



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Catarina Maria Marques Cavaco

**CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MODIFICAÇÕES
OBJETIVAS CONTRATUAIS: ENTRE A
LEGISLAÇÃO EUROPEIA E A LEGISLAÇÃO
NACIONAL DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses
orientada pelo Professor Doutor Bernardo Mascarenhas Almeida
Azevedo e apresentada Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra

Outubro de 2021



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

CATARINA MARIA MARQUES CAVACO

**CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MODIFICAÇÕES OBJETIVAS CONTRATUAIS:
ENTRE A LEGISLAÇÃO EUROPEIA E A LEGISLAÇÃO NACIONAL DE
CONTRATAÇÃO PÚBLICA**

CONSIDERATIONS ON OBJECTIVE CONTRACTUAL MODIFICATIONS:
BETWEEN THE EUROPEAN LEGISLATION AND NATIONAL LEGISLATION ON
PUBLIC PROCUREMENT

Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, orientada pelo
Professor Doutor Bernardo Mascarenhas Almeida Azevedo e apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra

Coimbra, Outubro de 2021

Agradecimentos

Aos meus pais, Graça e João, por serem uma constante fonte de mimo, apoio, carinho, atenção, e resiliência.

À família, cá e lá, com os quais posso sempre contar para uma palavra de alento.

Ao meu Carlos Francisco, por ter descoberto nele um amor eterno que, em tudo, quereirei retribuir. Um obrigada por todos os dias ao longo deste processo.

Às amigas que não deixaram de fazer ‘presente’.

Ao ilustre Professor Doutor Bernardo Mascarenhas Almeida Azevedo, pelos ensinamentos e orientação inestimáveis.

Resumo

A possibilidade de modificar uma relação contratual, tanto no plano civilístico como no plano juspúblico, é um tema histórico, doutrinalmente desenvolvido e intelectualmente rico.

Mormente, no que diz respeito ao plano administrativo, o Código dos Contratos Públicos, diploma-chave no deslindar das relações contratuais levadas a cabo pela e com a Administração Pública, revela uma sistematização de fontes, fundamentos, limites e consequências que, perante o correr dos tempos, se impõe mobilizar de forma a continuar a dar prossecução e cumprimento ao principal farol da Administração Pública: o interesse público.

Todavia, perante os compromissos que estabelecemos no seio comunitário, assistimos a uma europeização capaz de influenciar os modos de contratação nacionais, que não podem ser olvidados. O ordenamento jurídico-europeu desenvolveu, primeiramente, por via da jurisprudência, depois por via legislativa, um quadro dogmático sobre as modificações contratuais, de contornos flexíveis, mas que põe em evidência o cumprimento do princípio da concorrência para que uma modificação contratual seja legalmente viável.

O panorama atual é caracterizado por um encontro de valores difíceis de balancear. De um lado, o princípio da concorrência, na ótica de proteção do contrato adjudicado, e, por outro, o interesse público, em prol do qual muitas modificações são realizadas.

PALAVRAS-CHAVE

Código dos Contratos Públicos; Diretiva 2014/24/UE; Modificações objetivas contratuais; Princípio da Concorrência; Interesse Público

Abstract

The possibility of modifying a contract, both on the civil and public scopes, is a historic, doctrinally developed and intellectually rich theme.

Namely, within the public sphere, the Public Contracts Code, a key diploma in the unraveling of contractual relations established with the Public Administration, reveals a systematization of sources, grounds, limits, and consequences that, given the course of time, is of necessary mobilization in order to continue to pursue and fulfill the main goal of Public Administration: the public interest.

Nonetheless, given the commitments that Portugal have established within the European Union, we are witnessing a Europeanization capable of influencing national public contracting methods, and those aspects cannot be forgotten.

The European legal system, developed, firstly, through jurisprudence, then through legislation, a dogmatic framework on contractual modifications, with a flexible view and shape, but on which *ratio* gains emphasis the compliance with the principle of competition for a contractual modification to be legally viable.

The current panorama is built on the meeting of values that are difficult to balance. On the one hand, the principle of competition, in the optic of protecting the tendered contract, and, on the other, the public interest, in favor of which many contractual changes are carried out.

KEYWORDS

Public Contract Code; Directive 2014/24/UE; Objective contractual modifications; Principle of Competition; Public Interest

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Art.º	Artigo
CC	Código Civil
CCP	Código dos Contratos Públicos
CJA	Cadernos de Justiça Administrativa
CEDIPRE	Centro do Estudos de Direito Público e Regulação
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CEJUR	Centro de Estudos Jurídicos do Minho
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPTA	Código do Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
ECP	Estudos de Contratação Pública
EPPPL	European Procurement & Public Private Partnership
FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FDUL	Faculdade de Direito de Lisboa
Idem	Mesma obra
Ibidem	Mesma obra, mesma página
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
Op. cit.	Obra citada
p/pp	página/páginas
p.e.	por exemplo
RCP	Revista de Contratos Públicos
RDA	Revista de Direito Administrativo
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ss	e seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal de Contas

TJUE

Tribunal de Justiça da União Europeia

UE

União Europeia

Índice

Introdução	8
Parte I. Enquadramento Geral	9
1.1 Breve evolução legislativa	9
1.2 A mutabilidade contratual	11
Parte II. A modificação contratual na Diretiva 2014/24/UE	15
2.1. Os antecedentes jurisprudenciais do TJUE	15
2.2. O art.º 72.º da Diretiva de 2014/24/UE	21
2.2.1. A alteração substancial	22
2.2.2. As modificações admissíveis	24
2.3. O Acórdão Finn Frogne	28
Parte III. Da legislação comunitária para a legislação nacional – o regime geral ...	33
3.1. Cláusulas de previsão	33
3.2. O art.º 313.º	35
3.2.1. Limites específicos à modificação unilateral do contrato	38
3.2.2. Desaplicação dos limites do n.º 2, do art.º 313.º	40
3.3. A publicidade como mecanismo de controlo	44
Parte IV. Em especial: Os Trabalhos Complementares	45
4.1. A Revisão de 2021	48
Conclusões	55
Bibliografia	58
Jurisprudência Nacional	63
Jurisprudência TJUE	64

Introdução

O tema das modificações contratuais objetivas¹ no âmbito da contratação pública, ganha relevância pelo facto de a vida contratual não ser inerte e indiferente ao correr do tempo. A estabilidade contratual deu lugar à mutabilidade contratual.

O art.º 72.º da Diretiva 2014/24/UE, é o referencial normativo por excelência do direito comunitário na matéria em causa, a qual, inicialmente, se via regulada apenas pelo direito dos Estados-Membros.

Em Portugal, a Revisão de 2017 ficou aquém na transposição da Diretiva, com o regime das modificações a registar falhas claudicantes que mereciam rápida correção. .

A Lei n.º 30/2021, de 21 de Maio trouxe as necessárias correções e a simplificação desejada.

No horizonte da harmonização da legislação nacional com a europeia, iniciaremos o presente trabalho com uma breve evolução legislativa, seguida da caracterização dos contornos da mutabilidade contratual.

Na Parte II, analisamos o labor do TJUE que contribuiu na definição dos moldes do art.º 72.º da Diretiva.

Reservamos a Parte III para considerações sobre as principais alterações da Revisão de 2021 do CCP.

Por último, a Parte IV será dedicada às modificações objetivas específicas do contrato de empreitada de obras públicas, os designados Trabalhos Complementares, que viram alterações de renome em 2017 e 2021.

¹ Não abordamos as modificações subjetivas, cuja disciplina está prevista no art.º 316.º e ss do CCP

Parte I. Enquadramento Geral

1.1 Breve evolução legislativa

Sem desprimor para com todos os diplomas legislativos que vigoraram no ordenamento jurídico português², e bem-assim, no plano comunitário³, que contribuíram para o aprofundamento e consagração do regime de modificação contratual, em razão da economia do presente trabalho, faremos, apenas, uma breve referência evolutiva.

Numa fase inicial, a legislação europeia, concentrada em disciplinar os aspectos procedimentais da adjudicação de contratos públicos, deixava nas mãos das instâncias nacionais a disciplina do regime substantivo, de que é exemplo a modificação contratual⁴.

Perante a falta de normativos adequados, foi a ação jurisprudencial do TJUE que contribuiu, com grande fulgor e densificação, para a mudança de paradigma, obstando a eventuais práticas discriminatórias na atividade contratual pública à luz dos princípios da concorrência, da igualdade de tratamento e da transparência.

Também o *soft law* da UE, reconheceu que “alguns dos problemas verificados durante a fase de execução de um contrato podem ter consequências graves do ponto de vista do princípio da não discriminação entre empresas concorrentes e da solidez das aquisições do sector público”⁵.

A consagração, em Portugal, do CCP em 2008⁶, marcou uma revolução na prática contratual da Administração Pública. Indo além da transposição das Diretivas de 2004,

² Desenvolvido em MARTINS, Licínio Lopes, “Empreitada de Obras Públicas, O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)”, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Março 2014, Almedina, pp. 264 ss .

³ Referimo-nos ao Tratado de Roma, de 1957, e à emissão de “sucessivas gerações de Diretivas Europeias”, orientadas para a criação de um Mercado Comum, desenvolvidas em ESTORNINHO, Maria João, Curso de Direito dos Contratos Públicos - Por Uma Contratação Pública Sustentável, Almedina, 2012, pp. 72 ss.

⁴ Ainda assim, a Diretiva 93/37/CEE, do Conselho, de 14/07/1993, sobre a coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, onde o art.º 7.º, n.º 3, al. d), permite a adjudicação de contrato por processo de negociação, sem publicação prévia de anúncio no caso de obras complementares, evidenciando o art.º 7.º, n.º 2, al. a), as primeiras menções à proibição de alteração substancial das condições iniciais do contrato. Posteriormente, também a Diretiva 2004/18/CEE, sobre a coordenação dos procedimentos de adjudicação das empreitadas de obras públicas, de 31/03/2004, do Parlamento Europeu e da Comissão, p.e., no art.º 31.º, n.º 2, al. b), ou o art.º 31.º, n.º 4, al. a), ambos da Diretiva 2004/18/CE.

⁵ Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE. Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa, COM(2011) 15 final, Bruxelas, 27/01/2011, p. 3, consultável em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52011DC0015>>

⁶ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro

conjugou, num mesmo diploma, *dois universos normativos*⁷: a Parte II veio regular a formação dos contratos públicos elaborados por *entidades adjudicantes*⁸; paralelamente, a Parte III, disciplinaria a execução dos contratos administrativos celebrados por *contraentes públicos*⁹, focando-se na regulação da relação contratual administrativa substantiva.

Assim, na Parte III, consagrou-se um regime geral de modificações objetivas contratuais, entre os art.ºs 311.º a 315.º do CCP, prevendo, respetivamente, fontes, fundamentos, limites, e consequências dessas modificações, não esquecendo um regime modificativo especial regulador dos contratos administrativos nominados no Título II da Parte III.

Com a Diretiva 2014/24/UE¹⁰ (em diante, Diretiva), e o seu art.º 72.º, que iremos analisar, assistimos a uma verdadeira *Reforma Europeia*¹¹. Nas palavras de PEDRO GONÇALVES, introduziu-se “uma rutura com a abordagem clássica da regulamentação europeia da contratação pública”¹², ao disciplinar a modificação dos contratos. E a justificação está no “princípio da concorrência e no propósito de não permitir a conversão de um contrato adjudicado em termos públicos, transparentes e concorrenciais num objeto privado, disponível e manipulável pelas partes”¹³.

A sua transposição para a legislação nacional, por via do DL n.º 111-B/2017, de 31 de Agosto¹⁴, em matéria de modificações contratuais, não ficou incólume às críticas. O legislador desconsiderou a flexibilidade da Diretiva, procedendo, apenas, a “alterações do

⁷ GONÇALVES, Pedro, *Direito dos Contratos Públicos*, 3ª Ed., Vol. I, Almedina, 2018, p.60. Estamos conscientes da divergência doutrinal sobre a figura do contrato administrativo e a sua autonomização, porém, em razão da economia do trabalho, não a desenvolvemos.

⁸ Art.º 2.º CCP. Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, op. cit., p. 24 ss, esta opção foi uma resposta à adaptação da legislação portuguesa às Diretivas de 2004, que vierem prever um conceito de *contrato público*.

⁹ Art.º 3.º CCP.

¹⁰ Assim é por regular o regime comum, consultável em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT>>. A par, publicaram-se as Diretivas 2014/23/EU, sobre a adjudicação de contratos de concessão e a 2014/25/UE, sobre os contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos sectores especiais, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2014.

¹¹ GONÇALVES, Pedro Costa, “A Reforma Europeia”, in RCP, n.º 11, Julho, Almedina, 2016.

¹² GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos...*, cit. p. 100.

¹³ GONÇALVES, Pedro, “A Reforma Europeia”, cit., p. 21. Também, MARTINS, Ana Gouveia, “A modificação dos contratos no anteprojecto do CCP”, in Atas da Conferência “A Revisão do CCP”, Lisboa, ICJP, CIDP, FDL, 2016, pp. 274: “...de pouco ou nada adiantava impor uma disciplina detalhada... do procedimento pré-contratual se fosse possível a [...] introdução de modificações na fase da execução do contrato desvirtuando [...] o regime legal do seu procedimento [...] de formação”, consultável em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_revisaoccp_icjp2016_fct.pdf>

¹⁴ Consultável em Decreto-Lei 111-B/2017, 2017-08-31 - DRE

regime da modificação contratual no sentido da sua rigidificação”¹⁵. Para ANA GOUVEIA MARTINS, condenou-se a modificação dos contratos a “uma tarefa desnecessariamente complexa e eivada de graves dificuldades”¹⁶.

Com mudanças legislativas gerais em vista, curiosamente, a Proposta de Lei n.º 41/XIV/1ª, de 2020, não previa quaisquer alterações em matéria de modificações. Só posteriormente, com o Decreto n.º 95/XIV de 2020¹⁷, deparamos com uma grande intervenção legislativa, no regime geral e especial, que culminou com a aprovação da Lei n.º 30/2021 de 21 de Maio¹⁸.

Destacamos que com a Revisão de 2021, o art.º 280.º, n.º 1, restringe a aplicação da Parte III do CCP aos contratos administrativos celebrados por contraentes públicos e que, ademais, reúnam uma das diversas categorias de *administratividade* elencadas nas várias alíneas. Contudo, atentos ao n.º 3, do art.º 280.º, a mesma Parte III, no que tocante aos limites à modificação objetiva, é aplicável, “com as devidas adaptações e sem prejuízo do disposto em lei especial, a todos os contratos públicos”¹⁹, independentemente da sua qualificação como contratos administrativos.”, entendimento que, em linha com a Revisão de 2017, veio satisfazer orientações europeias no sentido de não permitir “que um contrato que tenha sido submetido à concorrência na sua fase pré-contratual seja afetado por atos praticados durante a execução contratual que subvertam a competição previamente realizada”²⁰, preservando-se, assim, um dos principais alicerces axiológicos da contratação pública: o princípio da concorrência. E, bem assim, colocando-se fim à dualidade de conceitos nesta sede.

1.2 A mutabilidade contratual

A sujeição ao *girar do mundo* fica bem patente nos contratos administrativos de longa duração²¹, cujos termos, acompanhando LICÍNIO LOPES MARTINS, devem ser

¹⁵ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos, AADFL Editora, Lisboa, 2021, p. 108

¹⁶ MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime da modificação dos contratos após a Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021”, in A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021 - Atas da Conferência de 27 e 28 de Maio de 2021 na FDUL, AADFL Editora, 2021, p. 214

¹⁷ Consultável em <[doc.pdf \(parlamento.pt\)](#)>

¹⁸ Consultável em <<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/30-2021-163728569>>

¹⁹ Sublinhado nosso.

²⁰ Cfr. SÁNCHEZ, Pedro Fernández, A Revisão..., cit, pp. 65-66

²¹ Como são exemplo paradigmático os contratos de concessões de obras públicas, sem prejuízo de se poder considerar as empreitadas de obras públicas neste leque.

“objeto de adaptações inovatórias às mudanças circunstanciais que ocorram, de forma a obter uma melhor e contínua composição [...] dos interesses públicos e privados presentes no contrato”²².

Desde cedo que a jurisprudência francesa se apercebeu desta necessidade reconhecendo a desadequação das linhas contratuais rígidas do direito privado nos contratos que a Administração Pública realizava, numa ótica de colaboração, com os particulares²³.

Os arestos, autonomizando a figura do contrato administrativo, consagraram uma relação de especial tensão entre a prossecução do interesse público²⁴ e a estabilidade contratual, expressa no princípio *pacta sunt servanda*²⁵. De facto, refere PEDRO GONÇALVES que o interesse público aparece como um “fator explicativo e legitimador de certos desvios e especialidades do regime jurídico do contrato administrativo”²⁶, pois “o interesse em assegurar o cumprimento do contrato [...] reclama uma disciplina que garanta a possibilidade de uma reação oportuna e eficaz do contraente público”²⁷. No fundo, encara-se a resolução contratual como medida de *ultima ratio*²⁸.

Desde logo, e como *poder exorbitante*²⁹ que é, consagra-se um poder de modificação unilateral por parte da Administração³⁰. No CCP, da leitura conjunta entre a al. c), do art.º 311.º, e a al. c), do art.º 312.º, “o contrato pode ser modificado por [...] ato administrativo do contraente público, [com fundamento em] razões de interesse público

²² MARTINS, Licínio Lopes, op., cit., pp. 714-715.

²³ AMARAL, Diogo Freitas do, Curso de Direito Administrativo, Vol. II, 4ª Ed., Almedina, 2020, p. 444.

²⁴ É o “motivo condutor ou norteador da Administração Pública na sua atividade”, Cfr. Ac. STA, 11/01/2018, Proc. 0219/17, Ponto XL, consultável em <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/282be03286bb067a80258217005178a5?OpenDocument&ExpandSection=1>>

²⁵ Art.º 406.º, n.º 1, do CC, segundo o qual as obrigações decorrentes e assumidas num contrato devem ser cumpridas

²⁶ GONÇALVES, Pedro Costa, “Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo”, in ECP, I, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008, pp.583-584.

²⁷ GONÇALVES, Pedro Costa, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”, Publicado em Pedro Costa Gonçalves (org.), ECP, III, CEDIPRE, Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010, p. 14 segundo a paginação em <[38_GestaoContratosPublicos.pdf \(pedrocostagoncalves.eu\)](#)>

²⁸ LEITÃO, Alexandra, “O tempo e a alteração das circunstâncias contratuais”, intervenção apresentada no V Encontro de Professores de Direito Público, de 27 e 28 de Janeiro de 2012, na FDUL, sobre o tema “O Tempo e o Direito Público”, p. 6 consultável em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf>

²⁹ Art.º 302.º, al. c). GOMES, Carla Amado, “A conformação da Relação Contratual”, Texto de suporte às comunicações da autora no Curso de Pós-Graduação em Contratos, realizado na FDUC, nos anos letivos de 2007/2008 e 2008/2009, Disponível para consulta em <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/287-131.pdf>>, pp. 2-5, descreve-os como “poderes-deveres”.

³⁰ Cfr. Conseil d’État, Gaz de Déville-lés-Rouen, de 10.01.1902, Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, op. cit., p. 451, nota 861.

decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes”³¹. O dinamismo contratual fica aqui bem demonstrado, tal como a necessidade de adaptação e atualização à realidade que não é estática.

Ademais, o art.º 312.º, al. *b*), fundamenta a modificação em nome de uma “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar desde que...afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.”, implementando-se as raízes da Teoria da Imprevisão com origens francesas³², e indo ao encontro do instituto previsto no art.º 437.º do CC.

PEDRO GONÇALVES enfatiza a “a infeliz distinção”³³ que o art.º 312.º promove entre “duas realidades assaz diferentes”³⁴, pois no poder de modificação unilateral “a modificação é a causa do desequilíbrio”³⁵, enquanto a alteração anormal e imprevisível de circunstâncias “é, em si mesma, a consequência de uma situação que provocou um desequilíbrio”³⁶.

O deslindar dos contornos de cada instituto releva na medida em que explica aplicação dos limites do art.º 313.º a uma figura e não a outra, como teremos oportunidade de ver³⁷.

Quer dizer, as modificações não são absolutas e ilimitadas. Desde logo, PAULO OTERO afirmou que “os desvios ao princípio da estabilidade contratual [...] não podem colocar em causa a identidade entre o objeto material do contrato [...] e o objeto material

³¹ Para ALMEIDA, Mário Aroso, “Sobre os pressupostos da modificação objetiva dos contratos administrativos”, in RDA, n.º 4, Jan.-Abril, AAFDL Editora, 2019, pp. 6-7, temos, por um lado, a realização, pelo contraente público, de uma “reavaliação discricionária do quadro (inalterado) das circunstâncias [...], uma nova interpretação do modo como se perfilam as exigências do interesse público”, e, por outro “a modificação [...] determinada pela superveniência de circunstâncias novas [...], pela ocorrência de uma alteração das circunstâncias”, normais e previsíveis.

³² Conseil d’État, Cie du Gaz de Bordeaux, 24.03.1917, Cfr. AMARAL, Diogo Freitas do, op. cit., p. 452 nota 862.

³³ GONÇALVES, Pedro Costa, “Gestão...”, cit., p. 31

³⁴ Ibidem. Sobre o *Fait du Prince*, dado ser um tema de tratamento específico e longo, em razão da economia do trabalho, não o abordamos. Para SÁNCHEZ, Pedro Fernández, A Revisão..., cit., p. 118, é um “cenário que ultrapassa os três fundamentos modificativos [...] [do] 312.º [mas] que pode igualmente desencadear consequências financeiras para o contraente”, ao abrigo do art.º 314.º, n.º1, al. *a*)

³⁵ GONÇALVES, Pedro Costa, “Gestão...”, cit., p. 31

³⁶ Ibidem.

³⁷ GONÇALVES, Pedro Costa, “Gestão...”, cit., pp. 31-32. Releva, igualmente, na aplicação das suas consequências, segundo o art.º 314.º do CCP. Enquanto a modificação unilateral origina um direito do cocontratante à reposição do equilíbrio financeiro, realidade com apoio no art.º 62.º da CRP, a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias gera um direito à modificação contratual ou a uma compensação financeira, segundo critérios de equidade. Cfr. GOMES, Carla Amado, op. cit., pp. 17 ss

[...] subjacente ao procedimento prévio”³⁸, promovendo o princípio da *intangibilidade do objeto contratual*³⁹, segundo o qual o núcleo conformador do contrato deve permanecer ileso e intacto. Recorrendo a um adágio de PEDRO GONÇALVES, “a Administração pode mudar o contrato, mas não pode mudar *de* contrato”⁴⁰.

As considerações aduzidas materializam-se, historicamente, num limite orientado para a tutela do cocontratante, de forma a protegê-lo de modificações que originassem um peso significativo e desproporcionado no cumprimento da sua prestação (o chamado *scope of the contract*)⁴¹.

Todavia, como analisaremos, se é verdade que o interesse público legitima a introdução de modificações, no respeito pelo núcleo contratual, não esquecemos a realidade comunitária, onde valores axiológicos superiores ganham densificação, por meio do labor das instâncias judiciais europeias, como limites às modificações contratuais. Estamos num campo de forças de difícil equilíbrio⁴².

³⁸ Cfr. OTERO, Paulo, “Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas”, ROA, Lisboa, Ano 56 (Dez.1996), p. 925. Consultável em <[518b4544-a621-42c9-a619-514445694a32}.pdf \(oa.pt\)](#) >

³⁹ Para PAULO OTERO, pode “dizer-se que há um verdadeiro congelamento do objeto ou conteúdo do contrato, salvo, uma vez mais, mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”, Cfr. Idem, p. 924.

⁴⁰ GONÇALVES, Pedro Costa, A concessão de serviços públicos, Almedina, 1999, p. 258, apud Freitas do Amaral, op. cit., p. 528. O TC, na linha do TJUE, em Ac. n.º 6/2013 asseverou que “as prestações principais, porque imodificáveis e determinadoras da intangibilidade parcial do contrato, serão munidas de aptidão bastante para decidir ou não da estabilidade contratual”. Ademais, “o objeto do contrato, não se reconduz a um mero *nomem*, genérico e sem substância, mas é integrado por prestações essenciais ou principais, que, em nome do princípio da estabilidade dos contratos e dos demais princípios que informam a contratação pública e a própria atividade administrativa, não devem ser objeto de alteração ou modificação”. Cfr. Ac. n.º 6/2013, de 9/07, Proc. n.º 1654/2012, pp. 34-35, disponível para consulta em <<https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2013/ac006-2013-1spl.pdf> >

⁴¹ GONÇALVES, Pedro Costa, “Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”, CJA, n.º 73, CEJUR, Janeiro/Febrero 2009, p. 14: “tratava-se essencialmente de definir um parâmetro de proteção dos interesses do cocontratante, delimitando o respetivo espaço de sujeição. [...] a afirmação de um princípio de intangibilidade do objeto do contrato preservava uma certa ‘lógica contratual’ do contrato administrativo”. consultável em <<https://www.mlgs.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigos/549.pdf> >

⁴² MARTINS, Licínio Lopes, op. cit., p. 395 revela que a tendência europeia vai “no sentido de conceder uma primazia da proteção da concorrência sobre a própria proteção do interesse público”

Parte II. A modificação contratual na Diretiva 2014/24/UE

2.1. Os antecedentes jurisprudenciais do TJUE

Desde cedo que o TJUE se debruçou sobre a matéria⁴³, porém, em razão da economia do trabalho, destacaremos algumas que, em grande medida, contribuíram para conformar o desenho do art.º 72.º da Diretiva.

Paradigmático foi o Ac. *Succhi di Frutta*⁴⁴ ao chamar a atenção para a importância das modificações ao clausulado contratual como motor de inversão das *regras iniciais do jogo*⁴⁵ e desvirtuação daquilo que ficou acordado no procedimento pré-contratual, entendendo que os princípios da igualdade de tratamento⁴⁶ e da transparência⁴⁷, aliados do cumprimento do princípio da concorrência, deveriam ser de aplicação transversal durante toda a vida do contrato.

Neste aresto, viu-se o TJUE confrontado com a questão de ser ou não admissível, na fase pós-adjudicatória, a entidade adjudicante realizar “uma substituição das frutas indicadas no anúncio do concurso por outras frutas, enquanto modalidades de pagamento dos produtos a fornecer pelo adjudicatário”⁴⁸.

Considerou, o TJUE, o modo de pagamento dos produtos fornecidos uma cláusula tão importante, a nível de concurso, que não era passível de ser modificada: observando que não pode a entidade adjudicante proceder à alteração de uma condição essencial do contrato, “e, em especial, uma estipulação que, se tivesse figurado no anúncio do concurso, teria permitido aos proponentes apresentarem uma proposta substancialmente diferente”⁴⁹.

⁴³ Logo no Ac. *Comissão/França*, de 5/10/2000, Proc. C-337/98, consultável em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0337&from=IT>>, lançou o repto de que uma eventual renegociação dos termos essenciais traduzir-se-ia na adjudicação de um novo contrato, cfr. ponto 44.

⁴⁴ Ac. *Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA*, de 29 de Abril de 2004, Proc. C-496/99, consultável em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999CJ0496&rid=1>>

⁴⁵ Itálico nosso.

⁴⁶ Considerou o TJUE que “o princípio da igualdade de tratamento [...] que tem por objetivo favorecer o desenvolvimento de uma concorrência sã e efetiva entre as empresas que participam num concurso público, impõe [...] as mesmas oportunidades na formulação dos termos das suas propostas e implica portanto que estas estejam sujeitas às mesmas condições para todos os concorrentes.”, Cfr. ponto 110 do Ac.. Cfr. também Pontos 117, 120 e 121.

⁴⁷ Sobre o princípio da transparência, ponto 111: “a publicidade constitui o instrumento adequado para permitir a abertura à concorrência dos contratos públicos [e para] assegurar que todos disponham das mesmas possibilidades”

⁴⁸ No contrato inicial, acordou-se que o pagamento realizado pela entidade adjudicante seria feito com maçãs e laranjas, enquanto, durante a execução do contrato, o pagamento passou a ser realizado em pêssegos.

⁴⁹ Num argumento lógico, o Tribunal considerou que se “uma proposta que não seja conforme às condições estipuladas deve, com toda a evidência, ser afastada, a entidade adjudicante também não está autorizada a alterar a sistemática geral do concurso modificando, em seguida, unilateralmente uma das suas condições” Cfr.

Mais considerou que as modificações em sede de execução, e o seu *modus operandi*, são possíveis de ser realizadas na medida em que forem previstas *ab initio*, no esquema contratual inicial. Para o TJUE, a entidade adjudicante goza da capacidade de adaptar o contrato, tanto nas condições do concurso como nas condições de execução, se assim o desejar, desde que tal possibilidade esteja prévia e expressamente prevista no contrato inicial, o que em concreto não aconteceu. Assim deve acontecer, a fim de que “todas as empresas interessadas em participar no concurso tenham desde o início conhecimento das mesmas [condições] e se encontr[em] assim em pé de igualdade no momento de formularem a sua proposta”⁵⁰.

Posteriormente, e reconhecido como um marco jurisprudencial em matéria de modificações contratuais, está o Ac. *Pressetext*⁵¹. O litígio em causa permitiu clarificar e sistematizar o quadro em que uma modificação contratual seria ou não legalmente admissível, aos olhos do Direito da União Europeia⁵².

Sem desprimor para com todas as questões dirimidas no caso, o TJUE, debruçando-se especificamente sobre o termo *alteração substancial*, começou por afirmar que seria uma modificação contratual relevante, e que por conseguinte comportaria uma nova adjudicação, aquela que apresentasse “características substancialmente diferentes das do contrato inicial e [que, por conseguinte], sejam suscetíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato”⁵³.

O profundo esclarecimento da decisão do TJUE foi tão marcante em virtude da sistematização exemplificativa das modificações que teriam o signo de *substancialidade*, apesar de esse continuar a ser um conceito sem definição. Temos, assim, que será substancial a alteração que:

ponto 116. No mesmo sentido andou o Ac. *Comissão/Espanha*, de 13/01/2005, Proc. C-84/03, consultável em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0084&from=NL>>, Ponto 43.

⁵⁰ Cfr. Ponto 118 do Ac. *Succhi di Frutta*.

⁵¹ *Acórdão Pressetext Nachrichtenagentur*, de 19/06/2008, Proc. C-454/06, consultável em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62006CJ0454&from=PT>>.

⁵² GONÇALVES, Pedro Costa, *Acórdão Pressetext...*, cit., p. 17, “O objetivo do Acórdão cifra-se pois em definir o âmbito da modificação de contratos segundo um princípio de respeito estrito pelo valor da ‘concorrência para o mercado’: a modificação estende-se até ao ponto em que se possa considerar neutra para os interesses dos proponentes ou dos que poderiam ter apresentado proposta na adjudicação inicial, bem como dos potenciais concorrentes a uma nova adjudicação. Não sendo esse o caso, deverá entender-se que o contraente público tem o dever de promover a ‘concorrência para o mercado’, desinvestindo-o de qualquer ‘autoridade aquisitiva’ dentro do contrato inicial”.

⁵³ Cfr., Ponto 34 do Ac..

(i) “introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite”⁵⁴;

(ii) “alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos”⁵⁵;

(iii) “modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial”⁵⁶, estando em causa uma modificação à documentação inicial do contrato passível de tornar a proposta mais atrativa.

Relativamente às alterações sobre o preço, asseverou o TJUE que “é evidente que o preço constitui uma condição importante de um contrato público”⁵⁷.

Sobre se *a conversão dos preços em euros sem modificação do seu montante intrínseco* constituía uma modificação contratual, considerou o TJUE que, “está em causa não uma alteração substancial do contrato mas unicamente uma adaptação deste a circunstâncias exteriores modificadas, desde que os montantes em euros sejam arredondados em conformidade com as disposições em vigor”⁵⁸.

Sobre a questão de *conversão dos preços em euros acompanhada de uma redução do seu montante intrínseco*, diz o TJUE que tal atuação não resultará numa “nova adjudicação do contrato, na condição de tal ajustamento ser mínimo e se explicar de forma objectiva, sendo esse o caso se tiver por finalidade facilitar a execução do contrato, por exemplo simplificando as operações de faturação”⁵⁹.

Por fim, sobre a reformulação da cláusula de indexação, cuja alteração vinha prevista e estipulada no contrato inicial, considerou o TJUE que “não constitui uma alteração das condições essenciais do contrato inicial suscetível de constituir uma nova adjudicação do contrato”⁶⁰. Cristaliza-se, novamente, a possibilidade de alterações contratuais desde que

⁵⁴ Cfr. Ponto 35 do Ac..

⁵⁵ Cfr. Ponto 36 do Ac.

⁵⁶ Cfr. Ponto 37 do Ac.

⁵⁷ Cfr. Ponto 59 do Ac, continuando no Ponto 60 que tal “poderia dar origem a uma violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos proponentes”. No mesmo sentido, Ac. *Succhi di Frutta*, Pontos 120 e 121.

⁵⁸ Cfr. Ponto 57 do Ac. Contudo, no Ponto 58, estatui que “Quando o arredondamento dos preços convertidos em euros ultrapassa o montante autorizado pelas disposições pertinentes, está em causa uma alteração do montante intrínseco dos preços previsto pelo contrato inicial. Coloca-se então a questão de saber se tal alteração dos preços constitui uma nova adjudicação do contrato.”

⁵⁹ Cfr. Ponto 61.

⁶⁰ Cfr. Ponto 69.

previamente dispostas no clausulado inicial⁶¹. Essa previsão funciona, assim, como uma habilitação expressa à modificação sem adjudicação, pois desde o início do concurso que essas cláusulas estão abertas à concorrência, consciencializando os concorrentes das possíveis vicissitudes contratuais⁶².

Estamos perante um aresto cuja decisão vai no sentido-fim de tutelar o princípio da concorrência, através da previsão de concretas e verídicas situações passíveis de ludibriar a abertura do contrato à concorrência, cujo único caminho é serem desautorizadas pelo Tribunal, impondo-se, assim, a realização de um novo procedimento de adjudicação, respeitando os normativos procedimentais concorrenciais.

Com suporte numa trilogia axiológica essencial, começa-se, então, a atribuir relevância à fase pós-adjudicatória como possível arena de deturpação do inicialmente contratualizado, distorcendo o funcionamento do mercado interno, e colocando em causa o fim último da prossecução do interesse público⁶³.

O princípio da concorrência⁶⁴, considerado por PEDRO GONÇALVES, como o “princípio-tronco da contratação pública”⁶⁵, deve, na fase de execução contratual⁶⁶, materializar-se no “«congelamento» ou manutenção da equação adjudicatória”⁶⁷ inicial, no decurso da fase pós-adjudicatória do contrato, o que vale dizer que não se poderá subverter

⁶¹ Cfr. Pontos 40 e 60. Já assim previa o Ac. *Succhi di Frutta*, Ponto 118.

⁶² GONÇALVES, Pedro Costa, “Acórdão Pressetext...”, cit., p. 17, elucidativo: “...resulta de outras passagens, bem como do próprio sentido de toda a doutrina acolhida, que só há nova adjudicação no caso de o contraente público não estar habilitado expressamente a introduzir as alterações pretendidas. A noção de “habilitação expressa” remete para o contrato original e, sobretudo, para as peças do procedimento de adjudicação”.

⁶³ Córcoles, Isabel Gallego, La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública, X Congreso AEPDA, p. 4, Disponível para consulta em <https://contratodeobras.com/images/Modificacion-contratos_Gallego-Córcoles.pdf>, escreve: “De nada sirve el respecto escrupuloso de estos principios en la fase de selección...si...puede alterarse el contenido de lo licitado en su beneficio”. Mais, “...la realización de los principios del Derecho de la Unión Europea es una forma más de hacer valer el interés público, pues también...tienen como objetivo el logro de una contratación más favorable para los intereses públicos” – cfr. Idem, p. 2, nota 2

⁶⁴ A Diretiva 2014/24/UE, no seu art.º 18.º, n.º 2, *in fine*, já faz referência.

⁶⁵ GONÇALVES, Pedro Costa, Direito dos Contratos..., cit., p.354.

⁶⁶ O TCA do Sul referiu que “A proteção da concorrência deve ser assegurada não apenas ao longo do procedimento pré-concursal, mas também em sede de execução do contrato. [...] Na verdade, [...], a visão tradicional de que a concorrência apenas é assegurada em sede do procedimento pré-contratual e que a adjudicação transforma o contrato num assunto do exclusivo interesse das partes, acabou.”, Cfr. Ac. TCA do Sul, Proc. 60/20.8BEPDL, de 8/04/2021, disponível para consulta em <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/3e2f692a142d32e0802586b10052995c?OpenDocument>>

⁶⁷ OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in ECP, I, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008, p. 69. Também OTERO, Paulo, op. cit., p. 924, supra nota 39

aquela que foi a proposta escolhida como a melhor, no confronto com as restantes, mediante a modificação abusiva das cláusulas contratuais.

Seguindo PEDRO GONÇALVES, aparece, numa ótica do *scope of competition*, como “um novo e autónomo critério delimitativo da faculdade de modificação de contratos”⁶⁸. A sua *ratio*, tutela os interesses dos concorrentes cujas propostas não foram selecionadas, e, simultaneamente, os interesses daqueles que, potencialmente, teriam concorrido caso as condições contratuais fossem as oferecidas após as modificações. Daqui retiramos uma “*eficácia póstuma*” do princípio da concorrência sobre as regras do procedimento de formação dos contratos, vigorando, eficazmente, na fase de execução contratual⁶⁹.

Quanto ao princípio da igualdade de tratamento, com expressão no princípio da não discriminação⁷⁰, revela ANA RAQUEL MONIZ, que a sua utilidade se consubstancia em “favorecer o desenvolvimento de uma concorrência sã, leal e efetiva entre os operadores económicos”⁷¹, apelando à sua *instrumentalidade*⁷².

Por último, o princípio da transparência, manifestado na publicidade, é, para PEDRO SÁNCHEZ um meio essencial “de preservação [...] [da] concorrência, igualdade e imparcialidade”⁷³. densificando, uma vez mais, o papel instrumental em relação ao princípio da concorrência.

Foi a esta trilogia axiológica que o TJUE acorreu.

⁶⁸ GONÇALVES, Pedro Costa, “Acórdão Pressetext...”, cit., p. 17, ou seja o fim da proteção da concorrência.

⁶⁹ OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, op. cit. p. 69.

⁷⁰ Idem, pp. 92-93. Neste sentido, Cfr. Ac. *Contse E O.*, 27/10/2005, Proc. C-234/03, ponto 36.

⁷¹ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, “Princípios da Contratação Pública”, RCP, n.º 11, Almedina, Julho 2016, p. 50. O Ac. *Comissão/Dinamarca*, Proc. C-243/89, de 22/06/1993, ponto. 33, afirmou, claramente que “o dever de respeitar esse princípio [igualdade] corresponde à própria essência da diretiva que [...] tem em vista [...] o desenvolvimento de uma concorrência efetiva”. Consultável em <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:775a6c61-ad5a-4043-8e54-9300208873cf.0009.06/DOC_1&format=PDF>

⁷² MONIZ, Ana Raquel Gonçalves, op. cit., p. 47.

⁷³ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa 2020, p. 88. Também FELIU, José María Gimeno, - “La ‘codificación’ de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 172/2015, editorial civitas, SA, p. 2, assevera que “el principio de transparencia tiene esencialmente por objeto limitar el riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora”. Consulta em <https://www.legaltoday.com/files/pdf/contratacion_publica201603.pdf>

Não obstante o impacto do Ac. *Presstext*, acompanhando PEDRO GONÇALVES, é de sublinhar que o mesmo “não impõe exatamente uma nova compreensão do regime legal de modificação”⁷⁴ que o CCP originário já determinara no seu art.º 313.º.

É possível verificar essa realidade na atuação jurisprudencial do TC, p.e., no Ac. n.º 28/2010, de 3 de Novembro de 2010, onde determinou que “o instrumento contratual, através do qual se efetivou e tornou possível, para além da alteração do prazo contratual, a substituição do sistema de recolha de resíduos, bem como dos equipamentos a estes adstritos, não se traduz numa mera alteração do prazo contratual, [...] mas antes numa substancial alteração do objeto do anterior contrato, o que conforma o presente instrumento como um novo contrato”⁷⁵.

Mais tarde, o Ac. *Wall AG*⁷⁶, ganha relevo em virtude da inovação que implementou naquele que era o entendimento seguido de aceitar as modificações contratuais previamente dispostas no clausulado inicial. Questionou-se o TJUE sobre se o dever de transparência exigia um novo procedimento adjudicatório no caso de um subcontratante ser substituído, sabendo-se que a sua consideração na proposta do candidato vencedor foi um fator essencial na adjudicação.

O TJUE asseverou em sentido afirmativo, observando que “a substituição de subcontratante, mesmo quando a faculdade de o fazer está prevista no contrato, pode, em casos excepcionais, constituir uma alteração (...) de um dos elementos essenciais do contrato

⁷⁴ GONÇALVES, Pedro Costa, “Acórdão Presstext...”, cit., pp. 18-19, admitindo, não obstante, que veio introduzir uma “interpretação em conformidade”, devendo “reconhecer-se que a decisão *Presstext* introduz fatores de precisão que, objetivamente, conduzem ao resultado prático de limitar o que, pelo menos em termos teóricos, se supunha constituir o âmbito da modificação de contratos – designadamente na parte relativa ao alargamento do contrato a novas prestações, que, tanto quanto sabemos, não vinha sendo interpretado à luz dos critérios rigorosos dos trabalhos ou serviços a mais ou complementares.”

⁷⁵ Cfr. Ac. n.º 28/2010, de 3/11/2010, do Plenário da 1.ª Secção do TC, Proc. 28/2010, Ponto 3.2, consultável em <http://www.contratacaopublica.com.pt/jurisprudencia/portuguesa/tribunal-de-contas/Acordao-n-282010-de-3-de-Novembro-de-2010-do-Plenario-da-1-Seccao-do-Tribunal-de-Contas-proc-n/553/>. Este Ac. apreciou, em sede de recurso, o Ac. n.º 20/10, de 1/06/2010, Subsecção da 1.ª Secção do TC, e em cujo aresto se aduziu conclusão de igual relevância: “a modificabilidade dos contratos públicos durante a sua vigência não depende apenas da existência de razões de interesse público e do respeito pelo objeto do contrato e pelo equilíbrio financeiro do mesmo”, mas também “em obediência aos princípios constitucionais e legais da concorrência, igualdade e transparência, da não alteração de outras condições importantes desses contratos e da não alteração dos pressupostos que estiveram na base do procedimento competitivo através do qual foi feita a escolha da proposta adjudicada”. Cfr. Pontos B) e C), consultável em <http://www.contratacaopublica.com.pt/jurisprudencia/portuguesa/tribunal-de-contas/Acordao-n-202010-de-1-de-Junho-de-2010-da-Subsecao-da-1-Seccao-do-Tribunal-de-Contas-proc-n-1082010/585/> >

⁷⁶ Ac. *Wall AG*, Proc. C-91/08, 13/04/2010, sobre um contrato de concessão de serviços de exploração, manutenção, assistência e limpeza de vários sanitários públicos urbanos, celebrado entre a cidade de Frankfurt e a empresa FES. Consultável em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0091> >

de concessão quando o recurso a determinado subcontratante (...) tenha sido um elemento determinante da celebração do contrato”⁷⁷.

Assim, diversamente do sentido da jurisprudência precedente, o Ac. *Wall AG* vem abrir exceções à regra, no sentido em que não seria admissível introduzir modificações, ainda que as mesmas estivessem previstas, *ab initio*, no contrato, a partir do momento em se referissem a elementos determinantes da adjudicação e celebração do contrato.

Podemos concluir, na esteira deste aresto, que a margem discricionária que as cláusulas de revisão admitem não é absoluta, sendo, numa postura casuística, restringida pelos princípios da transparência e igualdade de tratamento dos concorrentes⁷⁸. E a isto não ficou indiferente, como veremos, o art.º 72.º da Diretiva 2014/24⁷⁹.

2.2. O art.º 72.º da Diretiva de 2014/24/UE

A Diretiva 2014/24, no Considerando 107, é muito clara no propósito do art.º 72.º: exige-se “um novo procedimento de contratação em caso de alterações materiais ao contrato inicial, [...] [pois] demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais desse contrato [...] [que] poderiam ter tido influência no resultado do procedimento, se tivessem sido inicialmente contempladas”.

Norteia-se, assim, pela limitação da livre e arbitrária renegociação dos termos contratuais, na fase de pós-adjudicação, que coloca em xeque o princípio da concorrência, e por conseguinte o da igualdade e da transparência, e desvirtua o sentido da adjudicação inicialmente celebrada.

Enfatizamos: limitação e não proibição.

O art.º 72.º vem prever, por um lado, os casos em que a modificação contratual a um contrato ou acordo-quadro é legalmente admissível, se determinadas condições estiverem preenchidas, não sendo, assim, necessário proceder a nova adjudicação; e, por

⁷⁷ Cfr. Ponto 39 do Acórdão. Também Ponto 43

⁷⁸ No mesmo sentido, Conclusões do Advogado Geral Yves Bot, de 27/10/2009, Pontos 67 e 68, consultável em <<http://www.contratacaopublica.com.pt/jurisprudencia/comunitaria/Conclusoes-do-Advogado-Geral-no-processo-C-9108-27-de-Outubro-de-2009/712/>>

⁷⁹ Mais tarde, o Ac. *Comissão/Alemanha*, de 29/04/2010, Proc. C-160/08, consultável em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0160&from=EN>>, sobre a legalidade do alargamento do objeto do contrato, foi o TJUE contundente afirmando que a modificação levada a cabo consubstancia uma nova adjudicação pois “alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos [...] [por dizerem respeito] a montante claramente superior aos limiares de aplicação fixados.”, Cfr. Pontos 99 e 100

outro, os casos em que, preenchido o requisito que fundamente a verificação de uma *alteração substancial*, se obsta à realização de uma dada modificação.

RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, reflete, contrariamente à doutrina majoritária⁸⁰, que estamos perante um artigo “capaz de acomodar várias e diferentes hipóteses não previstas”⁸¹.

Cumpre-nos referir que as modificações contratuais, operadas durante a execução do contrato, que consubstanciem *alterações substanciais*, traduzem uma renegociação contratual, pelo que impõe a realização de novo procedimento adjudicatório, como impõe o art.º 72.º, n.º 5⁸².

2.2.1. A *alteração substancial*

Do labor jurisprudencial retiramos, como palavra-chave, o termo *alteração substancial*. Foi com as decisões do TJUE no horizonte que, o art.º 72º, .n.º 4, previu que uma modificação contratual será substancial quando implicar um quadro contratual *materialmente* diverso dos termos inicialmente concretizados e essa alteração tenha como corolários uma (ou mais) das seguintes condições, que passamos a analisar.

⁸⁰ A doutrina majoritária vê o artigo como “expressão de um princípio geral”, cfr. Sue arrowsmith, *The law of public and utilities procurement (Regulation in the EU and UK)*, Thomson Reuters, London, 2014, p. 602, apud OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, “Estabilidade e instabilidade no contrato administrativo: as vicissitudes contratuais imputáveis ao contraente público”, Dissertação de Doutoramento em Direito-Direito Público, apresentada à FDUC, Agosto 2016,,” p. 252, nota 401, consultável em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/26707/9/O%20contrato%20administrativo%20entre%20a%20estabilidade%20e%20a%20instabilidade.pdf>>

⁸¹ Cfr. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, op. cit., pp. 252 e 253, para quem pode haver cláusulas tendencialmente abertas. Concordando WANGELOW, Vincent P., “EU Public Procurement Law: Amendments of Public Works contracts After the Award due to Additional Works and Unforeseeable Circumstances”, *EPPPL*, 2, 2020, p. 121, refere que no art.º 72.º, n.º4, estão situações “construídas para corporizarem ‘elementos demonstrativos’ e que, assim, mais casos inominados podem existir, visto que a lista não é exaustiva”. (Tradução nossa)

⁸² WANGELOW, Vincent P., op. cit., p. 122-123, invadido por dúvidas, questiona-se sobre se “uma modificação ilegal implica um novo procedimento adjudicatório de todo o contrato ou apenas da parte que se quer adicionar/modificar”. Elucida que “o art.º 72.º, n.º 5 pode ser lido no sentido de apenas implicar que a parte adicionada/modificada seja submetida às regras da concorrência. Contudo, o art.º 73.º, sobre a resolução contratual, refere que o contrato deve ser resolvido se for objeto de uma modificação ilegal”. O autor opta por considerar que “de um ponto de vista prático, a opção de apenas submeter a parte modificada a novo procedimento pode vir a ser de limitado benefício, [pois] fraturar o contrato público, apesar de garantir a igualdade de tratamento, duvida-se que seja eficaz, [dado] que o cocontratante inicial tem um profundo conhecimento do projeto, o que pode representar uma diminuição da concorrência [...]. Além disso [...] comporta inevitavelmente problemas de comunicação entre cocontratantes que em condições normais são concorrentes e neste caso precisam de cooperar”. Conclui o autor que “a resolução do contrato será a escolha mais eficiente”. (Tradução nossa) Algo que vai de encontro ao aduzido supra.

(i) Introdução de condições que, a serem verificadas *ab initio*, teriam permitido maior concorrência, abrindo portas à escolha de um adjudicatário ou propostas diferentes, ou à admissão de outros concorrentes permitindo maior participação no concurso procedimental (*al. a*).

Refletindo sobre as dificuldades práticas da presente alínea, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA faz o reparo de que será necessário convocar “um juízo retrospectivo e também de prognose (póstuma)”⁸³. Também LICÍNIO LOPES MARTINS, perante contratos de longa duração, revela que “será praticamente irrealista” numa dada “distância de tempo e de factos, demonstrar objetivamente, através de juízos póstumos de prognose ou retrospectivos...que a ordenação das propostas avaliadas não seria alterada”⁸⁴.

(ii) Alteração do equilíbrio económico do contrato em benefício do cocontratante de uma forma que não estava prevista inicialmente (*al. b*)⁸⁵;

Deve ficar claro que os casos de reposição do equilíbrio económico-financeiro da equação económico-financeira do contrato não devem ser aqui integrados, os quais, no ordenamento jurídico português, verdadeiramente, não compreendem uma modificação do contrato mas antes um sentido de reposição de justiça contratual⁸⁶.

⁸³ Cfr. OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, op. cit., p. 306, Iguualmente, WANGELow, Vincent P., op. cit., p. 119 refere: “que é duvidável saber como é que um procedimento pré-contratual imaginário do contrato modificado deve ser conduzido retrospectivamente”. No mesmo sentido alertou Olivera, Rafael Domínguez, “Modification of Public Contracts – Transposition and Interpretation of the new EU Directives”, in EPPPL, 1, 2015, p. 45, que “na prática, os contraentes públicos, enfrentarão sérios problemas para verificar aqueles hipotéticos candidatos ou hipotéticas propostas. [...] raramente é previsível quem irá submeter uma proposta ou que condições vai oferecer, portanto grandes dificuldades vão verificar-se” (tradução nossa)

⁸⁴ Cfr. MARTINS, Licínio Lopes, “Empreitada...”, cit., p. 399-400. Tecendo a opinião de que “a admitirem-se limitações à modificação [...] é legítima a defesa de uma espécie de caducidade impeditiva ou proibitiva (ou [...] uma espécie de caducidade permissiva da modificação), [...] no sentido de que as limitações externas e imperativas à modificação [...] dos contratos para os fins específicos de defesa da concorrência [...] apenas deveriam vigorar e ser vinculativas durante um determinado período de tempo...”

⁸⁵ Cfr., WANGELow, Vincent P., op. cit., pp. 119-120, aqui releva “alinhar a fase pré-contratual e a posterior fase de execução assegurando que esta última implementa o que a primeira determinou”, baseando-se esta consideração na ideia de que “ao cocontratante não lhe deve ser dada a possibilidade de lhe ser adjudicado um contrato com um valor particularmente baixo, presumindo que na fase de pós-adjudicação os termos contratuais [monetários] serão melhorados”. Contudo, adverte, que a existência de cláusulas de indexação de preços, p.e., faz com que “nem todos os aumentos de preço em benefício do cocontratante sejam de considerar” (Tradução nossa).

⁸⁶ Criticando a extensão do regime europeu “ao ponto de impor uma revisão estrutural de uma das mais marcantes notas identificadoras e autonomizadoras do regime clássico do contrato administrativo, [...] [a] necessidade de restabelecer o equilíbrio económico-financeiro do contrato”, em razão da modificação por razões de interesse público ou por alteração das circunstâncias, está LICÍNIO LOPES MARTINS, Cfr. MARTINS, Licínio Lopes, “Empreitada...”, cit., p. 397

(iii) Ampliação considerável do âmbito material do contrato, *i.e.*, o objeto contratual em causa (*al. c*).⁸⁷

(iv) Substituição do cocontratante inicialmente escolhido por outro operador jurídico diferente (*al. d*)⁸⁸.

Em coerência, cumpre-se o art.º 72.º, n.º 1, al. *e*), o qual prevê, no reverso das considerações acima aduzidas, que são permitidas, sem novo procedimento adjudicatório, as modificações que, independentemente do seu valor, não sejam substanciais. Fica estabelecida, assim, uma cláusula geral de admissibilidade de modificação do contrato.

2.2.2. As modificações admissíveis

A al. *a*), do n.º 1, vem permitir alterações contratuais, sem qualquer limite de valor, na estrita medida em que as mesmas foram previstas antecipadamente no contrato e desde que não colidam com a *natureza global do contrato*⁸⁹. Para que sejam operacionais, as mesmas cláusulas devem ter sido *clara, precisa e inequivocamente* estabelecidas no contrato, *rectius*, no caderno de encargos por excelência, prevendo os seus âmbito, natureza e condições de aplicação⁹⁰⁻⁹¹.

Criticamente, LICÍNIO LOPES MARTINS, revela que “dada a complexidade relacional, as vicissitudes e o dinamismo do tempo, por mais engenhos e diligente que seja a capacidade de previsão dos contraentes, será praticamente irrealista exigir-lhes que, de

⁸⁷ WANGELow, Vincent P., op. cit., p. 120 acrescenta que o significado de ‘considerável’ é incerto e, destarte apenas avaliável casuisticamente” (tradução nossa). Referindo S.T. Poulsen, *The Possibilities of Amending a Public Contract Without a New Competitive Tendering Procedure under EU Law*, in *Public Procurement Law Review*, 2012, pp 167, 171, apud WANGELow, Vincent P., op. cit., p. 120, escreve que a “complexidade e a duração do respectivo contrato público devem ser também levadas em consideração para saber se a modificação é substancial, [pois] de facto, a potencial perda do *know how* ganho durante a execução de um contrato não deveria ser subestimado e poderia implicar consequências onerosas em termos de atraso e aumento de preço”.

⁸⁸ Não desenvolvemos por estar fora do âmbito do nosso estudo.

⁸⁹ Para Pereira, Pedro Matias/Machado, Carla, “Modificação e Resolução de contratos públicos na (nova) diretiva europeia dos contratos públicos”, in *Revista de Contratos Públicos – RCP* | Belo Horizonte, ano 6, n. 10, set./fev. 2017, p. 185, nota 23, o conceito de natureza global do contrato já resultaria da definição legal de alteração substancial. Consultável em <[\(PDF\) Modificacao e resolucao de contratos públicos | Pedro Matias Pereira - Academia.edu](#)>. Em sentido oposto, MARTINS, Ana Gouveia, “Em debate: Modificação contratual, trabalhos e serviços complementares após a revisão do CCP : Os limites à modificação dos contratos públicos”, in *RDA*, n.º 4, , Jan.-Abril, AAFDL Editora, 2019, p. 27, distinguindo entre “natureza global do contrato” e “alteração substancial do contrato”, matéria que merecerá atenção infra.

⁹⁰ Falamos de cláusulas de revisão ou cláusulas de opção. *Vide* Considerando 111 da Diretiva, ao determinar também a possibilidade de prever as adaptações do contrato que se tornem necessárias devido a dificuldades técnicas surgidas durante a utilização ou a manutenção.

⁹¹ WANGELow, Vincent P., op. cit., p. 111, esclarecendo que “as cláusulas de revisão não podem ser redigidas de uma forma demasiado ampla e genérica, de forma a considerar todas as hipóteses possíveis, algo que é muito provável de violar os princípios da transparência e da igualdade de tratamento” (tradução nossa).

forma clara, precisa e inequívoca, antecipem nas peças procedimentais”⁹², quando no âmbito de contratos de longa duração.

Fora do clausulado previamente estabelecido, um contrato pode ser sujeito a uma modificação objetiva, legalmente considerada, sem necessidade de iniciar um novo procedimento de contratação, nos seguintes cenários que se passam a analisar.

No al. b), do n.º 1, admite-se a modificação contratual *perante necessidade de prestações complementares*⁹³, sejam elas obras, serviços ou fornecimentos por parte do contratante inicial, quando os mesmos não tenham sido previstos no clausulado. Dois requisitos têm de estar preenchidos: a substituição do cocontratante não é possível por razões económicas ou técnicas⁹⁴; ademais, é altamente inconveniente ou provoca uma duplicação substancial de custos⁹⁵ para a entidade adjudicante.

No dizer de VINCENT WANGELow, a lógica do referido preceito resume-se ao facto de que “iniciar um novo procedimento adjudicatório, ao invés de continuar a execução do contrato [...], é considerado desproporcional”⁹⁶.

Considerações críticas são aduzidas pela doutrina, mormente quanto ao facto de o requisito das razões económicas perder a sua utilidade diante do requisitos da duplicação substancial de custos, sendo aquele consumido por este⁹⁷.

⁹² MARTINS, Licínio Lopes, op. cit., p. 400.

⁹³ Vide Considerando 108.

⁹⁴ As razões económicas e técnicas verificar-se-ão como “requisitos de permutabilidade ou interoperabilidade com equipamento, serviços ou instalações existentes, adquiridos ao abrigo do contrato inicial”. Hoepffner, denotando a falta de clareza do preceito, questiona se “a impossibilidade de selecionar outro cocontratante para levar a cabo as modificações não deveria, por si só, qualificar-se como ‘altamente inconveniente’”, in “Hoepffner, Hélène, “La modification des contrats”, RFDA 280, 2016, para 12, apud WANGELow, Vincent P., op. cit., p. 113 (parafrazeado).

⁹⁵ Pereira, Pedro Matias/ Carla Machado, op. cit., p. 186, nota 26, defendem uma “interpretação corretiva” do termo, “no sentido de a modificação ser permitida quando o aumento dos custos é substancial, o que permite enquadrar contratações adicionais em que os custos não sejam (pelo menos) o dobro dos que se teriam com a contratação do cocontratante adicional.”

⁹⁶ WANGELow, Vincent P., op. cit., p. 113. (tradução nossa)

⁹⁷ OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, op. cit. pp. 292 e ss., questiona se serão de natureza cumulativa ou disjuntiva⁹⁷. O autor adota uma perspetiva casuística: “se houver necessidade de prestações complementares e se não for possível a mudança de cocontratante por razões técnicas, isso será em regra motivo suficiente para viabilizar a modificação; se, ao invés, o problema da mudança de cocontratante estiver associada a razões económicas, tem de se avaliar qual a grandeza de tais razões, designadamente, se ela provoca uma duplicação substancial dos custos para a entidade adjudicante.”. No mesmo sentido, convocando autores diversos, WANGELow, Vincent P., op. cit., p. 113, refere “é visível a dificuldade em traçar uma distinção entre [...] razões económicas e duplicação substancial dos custos [...], virtualmente sinónimos. [...] Consequentemente, o “e” deveria ser substituído por um “ou” tornando os respetivos requisitos em alternativas, pois caso contrário o preceito será ineficaz”.

Na al. c), do n.º 1, abre-se a porta a modificações contratuais perante a necessidade de modificações em razão da verificação de circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente, dentro do âmbito do seu dever de diligência, não *pudesse*⁹⁸ prever, e a modificação não altera a *natureza global do contrato*.

Debruçando-se, sobre este tema, ANA GOUVEIA MARTINS, revela dúvidas em saber se foi ou não intenção comunitária regular as “constelações de casos que integram a modificação resultante de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”, como sejam a teoria da imprevisão ou o *fait du prince*⁹⁹. Principalmente porque “a jurisprudência comunitária tem revelado uma quase total indiferença às causas ou fundamento da modificação”¹⁰⁰, como veremos infra na análise do Ac. *Finn Frogne*. Daí que estejamos perante um fundamento autónomo, desenhado para o exercício do poder de modificação unilateral (como é no fundo a orientação do art.º 72.º), segundo o qual estão em causa tanto circunstâncias imprevisíveis, num sentido estrito, não sendo possível de todo a sua previsão, como também, as circunstâncias que, ainda que objetivamente previsíveis, uma entidade adjudicante diligente não poderia ter previsto na fase pré-contratual¹⁰¹.

Por último, o n.º 2 do art.º 72.º permite modificar o contrato quando essa modificação se revele de pouca relevância económica, *i.e.*, que não exceda os limiares europeus previstos no art.º 4.º da Diretiva e, em específico, o valor da modificação não exceda 10% do valor do contrato inicial de fornecimentos e de serviços, ou 15% do valor do contrato inicial de obras, não perturbando, assim, a equação económico-financeira do contrato. Não podem, contudo, infringir a *natureza global do contrato*, independentemente de a modificação ser considerada substancial à luz do artigo¹⁰² _¹⁰³.

⁹⁸ A tradução do artigo para língua portuguesa não foi a mais autêntica, onde se diz “não possa prever”, deve ler-se, “não pudesse prever”, como a versão inglesa dispõe.

⁹⁹ MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime...de 2021”, in A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021 - Atas da Conferência de 27 e 28 de Maio de 2021 na FDUL, AAFDL Editora, 2021, p. 227

¹⁰⁰ Idem, p. 228. Também WANGELow, Vincent P., op. cit., p. 117, refere que “a diretiva [...] não distingue entre tipos de modificação [...] pretende[ndo] dar cobertura a qualquer tipo de modificação” (tradução nossa).

¹⁰¹ Para mais esclarecimentos, *vide* Considerando 109. Também, infra nota 185.

¹⁰² *Vide* Considerando 107, *in fine*, ressalva, que “as modificações do contrato acima desses limiares deverão ser possíveis sem necessidade de iniciar um novo procedimento de contratação, na medida em que cumpram as condições previstas na presente diretiva.”. Chama a atenção, WANGELow, Vincent P., op. cit., p. 120, para o facto de que “pode assumir-se que as modificações com um valor abaixo do *de minimis* do 72.º, n.º 2 não são ‘consideráveis’. Ainda assim, tal não pode automaticamente conduzir a uma conclusão inversa de que qualquer modificação excedendo esse patamar será vislumbrada e construída como ‘considerável’ e consequentemente substancial” (tradução nossa).

¹⁰³ O Parecer da Comissão de Assuntos Jurídicos, p. 462, consultável em <PR_COD_1amCom (europa.eu)>, justificou a importância do art.º 72.º, n.º 2, dado ser “conveniente expandir o âmbito de aplicação da presente disposição [...] [para] não paralisar em demasia as autoridades adjudicante e sobrecarregar o processo com

Quanto aos limites quantitativos a respeitar, nas situações (i) de prestações complementares e (ii) de circunstâncias imprevisíveis, o valor da modificação não pode ascender em mais de 50% o valor do contrato inicial, sendo que, a existir várias modificações numa óptica sucessiva, esse limite é apurado em termos individuais, ou seja, em relação ao valor de cada modificação levada a cabo.

VINCENT WANGELow, seguindo a lógica de que os requisitos aplicáveis às prestações complementares deveriam funcionar em alternativa¹⁰⁴, conclui o seu raciocínio lógico, apelando ao conceito de impossibilidade presente na al. b). Refere o autor que este limite de 50% seria de aplicação limitada ao requisito de duplicação substancial dos custos, o qual não se vislumbra como uma impossibilidade objetiva absoluta, mas apenas como redundando em onerosos custos. Pelo contrário, a primeira alternativa, referente às razões económicas ou técnicas, “seria vista como uma impossibilidade objetiva [absoluta] que culminaria, em qualquer caso, na impossibilidade [de adjudicar um novo contrato] independentemente de o valor da modificação ser inferior ou superior a 50%, tornando-se este limite de 50% redundante”¹⁰⁵.

Crítica, por fim, o autor citado, referindo que com “a incerteza criada por termos equívocos e dúbios neste preceito arrisca-se a originar a redução de eficiência e poderá conduzir a resultados injustos”¹⁰⁶.

De assinalar que o incisivo iii), da al. c), do n.º 1, *in fine*, bem como o parágrafo único da al. b), preveem que as modificações sucessivas não podem “ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente Diretiva”, o que, para ANA GOUVEIA MARTINS, faz com que se convoque uma “apreciação casuística das razões apresentadas para justificar várias modificações [...] e/ou do eventual fracionamento abusivo das modificações para tornar aquele limite percentual máximo”¹⁰⁷, além de que deve ter-se em mente que “várias modificações [...] desvirtuem a identidade do contrato inicial alterando a sua natureza global”¹⁰⁸.

novos procedimentos de contrato para a mesma obra ou serviço”, Cfr. MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime...de 2021”, cit., p. 231

¹⁰⁴ Cfr. supra, nota 97

¹⁰⁵ WANGELow, Vincent P., op. cit., p. 113 (tradução nossa)

¹⁰⁶ Ibidem (tradução nossa).

¹⁰⁷ Assim, MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime...2021”, cit., p. 230.

¹⁰⁸ Ibidem.

Diferentemente, no caso de modificações sucessivas em razão da pouca relevância económica, o valor da modificação, *per se*, não é calculado separadamente, mas antes à luz do valor agregado de todas as modificações. Perante isto, alerta VINCENT WANGELow, que assim que esse patamar for ultrapassado “aplicações posteriores desta alínea estarão impossibilitadas até ao término do contrato”¹⁰⁹, pelo que, aconselha o autor citado, “os contraentes públicos devem avaliar a possibilidade de modificar o contrato com fundamento numa das outras possibilidades [...] as quais não são sujeitas a este tipo de restrição, antes de optarem pela cláusula de minimis”¹¹⁰.

Por último, cumprindo com exigências de transparência, as modificações em razão de (i) prestações complementares e (ii) circunstâncias imprevisíveis (e não previstas), são objeto de publicação no JOUE¹¹¹. Metaforicamente, para VINCENT WANGELow, permitir-se-á que “os concorrentes não escolhidos possam ser ‘cães-de-guarda’ e escrutinar de forma apropriada a implementação da modificação”¹¹².

2.3. O Acórdão *Finn Frogne*¹¹³

O litígio em causa opõe Finn Frogne e o Centro de Comunicações de Emergência da Polícia Nacional Dinamarquesa (em diante, CFB), sobre a validade de um acordo extrajudicial de transação celebrado entre o CFB, como entidade adjudicante, e a Terma A/S, adjudicatária no âmbito da execução desse contrato público.

Contextualizando, 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, a longo prazo, onde a Terma A/S saiu vencedora.

Tendo surgido complicações na execução do contrato, acordaram as parte, em sede de transação extrajudicial, rejeitar mutuamente a responsabilidade quanto à impossibilidade de executar o contrato como previsto inicialmente. Ademais, decidiram reduzir o contrato

¹⁰⁹ WANGELow, Vincent P., op. cit., p. 122 (Tradução nossa).

¹¹⁰ Ibidem (Tradução nossa). Contudo, considera que esta alínea “aumenta a eficiência, visto que modificações marginais a contratos públicos não são sujeitas a procedimentos pré-contratuais morosos e caros” (tradução nossa).

¹¹¹ Art.º 72.º, n.º 1, *in fine*.

¹¹² WANGELow, Vincent P., op. cit., p. 115 (tradução nossa)

¹¹³ *Ac. Finn Frogne A/S v. Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation*, Proc. C-549/14, de 7/09/2016 consultável em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183107&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5836754>

ao fornecimento de um sistema de comunicações por rádio para os serviços distritais de polícia, em valores que rondam mais de 50 milhões de euros.

A Frogne A/S, que não se candidatou ao contrato inicial, interpôs recurso sobre o acordo extrajudicial realizado em causa, tendo o Supremo Tribunal Dinamarquês questionado prejudicialmente o TJUE: “[Deve] o artigo 2.º da Diretiva 2004/18 (...) ser interpretado no sentido de que, após a adjudicação de um contrato público, não lhe pode ser introduzida uma alteração substancial sem abertura de um novo procedimento de concurso, mesmo que essa alteração constitua, objetivamente, uma modalidade de 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”¹¹⁴

Para a entidade adjudicante, o acordo extrajudicial não deveria submeter-se às regras da contratação pública (nem queria a elas furtar-se) visto que a intenção das partes era fazer face a circunstâncias imprevistas que causaram o fim da relação contratual celebrada, de forma a reduzir perdas económicas.

O TJUE asseverou que “uma alteração dos elementos de um contrato que consiste numa redução importante do seu objeto pode ter como consequência a sua colocação ao alcance de um mais amplo número de operadores económicos.”¹¹⁵. Na verdade, dada a dimensão do contrato inicial, “uma redução da importância do referido contrato é suscetível de torná-lo igualmente interessante para operadores económicos de menor dimensão”¹¹⁶. Mais, “uma redução do seu objeto é suscetível de gerar uma redução proporcional das exigências de capacidades requeridas aos candidatos ou aos proponentes”¹¹⁷, pelo que seria imperativo lançar mão de novo procedimento adjudicativo. É uma ponderação que merece destaque da nossa parte, visto que, mesmo perante as Diretivas de 2014 não encontramos qualquer referência legal à possível redução do âmbito do contrato como reflexo de uma alteração substancial¹¹⁸.

¹¹⁴ Cfr. Ponto 27 do Ac.

¹¹⁵ Ponto 29 do Ac.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ RAIMUNDO, Miguel Assis, “Good Contracting Authorities Can Predict the Future: A Note on Finn Frogne”, *European Papers*, vol. 2, p. 416 (Tradução nossa), consultável em <Good Contracting Authorities Can Predict the Future: A Note on Finn Frogne (europeanpapers.eu) >, o Ac. Preetext apenas refere o alargamento do âmbito contratual, mas isso dever-se-á ao facto de “essas serem as situações mais comuns de causarem uma alteração substancial do contrato. (...) [Contudo], alterações focadas na redução do âmbito

Curiosamente, o Tribunal de Recurso da Região Este considerou a situação em causa com especial particularidade, pois a alteração do contrato, substancial, resultou “não da vontade das partes em renegociar (...) mas de dificuldades objetivas, e de consequências imprevisíveis, surgidas no âmbito da execução deste contrato.”¹¹⁹.

Parece-nos uma consideração sensata, contudo, com esta posição não concordou o TJUE, para quem o princípio da igualdade de tratamento deve ser sempre¹²⁰ respeitado, mesmo que perante “dificuldades objetivas surgidas no âmbito da execução do referido contrato [ou perante] (...) o carácter objetivamente aleatório de certas realizações”¹²¹, e ainda que o contrato tenha por fim “alcançar uma solução razoável que permita [...] pôr fim a um litígio surgido [...] por motivos absolutamente independentes da vontade daquele”¹²².

Ou seja, a aferição da modificação substancial deve ocorrer de um ponto de vista objetivo¹²³, não relevando a vontade das partes.

Concluindo pela ilegalidade das modificações¹²⁴, considerou o TJUE que a entidade adjudicante devia ter antecipado a necessidade de alterações contratuais futuras no clausulado inicial¹²⁵, garantindo, a todos os operadores económicos interessados a devida igualdade na formulação da proposta¹²⁶.

Ao teor decisório não foi indiferente MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, suscitando se não terá havido uma *confusão* do TJUE entre o instituto de *cláusulas de opção*¹²⁷ e o de *circunstâncias imprevistas*, institutos díspares, na medida em que, diferentemente desta, “as cláusulas de opção são, antes de mais, orientadas para situações de risco previsível, gerenciável e quantificável”¹²⁸.

contratual são ainda mais comuns”. Também OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de, op. cit., pp. 267-271, considera que as Diretivas 2014, além da preocupação com as “modificações para mais”, também acolhem “modificações para menos” (“que restrinjam ou eliminem as prestações contratuais e/ou diminuam o preço”), designadamente, segundo o autor, as al. a), c), e e) do n.º 1, do art.º 72.º. Conclui o autor que, “As “modificações para menos” também são idóneas a “pôr em xeque os interesses da concorrência, sem prejudicar, ou até beneficiando, a posição do cocontratante”.

¹¹⁹ Ponto 31 do Ac..

¹²⁰ Sublinhado nosso.

¹²¹ Ponto 32 do Ac.

¹²² Ponto 34.

¹²³ Ponto 33.

¹²⁴ Ponto 40.

¹²⁵ Ponto 36.

¹²⁶ Ponto 37.

¹²⁷ RAIMUNDO, Miguel Assis, op. cit., p. 421. Recorda o autor que as cláusulas de opção devem ser claras, precisas e inequívocas, correspondendo ao preceituado no art.º 72.º, n.º 1, alínea a) da Diretiva 2014/24 (Tradução nossa).

¹²⁸ Ibidem (Tradução nossa).

Para o citado autor, o Tribunal procedeu a uma “interpretação jurídica bastante restritiva”¹²⁹, questionando-se, retoricamente, “se alguém estaria em condições de prever, [...] que o contrato em concreto, ao final de dois anos, poderia desvalorizar”¹³⁰ em montantes avultadíssimos.

Considerou o autor que o TJUE, confrontado com a ausência de normas nas Diretivas de 2004, poderia ter retirado do art.º 72.º, n.º 1, al. c), a *ratio* axiológica que lhe subjaz.¹³¹

Termina MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, com uma irónica constatação: “ou prevemos o imprevisível e incluímos uma cláusula de opção nesse sentido, ou propõe-se uma modificação contratual a um contrato que está umbilicalmente ligado ao cocontratante em causa. Parecem [...] alternativas pouco reais.”¹³²

Sabemos que contratos perfeitos, onde se possam regular eficazmente e na íntegra todas as (im)previsíveis hipóteses é uma realidade escassa. E neste sentido escreve, e bem, LICÍNIO LOPES MARTINS, ao referir que “é praticamente impossível... a elaboração *ex ante* de mecanismos contratuais que contemplem todas as contingências que, no futuro, poderão afetar a execução do contrato.”¹³³. A frase de EGON BOCKMANN MOREIRA tem uma aplicação inconfundível: “A pergunta ‘o que é previsível?’ é pior do que um pecado, é um erro”.¹³⁴

Ponto positivo, parece-nos, é que as Diretivas de 2014 dão o seu contributo ao promover a flexibilidade necessária às partes num contrato, de forma a conseguirem gerir o contrato no seu melhor interesse, *i.e.*, no interesse público, e bem-assim, salvaguardar os princípios que dão existência à contratação pública.¹³⁵

Todavia, algo é indiscutível para VICENT WANGELOW: “uma adesão incondicional aos princípios [...] como o da concorrência, a qualquer custo, não é

¹²⁹ *Ibidem* (Tradução nossa).

¹³⁰ *Ibidem* (Tradução nossa).

¹³¹ RAIMUNDO, Miguel Assis, *op. cit.*, p. 422 (Tradução nossa).

¹³² *Idem* p. 423 (Tradução nossa)

¹³³ MARTINS, Licínio Lopes, “Empreitada...”, *cit.*, p. 709.

¹³⁴ Assim, MOREIRA, Egon Bockmann, “O contrato administrativo como instrumento do governo”, in *Estudos de Contratação Pública, IV*, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2013, p. 15

¹³⁵ WANGELOW, Vincent P. *op. cit.*, p. 118, para quem é evidente o a interpretação restritiva do TJUE no caso *sub judice*. Porém, continua, “as novas Diretivas trazem a flexibilidade necessária para as modificações em razão de circunstâncias imprevisíveis acontecerem”. Continua afirmando que “a abordagem menos rígida das Diretivas é mais apropriada do que a postura rígida adotada pelo TJUE que se verifica indiferente à realidade comercial” (Tradução nossa)

aconselhável, pois pode eventualmente resultar numa solução que não é nem justa nem eficiente”^{136_137}.

¹³⁶ *Idem*, pp. 123 e 124.

¹³⁷ Recentemente, no *Caso Comissão v. Itália*, Proc. C-526/17, de acordo com as Conclusões da Advogada-Geral Eleanor Sharpston, de 21/03/2019, ponto 78, seguiu-se a linha de entendimento do Ac. *Finn Frogne*, consultável em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62017CC0526#t-ECR_62017CC0526_PT_01-E0033.

Parte III. A harmonização – o regime geral no CCP

As palavras de ordem da Revisão de 2021 foram: *aperfeiçoar, simplificar e reformular*¹³⁸ ₁₃₉

Algumas considerações da Parte II, valem igualmente nesta sede, em razão da relação dialógica que se estabelece entre a legislação europeia e a legislação nacional. De forma a manter a coerência do trabalho, e bem-assim, por razões de economia do presente trabalho, apenas nos debruçaremos sobre as principais alterações que a Revisão de 2021 promoveu, em harmonia a Diretiva.

3.1. Cláusulas de previsão

Pese embora, a Revisão de 2017 ter passado a admitir a modificação do contrato “com fundamento nas condições nele previstas” como ditava o parágrafo único do art.º 312.º, numa tentativa de transposição do art.º 72.º, n.º 1, al. a) da Diretiva, PEDRO SÁNCHEZ mostrou-se muito crítico pela falta de clareza e por não se ter edificado um normativo autónomo, considerando como “a primeira das mais graves omissões do legislador de 2017”¹⁴⁰. No mesmo sentido, para ANA GOUVEIA MARTINS foi uma *grave insuficiência*, “como se de um cheque em branco se tratasse”¹⁴¹.

Com a Revisão de 2021, a colmatar tal falha, temos que, a al. a), do art.º 312.º indo ao encontro dos desígnios da Diretiva, e bem-assim do delineado pela jurisprudência comunitária analisada, dispõe, como fundamento da modificação contratual, as “cláusulas contratuais que indiquem de forma clara, precisa e inequívoca o âmbito e a natureza das eventuais modificações, bem como as condições em que podem ser aplicadas”.

¹³⁸ O legislador criou uma exceção, no n.º 2 do art.º 27.º da Lei n.º 30/2021, de 21 de Maio, ao submeter a aplicação das novas regras das modificações objetivas contratuais e respetivas consequências, apenas aos contratos cujos procedimentos de formação se iniciem após a entrada em vigor da lei, ou se encontrem em execução à data da sua entrada em vigor, desde que o fundamento da modificação decorra da facto ocorrido após essa data. ANA GOUVEIA MARTINS alerta que é “uma norma que irá suscitar grandes dificuldades [...] [pelo que] se deve afastar qualquer abordagem especialmente exigente ou restritiva quanto à identificação do facto relevante [...], uma vez que a *ratio legis* do 27.º/2/b é a de promover a aplicação da lei nova, embora sem impor a sua aplicação retroativa”, Cfr. MARTINS, Ana Gouveia, “Revisão...2021”, cit., p.219

¹³⁹ Itálico nosso. Vide MARTINS, Ana Gouveia, op. cit., pp. 218-219.

¹⁴⁰ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, A Revisão de 2021..., op. cit., p. 109..

¹⁴¹ MARTINS, Ana Gouveia, “Em debate...”, cit., p. 28, nota 8, assevera que o legislador nacional não cuidou “de estabelecer os pressupostos e limites da admissibilidade de modificações previstas nas peças do procedimento”, sem prejuízo da letra da alínea j), do n.º 4, do artigo 96.º, sobre o conteúdo do contrato, já fazer alguma referência a cláusulas modificativas “claras, precisas e inequívocas”.

Esta alínea, ensina PEDRO SÁNCHEZ, vai ao encontro do reconhecimento de “uma superior flexibilidade da Administração Pública na gestão e adaptação da sua atividade contratual”¹⁴², destacando-se por ser um instrumento “que não produziria qualquer efeito negativo para os princípios da concorrência e da transparência, visto estar baseado numa prévia e inequívoca divulgação dessa hipótese modificativa”¹⁴³.

Todavia, acompanhamos as preocupações, já anteriormente veiculadas¹⁴⁴, de LICÍNIO LOPES MARTINS, quando refere, relativamente a contratos de longa duração, que “a realidade dos factos revela a dificuldade, para as partes [...] em determinar e definir, com precisão, nas peças do procedimento pré-contratual, todos os motivos ou fatores de carácter económico, financeiro, jurídico...que poderão conduzir a...modificações ao contrato originário”¹⁴⁵. O mesmo se aplicará “à determinação, antecipada [...] das consequências produzidas pela eventual ocorrência daqueles fatores”¹⁴⁶.

Ou seja, na linha de entendimento do autor citado, deveria ser um dado adquirido “a incompletude regulatória dos contratos de longa duração, a implicar que [...] sejam, com frequência, objeto de adaptações inovatórias às mudanças circunstanciais”.¹⁴⁷

Na mesma linha do preceituado na Diretiva, o art.º 313.º, n.º 1, submete a previsão de cláusulas contratuais ao respeito *pela natureza global do contrato*¹⁴⁸, limite este inultrapassável.

É de menção relevante e curiosa, pela sua particularidade, que o ordenamento jurídico espanhol, à luz da Ley 9/2017, de 8 de Novembro, no seu art.º 204.º que prevê o regime das modificações previstas em cláusulas de previsão, faz depender a legitimidade destas do cumprimento de um limite máximo de 20% do preço do contrato inicial, algo que

¹⁴² SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 112.

¹⁴³ Idem, pp. 113-114. No mesmo sentido crítico, *vide* MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime...2021”, cit., p. 222.

¹⁴⁴ Cfr. *supra*, nota 84

¹⁴⁵ MARTINS, Licínio Lopes, “Empreitada...”, cit., p. 714

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ Idem, pp. 714-715. Também, MOREIRA, Egon Bockmann, op. cit., p. 15-17 considera que “a estabilidade dos contratos de longo prazo não decorre da imutabilidade monolítica, mas sim da dinamicidade/plasticidade contratual”, pelo que a contratação exige “a convivência com o novo [...] na condição de premissa positiva – a de acolher com segurança o futuro que não para de chegar”.

¹⁴⁸ MARTINS, Ana Gouveia, “Em debate...”, cit., p. 28 não sofre mais nenhum limite pois “Não existe qualquer risco de tratamento discriminatório dos outros interessados face ao adjudicatário, dado que a todos foi dada a oportunidade de conhecerem, de forma transparente e atempada a possibilidade de introdução de alterações [...] [pois] não existe, por definição, uma modificação substancial do contrato”.

não vislumbramos no nosso quadro legal¹⁴⁹. E este facto não é isento de crítica por parte da doutrina espanhola, mormente por XAVIER GARCÍA-ANDRADE, ao referir que é um limite que está em rota de colisão com o disposto na Diretiva e que poderá conduzir a que “seja mais atrativo aos contraentes não redigir uma cláusula de modificação e, antes, optar por se socorrer, posteriormente, de uma modificação não prevista”¹⁵⁰.

Sobre eventuais consequências, no pensamento de PEDRO SÁNCHEZ, “não caberá à lei (...) determinar as consequências financeiras que a Administração Pública deve suportar ou deixar de suportar[, pois] (...) os pagamentos resultarão (...) dos termos que tiverem sido predefinidos no (...) clausulado contratual”¹⁵¹.

3.2. O art.º 313.º

Merecendo a maior atenção da Revisão de 2021, vem erigir uma espécie de “colete à prova de modificações”, concretizando os limites qualitativos e quantitativos inultrapassáveis pelas modificações.

Antes de mais, tomando a liberdade para começar do fim, o art.º 313.º, n.º 6 determina que, não reunidos os critérios que viabilizem uma modificação contratual, deve ser adotado novo procedimento de adjudicação, na hipótese de, ainda assim, a entidade adjudicante continuar com interesse em contratar¹⁵².

¹⁴⁹ Dispõe o art.º 204.º, n.º1: “Los contratos...podrán modificarse durante su vigencia hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiere advertido expresamente de esta posibilidad...”, (sublinhado nosso), Consultável em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902> >

¹⁵⁰ Tradução nossa. GARCÍA-ANDRADE, Xavier Codina, “La modificación de los contratos del sector público”, Colección de Derecho Administrativo, Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado, Madrid, 2019, p. 174. Refere o autor que “a la vista la finalidad de incentivar las modificaciones previstas ...la norma española no estaría respetando la Directiva...El límite del 20 por ciento [...] limita la autonomía de los órganos de contratación [...]. Y lo hace con una intensidad que distorsiona el equilibrio alcanzado por el legislador europeo entre modificaciones previstas y no previstas.”. Consultável em <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2019-163 >

¹⁵¹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 114

¹⁵² MARTINS, Ana Gouveia, “A modificação dos contratos no Anteprojeto...”, cit., pp. 316 ss. Critica o art.º 313.º, n.º 6, pois ao “impor como regra o lançamento de um novo procedimento concorrencial, tal implicará frequentemente que seja extinto/resolvido o contrato anterior [...] o que gera uma desnecessária duplicação de custos [...]. Acresce que neste cenário é também possível que a administração se conforme com uma insuficiente prestação contratual [...] ou se resigne a uma prestação de um contrato de serviços inapta ou a uma construção de uma obra desadequada para evitar um aumento substancial de custos e/ou morosidade do novo procedimento adjudicatório [...] Ou, ainda, que no fim de contas o contrato a celebrar venha a ser adjudicado ao cocontratante inicial, uma vez que este muitas vezes reunirá as condições mais vantajosas para tanto.”. As considerações supra, nota 82, podem ser convocadas,

A Revisão de 2017, na perspetiva de PEDRO SÁNCHEZ, imprimiu graves erros neste âmbito, “desaproveitando em absoluto a flexibilidade que o Direito Europeu reconheceu (...) [e] confundindo-se nos próprios termos em que redigiu”¹⁵³ a norma.

Deixou completamente de fora a consideração do limite da *natureza global do contrato* já previsto pela Diretiva no art.º 72.º, n.º 1, apenas fazendo referência, no então art.º 313.º, n.º 1, alínea a), ao facto de que a modificação não podia implicar uma alteração substancial do objeto do contrato. Para ANA GOUVEIA MARTINS, era uma redação “manifestamente infeliz, dando azo a uma confusão conceptual entre o conceito comunitário de alteração da natureza global do contrato e o conceito mais restritivo e exigente da alteração substancial” que se via apenas colmatada, na ótica da autora, recorrendo a uma interpretação suportada na teleologia e sistematização da norma¹⁵⁴⁻¹⁵⁵.

Compreendia a autora que era possível autonomizar o “o limite do ‘objeto do contrato’ do limite de ‘alteração substancial do contrato’ [previsto no art.º 313.º, n.º 1, al. b)] acentuando a dupla função de tutela subjetiva do cocontratante e de tutela objetiva do procedimento adjudicatório dos limites à modificação contratual”¹⁵⁶.

Já na perspetiva de MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, o limite da al. a) pautava-se, não por uma proibição total das modificações substanciais, mas antes pela proibição das “modificações mais profundas [...] consubstanciada na alteração das prestações principais, identitárias do objeto do contrato”, associando-a ao conceito de *alteração da natureza global do contrato* que a Diretiva previa¹⁵⁷.

Hoje, com a Revisão de 2021, corporizando um limite geral, autónomo e aplicável a qualquer hipótese de modificação do contrato com fundamento no art.º 312.º (e, ainda no art.º 313.º, n.º 3, como veremos), está a cristalização do respeito pela *natureza global do*

¹⁵³ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 122. Na mesma linha crítica, ALMEIDA, Mário Aroso de, “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, 2.ª Edição, Lisboa, 2017”, pp. 29 ss.

¹⁵⁴ MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime...2021”, cit., p. 222. Como vimos supra, nota 89, há autores que não partilham da mesma opinião.

¹⁵⁵ Para uma análise profunda dos conceitos, vide MARTINS, Ana Gouveia, “Em debate...”, cit., pp. 28 e 29, bem como em MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime...2021”, cit., pp. 222 ss

¹⁵⁶ MARTINS, Ana Gouveia, “Em debate...”, cit., p. 29. Aduz, ademais, a autora citada que “o limite do ‘objeto do contrato’ que corresponde ao conceito comunitário de ‘alteração da natureza global do contrato’, acaba também por desempenhar uma função de tutela objetiva de preservação do objeto do procedimento [...] embora assente em critérios menos exigentes e rigorosos dos que integram o critério da alteração substancial do contrato”.

¹⁵⁷ Assim, ALMEIDA, Mário Aroso, “Apreciação geral...”, cit., p. 30

contrato, no art.º 313.º, n.º 1, com as atenções focadas nas *prestações principais* do objeto contratual¹⁵⁸, a que ANA GOUVEIA MARTINS se refere de *critério auxiliar*¹⁵⁹.

Parece-nos que hoje temos um quadro legal mais rico, a beneficiar com a diferenciação dos termos que é promovida pela nova redação, numa lógica harmoniosa com o que prescreve a Diretiva.

Diferenciando os conceitos, ANA GOUVEIA MARTINS considera que a “alteração da natureza global do contrato”, se materializa num limite geral, “que abrange a alteração da atividade essencial através da qual o particular colabora [...] bem como dos principais tipos de prestações contratuais concretamente acordados pelas partes [...] que conferem uma dada identidade e individualidade”¹⁶⁰ ao contrato em causa. Recorrendo ao exemplo já aqui mencionado, se “«é possível mudar o contrato, não é possível mudar *de* contrato»”¹⁶¹.

Por outro lado, debruçando-se sobre o conceito de “alteração substancial do contrato”, com origens europeias, aduz a autora citada que é um conceito “funcionalizado a impedir que a modificação do contrato subverta os princípios da concorrência, da transparência, da igualdade e da não discriminação, bem como os que presidem ao regime da contratação pública (...) [e que impõe] um critério mais rigoroso e exigente no controlo da modificação, impedindo a alteração dos elementos essenciais do contrato”¹⁶². É um

¹⁵⁸ Nas palavras de SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 122, representa um “limite qualitativo global (...) [que] não pode (...) alterar o seu objeto principal, modificando o tipo ou a natureza do contrato ou substituindo as suas prestações principais”. Cfr Considerando 109, *in fine*, da Diretiva.

¹⁵⁹ MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime...2021”, cit., p. 222

¹⁶⁰ MARTINS, Ana Gouveia, “Em debate...”, cit., p. 29. Elucida a autora que estamos perante uma modificação que “implica uma desnaturalização do contrato ou a perda da sua causa-função”, sendo “parâmetro interpretativo [...] [a] falta de cognoscibilidade do contrato inicial face à modificação que se pretende introduzir”. Poderão ser alteradas, à luz deste conceito, “obrigações do cocontratante no que respeita à quantidade, qualidade, especificações técnicas, prazos, condições jurídicas e técnicas da sua execução”, sem prejuízo de as mesmas poderem, *in casu*, merecer a qualificação de [...] ‘condições essenciais’ do contrato cuja alteração implica uma modificação substancial”, Cfr. MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime... 2021”, cit. p. 226”

¹⁶¹ MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime... 2021”, cit., p. 223. Parafraseando a citada autora, temos os seguintes exemplos: *alterar o próprio tipo de contrato, como seja de um contrato de empreitada de obras públicas para um contrato de concessão de obra pública, ou os casos em que se mantêm o tipo de contrato mas são modificadas as prestações principais acordadas, como seja alterar a empreitada de construção de um prédio, para a empreitada de construção de um pavilhão.*

¹⁶² MARTINS, Ana Gouveia, “Em debate...”, cit., pp. 28-29, são elementos essenciais do contrato “os termos e condições que constavam das peças do procedimento - quer como aspetos não submetidos à concorrência quer como atributos das candidaturas [...] (prazo, preço, quantidade de prestações) que foram determinantes no procedimento...”. Esclarece a autora que são “hipóteses em que sejam introduzidas alterações que afetem o seu conteúdo de modo significativo [...] sem contudo, o desfígar ou desnaturalizar.”

conceito claramente focado na proteção do valor *scope of the competition*, mediando as alterações que poderão imprimir um risco de falsear a concorrência em detrimento de outros concorrentes, tal como delineado no *Ac. Priesstext*.

Devemos enfatizar, antes de mais, que a realidade será sempre mais criativa do que a própria imaginação, pelo que o deslindar dos termos em causa merecerá uma análise casuística, atendendo-se ao caso *sub judice* e seus documentos¹⁶³.

Com a Revisão de 2021, o conceito-limite de alteração substancial tem consagração autónoma no art.º 313.º, n.º 2, e suas alíneas. Aliás, vale dizer que, erigindo-se o limite da alteração substancial em torno da proteção do valor da concorrência, só fará sentido o mesmo ser convocado quando essa concorrência se coloca em causa, como veremos infra. Mais, na mesma medida em que o art.º 72.º da Diretiva se foca nas modificações realizadas à luz do poder de modificação unilateral da Administração, também o art.º 313.º o faz.

3.2.1. Limites específicos à modificação unilateral do contrato

É certo que, de uma perspetiva funcional, o exercício do poder em causa estará adstrito ao respeito pela prossecução do interesse público. Mas, uma das novidades da Revisão de 2021 foi o enquadramento dos limites da modificação substancial, integrados no n.º 2 do art.º 313.º, apenas no âmbito da modificação do contrato fundada em razões de interesse público¹⁶⁴.

E assim é, porque serão esses os casos idóneos a colocar em causa o valor do *scope of competition*. Seguindo PEDRO GONÇALVES, o aparecimento paulatino do valor da concorrência tornou “inevitável concluir que a 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»”¹⁶⁵.

Assim, além da observação do limite geral de respeito pelo núcleo contratual essencial, enunciado supra, o n.º 2, do art.º 313.º estabelece, que a alteração contratual será legítima se não imprimir uma modificação substancial ao contrato¹⁶⁶, (supra analisada) ou

¹⁶³ Exemplo prático está no Considerando 107, *in fine*, da Diretiva.

¹⁶⁴ Compreende-se que assim, seja, no que toca às modificações com base em cláusulas contratuais de previsão, dada a sua *ratio*, que não afeta em nada o valor da concorrência. Como veremos infra, também se compreende que não estejam submetidas a este limite as modificações decorrentes de circunstâncias imprevisíveis.

¹⁶⁵ GONÇALVES, Pedro Costa, “Acórdão Priesstext...”, cit., p. 15

¹⁶⁶ MARTINS, Ana Gouveia, “O regime...2021”, cit., p. 226, apela a autora a uma leitura restritiva deste, pois “na falta de um esclarecimento [...] os contratos que não são antecedidos em geral e em abstrato de um

se não vier a *impedir, restringir ou falsear a concorrência* elencando as alíneas aptas a concretizar a violação desses limites¹⁶⁷, e que vão ao encontro do que está estabelecido na Diretiva, a saber.

(i) Introdução de alterações que, de forma objetivamente demonstrável, desfigurem o resultado da adjudicação realizada, pois, se inicialmente previstas nas peças do procedimento conduziram à “alteração da qualificação dos contratos, à alteração da ordenação das propostas avaliadas, à não exclusão ou à apresentação de outras candidaturas ou propostas” (*alínea a*)¹⁶⁸;

Esclarece ANA GOUVEIA MARTINS que estamos diante de “termos, condições ou atributos que foram determinantes no procedimento adjudicatório, tendo uma influência decisiva na decisão de participação [...] pelos potenciais interessados ou na seleção do candidato ou do adjudicatário”¹⁶⁹. Contudo, também aqui será de referir a necessidade de um juízo de consideração hipotética, como supra se analisou na Diretiva¹⁷⁰.

(ii) Introdução de alterações viáveis de afetar o equilíbrio económico do contrato em benefício do cocontratante, colocando-o numa posição mais favorável do que a inicialmente estabelecida, “ao arrepio das estipulações contratuais e sem qualquer fundamento legítimo” (*alínea b*)¹⁷¹;

Concordamos com PEDRO SÁNCHEZ, estando em causa o reverso da medalha dos casos de reequilíbrio financeiro, pois aqui “o acto modificativo é que subverte [...] a equação [económica], (...) em prejuízo do interesse público e em benefício da posição do cocontratante”¹⁷².

procedimento concorrencial não estão submetidos ao limite da não modificação substancial do contrato, muito embora continuem sujeitos ao limite geral de preservação da natureza global do contrato”.

¹⁶⁷ Achamos pertinente revelar que com a Revisão de 2021, foi eliminada a antiga al. *d*), contra a qual se ergueu MARTINS, Ana Gouveia, “Em debate...”, cit., nota 12, referindo que “a fixação de critérios quantitativos tão baixos, neutraliza[va], na prática, a admissibilidade de modificações com graves prejuízos para o interesse geral e para o erário público”, ironizando que “é caso para se afirmar que se o legislador não matou o poder de modificação unilateral do contrato (e a modificação por acordo) colocou-o em grave estado de coma”.

¹⁶⁸ Art.º 313.º, n.º 2, al. *a*).

¹⁶⁹ MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime...2021”, cit., p. 224. Cfr. SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 123, são situações que conduzem “a uma forte probabilidade de que a alteração... redundaria num adjudicatário distinto”.

¹⁷⁰ Notas supra 83 e 84.

¹⁷¹ MARTINS, Ana Gouveia, op. cit., p. 224, se, p.e., “se aumenta o preço das prestações ou se atribui qualquer outro tipo de benefício económico, tal como a disponibilização do uso de imóveis, bens ou serviços ao cocontratante a título gratuito, sem o correlativo aumento das obrigações a cargo do cocontratante ou sem que se verifiquem outros factos relevantes que o justifiquem.”

¹⁷² SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 123

(iii) introdução de alterações idóneas a alargar consideravelmente o âmbito do contrato (*alínea c*)¹⁷³.

PEDRO SÁNCHEZ, sintetiza que são casos em que “a Administração terá ultrapassado os limites à estabilidade dos contratos que celebra, o que a lei não consente”¹⁷⁴.

Por fim, para ANA GOUVEIA MARTINS, as concretizações do art.º 313.º, n.º 2, não são taxativas, o que fica demonstrado através da utilização da expressão “designadamente”. Aliás, indo ao encontro do que mencionámos supra sobre o Ac. *Finn Frogne*, refere a autora que estarão incluídas como alteração substancial, as reduções consideráveis do contrato¹⁷⁵. Não é uma posição indiferente à que foi partilhada em sede de Parte II do presente. Os motivos de interesse público assim o poderão ordenar, contudo parece-nos que o art.º 379.º do CCP, quanto à eliminação de prestações complementares no contrato de empreitada de obras pública, é uma boa base legal para a redução do objeto do contrato, apesar de não dar uma luz sobre como essa modificação “para menos” deve ser levada a cabo.

3.2.2. Desaplicação dos limites do n.º 2, do art.º 313.º

Em coerência com o legislador europeu¹⁷⁶, vem o art.º 313.º, n.º 3 concretizar o afastamento dos limites do n.º 2, ainda que se exija a verificação do limite geral do n.º 1.

A *al. a*), apenas consagrando limites quantitativos, prevê os casos em que modificações têm um valor inferior aos limiares europeus¹⁷⁷ e são inferiores a 10% do preço do contrato inicial na generalidade dos contratos públicos, ou a 15% do preço do contrato inicial no contrato de empreitada de obras públicas.

¹⁷³ Sem consagração na Revisão de 2017, mereceu reprovação por MARTINS, Ana Gouveia, “Em debate..”, cit., p. 30. Serão casos “de aumento das prestações requeridas ou da esfera territorial, pessoal ou temporal de execução do contrato”, Cfr. MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime...2021”, cit., p. 225

¹⁷⁴ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 124

¹⁷⁵ MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime...2021”, cit., p. 225. Relembremos o Ponto 29 do Ac. *Finn Frogne*, supra.

¹⁷⁶ Cfr. art.º 72.º, n.º 1, al. c), rejeitado pela Revisão de 2017.

¹⁷⁷ Os limiares em causa são os referentes ao art.º 474.º, n.ºs 2, 3 e 4. Contudo, SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 239, faz um reparo ao legislador português, na Revisão de 2017 que, “...ignorando a cautela [de] [...] não incluir no articulado dos diplomas nacionais os limiares de aplicação das Diretivas Europeias de Contratos Públicos, [...] [dado] que a sua atualização ocorre através de Regulamentos [...] obrigou todas as entidades adjudicantes a puramente ignorarem [...] esse artigo 474.º”, cujos limiares seriam considerados “como inaplicáveis e não escritos”. A Revisão de 2021 manteve este erro.

Nas palavras de ANA GOUVEIA MARTINS, estamos diante de “uma das principais novidades da revisão de 2021”¹⁷⁸, respondendo o legislador com a transposição integral do disposto na Diretiva. Esta oferenda, escapa aos limites do art.º 313.º, n.º 2, pois *ab initio*, estas “não têm por efeito distorcer a concorrência ou, pelo menos, de forma significativa, razão pela qual se dá prevalência à necessidade de garantir a devida flexibilidade e adaptabilidade das obrigações contratuais”¹⁷⁹. Ainda assim continua adstrito ao limite do n.º 1 pois “embora se parta da presunção de que uma modificação de pequena monta não desvirtua a concorrência, esta presunção pode e deve ser afastada quando uma alteração, ainda que mínima, desnaturalize o contrato, subvertendo e defraudando o procedimento pré-contratual”¹⁸⁰.

Todavia, alerta a citada autora que não podemos interpretar como se de fundamento de modificação se tratasse mas antes como aquilo que é, um limite à modificação, ou seja, não está subentendida a atribuição de “um cheque garantido de modificações na ordem dos 10% ou 15% do valor do contrato mas antes como um limite máximo de valor, ‘se’ e ‘quando’ se demonstre ser necessária a introdução de modificações ao contrato”¹⁸¹. Com isto dito, faz-se mister, para fazer uso desta alínea, que se invoquem “concretas razões de interesse público ou outros fundamentos legítimos para a modificação”¹⁸².

Esclarece-se que não estamos em face de um somatório entre preço contratual inicial e modificação, para efeitos de cálculo. Antes, releva que o valor da modificação em si mesmo considerado não ultrapasse os limites europeus. Mais, e de acordo com o n.º 4, do art.º 313.º, perante modificações sucessivas, os limites previstos devem ser vistos tendo em conta o valor acumulado das modificações realizadas ao abrigo dessa cláusula.

Recordamos o Considerando 107 da Diretiva, referindo que, embora sejam limiares «de minimis», podem as modificações ultrapassá-los sem que tal conduza à obrigação de proceder a um novo procedimento adjudicatório.

A *al. b)* refere-se às modificações decorrentes de circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto¹⁸³, quando a natureza duradoura do vínculo

¹⁷⁸ MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime...2021”, cit., p. 231

¹⁷⁹ Ibidem.

¹⁸⁰ Idem, p. 232

¹⁸¹ Ibidem

¹⁸² Ibidem. A autora integra aqui o exemplo da ocorrência de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias não imputável a nenhuma das partes.

¹⁸³ Idem, p. 228, à luz do Considerando 109 e do art.º 72.º, n.º 1, al. c) da Diretiva, estão em causa circunstâncias imprevisíveis, na sua aceção estrita “no sentido de não ser, de todo, possível a sua previsão (impossibilidade

contratual e o decurso do tempo as justifique, e desde que o seu valor não ultrapasse 50% do preço contratual inicial¹⁸⁴.

Promovendo uma leitura sistemática ao CCP, veremos que esta alínea veio corporizar e materializar o que o art.º 370.º, n.º 4, dispunha com a Revisão de 2017, em matéria de trabalhos complementares.

Sobre o que ficou aduzido na Parte II sobre o âmbito do art.º 72.º, n.º 1, al. c), ANA GOUVEIA MARTINS é da opinião de que “não é de incluir no fundamento das circunstâncias imprevisíveis as situações de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes basearam a vontade de contratar”¹⁸⁵, prevista no art.º 312.º do CCP. O que bem se compreende. Quer-se, assim, refletir a não sobreposição de fundamentos, promovendo a sua autonomização e apelando-se a uma maior flexibilização ao quadro permissível de modificações contratuais. De facto, o que temos neste instituto jurídico é uma expressão do poder de modificação unilateral que cabe ao contraente público acionar para fazer face a circunstâncias imprevisíveis, que escapam aos riscos do contrato, e que exigem, assim, uma modificação.

Esta alínea, desde logo, foge à aplicação do art.º 313.º, n.º 2, na medida em que não abala os alicerces do princípio da concorrência. Esclarece ANA GOUVEIA MARTINS que “não existe qualquer risco de as modificações se deverem ao intuito de defraudar o procedimento [...] [ou o] resultado do procedimento pré-contratual uma vez que, em função da sua objetiva imprevisibilidade/anormalidade, nunca poderiam ter sido contempladas [...] aquando da elaboração das peças do procedimento.”¹⁸⁶.

No seguimento da leitura do art.º 313.º, n.º 4, e respeitando o art.º 72.º, n.º 1, al. c), *iii*), perante modificações sucessivas, o valor que importa considerar é o de cada modificação. Estamos dentro da imprevisibilidade, pelo que para PEDRO SÁNCHEZ, é essa

objetiva de previsão)”, e “circunstâncias que, embora objetivamente previsíveis, não pudessem ser previstas por uma entidade adjudicante diligente aquando da preparação do procedimento em concreto”.

¹⁸⁴ Cfr. MARTINS, Ana Gouveia, op. cit., p. 229, “a entender-se que este fundamento abrangeria igualmente as situações de facto do príncipe e da teoria da imprevisão, se traduz na fixação de um texto máximo para a reposição do equilíbrio financeiro ou para a compensação/modificação, que obsta, [...] à garantia legal daquela reposição ou compensação/modificação (sendo que eventuais modificações sucessivas destinadas a garantir a integral reposição ou compensação/modificação podem ser consideradas uma forma de contornar a Diretiva).”

¹⁸⁵ Ibidem. Todavia, mesmo a modificação motivada pela alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, foge aos limites do art.º 313.º, n.º 2, pois, Cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, “Gestão...”, cit., p. 32. “o fator que mobiliza a modificação [...] é a justiça e a equidade ponderadas e avaliadas no contexto concreto de uma relação jurídica. Neste sentido, à parte lesada a lei reconhece um “direito à modificação” [pelo que] [...] mesmo que envolva uma modificação substancial, não pode ficar dependente da tutela dos interesses da concorrência”,

¹⁸⁶ MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime...2021”, cit., p. 227.

mesma “natureza imprevisível...que origina a modificação [...] [e] justifica que esse limite de 50% seja aplicado isoladamente”¹⁸⁷.

A exigência adicional de respeito pela natureza duradoura do vínculo contratual e pelo decurso do tempo¹⁸⁸, corresponde, para PEDRO SÁNCHEZ, a um entendimento de que “a modificação dos interesses públicos prosseguidos por contratos de longa duração pode ocorrer com maior probabilidade à medida que a sua vigência se prolonga no tempo”¹⁸⁹.

Em sentido crítico escreveu ISABEL FONSECA que “o decurso do tempo não é passível de constituir *per se* um fundamento autónomo para as modificações [...] – fundamentos que se entende serem tão-só os elencados no art.º 312.º - nem, muito menos, subtraído à tutela dos valores da igualdade de tratamento dos operadores económicos e da concorrência”¹⁹⁰.

ANA GOUVEIA MARTINS aduz que a redação do art.º 313.º, n.º 2 promovida pela Revisão de 2017 desrespeitava os ditames do direito comunitário¹⁹¹, na medida em que a Diretiva não legitimava uma modificação com tais moldes. A autora promoveu uma “interpretação conforme ao Direito Comunitário”, aliando ao critério do decurso de tempo, o pressuposto que se tivesse verificado uma circunstância imprevista, nos termos da al. c) do 72.º/1”, pois só assim “permitiria evitar a clamorosa violação desta disposição.”. A Revisão de 2021 veio, assim, corrigir o preceito e compatibilizá-lo com o direito europeu.

O que teremos, então, é um enfraquecimento do princípio da concorrência perante uma modificação legalmente autorizada em função de se tratar de contrato duradouro, e no qual, um significativo decurso do tempo, justifica, de acordo com PEDRO SÁNCHEZ, que “as partes sejam surpreendidas com uma nova necessidade de interesse público ou, pelo

¹⁸⁷ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 126. MARTINS, Ana Gouveia, op. cit., p. 230 chama a atenção para consequências de que “o somatório de várias modificações possa ser superior ao valor do contrato inicial”.

¹⁸⁸ De realçar que o art.º 72.º não impõe esse requisito. Contudo, é interessante de ver, como no Considerando 109 dá especial ênfase, neste âmbito, aos contratos “cuja execução [...] se prolonga por mais tempo”.

¹⁸⁹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 126, referindo o autor, que tal realidade não ocorreria, durante o procedimento de formação do contrato, ao abrigo do art.º 99.º, em que a insuficiência do tempo decorrido não permitiria tal modificação.

¹⁹⁰ FONSECA, Isabel Celeste M., “As Regras (e os princípios) da contratação pública em finais de 2020”, in Direito da Contratação Pública – Estudos Reunidos, Almedina, 2020, p. 261.

¹⁹¹ Determinava o art.º 313.º, n.º 2 que “Não estão sujeitas às alíneas a), b) e c) do número anterior as modificações que resultem da natureza duradoura do vínculo contratual, desde que o decurso do tempo as justifique”

menos, com uma nova compreensão das necessidades de interesse público já existente, as quais devem levar a uma reponderação da avaliação inicialmente realizada”¹⁹².

3.3. A publicidade como mecanismo de controlo

Vem o art.º 315.º procurar controlar a conformidade das modificações com o art.º 313.º, dependendo e eficácia destas o cumprimento das regras de publicidade. A Revisão de 2021, não podia deixar de se repercutir no regime da publicidade, uma das marcas d’água do princípio da transparência, e bem assim de controlo da legalidade. As alterações registadas foram no sentido de suprir a falha que a Revisão de 2017 instituiu ao não transpor correta e integralmente o disposto na Diretiva.

A publicitação dos atos modificativos de contratos salvaguarda, no dizer de PEDRO SÁNCHEZ, “o adequado escrutínio da atividade contratual pública pela comunidade jurídica em geral, [...] [e] pelos próprios interessados que poderiam ter condições para disputar um novo procedimento pré-contratual, se as novas prestações resultantes da modificação contratual fossem submetidas à concorrência”¹⁹³.

O art.º 315, n.º 1, num claro aumento de exigência de transparência relativamente à Revisão de 2017, determina que “qualquer modificação deve ser publicitada pelo contraente público no portal dos contratos públicos...”¹⁹⁴.

O n.º 2 vem exigir a publicitação internacional a quaisquer modificações que se fundem no art.º 313.º, n.º 3, al. b), se forem contratos celebrados na sequência de procedimento com publicidade internacional¹⁹⁵.

Nas palavras de VINCENT WANGELow já supra referidas, aqui seremos todos “cães-de-guarda”¹⁹⁶.

¹⁹² SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 126. Para o autor, “Se o contrato, embora de longa duração, iniciou a sua vigência há pouco tempo, então a aplicação desta cláusula fica vedada, porque não decorreu um lapso temporal suficientemente grande para permitir uma reponderação da avaliação inicial do decisor público”. Ainda neste âmbito, *vide* LEITÃO, Alexandra, op. cit., p. 11, para quem é “um regime atenuado para os contratos de longa duração – que traduz o importante reflexo da relevância do tempo nas relações contratuais” e que se justifica porque “um contrato duradouro está mais sujeito a alterações superveniente das circunstâncias, quer porque não faz sentido exigir que o contrato fique eternamente «preso» aos termos do procedimento pré-contratual”.

¹⁹³ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 131.

¹⁹⁴ A publicitação deixa de estar limitada aos casos em que as modificações representem um acréscimo, em determinada percentagem, do preço contratual.

¹⁹⁵ Proceda à correta transposição do art.º 72.º, n.º 1, *in fine*, da Diretiva, insuficientemente transposto em 2017.

¹⁹⁶ Supra, nota 112

Parte IV. Em especial: Os Trabalhos Complementares

Dada a sua relevância, e por enquadrar uma novidade no art.º 72.º, n.º 1, al. b) faremos uma referência ao regime especial dos trabalhos complementares, previsto no art.º 370.º do CCP, os quais, como modificação objetiva do contrato de empreitada de obras públicas, se materializam numa expressão do poder de modificação unilateral de que a Administração, *rectius*, o Dono da Obra, goza¹⁹⁷.

O CCP de 2008 consagrou, para o contrato de empreitada de obras públicas, uma dualidade de regimes: designavam-se por um lado, os trabalhos a mais¹⁹⁸; do outro, autonomizado, os trabalhos de suprimento de erros e omissões¹⁹⁹⁻²⁰⁰ de que o projeto inicial padecia, relevante no plano da responsabilidade pelo seu pagamento.

A Revisão de 2017 trouxe uma alteração terminológica que em nada se vislumbra de “inovação, simplificação ou melhoria ao regime”²⁰¹, ao abarcar, sob o chapéu dos Trabalhos Complementares, numa ótica monista, tanto os trabalhos a mais como os trabalhos de suprimento de erros e omissões²⁰². Todavia, esta alteração estética em nada colidiu com os elementos essenciais previamente delineados.

¹⁹⁷ Assim, OTERO, Paulo, op. cit., p. 930. MARTINS, Licínio Lopes, “Alguns aspetos, contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos” in ECP, Vol. II, Coimbra Editora 2010, p. 399, nota 60, destaca que o instituto dos trabalhos a mais poderá igualmente decorrer do acordo entre o contraente público e o empreiteiro.

¹⁹⁸ Referia o art.º 370.º, n.º 1, originário: “são trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato que, a) se tenham tornado necessários [...] b) não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves...”.

¹⁹⁹ No CCP de 2008, o art.º 370.º, n.º 4 determinava: “Não são considerados trabalhos a mais aqueles que sejam necessários ao suprimento de erros ou omissões, independentemente da parte responsável pelos mesmos”. Seguindo LICÍNIO LOPES MARTINS, os “a espécie ou quantidade de trabalhos a mais não previstos no contrato têm, objetivamente, de resultar de uma circunstância imprevista (nexo de causalidade), cuja ocorrência ou verificação, a título de circunstância imprevista, não é imputável às partes do contrato, sendo que o interesse público da (boa) conclusão da obra os impõe como necessários”, Cfr. MARTINS, Licínio Lopes, “Alguns aspetos...”, cit., pp. 401-402.

²⁰⁰ Ibidem, ensina LICÍNIO LOPES MARTINS que “nos erros e omissões, a espécie ou quantidade de trabalhos não previstos no contrato ou defeituosamente nele previstos [...], ainda que resulte da ocorrência de uma circunstância que não foi prevista ou de uma imprevisão da espécie ou quantidade de trabalhos (ou de uma incorreta quantificação) terá sempre de ser, total ou parcialmente, imputável a uma das partes do contrato ou a ambas (ou até um terceiro)”. O TC determinou, no sumário da Sentença n.º 2/2013 – 3ª Secção, Proc. n.º 5JRF/2012, que “1- Os erros e omissões traduzem-se sempre em omissões, deficiências ou imperfeições dos elementos de solução da obra por motivos imputáveis às partes do contrato (a uma ou a ambas as partes); pressupõem, por isso, um nexo de imputabilidade a uma das partes do contrato ou a ambas.”, Consultável em <<https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Sentencas/3s/Documents/2013/st002-2013-3s.pdf>> .

²⁰¹ Assim, DIAS, Paulo Linhares, “Os trabalhos complementares no Código dos Contratos Públicos Revisto”, RCP, n.º 17, Abril, 2018, CEDIPRE, pp. 82-83. No mesmo sentido, SÁNCHEZ, Pedro Fernández, A Revisão de 2021..., cit., p. 133.

²⁰² Cfr. art.ºs 370.º e 378.º CCP.

O art.º 370.º, n.º 1 definiu Trabalhos Complementares como “aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato”. Ademais, impôs uma distinção entre trabalhos complementares derivados de circunstâncias não previstas (cfr. art.º 370.º, n.º 2) e trabalhos complementares derivados de circunstâncias imprevisíveis (cfr. art.º 370.º, n.º 4)²⁰³.

Ou seja, apelando a uma dimensão subjetiva, seria de convocar as categorias da *imprevisão* e da *imprevisibilidade*, para apurar se, respetivamente, as entidades podiam ou deveriam ter previsto os trabalhos, e que por falta de diligência não o fizeram, ou se essa previsão não poderia, sequer, ser realizada por quem atuasse de forma diligente, por serem de origem “inesperada e inopinada”²⁰⁴. Coube, principalmente, à jurisprudência do TC²⁰⁵ deslindar os contornos das tais categorias, tendo erigido uma interpretação bastante restritiva do que entende por trabalhos a mais. O Ac. n.º 2/2006, de 9 de Janeiro, 1ª Secção refere que “circunstância imprevista é algo inesperado que surge durante a execução da obra e que um agente normalmente diligente não estava em condições de prever antes do lançamento do concurso” ou seja, “a realização de ‘trabalhos a mais’ [...] só é legalmente possível [...] quando os mesmos se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista”²⁰⁶ ²⁰⁷.

²⁰³ PAULO LINHARES DIAS estabelecia uma associação dogmática entre os trabalhos complementares derivados de circunstâncias imprevistas, que corresponderiam aos anteriormente designados trabalhos de suprimento de erros e omissões; enquanto os trabalhos complementares derivados de circunstâncias imprevisíveis corresponderiam aos anteriormente designados trabalhos a mais. *vide* DIAS, Paulo Linhares, op. cit., passim. Contra *vide* MARTINS, Ana Gouveia, “Em debate...”, cit, p. 31 para quem “não se deve proceder [...] a uma recondução das prestações não previstas aos antigos trabalhos de suprimentos de erros e omissões e das prestações imprevisíveis aos antigos trabalhos a mais.”, referindo que à luz do Considerando 109 da Diretiva 2014/24 pode “suceder que o erro e omissão mereçam qualificação de circunstâncias imprevisível se no caso concreto não fosse exigível a sua deteção por uma entidade diligente”.

²⁰⁴ DIAS, Paulo Linhares, op. cit., p. 91

²⁰⁵ Cfr., art.º 47.º, n.º 1, al. d), da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto: “Os atos ou contratos que, no âmbito de empreitadas de obras públicas já visadas, titulem a execução de trabalhos a mais ou de suprimento de erros e omissões, [...] ficam sujeitos a fiscalização concomitante e sucessiva”.

²⁰⁶ P.e., Ac. n.º 2/2006, de 9 de Janeiro, 1ª Secção, nos pontos 3 e 4 do sumário: “A realização de “trabalhos a mais” numa empreitada só é legalmente possível, para além do mais, quando os mesmos se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista”, consultável em <[Acórdão n.º 2/2006 - Jan. 17 - 1ª S/PL \(tcontas.pt\)](#)>

²⁰⁷ Cfr. Processo N.º 7/2011 – Aud. 1.ª S, Relatório N.º 1/2015 – Aud. 1ª S, Ação de Fiscalização Concomitante, p. 31, segundo o qual “...por tal trabalho não ser qualificável como “trabalho a mais”, dado não se suportar numa “circunstância imprevista”, como exigido pelo art.º 370º, n.º 1, do Código dos Contratos Públicos, considera-se que o aludido trabalho não beneficia do regime legal estabelecido para as modificações objetivas dos contratos”, consultável em [rel001-2015-1s.pdf \(tcontas.pt\)](#). Recentemente, numa nota de imprensa, [a sumariar as auditorias entre 2017 e 2020, o Tribunal de Contas voltou a alertar: “Tenham em atenção \[...\] que as circunstâncias agora denominadas imprevisíveis são apenas aquelas que sejam qualificáveis como inesperadas ou inopinadas, ou seja, como circunstâncias que o decisor público normal, colocado na posição do](#)

A Revisão de 2017 trouxe um cenário caótico, que para ANA GOUVEIA MARTINS “[que] resultou numa justaposição de três fundamentos autónomos das modificações”²⁰⁸ previstos na Diretiva de 2014/24, nos n.º 1, al. *b*) e *c*), e n.º 2 do art.º 72.º, fugindo do signo da harmonização legislativa.

Ademais, para que a execução dos trabalhos complementares fosse ordenada, seria necessário reunir os requisitos cumulativos presentes nas alíneas que conformaram as als. *a*) e *b*) dos n.ºs 2 e 4, do art.º 370.º.

Por um lado, na alínea *a*), tínhamos o requisito da inseparabilidade, o qual se resumia em apurar se os trabalhos a mais podiam “ser objeto de um contrato autónomo (...) de modo que o empreiteiro não beneficie do facto de já estar a executar o contrato para que ainda lhe sejam adjudicados outros trabalhos”²⁰⁹. Para tal, aproximando-se do que a Diretiva previa no art.º 72.º, n.º 1, alínea *b*), procurava-se saber se os trabalhos a realizar podiam ou não “ser técnica ou economicamente separáveis do objeto do contrato sem inconvenientes graves”. Apesar de não o referir como o faz a Diretiva, estávamos perante uma separação jurídica, *i.e.*, uma mudança de empreiteiro, a qual podia ou não suscitar efeitos inconvenientes. Ademais, essa separação não poderia implicar um “aumento considerável de custos para o dono da obra”²¹⁰.

Quanto aos requisitos financeiros, para os trabalhos complementares derivados de circunstâncias imprevisíveis, a alínea *b*), do n.º 4, previa o limite máximo de 40% do preço contratual para os trabalhos a realizar, valor calculado em agregação com os valores praticados anteriormente ao abrigo da mesma alínea²¹¹.

Por outro lado, para levar a cabo a execução de trabalhos complementares não previstos, a alínea *b*), do n.º 2 previa um limite máximo de 10% do preço contratual, numa lógica agregada com os trabalhos anteriormente realizados²¹².

Numa apreciação crítica à Revisão de 2017, ANA GOUVEIA MARTINS revela “se, por um lado, inovava no sentido de uma maior abertura relativamente à admissibilidade

real decisor, não podia nem devia ter previsto”, documento consultável em <https://www.tcontas.pt/pt-pt/MenuSecundario/Imprensa/Documents/sumario_20201120-01.pdf>, p. 2

²⁰⁸ MARTINS, Ana Gouveia, “O regime...2021”, cit., p. 216

²⁰⁹ DIAS, Paulo Linhares, op. cit. p. 95

²¹⁰ Com uma redação mais flexível do que a proposta pela Diretiva, que acolheu o conceito de “duplicação substancial de custos”.

²¹¹ De atentar que era este um valor mais restritivo que o permitido pelo art.º 72.º, n.º 1, alínea *b*) da Diretiva.

²¹² Refere SILVA, Jorge Andrade da, “Apontamento sobre o limite dos trabalhos complementares na empreitada de obras públicas”, in RDA, n.º 4, Jan.-Abril, AAFDL Editora, 2019, p. 38 que a margem de 10% seria “adequada ao objetivo de diminuir os casos de «enxerto» de uma outra empreitada na que está em curso”.

de modificações fundadas em circunstâncias não previstas, ainda que perfeitamente previsíveis, por outro lado, criava dificuldades ao não acolher o conceito mais amplo adotado nas Diretivas de ‘razões técnicas ou económicas’²¹³.

4.1. A Revisão de 2021

Desde logo, em razão do art.º 27.º, n.º 2, al. b), da Lei n.º 30/2021, de 21 de Maio, as alterações à parte III do Código relativas à modificação de contratos e respetivas consequências, onde se inserem as considerações sobre trabalhos complementares, apenas se aplicam a contratos que se encontrem em execução à data da entrada em vigor do referido diploma, desde que o fundamento da modificação decorra após essa data²¹⁴.

Importa destacar que o novo regime dos Trabalhos Complementares é, agora, regime-satélite para todos os contratos nominados previstos no Título II da Parte III, em virtude, igualmente, das alterações aos art.ºs 420-A, 447.º-A e 454.º que, através de uma norma remissiva, promove a transversalidade do regime previsto no art.º 370.º, o que se concretiza para PEDRO SÁNCHEZ, na “correta transposição do regime que o Direito Europeu concebe de modo transversal para qualquer tipo de contrato sujeito à sua disciplina”²¹⁵.

A definição de Trabalhos Complementares mantém-se no n.º 1 do art.º 370.º como aqueles “cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato”. O critério da necessidade, que já caíra com a Revisão de 2017, atendendo à natureza do instituto e com leitura conforme com a Diretiva, é essencial. Ou seja, serão trabalhos complementares aqueles que não estão previstos no contrato mas cuja execução é necessária para o cumprimento integral do contrato inicialmente delineado.

O art.º 370.º oferece, agora, clareza e simplicidade.

Estão previstos três requisitos de preenchimento cumulativo para que tais trabalhos sejam realizados.

²¹³ *Idem*, op. cit., p. 218

²¹⁴ Chamando a atenção para este facto, *vide* SOUSA, Luís Verde de, “Novidades em matéria de empreitada de obras públicas”, in *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021 - Atas da Conferência de 27 e 28 de Maio de 2021 na FDUL*, AAFDL Editora, 2021, p. 253, alertando que “não é difícil de imaginar a discussão (e os potenciais litígios) acerca do momento da ocorrência do facto que fundamenta a modificação.”. Também MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime...2021”, cit., p. 219, expressa a necessidade de tomar cautelas com esta norma.

²¹⁵ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 138.

LUÍS VERDE DE SOUSA afirma que a unificação que se vem a verificar no n.º 2, “eliminando repetições desnecessárias (...) [conduz a] uma redação mais próxima da utilizada pelo legislador europeu”²¹⁶.

Desde logo, foi eliminada a dicotomia de trabalhos derivados de circunstâncias imprevistas/imprevisíveis²¹⁷, pelo que “para efeitos da sua ordenação pelo dono da obra, passamos a ter uma única categoria: a de trabalhos complementares”²¹⁸, corporizando uma *profunda alteração*. LUÍS VERDE DE SOUSA enfatiza que “pela primeira vez o legislador nacional parece prescindir de uma análise das circunstâncias que determinaram os trabalhos cuja execução é ordenada, para aferir da (im)possibilidade da sua previsão por uma entidade adjudicante diligente”²¹⁹.

Ou seja, deixa, assim, de relevar para o legislador, e bem, a dimensão subjetiva aliada a um critério de diligência, que durante tantos anos foi sufragada, viabilizando apenas a dimensão objetiva para acionar e aferir da possibilidade de realizar trabalhos complementares.

Interessante será averiguar se a posição do Tribunal de Contas permanecerá inclinada para um entendimento restrito e subjetivo na admissão dos trabalhos complementares, amplamente difundida até hoje, numa ótica de controlo de custos, ou se será permeável aos critérios objetivos agora em vigor.

A justificação da realização dos trabalhos resulta, agora, mais clarificada, ao ser desdobrada em duas alíneas, no n.º 2, cujo fundamento deve ser ancorado à luz de causas objetivas que impossibilitam a mudança de cocontratante, as *razões técnicas*²²⁰ (al. a)) e *razões financeiras* (al. b)). De registar que o que antes se apoiava na inconveniência agora afere-se à luz da impossibilidade, conceito este que sugere um maior grau de exigência.

Aspetos há que merecem críticas de LUÍS VERDE DE SOUSA.

Por um lado, o legislador nacional desconsiderou que “os exemplos colhidos da Diretiva [referentes à alínea a), supra] [...] são sobretudo aplicáveis à execução de contratos

²¹⁶ SOUSA, Luís Verde de, op. cit., p. 248, tendo sido intenção do legislador transpor a alínea b), do art.º 72.º da Diretiva 2014/24.

²¹⁷ A disposição normativa que dava corpo aos trabalhos derivados de circunstâncias imprevistas/imprevisíveis, podemos vê-la, agora, imprimida no art.º 313.º, n.º 3, al. c), ganhando sentido no regime geral, ao invés de apenas se aplicar a prestações complementares, No fundo, foi esse o intuito do legislador europeu, criar um fundamento autónomo.

²¹⁸ SOUSA, Luís Verde de, op. cit., p. 248

²¹⁹ Ibidem.

²²⁰ “em função da necessidade de assegurar a permutabilidade ou interoperabilidade com equipamentos, serviços ou instalações existentes”

de aquisição de serviços ou de fornecimento de bens”²²¹, e não assim à empreitada de obras públicas, sem prejuízo da transversalidade que este regime goza aplicando-se as disposições do 370.º a esses contratos.

Por outro lado, o legislador nacional, ao convocar a expressão europeia de “não possa ser efetuada”, no lugar do anterior requisito da inconveniência, e referindo-se a *razões técnicas* sem transpor a previsão das *razões económicas* a que a Diretiva faz referência, mencionando apenas o “aumento considerável de custos” (onde a Diretiva prevê o inciso “altamente inconveniente”), refere o autor que se desconsiderou que, “corre-se o risco de o [requisito de razões técnicas] [...] passar a ser lido de uma forma extremamente restritiva, exigindo a demonstração de uma impossibilidade técnica de substituição do empreiteiro, o que, na maioria dos casos, se revelará uma tarefa impossível, mesmo para o mais comum dos erros de projeto”²²².

Com este cenário, LUÍS VERDE DE SOUSA propõe uma interpretação diferente, corretiva, pelas seguintes razões.

Primeiro, “a exigência de demonstração de uma impossibilidade técnica retiraria qualquer conteúdo normativo útil”²²³ ao requisito da alínea b). Prossegue o autor, referindo que a utilidade desta alínea só advirá “num contexto em que ainda seja tecnicamente possível mudar o empreiteiro”.

Segundo, em coerência, refere que, “se a demonstração dessa impossibilidade técnica de mudança fosse necessária para qualquer trabalho complementar, estar-se-ia a pôr em causa a possibilidade de executar a maior parte dos trabalhos que representam a sua espécie mais importante: os trabalhos necessários ao suprimento de erros e omissões”²²⁴. Ensina o autor que “na esmagadora maioria das situações, não se poderá afirmar que é tecnicamente impossível que o erro ou omissão de um projeto seja suprido por um outro empreiteiro”²²⁵.

²²¹ SOUSA, Luís Verde de, op. cit., pp. 248 e 249

²²² Ibidem.

²²³ Ibidem. Refere o autor: “Se, para ordenar o trabalho complementar, a substituição do empreiteiro teria de se revelar tecnicamente impossível, tal substituição do empreiteiro não poderia aumentar, nem reduzir, os custos para o dono da obra. Na verdade, tal mudança simplesmente não seria possível”.

²²⁴ Ibidem. De referir que o art.º 378.º continua a referir-se aos trabalhos de suprimento de erros e omissões como trabalhos complementares.

²²⁵ Ibidem. Concordamos com o autor que refere o seguinte cenário: “o que acontecerá é que, por a obra se encontrar em curso, será técnica e/ou economicamente muito inconveniente autonomizar esses trabalhos, para que sejam realizados por um outro empreiteiro, podendo, no limite, obrigar o dono da obra a parar (em parte ou no seu todo) a obra, com todos os prejuízos (financeiros e para o interesse público visado com a utilização da obra) que esse atraso na conclusão da obra determinará”.

Assim, apelando a uma interpretação corretiva, LUÍS VERDE DE SOUSA, entende que o requisito do art.º 370.º, n.º 2, al. a), deve ser lido abstraindo-se “não como a necessidade de demonstração de uma impossibilidade técnica, mas apenas como a exigência de um grave inconveniente [...] em autonomizar as prestações que são objeto dos trabalhos complementares que se pretendem ordenar”²²⁶. Vem, assim, o autor, convocar, o que vigorava com a Revisão de 2017: a inconveniência.

Relativamente ao limite financeiro respeitante aos trabalhos não previstos, foi eliminado o pressuposto que impedia que o preço atribuído aos trabalhos complementares somado ao preço contratual, excedesse os limites previstos para o procedimento pré-contratual que lhe deu base (anterior art.º 370.º, n.º 2, al. c))²²⁷.

Assim, vem apenas dispor o n.º 4 um terceiro requisito, corporizado num limite quantitativo a ser respeitado para a execução de trabalhos complementares: “O valor dos trabalhos complementares não pode exceder, de forma acumulada, 50 % do preço contratual inicial.”.

A referência ao preço do contrato inicial é de relevo, como constata LUÍS VERDE DE SOUSA, pois vem dar resposta ao modo como se deve proceder ao cálculo do preço contratual, a fim de se clarificar sobre que valores devem incidir as percentagens-limite, obstando à interpretação que o Tribunal de Contas tem adotado segundo a qual, ao abrigo do n.º 2, do art.º 379.º, o preço contratual deve ser corrigido, deduzindo-lhe o valor dos trabalhos suprimidos²²⁸.

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., 136 refere que nada se altera visto que é ainda possível vislumbrar a obrigação de respeitar o valor do contrato resultante do procedimento pré-contratual inicial, que emerge sempre dos n.ºs 1 e 2 do art.º 17.º, na medida em que estes fixam um limite a qualquer benefício económico que um adjudicatário possa obter da execução de qualquer prestação integrada no objeto contratual. Com diferente leitura, SOUSA, Luís Verde de, op. cit., p. 250, expressa as suas dúvidas “quanto à força irradiante do art.º 17.º do CCP, designadamente para efeitos de determinação de um limite ao valor dos trabalhos complementares a ordenar durante a execução do contrato”.

²²⁸ Cfr. SOUSA, Luís Verde de, op. cit., pp. 249 e 250. Neste sentido, vide. p.e., Ação de Fiscalização Concomitante, Contrato Adicional, Relatórios n.º 2/2018, de 18/09/2018, Processo N.º 4/2016 – AUDIT. /1.ª Secção, p. 40 ss, consultável em [rel002-2018-1s.pdf \(tcontas.pt\)](#), onde se assume que “os trabalhos suprimidos de uma empreitada (sejam classificados como TM- ou TSEO ‘negativos’) devem, nos termos do artigo 379.º do CCP, ser deduzidos ao preço contratual.”. No âmbito da Proposta de Lei n.º 41/XIV/1.ª, que previa as alterações legislativas ao Código dos Contratos Públicos, o legislador quis adotar este entendimento jurisprudencial, chegando a prever o aditamento de um n.º 6 ao art.º 370.º. Sobre esta matéria, escreve, desenvolvidamente, DÁRIO DOS ANJOS, erguendo-se contra a interpretação jurídica do TC que designa como “errada”, Cfr. Anjos, Dário dos, “O preço contratual e o cálculo das percentagens dos trabalhos complementares”, in Revista de Contratos Públicos, CEDIPRE, n.º 24, Almedina, Agosto, 2020, pp. 165-170

O n.º 4 vem imprimir simplificação no texto, ao suprimir a anterior decomposição do limite quantitativo [50%] entre circunstâncias imprevisíveis e circunstâncias imprevistas, indo ao encontro do previsto na Diretiva, que prevê uma “autorização autónoma e não confundível [...] para introdução de modificações contratuais que ascende a 50% do preço contratual inicial, sem fazê-las depender da demonstração de qualquer imprevisibilidade”.²²⁹

Diferentemente da flexibilidade da Diretiva, veio prever que o valor dos trabalhos complementares é calculado de *forma acumulada*, originando um maior controlo de custos²³⁰.

Ao fim e ao cabo, é de registo essencial, o facto de o cerne da fiscalização da retidão do recurso à figura dos trabalhos complementares residir, agora, efetivamente, na verificação ou não das razões técnicas e financeiras, enunciadas no n.º 2. Na verdade, é compreensível que, estas razões, a verificarem-se, instem a lei a “conferir ao contraente público tanta flexibilidade quanto seja possível para preservar o contrato anterior”²³¹, e essa flexibilidade reflete-se no aproveitamento máximo pelo legislador português do limite de 50% que a Diretiva vem prever.

Com a Revisão de 2021, considera PEDRO SÁNCHEZ que, de um artigo *excessivamente complexo*, passamos para um artigo simplificado (mas não demasiado simplificado), direto e objetivo, que promove, entre o regime geral e o regime especial “uma coerência em face da unidade do regime modificativo”²³², promovido pela Diretiva.

Aliás, as relações entre o regime geral e o regime especial, no seguimento das novidades da Revisão de 2021, convoca esclarecimentos.

Na Revisão de 2017, considerou PEDRO SÁNCHEZ que o art.º 313.º, n.º 3 foi disposto “de forma deveras enigmática”²³³, correndo-se o risco de “inculcar a ideia de que o regime especial aplicável a cada tipologia de contrato administrativo prejudicava e substituía o regime geral”²³⁴, o que poderia originar um esvaziamento do regime geral das modificações objetivas que seriam apenas aplicáveis aos contratos que não fossem especialmente regulados pelo CCP.

²²⁹ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 135.

²³⁰ Com este cenário, segundo PEDRO SÁNCHEZ, seria concebível “a possibilidade de duplicar o preço contratual logo na segunda modificação aprovada (...) [o que para o] legislador português [seria uma] margem de flexibilidade (...) excessiva para o controlo de custos contratuais”, Cfr. Idem, p. 134.

²³¹ Ibidem.

²³² Idem, p. 135.

²³³ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 129.

²³⁴ SÁNCHEZ, Pedro Fernández, op. cit., p. 130.

Contra esta interpretação doutrinal, escreve ANA GOUVEIA MARTINS, que a mesma reflete uma leitura desadequada por parte dos autores, porque, ao invés de irem no “sentido de esclarecer que os limites do 313.º não eram aplicáveis às modificações fundadas na necessidade de prestações complementares, [interpretaram] como erigindo um obstáculo à aplicação do regime geral das modificações no âmbito dos contratos especialmente regulados”²³⁵.

E é neste sentido que o novo n.º 5 estatui, clarificando, segundo ANA GOUVEIA MARTINS que “o regime das prestações complementares constitui um regime especial de modificação, sujeito a pressupostos e limites próprios e específicos que afastam o regime geral, sem prejuízo de, no que toca a outro tipo de modificações, continuar naturalmente a ser aplicável o regime geral”²³⁶.

Também LUÍS VERDE DE SOUSA aduz críticas positivas, referindo que “as alterações contribuem decisivamente para clarificar que, além dos trabalhos complementares, podem existir outras alterações objetivas ao contrato de empreitada de obras públicas”²³⁷.

O que se compreende, visto que, acompanhando ANA GOUVEIA MARTINS, as prestações complementares merecem a proteção de um regime especial porque “implicam por regra uma alteração substancial ao contrato, quer por puderem ter impacto no resultado do procedimento pré-contratual quer por corporizarem um alargamento considerável do seu âmbito”²³⁸, dificilmente cumprindo com o art.º 313.º, n.º 2. Todavia, enquanto a Diretiva, no art.º 72.º, n.º1, al. b), não submete as prestações complementares ao limite do respeito pela natureza global do contrato, diferentemente do que acontece nas restantes situações, o ordenamento jurídico português não é assim tão flexível. Ou seja, sempre haverá um limite

²³⁵ MARTINS, Ana Gouveia, “O Regime...2021”, cit., p. 233. Refere a autora: “além das situações em que se imporia sempre a aplicação do regime geral – v.g. por força de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias ou de um facto do príncipe – modificações há que não se traduzem em prestações complementares e que podem ter lugar no âmbito dos contratos de empreitada... .Pense-se, p.e., numa prorrogação do prazo, na introdução de novas cláusulas ou de alterações às cláusulas relativas aos fundamentos da resolução, cumprimento/incumprimento, suspensão do contrato, alteração do modelo de gestão de uma concessão, etc.”.

²³⁶ MARTINS, Ana Gouveia, op. cit., pp. 233-234. Não obstante o elogio que ANA GOUVEIA MARTINS faz à clarificação que o n.º 5 do art.º 313.º registou, vem a autora alertar para “delicados e intrincados problemas de articulação” entre o regime das prestações complementares e o regime geral, perante o novo n.º 3 do art.º 313.º ao admitir modificações aos contratos de empreitada até 15%, assim como modificações fundadas em circunstâncias imprevisíveis.

²³⁷ SOUSA, Luís Verde de, op. cit., p. 250.

²³⁸ MARTINS, Ana Gouveia, op. cit., p. 233.

intransponível, o da natureza global do contrato, em prol da frase de PEDRO GONÇALVES já reproduzida supra de que “pode mudar *o* contrato, mas não pode mudar *de* contrato”. Tudo o que vai ao encontro da *ratio* das prestações complementares, as quais existem para dar cumprimento e execução integral ao inicialmente estipulado no contrato. O que, a partir da Revisão de 2021 será realizado olhando para critérios puramente objetivos.

Por último, e fazendo jus ao princípio da transparência, registaram-se alterações no regime da publicidade, de cujo cumprimento depende a eficácia das alterações. O art.º 315.º, n.º 2 prevê que a publicitação abrange as modificações que tenham por objeto a realização de prestações complementares, desde que sejam contratos celebrados na sequência de procedimento com publicidade internacional²³⁹, o que implica a aplicação deste artigo aos casos de aplicação dos regimes especiais previstos no Título II da Parte III.

²³⁹ Transpondo o art.º 72.º, n.º 1, *in fine*, da Diretiva, insuficientemente transposto em 2017.

Conclusões

Terminado o longo excuro, e sabendo que muito ficou por aduzir, destacamos como notas conclusivas:

(i) Acompanhamos EGON BOCKMAAN MOREIRA numa consideração final: “A segurança contratual advém da certeza da sua mudança”.²⁴⁰ Penso que poderemos afirmar que o regime legal das modificações contratuais do CCP, nos seus moldes gerais e especiais, está hoje mais permeável à mutabilidade contratual. Esta asserção é uma garantia de que a prossecução do interesse público, mesmo quando as adversidades se erguem, poderá estar assegurada. Todavia, reconhecemos o difícil equilíbrio que a prossecução do interesse público e o princípio da concorrência representam.

(ii) O art.º 72.º da Diretiva veio colmatar as falhas que a falta de um enquadramento jurídico do regime de modificações contratuais fazia transparecer.

(iii) O art.º 72.º trouxe um regime mais flexível e simplificado, sem, contudo, se olvidar das exigências axiológicas materializadas no princípio da concorrência, igualdade de tratamento e transparência, os quais permitirão, sempre com uma postura casuística, discernir se as alterações levadas a cabo “demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais desse contrato”²⁴¹.

(iv) Perante uma modificação ilegal, as partes terão de lançar mão de um novo procedimento adjudicatório. Porém, questões pertinentes são lançadas por VINCENT WANGELOW: Será o contrato resolvido na íntegra ou será apenas a parte modificada submetida a novo procedimento concorrencial? Será benéfico limitar a parte do contrato a modificar à concorrência? Não ficará o princípio da concorrência em xeque em virtude do *know-how* que os cocontratantes iniciais têm?²⁴²

(v) Permitem-se alterações ao contrato, sem qualquer limite quantitativo, desde que previstas no clausulado contratual, clara, precisa e inequivocamente, e respeitando a natureza global do contrato. Contudo, pergunta-se, não será o fator ‘tempo’ impeditivo dos desejos de previsão?²⁴³

(vi) São, igualmente, permitidas, alterações ao contrato no caso de necessidade de prestações complementares caso a mudança de cocontratante não seja viável por razões

²⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmaan, op. cit., p. 18

²⁴¹ Cfr. Considerando 107 da Diretiva

²⁴² Supra, nota 82

²⁴³ Supra, nota 92

económicas ou técnicas, e, cumulativamente, aquela seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial de custos. A redação do preceito não é isenta de críticas, com autores a proporem uma interpretação corretiva ao termo “duplicação substancial de custos” de forma a atenuar a rigidez do mesmo²⁴⁴; por outro lado, reconhece-se que o requisito das razões económicas perde a sua utilidade em face do requisito da duplicação substancial de custos, sendo consumido por este²⁴⁵.

(vii) São, ainda, permitidas modificações em razão da verificação de circunstâncias que uma entidade diligente não pudesse ter previsto, incluindo tanto as circunstâncias imprevisíveis numa aceção estrita, como as que, ainda que previsíveis, não poderiam ter sido previstas no momento inicial. Destacamos que não se pretende, nesta sede, dar cobertura aos casos de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias.

(viii) Por último, permitem-se modificações “*de minimis*”, as quais dificilmente colocam em causa o princípio da concorrência.

(ix) O art.º 72.º, n.º 4, refere os casos em que a modificação objetiva não é admissível, por alterar substancialmente o contrato, em razão da: introdução de condições que, se submetidas à concorrência, teriam ampliado o leque de concorrentes ou admitido ou diferente proposta (cuja dificuldade prática reside na aferição hipotética a realizar); alteração do equilíbrio económico do contrato em benefício do cocontratante; ampliação do âmbito contratual. A jurisprudência europeia e doutrina têm aberto a porta à inclusão da redução do âmbito do contrato, em virtude da idoneidade de subverter a concorrência.

(x) A Revisão do CCP em 2017, não colheu efeitos positivos, resultando num texto rígido e complexo. A Revisão de 2021 melhorou a coerência textual e conduziu a uma harmonização saudável com a Diretiva.

(xi) O art.º 312.º vem, agora, prever, claramente, a possibilidade de as partes fazerem uso do clausulado inicial para preverem modificações, cumprindo os requisitos da redação clara, precisa e inequívoca. Sem limites quantitativos, deve, apenas respeitar o limite geral da manutenção da natureza global do contrato. Também aqui têm sentido as críticas de que o tempo será sempre uma variável controvertida.

(xii) O art.º 313.º foi dos que registou mais alterações com a Revisão de 2021, indo ao encontro do espírito do art.º 72.º. De realçar, desde logo, a distinção clara entre os

²⁴⁴ Supra, nota 95

²⁴⁵ Supra, nota 97

conceitos de natureza global do contrato e de alteração substancial do contrato. Aquele funciona como um limite geral e autónomo, com vista a proteger o *scope of the contract*. Este, aplicável na ótica do *scope of the competition*, quer evitar a subversão do princípio da concorrência.

(xiii) Os limites do art.º 313.º enquadram-se no exercício do poder de modificação unilateral. No seu n.º 2, indo ao encontro do art.º 72.º, prevê que a modificação será legítima se não imprimir uma alteração substancial do contrato ou se não *impedir, restringir ou falsear a concorrência*, concretizando situações adequadas a essa violação.

(xiv) Já o n.º 3 afasta a aplicação dos limites supra, às alterações de valor económico reduzido e às alterações em virtude de circunstâncias imprevisíveis, exatamente porque, nesta sede, não estará em causa o princípio da concorrência. Antes apenas se exige a verificação do limite geral do respeito pela natureza global do contrato.

(xv) Há discordância doutrinal quanto ao requisito adicional que a modificação em razão de circunstâncias imprevisíveis invoca (natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo). Na verdade, ainda que a arena principal das circunstâncias imprevisíveis se reconduza aos contratos de longa duração, não poderão as mesmas ser válidas em sede de contratos de execução instantânea?

(xvi) A Revisão de 2017 trouxe, salvo melhor entendimento, uma redação caótica ao art.º 370.º. Cobrindo os trabalhos a mais e os trabalhos de suprimento de erros e omissões sob a única capa dos Trabalhos Complementares, repartiu entre circunstâncias não previstas e circunstâncias imprevisíveis a possibilidade de realizar trabalhos complementares. Com a Revisão de 2021, essa distinção terminou, deixando de vigorar o apelo à dimensão subjetiva em torno do critério de diligência, para passar a avaliar a execução dos trabalhos complementares apenas à luz de um critério objetivo. Pergunta-se se a posição do TC, que adota um olhar restrito, irá mudar. Parece-nos que assim não será, pela ligação umbilical que os trabalhos complementares têm com o controlo de custos, obstaculizando a derrapagens financeiras.

(xvii) O critério da impossibilidade de mudança de cocontratante é mais exigente do que o anterior de “inconveniência”. A não harmonização integral com a Diretiva leva LUÍS VERDE DE SOUSA a propor uma interpretação corretiva do preceito, de forma a contornar a perda de utilidade do requisito do “aumento substancial dos custos” e a não prejudicar a realização de trabalhos complementares de suprimento de erros e omissões.

Bibliografia

ALMEIDA, Mário Aroso de

- “Apreciação geral da revisão do Código dos Contratos Públicos: em particular, os novos regimes dos artigos 280.º e 313.º do CCP”, in Comentários à Revisão do Código dos Contratos Públicos, 2.ª Edição, Lisboa, 2017

- “Sobre os pressupostos da modificação objetiva dos contratos administrativos”, in Revista de Direito Administrativo, n.º 4, Janeiro-Abril, AAFDL Editora, 2019

ANJOS, Dário dos

- “O preço contratual e o cálculo das percentagens dos trabalhos complementares”, in Revista de Contratos Públicos, CEDIPRE, n.º 24, Almedina, Agosto, 2020

AMARAL, Diogo Freitas do

- Curso de Direito Administrativo, Vol. II, 4ª Ed., Almedina, 2020

CÓRCOLES, Isabel Gallego,

-“La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública”, X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo, 2015, consulta em <https://contratodeobras.com/images/Modificacion-contratos_Gallego-Córcoles.pdf>

CORREIA, José Manuel Sérvulo

-“A revisão das disposições gerais sobre o âmbito de aplicação do código dos contratos públicos”, in e-Pública, Revista Eletrónica de Direito Público, Vol. 4, nº2, dezembro de 2017, p. 15, consulta em <<https://www.e-publica.pt/volumes/v4n2a01.html>>

DIAS, Paulo Linhares

- “Os trabalhos complementares no Código dos Contratos Públicos Revisto”, Revista de Contratos Públicos, CEDIPRE, n.º 17, Almedina, Abril, 2018,

ESTORNINHO, Maria João

- Curso de Direito dos Contratos Públicos - Por Uma Contratação Pública Sustentável, Almedina, 2012

FELIU, José Maria Gimeno

- “La ‘codificación’ de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, Revista española de Derecho Administrativo, 172/2015, editorial civitas, SA, consulta em <https://www.legaltoday.com/files/pdf/contratacion_publica201603.pdf>

FONSECA, Isabel, Celeste M.

- “As Regras (e os princípios) da contratação pública em finais de 2020”, Direito da Contratação Pública – Estudos Reunidos, Almedina, 2020,

GARCÍA-ANDRADE, Xavier Codina

- “La modificación de los contratos del sector público”, Colección de Derecho Administrativo, Agencia Estatal Boletín Oficial Del Estado, Madrid, 2019, consulta em <https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2019-163>

GOMES, Carla Amado

- “A conformação da Relação Contratual”, Texto serviu de suporte às comunicações da autora no Curso de Pós-Graduação em Contratos, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra nos anos lectivos de 2007/2008 e 2008/2009, consulta em <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/287-131.pdf>>

GONÇALVES, Pedro Costa

- “Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo”, in Estudos da Contratação Pública, I, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008

- “Acórdão Presetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”, CJA, n.º 73, CEJUR, Janeiro/Fevereiro 2009, consulta em <<https://www.mlgs.pt/xms/files/v1/Publicacoes/Artigos/549.pdf>>

- “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”, Estudos de Contratação Pública – III, CEDIPRE, Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010, consulta em <[38_GestaoContratosPublicos.pdf \(pedrocostagoncalves.eu\)](#)>
- “A Reforma Europeia”, in Revista de Contratos Públicos, n.º 11, Julho, Almedina, 2016
- Direito dos Contratos Públicos, 3ª Edição, Vol. I, Almedina, 2018

LEITÃO, Alexandra

- “O tempo e a alteração das circunstâncias contratuais”, intervenção apresentada no V Encontro de Professores de Direito Público, subordinado ao tema “O Tempo e o Direito Público”, que se realizou nos dias 27 e 28 de Janeiro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, consulta em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf>

MARTINS, Ana Gouveia

- “A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”, in Atas da Conferência “A Revisão do CCP”, Lisboa, ICJP, CIDP, FDL, 2016, consulta em <https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_revisaoccp_icjp2016_fct.pdf>
- “Em debate: Modificação contratual, trabalhos e serviços complementares após a revisão do CCP : Os limites à modificação dos contratos públicos”, in Revista de Direito Administrativo, nº 4, , Janeiro-Abril, AAFDL Editora, 2019,
- “O Regime da modificação dos contratos após a Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021”, in A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021 - Atas da Conferência de 27 e 28 de Maio de 2021 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, AAFDL Editora, 2021

MARTINS, Licínio Lopes

- “Alguns aspetos do contrato de empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos” in Estudos de Contratação Pública, II, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2010
- “Empreitada de Obras Públicas, O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)”, Dissertação de

Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina, Março 2014,

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves

- “Princípios da Contratação Pública”, Revista dos Contratos Públicos, n.º 11, Almedina, Julho 2016

MOREIRA, Egon Bockmann

- “O contrato administrativo como instrumento do governo”, in Estudos de Contratação Pública, IV, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2013

OLIVERA, Rafael Domínguez,

- “Modification of Public Contracts – Transposition and Interpretation of the new EU Directives”, in EPPPL, 1, 2015

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de

- “Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, in Estudos de Contratação Pública, I, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008

- “Estabilidade e instabilidade no contrato administrativo: as vicissitudes contratuais imputáveis ao contraente público”, Dissertação de Doutoramento em Direito-Direito Público, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Agosto 2016, consulta em

<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/26707/9/O%20contrato%20administrativo%20entre%20a%20estabilidade%20e%20a%20instabilidade.pdf> >

OTERO, Paulo

- “Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas”, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, Ano 56 (Dezembro 1996), consulta em <[{518b4544-a621-42c9-a619-514445694a32}.pdf \(oa.pt\)](#) >

PEREIRA, Pedro Matias/MACHADO, Carla

- “Modificação e Resolução de contratos públicos na (nova) diretiva europeia dos contratos públicos”, in Revista de Contratos Públicos – RCP | Belo Horizonte, ano 6, n. 10, set./fev. 2017, consulta em <[\(PDF\) Modificacao e resolucao de contratos públicos | Pedro Matias Pereira - Academia.edu](#) >

RAIMUNDO, Miguel Assis,

- “Good Contracting Authorities Can Predict the Future: A Note on Finn Frogne”, European Papers, vol. 2, p. 416 (Tradução nossa), consulta em <[Good Contracting Authorities Can Predict the Future: A Note on Finn Frogne \(europeanpapers.eu\)](#) >

SÁNCHEZ, Pedro Fernández

- Direito da Contratação Pública, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa 2020

- A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos, AADFL Editora, Lisboa, 2021

SILVA, Jorge Andrade

- “Apontamento sobre o limite dos trabalhos complementares na empreitada de obras públicas”, in Revista de Direito Administrativo, n.º 4, Janeiro-Abril, AAFDL Editora, 2019

SOUSA, Luís Verde de

- “Novidades em matéria de empreitada de obras públicas”, in A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021 - Atas da Conferência de 27 e 28 de Maio de 2021 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, AAFDL Editora, 2021

WANGELow, Vincent P.,

- “EU Public Procurement Law: Amendments of Public Works contracts After the Award due to Additional Works and Unforeseeable Circumstances”, EPPPL, 2, 2020

Jurisprudência Nacional

- Acórdão n.º 2/2006, de 9 de Janeiro, 1.ª Secção, disponível para consulta em <[Acórdão n.º 2/2006 - Jan. 17 - 1ª S/PL \(tcontas.pt\)](#)>

- Acórdão n.º 20/10, de 1 de Junho de 2010, Subsecção da 1.ª Secção do Tribunal de Contas, (proc. n.º 108/2010), consulta em <<http://www.contratacaopublica.com.pt/jurisprudencia/portuguesa/tribunal-de-contas/Acordao-n-202010-de-1-de-Junho-de-2010-da-Subseccao-da-1-Seccao-do-Tribunal-de-Contas-proc-n-1082010/585/>>

- Acórdão n.º 28/2010, de 3 de Novembro de 2010, do Plenário da 1.ª Secção do Tribunal de Contas (proc. n.º 108/2010), consulta em <<http://www.contratacaopublica.com.pt/jurisprudencia/portuguesa/tribunal-de-contas/Acordao-n-282010-de-3-de-Novembro-de-2010-do-Plenario-da-1-Seccao-do-Tribunal-de-Contas-proc-n-1082010/553/>>

- Acórdão n.º 6/2013, de 9 de Julho, Processo n.º 1654/2012, consulta em <<https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/acordaos/1spl/Documents/2013/ac006-2013-1spl.pdf>>

- Sentença n.º 2/2013 – 3.ª Secção, Processo n.º 5JRF/2012, consulta em <<https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Sentencas/3s/Documents/2013/st002-2013-3s.pdf>>

- Processo N.º 7/2011 – Auditoria 1.ª S, Relatório N.º 1/2015 – Auditoria. 1.ª S, Ação de Fiscalização Concomitante ao Município de Lamego, no âmbito da empreitada de “construção do centro escolar de lamego”, consulta em <[rel001-2015-1s.pdf \(tcontas.pt\)](#)>

- Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de Janeiro de 2018, processo n.º 0219/17, consulta em

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/282be03286bb067a80258217005178a5?OpenDocument&ExpandSection=1>>

- Ação de Fiscalização Concomitante, Contrato Adicional, Relatórios n.º 2/2018, de 18/09/2018, Processo N.º 4/2016 – AUDIT. /1.ª Secção, consulta em [re1002-2018-1s.pdf](#) (tcontas.pt) >

- Acórdão Tribunal Central Administrativo do Sul, Processo 60/20.8BEPDL, de 8 de Abril de 2021, Relatora Dora Lucas Neto, consulta em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/3e2f692a142d32e0802586b10052995c?OpenDocument> >

Jurisprudência TJUE

- Acórdão Comissão/Dinamarca, Processo C-243/89, de 22 de Junho de 1993, Disponível para consulta em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:775a6c61-ad5a-4043-8e54-9300208873cf.0009.06/DOC_1&format=PDF>

- Acórdão Comissão/França, de 5 de Outubro de 2000, processo C-337/98, disponível para consulta em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0337&from=IT>>

- Acórdão CAS Succhi di Frutta, SpA 29 de abril de 2004, Processo C-496/99, disponível para consulta em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61999CJ0496> >

- Acórdão Comissão/Espanha, de 13 de Janeiro de 2005, Processo C-84/03, disponível para consulta em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0084&from=NL> >

- Acórdão Contse E O., 27 de Outubro de 2005, Processo C-234/03, disponível para consulta em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0234&from=LT>>
- Acórdão Pressetext Nachrichtenagentur (Proc. C-454/06, de 19 de Junho de 2008), disponível para consulta em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62006CJ0454&from=PT> >
- Acórdão Wall AG, Processo C-91/08, 13 de abril de 2010, disponível para consulta em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0091>>
- Acórdão Comissão/Alemanha, de 29 de Abril de 2010, Processo C-160/08, disponível para consulta em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0160&from=EN>>
- Acórdão Finn Frogne A/S v. Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, Processo C-549/14, de 7 de setembro de 2016, Disponível em <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=183107&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5836754>>