rigoroso procedimento concursal, aberto a todos os interessados e traçado de forma a respeitar os princípios da não discriminação e da transparência. Este aspeto é de fundamental e decisiva importância, não apenas em toda a atuação da Administração, mas sobretudo na contratação pública.

Registe-se, sendo esta também uma nossa percepção, ser fácil desvirtuar, na fase da execução do contrato, as regras que foram estabelecidas no momento da formação do contrato, se não houver rigor e se não forem estabelecidos limites claros à possibilidade da sua modificação.

A *Diretiva Contratos* refletiu esta preocupação, o que ficou patente no artigo 72º.

O problema que se coloca é que a revisão de 2017 foi muito além das diretivas, ficando a percepção de que não houve o propósito de as transpor, sobretudo em matéria inovadora tal qual o foi a das modificações contratuais.

Ora o artigo 311º estatui que o contrato pode ser modificado por acordo entre as partes, por decisão judicial ou arbitral ou ainda por razões de interesse público. O artigo 312º alude aos fundamentos de modificação. E o artigo 313º estatui limites aos poderes de modificação contratual e que decorrem diretamente dos princípios enformadores da contratação pública.

Assim, uma modificação objetiva a um contrato administrativo não pode conduzir à alteração substancial do objeto do contrato; restringir ou falsear a concorrência garantida pelo procedimento pré-contratual que lhe deu origem; não podem ser introduzidas alterações que, se fizessem parte do caderno de encargos, teriam ocasionado a alteração da ordenação das propostas avaliadas, ou a admissão de outras propostas; provocar um aumento do preço contratual inicial, que ultrapasse as percentagens elencadas na alínea d); ou alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante.

O artigo 313º sublinha a preocupação em demarcar, e limitar, o poder de introduzir modificações ao contrato, impondo a preservação dos seus elementos essenciais, porque, e como alerta Tiago Duarte, por referência a modificações por motivos de interesse público” (...) *seria talvez impossível conceber “que uma modificação a um contrato, por motivos de interesse público, não “toque” minimamente nos parâmetros-base previstos no procedimento pré-contratual que precedeu o contrato.”*¹⁶⁷.

Obedece, ainda, ao duplo objetivo que se tem vindo a identificar como de proteção dos interesses do cocontratante e dos interesses dos participantes preteridos ou, mesmo, potenciais interessados que, em abstrato, poderiam ter tido o direito a ver constituída uma relação contratual administrativa se, *ab initio*, a relação contratual tivesse sido estipulada nos termos consagrados pela modificação operada.

Trata-se, afinal, de transferir a obediência aos princípios enformadores da contratação pública, também para a fase da execução contratual, evitando que, através do mecanismo da

¹⁶⁷ Cfr. DUARTE, Tiago, “Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: o Tribunal de Contas e os limites à modificação de contratos”, *Revista dos Contratos Público*, n.º 3, 2011, p. 36.

modificação contratual, se inviabilizem todas as preocupações iniciais do procedimento pré-contratual.

Neste sentido, o n.º 4 do artigo 1.º, a que o Tribunal de Contas tem dado nota: *“O respeito pelo princípio da concorrência e seus corolários que subjaz a qualquer atividade de contratação pública por força de imperativos comunitários, por directa decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão.”*. Este mesmo Tribunal acentua no acórdão citado que *“(…) o respeito pelos princípios em causa, e, em particular, pelo princípio da concorrência, implica que se garanta aos interessados em contratar o mais amplo acesso aos procedimentos, através da transparência e da publicidade adequada.”*, só assim se alcançando propostas mais competitivas e a que *“(…) mais eficientemente (se) satisfaça o fim pretendido.”*¹⁶⁸.

Como destaca Pedro Gonçalves *“(…) torna-se evidente que a definição de limites ao poder de modificação do contrato não serve apenas como factor de protecção dos interesses do co-contratante; os interesses da transparência e da objectividade, acautelados pelo procedimento de adjudicação (...), também poderiam ser postos em causa pela ausência de limites ao poder de modificação.”*¹⁶⁹.

Este autor acrescenta, ainda, que *“À medida que o direito regulador da adjudicação de contratos se aperfeiçoava, destacando o valor da concorrência, tornava-se inevitável concluir que a modificação (ou o poder de modificação) não poderia permitir uma reconstrução do contrato inicial em termos de este deixar de corresponder às condições fundamentais ou essenciais do «convite para contratar» que o contraente público apresentou no procedimento de adjudicação.”*¹⁷⁰.

Poucas dúvidas restam, por conseguinte, em admitir que a modificação de um contrato assim celebrado não pode ser feita sem regra, nem estar na livre disponibilidade das partes, como sucede com os contratos privados. A assim não se entender, imagine-se o que seria impor a adoção de um procedimento cheio de preocupações, limites, termos e condições que depois

¹⁶⁸ Acórdão n.º 40/2010, de 3 de novembro de 2010, proferido no processo n.º 1303/2010, a que se referem os excertos transcritos. [Consultado em 30 de dezembro de 2018]. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa-avancada/-/asearch/3551711/details/maximized?sort=whenSearchable&search=Pesquisar&sortOrder=ASC&emissor=Tribunal+de+Contas&print_preview=print-preview&types=JURISPRUDENCIA.

¹⁶⁹ Cfr. Pedro Gonçalves, *Acórdão Presetext (...)*, pp. 13 e 14.

¹⁷⁰ Cfr. Pedro Gonçalves, *Acórdão Presetext (...)*, p. 15.

poderia ser livremente alterado em sede de execução contratual, através do mecanismo da modificação objetiva.

Retomando a análise ao artigo 313º, aí se indica que a modificação do contrato *Não pode conduzir à (sua) alteração substancial*.

Como consabido, o objeto do contrato incorpora um determinado número de prestações, que a versão anterior do Código dos Contratos Públicos enunciava como *principais*. As prestações *principais*, essenciais para caracterizar o contrato, acham-se protegidas de tal forma que não podem ser atingidas pela modificação operada, caso que obrigaria a lançar um novo procedimento pré-contratual, aberto à concorrência e uma subsequente [nova] adjudicação.

Tiago Duarte adverte no texto por nós citado, que apenas a modificação que descaracterize aspetos essenciais do contrato, de forma a se poder concluir estar-se perante um novo contrato, justifica um novo procedimento concursal.¹⁷¹ Bastando, neste passo, uma alteração ao objeto contratual para que se fale de violação do princípio da concorrência.

Tendo presente o acervo de jurisprudência europeia a que já tivemos oportunidade de aludir, sobretudo na senda do conceito de modificações substanciais inadmissíveis, e a redação do nº 2 do artigo 313º, o qual preceitua que as modificações que resultem da natureza duradoura do vínculo contratual (desde que o decurso do tempo as justifique) não estão sujeitas às alíneas b) e c), julgamos autorizada a solução para a qual propendemos: possibilidade de dupla modificação dos contratos em caso de cessão da posição contratual por incumprimento do cocontratante.

Neste sentido, uma primeira modificação contratual por força do instituto da cessão da posição contratual, e depois, caso assim venha a ser necessário por decorrência do tempo (ou por força das circunstâncias alteradas, ou, ainda, em ordem ao cumprimento do interesse público), a alteração das cláusulas do contrato cedido.

A defesa desta posição acaba, no entanto, por esbarrar nos limites estabelecidos pelo legislador nacional e que não têm paralelo na *Diretiva Contratos*.

O legislador comunitário, tratando dos limites à modificação dos contratos, estabeleceu uma regra de *minimis*, desvalorizando as modificações que se situem dentro dos limiares e

¹⁷¹ V. DUARTE, Tiago, “Os eléctricos...”, p.35.

percentagens fixadas, e autorizando, como interpretamos, ainda que sejam ultrapassados os limites, a sua recondução a outras situações que admitem alterações substanciais.

Já o legislador nacional consagrou limites quase absolutos de 25% ou 10% face ao contrato inicial.

Pense-se, a título de exemplo, em razões de interesse público que obrigam a uma modificação do contrato. Pense-se, agora, no limite prescrito na alínea d) do artigo 313º. Significa, na prática, que o interesse público, razão e fim último de qualquer contrato administrativo, não pode motivar uma modificação financeira ao contrato que ultrapasse a percentagem de 10% do contrato inicial.

Infelizmente, em nossa opinião, nem mesmo o fim último que move qualquer entidade adjudicante, é fator suficiente a admitir a modificação dos contratos (para além da percentagem prevista), de acordo, pelo menos, com o regime estabelecido na revisão de 2017.

Não propendemos para uma posição que ignora o passado recente e que conduziu ao estabelecimento de regras apertadas em defesa dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento. Julgamos, no entanto, que o legislador nacional¹⁷² poderia ter procurado uma solução mais equilibrada, sobretudo quando perante contratos de longa duração, que comumente exigem modificações substanciais.

Resulta da análise ao artigo 313º, sobretudo olhando de perto para o nº 2, que mesmo que se esteja perante contratos de longa duração, os limites contidos na alínea d) são aplicáveis. Fica, assim, desvelada uma desconfiança quanto à possibilidade de serem introduzidas modificações aos contratos administrativos, em larga medida por força da jurisprudência do Tribunal de Contas, muito contrária à modificação dos contratos.

O legislador acolheu esta visão, que reforçou na revisão de 2017, considerando as modificações como algo que a partida não é favorável à concorrência e ignorando toda a importância do regime da modificação dos contratos.

Ora o anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos, embora com a indicação de semelhantes e ora criticados limites, detinha uma redação¹⁷³ mais simples. Assim, face ao

¹⁷² Parece-nos que o legislador nacional atuou em contraciclo com o fixado pelo legislador comunitário na *Diretiva Contratos*.

¹⁷³ O que, para melhor perceção, se transcreve: “1 - O contrato pode prever que em caso de incumprimento, pelo cocontratante, das suas obrigações, que pudesse levar à resolução do contrato, o cocontratante ceda gratuitamente a sua posição contratual. 2 - A cessão da posição contratual opera por mero efeito de ato do contraente público, sendo eficaz a partir da data por este indicada, ou na data fixada no acordo celebrado entre

incumprimento do cocontratante que pudesse levar à resolução do contrato, este ficava forçado a ceder gratuitamente a sua posição contratual, operando a cessão por mero ato do contraente público. A escolha da entidade cessionária podia ser feita, à semelhança do regime ínsito no artigo 72º da *Diretiva Contratos*, nos termos de cláusula contratual clara, precisa e inequívoca, que tivesse sido devidamente publicitada nas peças do procedimento.

São, de facto, algumas e importantes as diferenças entre as duas versões do código revisto: se por um lado o anteprojeto se assemelhava em muito ao prescrito pelo legislador comunitário, o legislador nacional parece ter recuado no seu intento, retirando expressões e acrescentando outras, tal qual a tão difícil de interpretar *mesmas condições*.

Em nossa opinião, a anterior redação, ainda que sujeita a reparos, estava mais bem construída.

o contraente público e o cocontratante, que estabeleça os termos concretos da cessão. 3 - A cessão é feita para entidade relativamente à qual haja acordo entre o contraente público e o cocontratante ou, na falta de acordo, para entidade indicada pelo contraente público, devendo, em qualquer caso, ser cumprido o disposto nos n.ºs 2 e 6 do artigo anterior. 4 - A escolha da entidade cessionária opera: a) Na sequência do procedimento pré-contratual aplicável nos termos da Parte II do presente Código; ou b) Nos termos de cláusula contratual clara, precisa e inequívoca, que tenha sido devidamente publicitada nas peças do procedimento. 5 - A posição contratual do cocontratante nos subcontratos por si celebrados transmitir-se-à automaticamente para a entidade cessionária, salvo em caso de recusa por parte desta.”

Conclusão

O estudo que ora se finalizou iniciou-se a partir de uma dificuldade muito prática, de busca de uma solução para o problema que todos os dias os gestores públicos são confrontados: como reagir ao incumprimento do cocontratante, sem que se tenha de recorrer a um considerado inevitável novo procedimento concursal, com os custos associados.

Cientes das críticas que poderão ser feitas ao caminho traçado e conclusões extraídas da presente reflexão, designadamente de se estar a procurar um regresso às teorias das cláusulas exorbitantes da Administração Pública, não se deixa de dar nota de que, todos quantos lidam com contratos administrativos, pela ótica da entidade adjudicante, se debatem com um permanente clima de suspeição sobre a forma como são delineados os procedimentos concursais, o que impede, muitas vezes, em nossa opinião, a plena satisfação do interesse público.

De facto, pese embora todos os cuidados tidos na elaboração dos concursos públicos e a sujeição a regras procedimentais e de controlo cada vez mais apertadas, persiste a ideia de que a Administração gere mal os dinheiros públicos, achando-se desresponsabilizada na fase execução dos contratos, onde procede a alterações de forma, mais ou menos moldada, aos *interesses* que se vão manifestando.

Esta ideia de que os contratos se *ganham* na fase pré-contratual, implicou sérias reservas de admissibilidade do regime de modificações aos contratos em sede da sua execução, obrigando à reabertura da concorrência com o objetivo, afinal, de cercear outros *interesses* que não fossem os da eficaz gestão de dinheiros públicos. A eficaz gestão de dinheiros públicos tem sido entendida, assim o pensamos, como apenas possível através da intervenção do maior número de operadores económicos e através da enunciação de regras transparentes, conhecidas por todos. O que sendo um aspeto positivo, não pode ser aplicado de forma inflexível.

Ora, se tradicionalmente as modificações aos contratos administrativos não traziam surpresa de maior, reconhecendo-se a importância e supremacia da prossecução e satisfação do interesse público (por exemplo, se as circunstâncias que fundaram a decisão de contratar se transformassem, aceitava-se, com naturalidade, que o contrato acompanhasse essas mesmas

alterações), verdade é que a obediência aos princípios da concorrência e da transparência tornou-se balizadora de todo e qualquer procedimento tendente à contratualização de necessidades públicas e, igualmente, de qualquer modificação pretendida. O interesse público, ainda que afirmado, ficou relegado para segundo plano, cedendo face a estes princípios.

Não se olvida que a alteração na forma como vinha sendo aceite a modificação aos contratos foi motivada e resultou, mesmo, como necessária. No entanto, sendo este um nosso entendimento, caminhou-se demasiado longe na *eticização* do tema das modificações contratuais, desvalorizando, quase por completo, o interesse público que subjaz à outorga de um contrato administrativo.

Ora, antes de extrair conclusões do estudo desenvolvido, reconhecemos ter existido elevada expectativa no que à transposição das diretivas de 2014 diz respeito. Almejou-se em diversos setores da sociedade o reconhecimento da importância de um regime de modificações aos contratos definido de forma clara e articulada, com as exigências de proteção da concorrência e da transparência e com a defesa do interesse público, em linha, aliás, com o que foi traçado pelo legislador comunitário.

Assim não aconteceu, pelo que importa avançar algumas notas:

No âmbito deste estudo procedemos à análise do artigo 318º-A, procurando perceber a forma e limites do recurso ao instituto da cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante.

Analisámos a *Diretiva Contratos*, procurando alcançar a *mens legis* em matéria de modificação aos contratos administrativos.

O tema por nós refletido centrou-se na necessidade, ou desnecessidade, de realizar uma nova adjudicação na sequência da substituição de cocontratante incumpridor e na densificação das alterações que poderiam ser introduzidas no contrato incumprido. Por outras palavras, procurando saber que modificações aos contratos administrativos são admitidas, sem que se tenha de recorrer a um novo procedimento concursal.

Como visto, o legislador comunitário tratou do tema no artigo 72º da *Diretiva Contratos*.

Admitindo modificações aos contratos, o legislador comunitário distinguiu as modificações que não são substanciais e, por esse facto, sempre admitidas sem que haja necessidade de renovação do procedimento concursal (que obedecem a limites quantitativos e qualitativos), das modificações consideradas substanciais e que obrigam a novo procedimento

concurral (destarte, a modificação é substancial quando temos um contrato materialmente diferente do contrato inicial).

Debruçando-se sobre as modificações substanciais, o legislador comunitário introduziu uma importante ressalva: as modificações substanciais que não alterem *elementos essenciais* e não afetem a natureza global do procedimento pré-contratual são admitidas, sem que tenha de ser aberto novo procedimento adjudicatório. Desde logo, quando tenham sido previstas no anúncio e peças do procedimento em cláusulas de revisão ou opção claras, precisas e inequívocas, que não alterem a natureza global do contrato.

Por sua vez o CCP revisto contém previsão de modificações subjetivas no contrato celebrado, tratando, em particular, do tema da cessão da posição contratual nos artigos 316º a 318º. À luz da lei interna, a utilização deste instituto depende da prévia apresentação dos documentos de habilitação e 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.*

O código dedica-se, também, a regular os casos de modificação objetiva.

O nº1 do artigo 313º alude aos fatores que limitam a modificação dos contratos. Assim, a modificação pretendida: i) não pode conduzir à alteração substancial do objeto do contrato; ii) não pode configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelas regras relativas à formação do contrato; iii) não pode reconduzir a uma alteração da ordenação das propostas avaliadas ou à admissão de outras propostas, caso tivesse figurado desde o início no caderno de encargos; iv) não pode ultrapassar 25 /prct. do preço contratual inicial, nos casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, e 10 /prct. do preço contratual inicial, quando subsistam razões de interesse público, decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes; v) não pode alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante, em termos de este ser colocado em situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido.

A cessão da posição contratual em caso de incumprimento do contrato é regulada num aditado artigo 318º-A.

De acordo com esta norma, em caso de grave incumprimento por parte do cocontratante, o contraente público pode determinar a cessão da posição contratual em favor do concorrente cuja proposta tenha ficado ordenada em lugar subsequente ao da proposta ganhadora.

A natureza da cessão assim positivada, a forma como se procede à escolha da proposta ordenada em lugar subsequente e os efeitos da cessão, levantam muitas dúvidas.

Foram já vários os autores a debruçar-se sobre esta problemática, porém, volvido quase um ano sobre a existência formal desta norma, inexitem ainda decisões que permitam desvelar o real sentido da norma aditada.

Destacamos dois problemas que se nos afiguram de maior pertinência.

O primeiro, e que mais tem animado a doutrina, é o que impele a saber qual o grau de vinculatividade da decisão do contraente público para o potencial cessionário. Está este concorrente forçado a aceitar a interpelação feita pelo contraente público e, nessa medida, a cumprir um contrato, que não o seu, volvidos, porventura, meses desde o procedimento concursal?

Tem sido unânime a posição de que não está obrigado a aceitar, havendo mesmo quem diga que posição contrária se acha ferida de inconstitucionalidade.

Embora concordemos com esta posição, subsistem dúvidas, que a reflexão tida não esclareceu, pelo menos de forma mais conclusiva e satisfatória.

Deixamos em aberto a questão: estando a cessão da posição contratual em caso de incumprimento do cocontratante expressamente prevista nas peças de procedimento, em cláusula de revisão ou opção clara, precisa e inequívoca, com efeitos suficientemente regulados, de forma a que os concorrentes possam perceber as consequências de se candidatarem a um concurso que pressupõe o recurso a este instituto, não será de admitir que o concorrente chamado fique obrigado a assumir o contrato incumprido?

Outra questão que foi levantada no presente trabalho, é a de saber como interpretar a expressão utilizada pelo legislador nacional no nº 3 do artigo 318º-A: *A execução do contrato ocorre nas mesmas condições¹⁷⁴ já propostas pelo cedente no procedimento pré-contratual original.*

A reflexão que foi desenvolvida conduziu a um entendimento, que se dirá não ter na lei argumento suficientemente ponderoso que o impeça: a admissão de uma aqui designada por dupla modificação aos contratos administrativos.

Defendemos uma primeira modificação contratual, por aplicação do próprio instituto da cessão da posição contratual e, depois, caso se venha a revelar necessário por decorrência do tempo, por força das circunstâncias alteradas ou, mesmo, em ordem ao cumprimento do interesse público, a alteração das cláusulas do contrato cedido.

Para o efeito, utilizámos como densificador o regime contido no artigo 72º da *Diretiva Contratos*, respeitando, embora, os limites que o legislador nacional traçou.

¹⁷⁴ Sublinhado nosso.

Limites, como referido, que ultrapassam a regra de *minimis* fixada pelo legislador comunitário, traduzindo-se em limites quase absolutos.

É esta uma proposta e solução que parece poder subsumir-se à previsão legal, ficando, julgamos, plenamente salvaguardados os princípios da contratação pública (que se acharão observados, não apenas *ab initio* no procedimento concursal que levou à adjudicação do contrato incumprido mas, também, na sua execução) e a concretização do interesse público que teleologicamente o contraente público está adstrito a servir.

A cessão da posição contratual estatuída, assim o entendemos, terá de admitir a dupla modificação contratual sem o que não se vislumbra, salvo melhor opinião, aplicabilidade prática da disposição aditada. E assim é, sobretudo, devido aos problemas advindos de uma sua compatibilização com a natureza consensual própria do instituto da cessão da posição contratual.

Claro que dito isto, nada no direito é *branco e preto*. A solução estará, certamente, a meio caminho entre aquelas posições que não admitem que se coloque em risco o princípio da concorrência, fundamental aos procedimentos concursais, e os que defendem a primazia do superior interesse da coletividade.

As preocupações do legislador (nacional e europeu) e do Tribunal de Contas são importantes e não podem, pois, ser desconsideradas. Também, em idêntica medida, o interesse público, essa força motora que admite, afinal, que sejam chamados privados a executar os fins e atribuições da Administração Pública.

Julgamos suficientemente evidentes os custos que o cumprimento *cego* do princípio da concorrência tem implicado nas contas públicas: são inúmeros os casos em que a Administração se acha na incumbência de *suster* um contrato mal executado, ou manter um cocontratante incapaz de fazer face às suas obrigações, porque não desconhece os tempos e custos de novo procedimento. Porque sabe que pode ser forçada a pagar, duas vezes, uma mesma necessidade e, mesmo, uma avultada indemnização.

Esta tripla penalização surge, ainda, associada a uma outra: a responsabilização de quem tem o dever de aplicar, e bem, o dinheiro de todos nós.

Por conseguinte, face a tudo o exposto na presente reflexão, avançamos com a plena ligação entre as modificações subjetivas e objetivas introduzidas no contrato em fase de execução, através do regime contido no artigo 318º-A, e a proteção da concorrência e da igualdade de tratamento, embora caminhando por uma solução que faça regressar o princípio do interesse público a um lugar cimeiro em matéria de disciplina dos contratos administrativos.

Bibliografia

1. ALMEIDA, Mário Aroso, “Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 66, 2007, p.9;
2. ALVES, Pedro Leite, “Alguns problemas em sede de execução e (in)cumprimento do contrato”, Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro Tiago Serrão, Marco Caldeira (Coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, 1ª reimpressão, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 935 ss;
3. AMARAL, Diogo Freitas, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. II, (col. Lino Torgal), Coimbra: Almedina, 2016 p. 518;
4. ANDRADE, Vieira, “A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos, Pedro Gonçalves (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Vol. II, Coimbra: CEDIPRE, 2010, p.14;
5. BRITO, Miguel Lorena, “A modificação subjetiva do contrato no Código dos Contratos Públicos revisto”, Carla Amado Gomes/Ricardo Pedro Tiago Serrão, Marco Caldeira (Coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, 1ª reimpressão, Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 891 ss;
6. CALDEIRA, Marco, em reflexão ao artigo 318º-A. [Consultado em 29 de dezembro de 2018]. Disponível em:
<https://contratospublicos.net/2018/11/25/artigo-318-o-a/>;
7. CORREIA, Sérvulo, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coleção Teses, reimpressão da edição de 1987, Lisboa: Almedina, 2013, pp. 470 ss;
8. DIAS, Paulo Linhares, “A execução dos contratos na Diretiva 2014/24/EU”, *Revista de contratos públicos*, nº 12, 2016, p.24;
9. DUARTE, Tiago, “Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: o Tribunal de Contas e os limites à modificação de contratos”, *Revista dos Contratos Públicos*, n.º 3, 2011, pp. 35 ss;
1. ESTORNINHO, Maria João, “Por uma contratação pública sustentável e amiga do bem comum”, Maria João Estorninho (Coord.), *A Transposição das Diretivas Europeias de*

- 2014 e o Código dos Contratos Públicos*. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas Centro de Investigação de Direito Público. Lisboa: 2016, pp. 7 ss. [Consultado em 23 de dezembro de 2018]. Disponível em:
https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_0.pdf;
- *A fuga para o direito privado*, Coleção Teses, Coimbra: Almedina, 1996;
- *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Execução Gráfica, 1990;
2. FONSECA, Isabel Celeste, “Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: um velho tema, novas dificuldades”, Maria João Estorninho (Coord.), *A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2016, p. 77. [Consultado em 23 de dezembro de 2018]. Disponível em:
https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_diretivaseuropeias2014eccp_icjp-cidp_0.pdf;
3. GONÇALVES, Pedro, “A reforma europeia da Contratação Pública”, *Revista de Contratos Públicos*, nº11, 2016, p.9;
- “Acórdão Presetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”, *Cadernos da Justiça administrativa*, nº 73, 2009, pp. 13 ss;
- “O cumprimento e incumprimento do contrato administrativo, Pedro Gonçalves (Org.), *Estudos de Contratação Pública*, Vol. I, Coimbra: CEDIPRE, 2008, pp.575 ss;
- *O Contrato Administrativo - Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*, reimpressão da 1.^a edição, Coimbra: Almedina, 2004, p. 27;
4. MEDIDA, Paulina Navarrete, “La modificación de los contratos públicos. Una mirada comparativa a la normativa de la Unión Europea, España y Chile”, Jaime Pintos Santiago (Coord.) *Cuadernos Críticos del Derecho*, 2, 2016, p.44. [Consultado em 18 de dezembro de 2018]. Disponível em:
<http://www.liberlex.com/archivos/modico.pdf>;
5. MORTEN, Kristian Hartlev/ LILJENBØL, Wahl, “Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender”, *Public Procurement Law Review*, nº 2, 2013, pp.51 ss;
6. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, “O contrato administrativo entre a estabilidade e a instabilidade”, Dissertação de Doutoramento, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: 2014;

7. OTERO, Paulo, “Incumprimento e cessão da posição contratual: alguns problemas decorrentes do novo artigo 318º-A do CCP”, *Revista de Contratos Públicos*, nº 16, 2018, pp.7 ss;
8. PEREIRA, Pedro Matias /MACHADO, Carla, *Os poderes do contraente público no Código dos Contratos Públicos*, Coimbra: CEDIPRE, 2011, p. 15;
- “Modificação e rescisão do contrato”, *Revista de contratos públicos*, nº 12, 2016, pp.76 ss;
9. PEREIRA, Pedro Matias, “Modificação subjetiva, pagamentos diretos a subcontratados e resolução do contrato: novidades do CCP revisto”, *Revista de Contratos Públicos*, nº 17, 2018, pp.23 ss;
10. PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Coimbra: 1970, pp. 160 ss;
11. RAIMUNDO, Miguel Assis, *A formação dos contratos públicos- uma concorrência ajustada ao interesse público*, Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 42 ss;
- *Estudos sobre contratos públicos*, Lisboa: AAFDL, 2010, p.14;
- “Good Contracting Authorities Can Predict the Future: A Note on Finn Frogne”, *European Papers*, vol. 2, 2017, pp. 411 ss.
12. Texto de suporte às comunicações de Carla Amado Gomes, no Curso de Pós-Graduação em Contratos, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, anos letivos de 2007/2008 e 2008/2009, organizada pelo Doutor Pedro Gonçalves, e pelos Mestres Rodrigo Esteves de Oliveira e Bernardo Azevedo, p.31. [Consultado em 20 de dezembro de 2018]. Disponível em:
<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/287-131.pdf>;
13. TELLES, Inocêncio Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 455;
14. VARELA, Antunes, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 1992, pp.8 ss;

Legislação consultada

1. Anteprojeto de Revisão ao Código dos Contratos Públicos;
2. Código dos Contratos Públicos;
3. *Codice dei contratti Pubblici*, de 18 de abril de 2016. Disponível em:

https://www.codiceappalti.it/Home/Legge/?legge=DLGS_50/2016

4. Diretivas Comunitárias n.ºs 2004/18/CE e 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, datadas de 31 de março de 2004;
5. Diretivas n.ºs 2014/23/EU, 2014/24/EU; 2014/25/EU e 2014/55/EU, emanadas do Parlamento Europeu e do Conselho, datadas 26 de fevereiro de 2014.
6. Tratado de Maastricht, de 1 de novembro de 1992.
7. Tratado de Roma, de 25 de março de 1957.

Acórdãos e outros documentos

1. Acórdão ASM Brescia. [Consultado em 20 de dezembro de 2018]. Disponível em:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67795&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=877029>;
2. Acórdão Comissão/Succhi di Frutta. [Consultado em 19 de dezembro de 2018]. Disponível em:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0496&rid=1>;
3. Acórdão Finn Frogne. Consultado em 19 de dezembro de 2018. Disponível em:
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d5ee98c1787e9f4f12be84da84d10e8752.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pa3mSe0?text=&docid=183107&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=622320>
4. Acórdão Presstext. [Consultado em 19 de dezembro de 2018]. Disponível em:
http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d5c41b16c023004e818585ea63203f7314.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaxuMe0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&docid=69189&cid=1145944;
5. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 40/2010, de 3 de novembro de 2010, proferido no Processo n.º 1303/2010. [Consultado em 30 de dezembro de 2018]. Disponível em:
https://dre.pt/pesquisa-avancada/-/asearch/3551711/details/maximized?sort=whenSearchable&search=Pesquisar&sortOrder=ASC&emissor=Tribunal+de+Contas&print_preview=print-preview&types=JURISPRUDENCIA;

6. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 07 de janeiro de 2016, proferido no âmbito do processo n.º 01021/15. [Consultado em 30 de dezembro de 2018]. Disponível em:
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/04e08a8a01341d428025814b00371e79?OpenDocument&ExpandSection=1>;
7. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: *Um acto para o mercado único – Para uma economia social de mercado altamente competitiva*, de 27 de outubro de 2010. [Consultado em 23 de dezembro de 2018]. Disponível em:
[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2010\)0608/com_com\(2010\)0608_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2010)0608/com_com(2010)0608_pt.pdf);
8. Comunicação Interpretativa (n.º 2008/C 91/02). [Consultado em 23 de dezembro de 2018]. Disponível em:
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0412\(02\)&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0412(02)&from=DE);
9. Comunicação Interpretativa (n.º 2000/C 121/02). [Consultado em 23 de dezembro de 2018]. Disponível:
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32000Y0429\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32000Y0429(01));
10. COUTINHO, João Pedro, “Os limites à modificação (unilateral e consensual) do contrato administrativo por razões de interesse público à luz do Código dos Contratos Públicos: a preservação do núcleo essencial do objeto e do equilíbrio financeiro contratuais”, Dissertação de Mestrado, agosto de 2012, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Escola de Lisboa;
1. Livro Verde sobre a modernização da política dos contratos públicos da UE – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa. [Consultado em 23 de dezembro de 2018]. Disponível em:
http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Documentacao/Livro_Verde_COM-2011-15_final-PRINCIPAL_1289703_1-.PDF;
2. LOURENÇO, Nuno Calaim, “O regime europeu da contratação pública e o paradigma da concorrência”, Tese de Doutoramento, 2016, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
3. Parecer n.º 4/2011, de 26 de maio, publicado no JOE, de 02 de julho de 2011. [Consultado em 18 de dezembro de 2018]. Disponível em:

http://www.contratacaopublica.com.pt/xms/files/Documentacao/Parecer_TC_4_2011-PRINCIPAL_1289727_1-.PDF;

4. RODRIGUES, Nuno Cunha (Coord.), “Direito Internacional e Europeu da Contratação Pública”. Instituto Europeu Universidade de Lisboa. Lisboa: dezembro 2017. [Consultado em 23 de dezembro]. Disponível em:
https://www.ideff.pt/xms/files/uploads/eBook_ContratacaoPublica_IE_UL.pdf.