

**Faculdade de Direito
Universidade de Lisboa**



Joana Sofia Gonçalves Fernandes Martins

***A MODIFICAÇÃO OBJECTIVA DO CONTRATO
ADMINISTRATIVO E O PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA***

***“Em especial a questão da prorrogação do prazo dos contratos
públicos”***

Mestrado Profissionalizante em Direito Administrativo

2017

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	3
RESUMO/ ABSTRACT	4
SIGLAS E ABREVIATURAS	6
INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I - PRORROGAÇÃO E FIGURAS AFINS	
1. Do conceito de prorrogação	9
– Dos tipos de prorrogação	13
2. Das figuras afins	17
2.1. Renovação	17
2.2. Duração do contrato	19
2.3. Modificação objectiva – Remissão.	23
3. Considerações finais	23
CAPÍTULO II - DA ADMISSIBILIDADE LEGAL DO INSTITUTO DA PRORROGABILIDADE NOS CONTRATOS PÚBLICOS, EM ESPECIAL NA RELAÇÃO COM A CONCORRÊNCIA	
4. Da admissibilidade do instituto da prorrogação.	24
4.1. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 5/2012, de 17/12/2012, processo n.º 1855/2011 – case study.	25
4.2. Condições e requisito da prorrogação do prazo de vigência do contrato.	30
4.2.1. Da previsão da prorrogação no caderno de encargos e nas cláusulas contratuais.	31
4.2.2. Da prorrogação tácita.	32
4.2.3. Da admissibilidade da prorrogação para além dos limites temporais, máximos previstos no CCP.	36
4.2.4. Da declaração de prorrogação.	39
5. A Prorrogação e o Princípio da Concorrência.	42

5.1. O princípio da concorrência	43
5.2. Prevalência do princípio da prossecução do interesse público sobre o princípio da concorrência?	48
6. Considerações finais	53

CAPÍTULO III – DA RELAÇÃO ENTRE PRORROGAÇÃO E MODIFICAÇÃO DO CONTRATO

7. Do instituto da modificação objectiva do contrato.	55
7.1. Enquadramento.	56
7.2. Fundamentos da Modificação.	58
7.3. Consequências da modicação do contrato: a prorrogação como forma de reposição do equilíbrio financeiro do contrato?	62
7.4. Limites à modificação do contrato público.	64
8. Do princípio da concorrência como limite à modificação.	72
8.1. O princípio da concorrência no quadro do direito europeu.	72
8.2. A modificação do contrato segundo o direito comunitário.	74
9. Da alteração do prazo de vigência do contrato: modificação ou novo contrato?	75
– Acórdão do Tribunal de Contas n.º 20/10, de 1 de Junho de 2010, processo n.º 108/2010 – <i>Case Study</i> .	
10. Considerações Finais	82

CAPÍTULO IV – SOLUÇÃO ADOPTADA NO CCP E NAS NOVAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS EM SEDE DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA

11. Da solução adoptada no Código dos Contratos Públicos	88
12. Da solução Comunitária	90
– As novas Directivas Europeias em sede de contratação pública	
13. Considerações finais	96
CONCLUSÕES	100
BIBLIOGRAFIA	102

Aos meus pais, por todo o apoio.

RESUMO

A nova dogmática da contratação pública no que respeita ao tema da modificação dos contratos públicos exige, em especial por influência do direito da União Europeia, uma abordagem que procure analisar o tema à luz do princípio da concorrência. O actual quadro legislativo e jurisprudencial comunitário tende a afastar a clássica percepção da prevalência do interesse público e da protecção dos interesses dos cocontratantes, revelando uma preocupação crescente quanto à protecção de novos interesses – nomeadamente os princípios pelos quais se rege a actividade contratual pública, entre eles o princípio da concorrência.

É sob esta perspectiva que procuramos analisar o presente tema, com foco no quadro legislativo nacional e comunitário, bem como jurisprudencial, e com especial destaque para a forma como as Novas Directivas Europeias se ocupam desta questão.

De forma a delimitarmos o nosso estudo, optámos ainda por orientar o nosso tema para a questão da prorrogação do prazo de vigência dos contratos públicos, enquanto modificação contratual.

Palavras-chave: *Contratos Públicos; Concorrência; Directivas Europeias; Modificação do contrato; Prorrogação; Interesse Público.*

ABSTRACT

The new approach to public procurement on the subject of amending public procurement requires, in particular through the influence of European Union law, an approach which seeks to examine the issue in the light of the principle of competition. The current Community legislative and case-law framework tends to remove the classic perception of the prevalence of the public interest and the protection of the interests of the co-contracting parties, showing a growing concern about the protection of new interests – in particular the principles governing public contractual activity, and principle of competition. It is from this perspective that we attempt to analyze the present theme, focusing on the national and Community legislative framework, as well as case law, and with particular emphasis on how the New European Directives deal with this issue. In order to delimit our study, we have also chosen to orient our subject to the question of the extension of the validity period of the contracts, as contractual modification.

Key words: *Public Procurement; Competition; European Directives; Modification of public contracts; Time extension; Public Interest.*

ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac. – Acórdão

Art. – Artigo

CCP – Código dos Contratos Públicos

Cfr. – Confirmar

Cit. – Citada

CJA – Cardenos de Justiça Administrativa

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

Ed. – Edição

FDUL – Faculdade De Direito Da Universidade De Lisboa

INCI – Instituto da Construção e do Imobiliário

JOUE – Jornal Oficial da União Europeia

Pág. – Página

Págs. – Páginas

PPP – Parcerias Público-Privadas

R. – Regulamento

SS. – Seguintes

TdC – Tribunal de Contas

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

O tema da modificação dos contratos públicos tem sido actualmente repensado no direito administrativo, uma vez que deixou de acentuar no tradicional binómio interesse público/interesse do cocontratante, e começou a ser abordado sob a perspectiva da protecção da concorrência.

A presente dissertação tem assim por objecto de estudo a modificação objectiva dos contratos administrativos sob a perspectiva do princípio da concorrência, com especial destaque para a questão do instituto da prorrogação do prazo de vigência dos contratos.

Para o efeito, e num primeiro momento, iremos delimitar os conceitos que estarão em jogo no presente estudo. Como tal, procurámos analisar o conceito de prorrogação e distingui-lo de figuras afins – renovação, duração do contrato, modificação – e que facilmente se podem confundir entre si, razão pela qual se revela fundamental esta delimitação conceitual.

De seguida, debruçar-nos-emos sobre a questão da admissibilidade legal do instituto da prorrogabilidade nos contratos públicos, em especial na relação com a concorrência. Propomos “lançar” o tema com um *case study* – o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 5/2012, de 17/12/2012 – com vista a identificar o conjunto de condições e requisitos para a prorrogação do contrato. Pelo que pretendemos igualmente analisar a relação entre a prorrogação e o princípio da concorrência, com especial destaque para a querela da (eventual) prevalência do interesse público sobre o princípio da concorrência.

No Capítulo III faremos referência à relação entre prorrogação e modificação do contrato. Começamos por analisar em jeito de enquadramento o instituto da modificação dos contratos – nomeadamente os fundamentos, limites e consequências – de forma a podermos analisar com mais detalhe o princípio da concorrência enquanto limite à modificação. O intuito deste capítulo é precisamente o de perceber se a alteração do prazo de vigência do contrato (*i.e.*, a prorrogação) se traduz numa modificação ao contrato ou, ao invés, num novo

contrato – e aqui uma vez mais recorrendo a um *case study*, o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 20/10 de 1 de Junho de 2010.

Por último, procuramos analisar a solução adoptada no CCP e nas Directivas Europeias quanto ao instituto da modificação e da prorrogação, e em especial nas Novas Directivas Comunitárias de 2014. Com esta análise, procuramos traçar o percurso da União Europeia e a posição adoptada quanto a este(s) tema(s), e que até então se caracterizava pela omissão a nível legislativo.

CAPÍTULO I – PRORROGAÇÃO E FIGURAS AFINS

1. Do conceito de prorrogação.

O conceito de prorrogação, proveniente do latim *prorogatio*, é definido no dicionário de língua portuguesa¹ como “o acto ou efeito de prorrogar; adiamento, prolongamento”, pelo que o acto de prorrogar será naturalmente o tornar mais longo um prazo estabelecido; protrair; prolongar.

Para uma definição de conceitos mais precisa, também os dicionários jurídicos nos podem auxiliar, especialmente na utilização do termo “*prorrogação*” que aqui nos interessa.

Ora, no âmbito do presente estudo o conceito “*prorrogação*” revela-se fundamental, e será sobretudo utilizado em relação ao prazo contratual de um determinado contrato público; razão pela qual se mostra desde já pertinente dedicar um ponto apenas à definição de conceitos, não de forma a ficarmos com uma ideia clara e precisa da definição deste termo, como também, para podermos distingui-la perante outros conceitos afins que, por vezes, se podem facilmente confundir entre si, não sendo a sua distinção tão linear e objectiva perante os casos em concreto.

Desta forma, podemos definir a “*prorrogação do contrato*” como o “*prolongamento do contrato para além do termo inicialmente negociado*”², tomando-se como prorrogação prazo o “*aditamento ao prazo anteriormente definido pelas partes, de um novo período temporal, para o cumprimento da obrigação*”³; ou, ainda, “*quando o contrato tem termo ou prazo de duração, ele prorroga-se quando persiste para além do termo inicialmente fixado*”.⁴

Em termos práticos, a prorrogação contratual traduz-se na ampliação do tempo de vigência do contrato, sendo este elemento – o do prazo do contrato – um dos

¹ “Prorrogação”, in *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa*, 2008-2013, disponível em <https://www.priberam.pt/DLPO/prorroga%C3%A7%C3%A3o> [consultado em 14-11-2016].

² F. CUNHA LEAL CARMO, in “*Dicionário Jurídico, Contratos e Obrigações*”, Volume I, Escolar Editora, pág. 195.

³ F. CUNHA LEAL CARMO, in “*Dicionário...*”, *op. cit.*, pág. 195.

⁴ ANA PRATA, in “*Dicionário Jurídico*”, 3.ª Edição Revista e Actualizada, Livraria Almedia, pág. 789.

elementos fundamentais a considerar em sede de contratação pública, não só pelo facto da prorrogação, a verificar-se, poder se traduzir numa modificação objectiva do contrato – isto se se mostrar juridicamente possível, tal como veremos adiante – como pelo facto de trazer à colação um conjunto de princípios que regem a contratação pública, tanto a nível nacional como comunitário, como por exemplo o princípio da transparência, igualdade, concorrência.

O factor “*tempo*” é assim um elemento essencial nos contratos em geral, e nos contratos administrativos em especial, com efeitos na relação contratual entre as partes e perante terceiros.

De facto, e sem prejuízo deste tema ser desenvolvido mais adiante, podemos desde já adiantar que a prorrogação do prazo do contrato se verifica através de uma alteração contratual, uma vez que se procede a uma modificação quanto a um elemento essencial do contrato, neste caso quanto ao período de vigência dele – e o que nos levará, em capítulo próprio, ao tema da modificação dos contratos públicos.⁵

Importa ainda frisar que sempre que nos referimos aos contratos públicos, nos estamos a cingir aos contratos públicos em geral, e não aos contratos especiais previstos no CCP, para os quais vigora um regime específico e como tal distinto deste⁶. É neste sentido que podemos afirmar que a prorrogação se traduz na modificação do prazo de vigência do contrato inicial, adoptada em momento contemporâneo ou prévio do termo deste; pelo que nestes casos o contrato não se extingue, mas sim projeta-se para além do prazo acordado inicialmente pelas partes.

⁵ Cfr. o Capítulo III do presente estudo.

⁶ Pelo facto do regime previsto para este tipo de contratos ser muito específico e distinto do regime geral – e por não ser esse o âmbito do presente estudo – não o iremos desenvolver de forma exaustiva no que respeita à prorrogação do prazo para estes contratos. Aliás, se analisarmos a questão da prorrogação da vigência de um contrato público, perante um contrato de empreitada de obras públicas, tudo o que foi (e será) dito não se aplica; a título de mera curiosidade, vejamos por exemplo no caso de prorrogação do prazo de um contrato de empreitada, no qual a prorrogação já não é vista como uma modificação ao contrato, mas sim como um alargamento do tempo previsto para a execução das prestações contratuais (ao contrário do que acontece para os contratos públicos em geral, na qual a prorrogação é vista como alargamento do prazo de validade desse contrato).

Retornando à definição do conceito de prorrogação, não poderíamos deixar de analisar as disposições do *Código dos Contratos Públicos* (doravante, abreviadamente, CCP)⁷, sendo que basta um olhar rápido sobre a estrutura do CCP para percebermos que não existe um capítulo, nem apenas uma disposição legal, que se ocupe do instituto da prorrogação dos contratos públicos.

De facto, o CCP não dispõe de qualquer previsão legal que regule, em específico, o instituto da prorrogação e ao qual possamos recorrer, assim como não contém nenhuma definição para o conceito que agora nos ocupa. .

Ainda assim, o Código faz referência à prorrogação ao longo do seu texto legal; veja-se por exemplo os artigos 282.º, n.º 3; 410.º, n.º 2; 440.º, n.º 1, todos do CCP, e os quais serão analisados e desenvolvidos mais adiante.

Não obstante a insuficiente previsão legal deste instituto ao nível da legislação nacional, a verdade é que a jurisprudência dos tribunais nacionais não tem sido indiferentes ao tema, tendo abordado já por diversas vezes questões desta natureza. E o mesmo se diga relativamente à definição de conceitos, em especial, quanto à distinção entre *prorrogação* e *renovação*, que muito tem ocupado os nossos tribunais⁸.

Neste sentido, o Tribunal de Contas, (doravante TdC), em muito tem contribuído para esta delimitação de conceitos, e será recorrendo a alguns acórdãos deste Tribunal que nos propomos a aprofundar os conceitos em apreço no presente estudo.

No Acórdão do Tribunal de Contas n.º 5/2012, de 17/12/2012, da 1.ª Secção/SS, processo n.º 1855/2011, podemos ler: “(...) a prorrogação contratual se prendeu na mera modificação do prazo de vigência do contrato inicial, adotado em momento contemporâneo ou prévio ao termo deste”; e, mais à frente, “(...) a prorrogação traduz-se na mera modificação do prazo de vigência do contrato inicial”.

Também no Acórdão do Tribunal de Contas n.º 38/2011, de 20/12/2011, da 1.ª Secção/PL, processo n.º 42/2011-FP/SRATC, se lê que “a prorrogação do contrato

⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

⁸ Pelo facto da delimitação destas noções se relevar ambígua perante situações concretas.

traduz-se na extensão da vigência prevista no contrato, mantendo-se o conteúdo do mesmo”. (sublinhado nosso)

Por outro lado, relevante é também a abordagem da doutrina nacional à questão da prorrogação do prazo do contrato.

Podemos dizer que é unânime entre a doutrina portuguesa⁹ que a prorrogação se traduz na modificação do prazo de vigência do contrato inicial, conforme inicialmente estabelecido pelas partes, sendo que o contrato não se extingue, mas sim prolonga-se para lá do prazo contratualmente acordado. Regra geral, encontramos esta definição do conceito de prorrogação como forma de delimitação de conceitos, em especial com a figura da renovação¹⁰.

Assim, no caso da prorrogação o que se verifica é uma “extensão” da relação contratual por mais um determinado período de tempo, sendo a prorrogação um alargamento do prazo contratual sem que por isso exista um novo contrato¹¹.

Não podemos também ignorar a doutrina e jurisprudência comunitárias¹², que por diversas vezes já se pronunciaram sobre este tema (sobretudo relacionado com o tema da modificação dos contratos públicos), nem as Directivas Europeias¹³ no âmbito da contratação pública, as quais aliás serviram de base ao próprio regime jurídico vigente no direito nacional.

De qualquer modo, é ainda conveniente referir que, a par do que acontece no âmbito do direito português (CCP), as Directivas Comunitárias não prevêm

⁹ Estamos a pensar em autores como LINO TORRAL, JOÃO PACHECO DE AMORIM, LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, entre outros.

¹⁰ Cfr. ANDRADE DA SILVA, que faz alusão à imprecisão delimitativa daquelas noções (prorrogação e renovação), e que alguns autores vislumbram, até, no Código dos Contratos Públicos [cfr. anotação ao art.º 97.º, do Código dos Contratos Públicos, em “Código dos Contratos Públicos: comentado e anotado”, 3ª edição, Almedina, 2010.

¹¹ Daí ser fundamental a distinção dos conceitos prorrogação e renovação, uma vez que esta última se caracteriza precisamente pelo facto de existir um novo contrato.

¹² Dos quais se podem desde já destacar os seguintes: *Acórdão Comissão/França*, de 5 de Outubro de 2000, processo C-337/98; *Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta*, de 29 de Abril de 2004, processo C-496/99; *Acórdão Priesstext*, de 19 de Junho de 2008, processo C-454/06; *Acórdão ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano*, de 17/7/2008, processo C-347/06.

¹³ Importa referir que quando nos referimos a Directivas Europeias, estamos a pensar na Directiva “Clássica” actualmente vigente, i.e., a Directiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, sem prejuízo desta última ser também objecto do nosso estudo.

também nenhuma definição do conceito de prorrogação e/ou do seu respectivo regime jurídico.¹⁴ Estamos assim cientes que existe igualmente uma lacuna, agora em sede de direito comunitário, no que respeita a esta figura. Contudo, a jurisprudência comunitária, as *Comunicações Interpretativas da Comissão*, o *“Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões”*, têm contribuído para disciplinar esta matéria, estabelecendo um conjunto de regras gerais, que são aplicadas uniformemente, razão pela qual as orientações jurisprudenciais são assim fundamentais para melhor entendermos os conceitos que aqui nos ocupam.

– ***Dos tipos de prorrogação:***

Antes de passarmos à análise dos conceitos afins à figura da prorrogação, e uma vez que será necessário ter presente esta classificação ao longo do presente estudo, consideramos que se revela pertinente fazer uma breve referência à identificação dos tipos de prorrogação identificados pela nossa doutrina e jurisprudência.

Assim, a primeira distinção de que nos ocuparemos é aquela que contrapõe a *prorrogação de cariz premial* da *prorrogação de matriz compensatória*¹⁵.

A ***prorrogação de cariz premial*** tal como o nome indica, é aquela que determina a prorrogação da vigência dos contratos como forma de “premiar” o cocontratante; veja-se o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 5/2012, de 17/12/2012, 1.ª Secção/SS, Processo n.º 1855/2011, onde se pode ler que: *“(…) a prorrogação da vigência dos contratos, ponderável pela Administração, não por força de algum dever contratual, mas em razão de circunstâncias que, solidamente, aconselham a ampliação do prazo de validade inscrito no título originário, acorrerá, em regra, a “premiar” o bom desempenho do cocontratante (basta para se concluir*

¹⁴ Pelo que isto tanto vale para a nova como para a antiga Directiva, conforme iremos ver mais adiante.

¹⁵ Ou “prorrogações corretoras”, utilizando o termo de LINO TORRALBA, cfr. *“Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos”*, Revista de Contratos Públicos, n.º 1, Janeiro-Abril de 2011, pág. 257.

que esta solução prossegue melhor o interesse público do que outra que passe pela abertura de um novo procedimento)". (sublinhado nosso)

Na esteira de LINO TORGAL, são *"todas as que, não obstante serem ditadas pelo interesse público, não sirvam uma finalidade de reposição do equilíbrio financeiro do contrato"*^{16,17}

Por outro lado, a **prorrogação de matriz compensatória**, tal como o nome indica, visa assegurar a reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato; esta prorrogação enquanto reposição do equilíbrio financeiro do contrato vem prevista no CCP, mais precisamente nos artigos 282.º, n.º 3 e 314.º, n.º 1.

Ora, artigo 314.º do CCP, sob a epígrafe "consequências", dispõe sobre os efeitos no caso de modificação do contrato sob os fundamentos ali elencados, prevendo diferentes consequências consoante os fundamentos subjacentes à própria modificação – seja uma situação de modificação unilateral do contrato pelo contraente público, de factum principis, ou de uma alteração das circunstâncias.

Para termos presente o regime legal do CCP, o n.º 1 do artigo 314.º dispõe que *"o co-contratante tem direito à reposição do equilíbrio financeiro, segundo os critérios estabelecidos no presente Código, sempre que o fundamento para a modificação do contrato seja: a) A alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável a decisão do contraente público, adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, que se repercute de modo específico na situação contratual do co-contratante; ou b) Razões de interesse público"*. (sublinhado nosso)

Como vemos, o n.º 1 desta norma refere um *"direito do cocontraente à reposição do equilíbrio financeiro"*, o qual deve ser feito segundo os critérios estabelecidos no artigo 282.º do CCP. Por sua vez, o n.º 3 deste artigo, dispõe sobre a forma como

¹⁶ Apud JOÃO PACHECO DE AMORIM, *"O princípio da temporalidade dos contratos públicos"*, in *Estudos de Contratação Pública*, Volume IV, CEDIPRE, 1.ª Edição, Fevereiro de 2013, pág. 49.

¹⁷ Por contraposição às prorrogações por si denominadas de "corretoras", como sendo "aquelas que constituem um modo de reposição desse equilíbrio financeiro".

essa reposição do equilíbrio financeiro do contrato pode ser alcançada, sendo a prorrogação do prazo de vigência do contrato uma das modalidades possíveis¹⁸.

Assim, a lei consagra no artigo 282.º um mecanismo de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, pelo que recorre a três modalidades para concretização da mesma, nomeadamente: ***i) a prorrogação do prazo de execução das prestações;*** *ii) a revisão de preços;* *iii) a assunção do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato*¹⁹. (sublinhado nosso)

Para o nosso estudo e delimitação de conceitos, apenas nos ocuparemos da modalidade elencada em *i)*, ou seja, a situação de prorrogação do prazo de execução do contrato como mecanismo de reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

É ainda de notar que não se deve confundir a *reposição do equilíbrio financeiro*, prevista no n.º 1 do artigo 314.º, com a *compensação financeira* a que alude o n.º 2 do mesmo preceito²⁰. Sem prejuízo de voltarmos a este tema, não podemos deixar

¹⁸ No n.º 3 do artigo 282.º do CCP, podemos ler “a reposição do equilíbrio financeiro produz os seus efeitos desde a data da ocorrência do facto que alterou os pressupostos referidos no número anterior, sendo efectuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato” (sublinhado nosso).

¹⁹ Nos termos do artigo 282.º, n.º 2, percebemos que há lugar à reposição do equilíbrio financeiro do contrato apenas quando os factos invocados como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o co-contratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, e dentro da lógica da repartição do risco entre as partes; daqui podemos retirar os dois grandes requisitos que devem estar preenchidos para que a reposição do equilíbrio financeiro tenha lugar, nomeadamente: *i)* ter ocorrido uma alteração da base do negócio; *ii)* que essa alteração não seja coberta pelo risco contratual.

²⁰ O n.º 2 deste artigo trata da “compensação financeira” segundo critérios de equidade, ou seja, o CCP consagra a regra de que a alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, decorrente de razões não imputáveis a qualquer das partes, pode dar lugar à modificação do contrato *ou* à atribuição de uma compensação financeira à parte por ela onerada – quando estejam preenchidos os pressupostos equivalentes àqueles que se encontram previstos no artigo 437.º do C.C., conforme resulta dos artigos 312.º, alínea a) e 314.º, n.º 2 do CCP. Percebemos assim que o n.º 2 do artigo 314.º apresenta uma alternatividade entre o direito à compensação e o direito à modificação (embora alguns autores considerem que o direito à compensação apenas ocorre no caso de resolução do contrato, e não no caso de modificação, veja-se neste sentido, PEDRO MELO, *apud* ALEXANDRA LEITÃO, “O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais”, Intervenção apresentada no âmbito do V Encontro de Professores de Direito Público – “O Tempo e o Direito Público”, realizado na FDUL, em 2012, disponível em www.icjp.pt, pág. 12, o que nos pode levar a concluir que o legislador encara a modificação do contrato, nesta hipótese, como forma de repor a

de referir que o legislador determinou assim consequências diferentes consoante os fundamentos que estejam na base da alteração do contrato: por um lado, a reposição do equilíbrio financeiro, e por outro, a compensação financeira.²¹

A prorrogação de cariz compensatória é assim um mecanismo de reposição do equilíbrio financeiro, previsto pelo CCP para os casos em que o co-contratante, mercê da sua situação de sujeição aos poderes conformadores do contraente público, vê a sua esfera contratual financeiramente afectada.²²

Uma última nota, em jeito de “lançarmos” o tema, e sem prejuízo de voltarmos a esta questão mais à frente, podemos concluir que a própria reposição do equilíbrio financeiro é consequência da modificação das cláusulas do contrato.

Ainda no que concerne às duas classificações de prorrogação em análise, cumpre ainda esclarecer que o Tribunal de Contas não foi indiferente a esta distinção, veja-se o Acórdão n.º 29/2013, de 18/11/2013, 1.ª S/SS, processo n.º 1469/2013, onde refere que *“(…) a prorrogação da vigência dos contratos públicos deve ocorrer não como decorrência de um dever contratual, mas em razão de circunstâncias que, solidamente, aconselhem a ampliação do prazo de validade inscrito no título originário, seja com vista a premiar o bom desempenho do parceiro privado no período do contrato já decorrido e desde que tal se revele bastante para se concluir que esta solução prossegue melhor o interesse público do que outra que passe pela abertura de um novo procedimento (prorrogação de cariz premial), seja com o objetivo de assegurar a reposição dos parâmetros conformadores do equilíbrio*

situação do particular afectado pela alteração das circunstâncias, pelo que a própria modificação do contrato torna essa compensação desnecessária.

²¹ Seja por razões de interesse público, seja pela alteração anormal e imprevisível das circunstâncias imputável ao contraente público. E refira-se que esta alternância não é desprovida de lógica, pois nas situações em que esteja em causa uma modificação do contrato por causa imputável ao contraente público, faz todo o sentido que seja resposto o equilíbrio do contrato de forma a colocar o contraente privado nos mesmos termos em que estaria se a modificação não tivesse sido imposta. Por sua vez, haverá apenas lugar a uma compensação no caso de existir uma situação de alteração das circunstâncias não imputável a nenhuma das partes, numa lógica de partilha de riscos.

²² Denota-se assim a grande importância económica conferida ao equilíbrio financeiro do contrato administrativo, uma vez que este equilíbrio é fulcral do ponto de vista dos interesses do co-contratante privado. No entanto, o equilíbrio financeiro deve ter como objecto repor a situação financeira original, não podendo assim colocar nenhuma das partes numa situação mais favorável do que aquela em que se encontrava aquando da celebração inicial do contrato.

económico-financeiro do contrato em causa (prorrogação de cariz compensatória)”
(sublinhado nosso).

2. Das figuras afins.

Conforme já tivemos oportunidade de referir, a imprecisão delimitativa dos conceitos afins do conceito de prorrogação tornam necessário o presente número.

Como tal, propomos uma definição do conceito de renovação, assim como de duração do contrato de aditamento e de modificação do contrato, de forma a conseguirmos distingui-los do instituto da prorrogação do contrato.

Embora a distinção pareça fácil, não nos deixemos enganar pela aparente simplicidade. Na prática, esta distinção tem-se revelado difícil, sendo que o fundamento e as consequências de aplicação de uma, ou de outra, podem resultar em situações bastante distintas.

É isso que nos propomos a analisar de seguida.

2.1. Renovação.

A renovação *“corresponde ao refazer dum negócio já realizado anteriormente, concluindo sobre o seu objecto um novo negócio destinado a absorver o conteúdo daquele e a substituí-lo para o futuro”*²³.

No mesmo sentido, ANA PRATA esclarece que *“(…) quando o contrato tenha termo (certo ou incerto, legal ou convencional), caduca uma vez atingido este. Pode, no entanto, renovar-se por convenção das partes nesse sentido, por determinação da lei (que nuns casos impõe a sua «denúncia», por uma das partes à outra, para se operarem os efeitos extintivos emergentes da caducidade, sem o que haverá*

²³ F. CUNHA LEAL CARMO, in *“Dicionário...”*, op. cit, pág. 204.

*renovação automática – é o que preceituam, por exemplo, os artigos 1054.º a 1056.º do C.C. – e noutros casos impõe a renovação automática (...)*²⁴.

Recorrendo também ao proferido no já citado Acórdão do Tribunal de Contas n.º 5/2012, de 17/12/2012, *“a renovação contratual equivale à reconstituição, no termo do prazo e em iguais moldes ou próximos, do complexo originalmente inscrito no contrato inicial (...)”*. Também no Acórdão do Tribunal de Contas n.º 38/2011, de 20/12/2012, 1.ª Secção/PL, Processo n.º 42/2011-FP/SRATC, se lê que *“a renovação do contrato obriga à celebração de novo contrato (porventura, de forma automática), ainda que nos termos do primitivo”*.

Na esteira de LINO TORGAL²⁵, a renovação *“equivale à reconstituição, no termo do prazo e em iguais moldes ou próximos, do complexo obrigacional inscrito no contrato inicial; no âmbito da renovação surge uma nova relação contratual [com clausulado eventualmente diverso do inscrito no contrato original]”*.

Aqui chegados, cumpre fazer a contraposição entre prorrogação e renovação²⁶.

FREITAS DO AMARAL faz esta distinção entre prorrogação e renovação. De facto, para este autor a renovação correspondente à *“outorga de um novo título jurídico ao mesmo sujeito, com o mesmo objeto, e, em princípio, com as mesmas condições do título anterior ou semelhantes”*²⁷.

Em suma, a renovação contratual equivale à reconstituição, no termo do prazo e em iguais moldes ou próximos, do complexo originalmente inscrito no contrato inicial, ao passo que a prorrogação contratual se prende na mera modificação do prazo da vigência do contrato inicial, e que procede antes do termo deste.

²⁴ ANA PRATA, *in* “Dicionário...”, *op. cit.*, pág. 848.

²⁵ Cfr. LINO TORGAL, *“Prorrogação...”*, *op. cit.*, pág. 259.

²⁶ São alguns os autores que entendem que a eventual imprecisão delimitativa daquelas noções verifica-se, inclusivamente, no Código dos Contratos Públicos. Neste sentido vide JORGE ANDRADE DA SILVA, FREITAS DO AMARAL

²⁷ Cfr. FREITAS DO AMARAL, *“A utilização do domínio público pelos particulares”*, Coimbra, 1965, pág. 204.

2.2. Duração do contrato.

Outro aspecto importante, e que se revela fundamental na questão da prorrogação do prazo dos contratos públicos por estarem intrinsecamente ligados, prende-se com o tempo de duração dos contratos públicos.

Como já referimos, a prorrogação traduz-se numa modificação ao contrato, nomeadamente quanto a um dos seus elementos base – o prazo de vigência do mesmo. E concluímos também que o alargamento por um certo período de tempo do prazo de vigência estipulado aquando da celebração do contrato se traduz numa modificação das cláusulas contratuais do contrato.

Desta forma, mantém-se a relação contratual por um mais um determinado período de tempo, sendo a prorrogação apenas um alargamento do prazo contratual sem que para isso exista um novo contrato.

De facto, aliada à questão da prorrogação do prazo de vigência do contrato, está naturalmente a questão do prazo de vigência dos contratos públicos; na verdade, o tempo de duração do contrato revela-se um elemento indispensável no âmbito da relação contratual – e com especial relevância no ramo do direito administrativo e da contratação pública, razão pela qual é entendido que nenhum contrato público pode ser celebrado por tempo indeterminado²⁸.

A razão de ser deste ponto é muito simples: em primeiro lugar, perceber quais os limites temporais máximos fixados na parte III do CCP e aflorar o princípio da temporalidade aqui subjacente; e em segundo, demonstrar que a questão da prorrogação do prazo é autonomizável da do limite temporal de duração dos contratos.

²⁸ Não obstante não existir previsão legal no sentido de proibição de celebração de contratos por tempo indeterminado. A este propósito, o *Acórdão Presstext* do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 19/06/2008, Processo C-454/06 refere que “(...) há que recordar que a prática que consiste em celebrar um contrato público de serviços por tempo indeterminado é, em si, incompatível com o sistema e a finalidade das regras comunitárias em matéria de contratos públicos. Tal prática pode ter por efeito, a prazo, entravar a concorrência entre os potenciais prestadores de serviços e impedir a aplicação das disposições das directivas comunitárias em matéria de publicidade dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos. Todavia, o direito comunitário, no seu estágio actual, não proíbe a celebração de contratos públicos de serviços por tempo indeterminado” (cfr. ac. cit., pág. 9).

Impõe-se um primeiro esclarecimento quanto ao tipo de contratos que estão aqui abrangidos. Naturalmente, quando falamos em limites temporais dos contratos públicos estamos a cingir-nos aos contratos de execução duradoura, pois é apenas em relação a estes que a questão da durabilidade dos contratos se pode colocar²⁹.

Posto isto, começamos por esclarecer que o CCP não estabelece um limite legal, geral e absoluto, para a duração dos contratos públicos; essa determinação, nos casos em que existe, varia consoante os tipos de contrato em causa.

De facto, o CCP estabelece de forma expressa, na sua parte III, limites temporais para os contratos administrativos aí regulados^{30, 31}

O artigo 410.º, n.º 1, do CCP prevê um prazo máximo de 30 anos para os contratos de concessão de serviços públicos e de obras públicas (assim como para contratos afins, por via do artigo 430.º), ao passo que para os contratos de aquisição e locação de bens móveis e de aquisição de serviços o prazo máximo estabelecido é de 3 anos; findo este prazo, a entidade adjudicante está obrigada a abrir novo procedimento concursal. No entanto, este prazo máximo de 3 anos não se aplica caso se verifique a situação prevista no artigo 440.º, n.º 1³², abrindo a possibilidade

²⁹ No caso dos contratos de execução instântanea esta questão não se levanta, apenas quanto aos contratos de fornecimento contínuo se coloca este problema.

³⁰ Limites supletivos de duração do prazo do contrato.

³¹ Outra questão interessante quanto a este tema, mas que não iremos desenvolver por não se enquadrar no objecto do presente estudo, prende-se com o (considerável) número de contratos públicos hoje em vigor celebrados antes de 29 de Julho de 2008, a data de entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 18/2008, que aprovou o CCP, e aos quais não se aplicam as disposições relativas ao limite máximo de vigência dos contratos públicos. Esta solução foi expressamente determinada pelo legislador no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008; o artigo 16.º, sob a epígrafe “aplicação no tempo”, estabelece o seguinte: “o Código dos Contratos Públicos só é aplicável aos procedimentos de formação de contratos públicos iniciados após a data da sua entrada em vigor e à execução dos contratos que revistam natureza de contrato administrativo celebrados na sequência de procedimentos de formação iniciados após essa data, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 18.º” (n.º 1); e no seu n.º 2 “o Código dos Contratos Públicos não se aplica a prorrogações, expressas ou tácitas, do prazo de execução das prestações que constituem o objecto de contratos públicos cujo procedimento tenha sido iniciado previamente à data de entrada em vigor daquele”

³² O n.º 1 do artigo 440.º do CCP estabelece que “o prazo de vigência do contrato não pode ser superior a três anos, incluindo quaisquer prorrogações expressas ou tácitas do prazo de execução das prestações que constituam o seu objecto, salvo se tal se revelar necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objecto do contrato ou das condições da sua execução”.

de existir um prazo superior caso se *“revelar necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objecto do contrato ou das condições da sua execução”*.³³

De notar ainda que este limite máximo para a duração dos contratos, previsto pela lei (CCP), é aferida *“incluindo qualquer prorrogação”*.

No entanto, o CCP apenas prevê nestas duas situações um limite máximo para a duração dos contratos, não estabelecendo nenhum limiar geral, como aliás acontece no ordenamento português (nomeadamente no âmbito do CCP), também no direito da União Europeia não existe uma regra geral que proíba a celebração de contratos administrativos por tempo indeterminado. A falta de uma disposição neste sentido não significa a total liberdade no âmbito da contratação pública para a celebração de contratos com duração indeterminada ou ilimitada.

Na esteira de JOÃO PACHECO DE AMORIM, *“(…) se não há uma regra limitadora estrita nesta matéria para os contratos públicos em geral, o facto é que a celebração de um contrato público sem um qualquer limite temporal é incompatível com o princípio da concorrência (comunitário e nacional) e também, no direito administrativo português, com o princípio da prossecução do interesse público”*³⁴.

Partilhamos da opinião do Autor, quando a este propósito refere que a administração não pode ter nas suas mãos a possibilidade de celebrar contratos por tempo indeterminado. De facto, ao *“eternizarem as relações contratuais”* os contraentes estariam não só a por em causa os princípios pelos quais se rege a contratação pública, como estariam também em violação do próprio direito da UE, cujo foco na protecção da concorrência é cada vez maior.

Neste sentido, os próprios princípios da concorrência e da prossecução do interesse público impõem que os contratos públicos não sejam celebrados com uma duração ilimitada ou indeterminada, sendo comum falar-se, a este propósito, num *princípio da temporalidade*. Quer isto significar que os contratos públicos

³³ O CCP consagra assim um critério de relação entre o prazo fixado para o contrato e o investimento; seja nas concessões, cfr. artigo 410.º, n.º 1, onde se lê *“o prazo de vigência do contrato é fixado em função do período de tempo necessário para amortização e remuneração (...) do capital investido pelo concessionário”*; seja nos contratos de abastecimento ou compras públicas, cfr. artigo 440.º, n.º 1, cujo critério é o da necessidade ou conveniência de um prazo máximo superior, tanto em função *“da natureza das prestações objecto do contrato”* como *“das condições da sua execução”*.

³⁴ JOÃO PACHECO DE AMORIM, in *“O princípio...”*, op. cit., pág. 23.

também eles se regem por este princípio, implícito no direito comunitário (e português), segundo o qual os contraentes não podem celebrar contratos públicos por tempo indefinido, de forma a que possa por em causa toda a lógica concorrencial e de abertura ao mercado subjacente ao regime da contratação pública.

Ainda a este propósito, o autor acima citado reitera a: “(...) *indispensabilidade da determinação de um limite máximo ou absoluto (ou quase absoluto) para a vigência dos contratos públicos, findo o qual se torna imperativa a abertura de um procedimento concursal (...)*”³⁵

No mesmo sentido, o Acórdão do Tribunal de Contas n.º 20/10, de 1 de Junho de 2010, processo n.º 108/2010, justifica a incompatibilidade da celebração de contratos por tempo indeterminado com os próprios objectivos subjacentes ao procedimento concursal, afirmando que “(...) *é este imperativo de equilibrar a protecção do interesse público com a protecção da concorrência que justifica que se afirme e defenda que a celebração de **contratos públicos** de serviços com uma **duração excessiva ou indeterminada** é, em si, **incompatível com o sistema e a finalidade das regras comunitárias em matéria de contratos públicos** e que se tenha consagrado no Código dos Contratos Públicos que o prazo de vigência dos contratos de aquisição de serviços não deve, por princípio, ser superior a três anos*”³⁶.
(sublinhado nosso)

No entanto, os limites temporais dos contratos públicos não se podem confundir com a possibilidade de prorrogação do prazo dos mesmos³⁷. No primeiro caso, o contrato é celebrado sem prever um tempo limite para a sua duração, por um prazo indeterminado ou indefinido, o que conforme acabámos de ver não é possível nos termos da legislação nacional e comunitária em vigor. No segundo, o prazo é o mesmo desde o início ao fim do contrato, embora isso não impeça que as partes o possam alterar

³⁵ JOÃO PACHECO DE AMORIM, in “O princípio...”, op. cit., pág. 24.

³⁶ Cfr. ac. cit., pág. 17 e 18.

³⁷ Seja essa prorrogação dentro desses limites, ou para lá deles.

2.3. Modificação objectiva – Remissão.

Remetemos o tratamento deste tema para o Capítulo III, onde será objecto de análise mais aprofundada.

3. Considerações finais.

Tecidas estas considerações iniciais, e mais à frente nos serão úteis, propomos agora uma síntese do que foi dito no presente capítulo.

Deste modo, as conclusões que podemos desde já retirar³⁸ e que, aliás, são consensuais na doutrina e na jurisprudência, são as seguintes:

- i) Em primeiro lugar, é indiscutível que o CCP consagra limites temporais máximos para a vigência dos contratos públicos; assim como é indiscutível que não obstante a inexistência de uma disposição expressa nesse sentido, a lógica subjacente às regras da contratação pública (quer por via das Directivas Comunitárias, quer por via da jurisprudência) não permitem a celebração de contratos públicos por tempo indeterminado ou ilimitado;
- ii) Em segundo lugar, é de referir que este limite temporal máximo constitui, por si só, um entrave à prorrogabilidade dos contratos públicos.
- iii) Vimos também que a prorrogação do prazo de duração do contrato público constitui uma modificação ao contrato, uma vez que a prorrogação se consubstancia na alteração das cláusulas contratuais relativas ao prazo de vigência do contrato.
- iv) Por último, cumpre lembrar que a própria lei (veja-se, o CCP) acolhe, em várias disposições, a possibilidade de prorrogação do prazo contratual dos contratos públicos, pelo que essa possibilidade não se discute³⁹.

³⁸ Sem prejuízo destas questões serem desenvolvidas mais à frente.

³⁹ No entanto, o facto de ser indiscutível que o CCP acolhe a possibilidade de prorrogação do prazo dos contratos não quer significar que essa prorrogação possa ter lugar a todo o tempo e sob qualquer fundamento, como aliás veremos no capítulo seguinte.

CAPÍTULO II - DA ADMISSIBILIDADE LEGAL DO INSTITUTO DA PRORROGABILIDADE NOS CONTRATOS PÚBLICOS, EM ESPECIAL NA RELAÇÃO COM A CONCORRÊNCIA

Chegados a este ponto, propomo-nos agora abordar a questão da admissibilidade legal da figura da prorrogação contratual, nomeadamente os requisitos, condições e limites que se possam colocar, especialmente à luz dos princípios que norteiam a actividade contratual pública, em especial o princípio da concorrência.

No capítulo anterior, mais concretamente no ponto 2.2., analisámos os limites temporais máximos de duração dos contratos públicos, conforme previsto no CCP, pelo que cabe agora aprofundar outros limites relacionados com o instituto que nos propomos a estudar, não só quanto à legitimidade de prorrogação do prazo dos contratos públicos, como quanto aos princípios subjacentes à contratação pública que a prorrogação poderá por em causa.

4. Da admissibilidade do instituto da prorrogação.

Neste ponto pretendemos aprofundar a questão da admissibilidade da prorrogação nos dos contratos públicos, pelo que nos propomos a responder a algumas questões que se levantam sobre o tema, nomeadamente: *Em que termos podem ocorrer as prorrogações dos contratos públicos? E com que fundamentos? É imperioso que o clausulado do contrato preveja a possibilidade de prorrogação dos mesmo? São válidas as disposições do caderno de encargos e das cláusulas contratuais que prevejam que a prorrogação ocorra de forma tácita?*

Antes de mais importa referir que este tema apenas começou a ser abordado pela nossa doutrina e jurisprudência mais recentemente, pelo que não existe uma posição coesa e uniforme quanto a esta questão.

Contudo, propomos iniciar a nossa análise do tema de forma mais prática, e recorrendo a um Acórdão do Tribunal de Contas, de 17/12/2012, “*chave*” para o tema da prorrogação que aqui nos ocupa.

4.1. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 5/2012, de 17/12/2012, processo n.º 1855/2011 – “Case Study”.

Propomos a introdução ao tema – da prorrogação – recorrendo, num primeiro momento, à jurisprudência do Tribunal de Contas (doravante, abreviadamente, TdC), nomeadamente através da análise do “*famoso*”⁴⁰ Acórdão n.º 5/2012, de 17/12/2012, da 1.ª Secção/SS, processo n.º 1855/2011, que transitou em julgado em 08/03/2012.

Resumidamente, neste processo está em causa a celebração de um “*acordo*” para prorrogação do prazo de vigência do contrato de prestação de serviços⁴¹ celebrado entre o *Instituto de Financiamento da Agricultura e Pesca, I.P.* (doravante *IFAP*) e as empresas denominadas “*ITS – Indústria Transformadora de Subprodutos, S.A.*” e “*Luis Leal e Filhos, S.A.*” (doravante *Empresas*), acordo este subscrito em 28/12/2011.

A factualidade é simples: o *IFAP* e as *Empresas* em consórcio celebraram no dia 03/07/2009 um contrato de prestação de serviços que tinha por objecto “*a aquisição de serviços de recolha de animais mortos na exploração, no transporte para o matadouro e na abegoaria, bem como o respetivo tratamento e eliminação, no âmbito do Sistema de Recolha de Cadáveres Animais [SIRCA]*”⁴², e com um período de vigência de 2 (dois) anos, ou seja, entre 01/07/2009 e 30/06/2011. Em 02/02/2011, mediante Resolução do Conselho de Ministros, foi autorizada a abertura de concurso público, tendo em vista o termo da vigência do contrato; contudo, apenas foi apresentada a concurso uma proposta, a qual excedia em quase 50% o valor do preço base submetido a concurso, o que determinou a sua exclusão. Entre o período de 01/07/2011 e 31/12/2011 as *Empresas* continuaram

⁴⁰ A utilização desta expressão tem uma razão de ser: não existe auto ou referência bibliográfica que não faça referência a este Acórdão do TdC a propósito do tema da prorrogação contratual.

⁴¹ Cfr. “Contrato de prestação de serviços n.º 09/IFAP/082”.

⁴² Cfr. ac. cit., pág. 2.

a prestar o serviço contratado ao IFAP. Ora, o IFAP recorrendo-se do princípio da defesa do interesse público, e da “*emergência administrativa*” (que não permitiu o recurso à via procedimental prevista na lei), utilizou como fundamento a necessidade de regularizar os serviços já executados e o facto de “*perante a circunstância de, em tempo útil, não ter sido concluído algum procedimento que legitimasse a aquisição de serviços de recolha de cadáveres animais no período compreendido entre 01.07.2011 e 31.12.2011, o I.F.A.P. e o consórcio empresarial constituído pela Sociedade “Luis Leal e Filhos, S.A.”, e “ITS - Industria Transformadora de Subprodutos, S.A., acordaram, em 23.09.2011, em prorrogar o contrato celebrado em 03.07.2009 [n.º 09/IFAP/082], devendo-se a este último [consórcio] o pagamento de € 7 472 000,00 [IVA incluído], como contrapartida dos serviços prestados entre 01.07.2011 e 31.12.2011”⁴³. (sublinhado nosso)*

A relevância deste Acórdão para o presente estudo é notória; aqui não só é abordada a questão da admissibilidade legal da prorrogação do contrato de prestação de serviços em causa, como ainda é analisada a legalidade da eficácia retroactiva do Acordo que determina a prorrogação da vigência do dito contrato.

Em primeiro lugar, e no que toca à questão da admissibilidade legal da prorrogação, o TdC começa por referir as disposições do CCP onde este instituto se encontra previsto, nomeadamente, nos artigos 410º; 282º CCP; e 440º do CCP. No entendimento do TdC, “*as referências legislativas citadas confirmam, assim, a admissibilidade legal da prorrogação do prazo de vigência dos contratos, incluindo os de concessão de obras públicas e de aquisição de serviços”⁴⁴ (sublinhado nosso). Esta posição é ainda sustentada com fundamento no quadro legislativo em vigor na União Europeia (UE)⁴⁵, bem como na própria doutrina e jurisprudência comunitárias, que na opinião dos doutos Juízes Conselheiros vai ao encontro deste entendimento.*

Isto permite-nos desde já tecer uma primeira conclusão: **a prorrogação do prazo dos contratos públicos é possível, i.e., é legalmente admissível pelo CCP;**

⁴³ Cfr. ac. cit., pág. 3..

⁴⁴ Cfr. ac. cit., pág. 7.

⁴⁵ Seja em referência à Directiva n.º 2004/18/CE, seja ao “*Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*”, de 30/04/2004.

contudo, desde já também adiantamos que essa prorrogação não pode ter um carácter discricionário ou ser celebrada por tempo ilimitado, antes pelo contrário, está condicionada a um conjunto de limites legais e princípios que norteiam a actividade contratual pública.

Os fundamentos para a prorrogação contratual são assim essenciais para aferir a eventual admissibilidade legal do instituto. Ora, no referido Acórdão, o TdC não deixa de abordar também esses motivos justificativos, e passando a citá-lo, *“a prorrogação da vigência dos contratos, ponderável pela Administração, não por força de algum dever contratual, mas em razão de circunstâncias que, solidamente, aconselhem a ampliação do prazo de validade inscrito no título originário, ocorrerá, em regra, a “premiar” o bom desempenho do cocontratante [bastante para se concluir que esta solução prossegue melhor o interesse público do que outra que passe pela abertura de um novo procedimento], e, por outro, a assegurar a reposição dos parâmetros consubstanciadores do equilíbrio económico-financeiro do contrato. Depara-se-nos, assim, uma prorrogação de cariz premial e uma outra de matriz compensatória”*. (sublinhado nosso)

Embora o referido Acórdão não desenvolva de forma mais aprofundada esta questão, parece-nos que os tipos de prorrogação em causa, são também eles próprios fundamentos que podem estar na base da prorrogação contratual.

Contudo, o TdC limitou-se a elencar aqueles dois tipos de prorrogação como fundamento da mesma, pelo que apenas referiu o que ficou acima transcrito, não tecendo qualquer outro juízo sobre o alcance dos fundamentos, ou sobre a eventual existência de algum outro (ou outros), perante os quais pudesse ocorrer uma prorrogação do prazo de vigência contrato.

Por outro lado, o Tribunal parece ter dado uma maior relevância à questão de saber se a previsão da prorrogação contratual no clausulado do contrato é ou não necessária como condição para a sua verificação; parece existir assim uma maior preocupação quanto aos pressupostos formais da prorrogação.⁴⁶

⁴⁶ Quanto a esta questão, o entendimento do Tribunal aponta no sentido segundo o qual será efectivamente necessária a previsão contratual da prorrogação, utilizando como fundamento uma

Deste modo, o TdC estabelece assim uma **primeira condição para a verificação da prorrogação do prazo dos contratos públicos, a necessidade de previsão contratual**⁴⁷.

Por outro lado, e ainda que o faça subtilmente e na linha da sua posição quanto à obrigatoriedade de previsão contratual, o TdC acaba por delimitar outra condição da prorrogação contratual, ao referir que a prorrogação está contratualmente prevista como forma de dar cumprimento aos princípios da contratação pública conforme cosignados no CCP – princípio da concorrência, da igualdade, da transparência.

Neste sentido, o referido Acórdão profere que *“(…) diremos que a previsão da prorrogação da vigência contratual, para além de dever constar nas peças do procedimento e subsequente clausulado contratual, só poderá ocorrer em ambiência fáctica excecional e indutora de indiscutíveis vantagens económicas, financeiras e sociais para a Administração Pública. Em suma, a “renúncia ao mercado” no prazo inicialmente previsto, porque balizado por lei e princípios que exigem aplicação não vacilante, reclama, também, justificação exhaustiva e inequívoca.”* (sublinhado nosso).⁴⁸

Este excerto que acabámos de transcrever é fundamental para percebermos os fundamentos e motivos justificativos que podem levar a uma prorrogação do prazo de vigência do contrato, bem como os interesses que estão em jogo e que se contrapõem na *balança*; de facto, só perante «*indiscutíveis vantagens económicas, financeiras e sociais para a Administração Pública*» é que se poderá justificar a «*renúncia ao mercado*». Ou seja, apenas numa situação em que seja inegável as vantagens da prorrogação do prazo de duração do contrato é que se pode justificar a ausência de se submeter aquele contrato a um novo procedimento concorrencial.

vez mais as disposições do CCP, nomeadamente os artigos 97.º, n.º 2; e 410.º, n.º 2, pelo facto das normas utilizarem a expressão “contratualmente prevista”, o que no seu entendimento quererá significar que a possibilidade de prorrogação está dependente da respectiva previsão contratual.

⁴⁷ No entendimento secundado pelo Tribunal, a não inclusão da possibilidade de prorrogação no clausulado do contrato e das peças procedimentais pode determinar que o processo de formação do contrato assumia contornos diversos, uma vez que os interessados em participar no procedimento não dispunham nesse momento desse elemento referente à questão da prorrogação, o que poderia determinar uma posição diversa daquela que fora tomada.

⁴⁸ Cfr. ac. cit., pág. 9.

Assim, podemos retirar uma segunda condição estabelecida pelo TdC para a verificação da prorrogação do prazo dos contratos públicos, o respeito pelos princípios de contratação pública.

Voltando ao caso em apreço, e tendo em conta que não existia no clausulado do contrato de prestação de serviços celebrado entre o IFAP e as Empresas uma cláusula que previsse a possibilidade de prorrogação do prazo daquele, o Tribunal entendeu que, por esse motivo, não poderia haver lugar à prorrogação pelo que o Acordo de prorrogação celebrado não seria válido.⁴⁹

Nas suas conclusões, começa por abordar a dificuldade de classificar aquele Acordo de um ponto de vista jurídico⁵⁰, embora essa classificação se revele indiferente, pois acaba por concluir pela inexistência de fundamento legal do Acordo, por falta de previsão contratual, e como tal não só infringe o disposto no artigo 1.º, n.º 4 do CCP, como viola os limites impostos pelo artigo 313.º do mesmo Código⁵¹. Acrescenta ainda que, embora a previsão contratual seja um factor determinante quanto à admissibilidade de uma eventual prorrogação, e passando a citar-se, *“(…) carece, obviamente, de adequada fundamentação, a qual, segundo a lei e doutrina autorizada, assentará na pertinência da implementação do reequilíbrio económico-financeiro do contrato, na confiança gerada pelo cocontratante [por forma a concluir que a prorrogação/renovação é preferível à abertura de um novo procedimento], e, em qualquer dos casos, na demonstrada salvaguarda do interesse público e vantagem para o Estado-Administração”*.⁵²⁻⁵³

Por outro lado, a observância do princípio da concorrência é recorrentemente abordado pelo TdC ao longo da sua exposição, como um dos factores essenciais a

⁴⁹ O TdC aponta no sentido segundo o qual o contrato de prestação de serviços se extinguiu na data prevista, pelo que, não prevendo qualquer possibilidade de prorrogação, utiliza o argumento que não é possível prorrogar um contrato já extinto.

⁵⁰ Também aqui é discutido se aquele Acordo se traduziria na prática numa renovação ou numa prorrogação, com a devida distinção de conceitos nos moldes feitos no presente estudo no tema anterior, embora o Tribunal acabe por não optar por nenhuma dessas configurações jurídicas.

⁵¹ No artigo 313.º do CCP está patente o princípio da concorrência como limite à modificação do contrato, pelo que desde já percebemos que, ainda que de forma subentendida, a prorrogação do prazo do contrato poderá por em causa este princípio.

⁵² Cfr. ac. cit., pág. 14.

⁵³ Este Acórdão aborda ainda uma segunda questão, relacionada com a retroactividade dos efeitos do Acordo para a prorrogação da vigência do contrato, do qual não nos ocuparemos aqui pelo facto de extravassar o âmbito do presente estudo.

ter em consideração aquando da admissibilidade da prorrogação do prazo de vigência do contrato, pelo que retomaremos a ele mais adiante.

O Acórdão do Tribunal de Contas em análise, é assim um óptimo ponto de partida como forma de delinear os pressupostos e condições de admissibilidade do instituto da prorrogação da vigência dos contratos públicos, razão pela qual podemos desde já tecer algumas conclusões:

- a) Em primeiro lugar, parece indiscutível que a prorrogação do prazo de vigência dos contratos públicos não só é possível, como é legalmente admissível, conforme decorre dos artigos 282º; 410º; e 440º, todos do CCP;
- b) Ainda que legalmente admissível, o TdC parece ter estabelecido um conjunto de condições para que a prorrogação da vigência contratual se possa verificar, nomeadamente a necessidade da sua previsão no clausulado contratual e nas respectivas peças do procedimento;
- c) Outra condição para a prorrogação está relacionada com os limites da modificação do contrato público: o respeito pelos princípios que regem a contratação pública;
- d) Por fim, deve existir uma adequada fundamentação para que a prorrogação possa operar, i.e., os motivos que podem estar na base daquela estão relacionados com o reequilíbrio económico-financeiro do contrato, embora se encontrem também delimitados pelos princípios da actividade contratual pública.

4.2. Condições e requisitos da prorrogação do prazo de vigência do contrato.

Cumpre-nos agora analisar a posição da doutrina portuguesa sobre esta questão, desde já com a indicação de que, além de ser um tema ainda pouco abordado, não

existe uma posição maioritária e consensual sobre os fundamentos e mecanismos da prorrogação⁵⁴.

Assim, iremos agora ver a abordagem destes autores quanto à admissibilidade da prorrogação, assim como a necessidade de previsão contratual, bem como iremos abordar outras questões que estes autores levantam, tais como: *i)* a validade das disposições no caderno de encargos e nas cláusulas contratuais, bem como a sua determinação na previsão da prorrogação do prazo do contrato; *ii)* a possibilidade de prorrogação tácita; *iii)* os fundamentos da legitimidade da prorrogação (requisitos negativos e positivo na esteira de LINO TORGAL); *iv)* os mecanismos de prorrogação do contrato (em concreto, a forma das declarações das partes); *v)* entre outros.

4.2.1. Da previsão da prorrogação no caderno de encargos e nas cláusulas contratuais.

A primeira questão que devemos ver respondida prende-se com a própria **validade das disposições no caderno de encargos e nas cláusulas contratuais que prevêm a possibilidade de prorrogação do prazo** de vigência do contrato público.

Pese embora LINO TORGAL se reporte às concessões típicas aquando da sua análise quanto a esta matéria⁵⁵, a verdade é que o autor passa a ideia, segundo a qual, a disposição na cláusula contratual que prevê a possibilidade de prorrogação deve definir de forma “*precisa*” e “*restrita*” os pressupostos da sua verificação, sobretudo por imposição dos princípios da prossecução do interesse público, da concorrência, da igualdade, da transparência e da protecção de interesses legalmente protegidos de terceiros. Ou seja, para este autor, não só existe a necessidade de previsão da prorrogação no clausulado do contrato e caderno de

⁵⁴ Aqui serão abordadas sobretudo as posições de JOÃO PACHECO DE AMORIM e de LINO TORGAL, por ser os dois autores que até hoje mais se debruçaram sobre a questão da prorrogação do prazo dos contratos públicos; regra geral, a doutrina administrativa tende a cingir-se ao tema da modificação objectiva dos contratos administrativos, e não tanto à questão da prorrogação em específico.

⁵⁵ Vide LINO TORGAL, “*Prorrogação...*”, op. cit., pág. 242 e ss..

encargos, com a identificação prévia dos pressupostos da mesma, como existe a necessidade de fundamentação expressa da declaração que a determine.

Por sua vez, JOÃO PACHECO DE AMORIM não partilha da mesma posição do autor referido supra; no seu entendimento, e passamos a citar, “(...) o imperativo da observância (...) de todos esses princípios no momento da determinação da prorrogação (ou não prorrogação) do contrato não postula a previa exigência de uma rígida fixação dos pressupostos da dita prorrogação no caderno de encargos e no próprio clausulado contratual. Por um lado, porque tais pressupostos (e fins) estão já por definição suficientemente prefigurados não apenas na lei (em abstracto), mas também e sobretudo (e em concreto) na decisão de contratar e demais atos procedimentais (...). E por outro lado, porque nada deve obstar a uma prorrogação (...) do contrato «à luz do interesse público actual» (ainda que dentro dos limites legais, regulamentares e contratuais que se acaba de referir) – flexibilidade mínima essa que é postulada pelo princípio da autonomia contratual pública e que seria indubitavelmente posta em causa por uma rígida predeterminação (regulamentar e contratual) dos pressupostos da prorrogação”⁵⁶. (sublinhado nosso)

No mesmo sentido, JOANA LOUREIRO desconsidera como pressuposto da prorrogação, a necessidade de previsão no clausulado do contrato dessa possibilidade⁵⁷.

4.2.2. Da prorrogação tácita.

Também relacionado com a admissibilidade e/ou validade (e determinação) das cláusulas que prevêm a prorrogação, está a questão da **prorrogação tácita**, que se traduz na possibilidade de prorrogação quando não exista uma declaração expressa da outra parte nesse sentido.

Desde já importa clarificar, quanto à figura das prorrogações tácitas, que estará em causa uma situação de prorrogação do contrato público que irá operar de “*forma automática*”, eventualmente em virtude de uma disposição do caderno de encargos

⁵⁶ JOÃO PACHECO DE AMORIM, in “O principio...”, op. cit., págs. 36 e 37.

⁵⁷ Sobre esta posição, cfr. 5.1 do presente estudo.

e/ou das cláusulas contratuais que prevejam a possibilidade de prorrogação do prazo do contrato.

Tal como o nome revela, a prorrogação tácita é aquela que opera de forma “automática”, isto é, “(...) na ausência de qualquer pronúncia formal e expressa em contrário e comunicada à outra parte segundo um procedimento ou um prazo de antecipação prescritos; basta, pois, para o efeito, o “silêncio” e a passagem “normal” do tempo”⁵⁸. Deste forma, o que ocorre é um “prolongamento” ou uma “extensão” dessa relação jurídica, não existindo uma nova manifestação de vontade pelas partes, mas sim o mesmo contrato inicial, o qual irá perdurar por mais um determinado período de tempo.

Assim, questão diferente da validade das cláusulas é a de saber qual o valor atribuído ao silêncio das partes no caso do contrato se prorrogar em razão do decurso natural do tempo, sem declaração expressa nesse sentido.

Para JOÃO PACHECO DE AMORIM, e no seguimento da sua argumentação segundo a qual não existe uma necessidade de definição precisa e restrita dos fundamentos da prorrogação no próprio clausulado do contrato (aquando da previsão desta), é legítima a prorrogação tácita do contrato no momento em que se coloca a questão de prorrogar ou não prorrogar o contrato.

Para tal considera que se deve verificar, de forma objectiva, o preenchimento de um conjunto de requisitos – positivos e negativos – os quais devem sempre obedecer e respeitar os princípios da contratação pública. Para tal, os requisitos negativos que este Autor identifica são: *i*) a irrelevância do interesse (financeiro) do cocontratante na respectiva efectivação da prorrogação; e *ii*) a inexistência de um histórico de incumprimentos de obrigações legais e contratuais por parte do contraente privado. Por sua vez, como requisito positivo, elenca *iii*) a existência de uma razão de interesse público (suficientemente forte) para que o princípio da prossecução do interesse público prevaleça sobre os princípios da concorrência e da transparência (e que à partida apontariam no sentido contrario, ou seja, da não prorrogação).

⁵⁸ JOÃO PACHECO DE AMORIM in “O princípio...”, *op. cit.*, pág. 31.

Ou seja, para JOÃO PACHECO DE AMORIM as razões de interesse público (e financeiras) podem prevalecer sobre os restantes princípios da contratação pública, nomeadamente o princípio da concorrência, embora apenas mediante o preenchimento cumulativo dos requisitos acima identificados.

De facto, concordamos com este Autor ao referir que, no momento em que o contraente público vai decidir sobre a eventual prorrogação do contrato, tem o dever de proceder a uma prévia avaliação do contraente privado, que se traduz no dever de: *i)* avaliar globalmente o desempenho do contraente privado; e *ii)* fazer um balanço das vantagens e desvantagens da eventual prorrogação do contrato (sempre à luz dos princípios da contratação pública)⁵⁹.

Contudo, o Autor não deixa de considerar que o dever de respeito pelos princípios da contratação pública é uma mera conduta que subsiste na esfera da administração pública, não tendo uma incidência jurídica directa na relação contratual estabelecida entre os contraentes público e privado; conseqüentemente, o dever de observância desses princípios, no seu entender, também não releva no momento da declaração de prorrogação ou não prorrogação do contrato (seja esta tácita ou expressa). Neste sentido, refere o Autor que *“(...) não é pois «de per si» causa de invalidade de uma prorrogação contratual tácita o não ter sido esta antecedida do cumprimento pelo contraente público dos ditos deveres”*⁶⁰. A ocorrer uma prorrogação tácita, a causa que poderia estar na base dessa invalidade seria, para JOÃO PACHECO DE AMORIM, a não verificação do preenchimento cumulativo daqueles requisitos (negativo e positivo) acima identificados.

Por sua vez, LINO TORRAL considera que impende sobre o contraente público um dever de expressa fundamentação da sua declaração prorrogatória, razão pela qual se afigura para o citado autor inválida a figura da prorrogação tácita.

Quanto à prorrogação tácita para JOÃO PACHECO DE AMORIM *“(...) não há justificação suficiente para que este tipo de exigências se projete na relação contratual, transformando no fundo a declaração negocial do contraente em matéria*

⁵⁹ Vide JOÃO PACHECO DE AMORIM, *“O princípio...”*, op. cit., págs. 37 e 38.

⁶⁰ JOÃO PACHECO DE AMORIM, *“O princípio...”*, op. cit., pág. 38.

*de prorrogação num ato administrativo com especiais exigências de forma e procedimento*⁶¹.

Por outro lado, também o CCP prevê, em algumas disposições, a figura da prorrogação tácita do contrato, nomeadamente no artigo 440.º, n.º 1 e, ainda, no artigo 16.º, n.º 2 do Diploma que aprovou o CCP⁶².

É nesta medida que LINO TORRAL defende a “*excepcionalidade*” da figura da prorrogação tácita; desde logo com base no argumento segundo o qual o CCP apenas previu essa figura naqueles dois casos em particular, não tendo optado por o fazer em mais nenhum outro preceito do Código, nomeadamente no n.º 2 do artigo 410.º do CCP, razões que levam este Autor a fundamentar a existência de uma diferença de regimes consoante o tipo de contrato em causa – não sendo esta figura, à partida, permitida nos contratos de concessão, e de o ser nos contratos de fornecimento, de locação, de bens móveis e de aquisição de serviços⁶³.

Contudo, para JOÃO PACHECO DE AMORIM “*(...) não é possível (...) recorrer na análise destes preceitos do Código dos Contratos Públicos à falível interpretação à contrario... para daí retirar uma tão relevante restrição aos poderes da entidade adjudicante de conformação das peças do procedimento e à autonomia contratual pública!*”⁶⁴.

Este autor prossegue a sua argumentação recorrendo ao regime previsto no Código de Procedimento Administrativo (CPA) quanto aos actos tácitos praticados pela Administração Pública e quanto à possibilidade de atribuir ao seu silêncio uma valoração positiva, *i.e.*, ser atribuído ao silêncio da Administração o valor de uma decisão expressa. Com base nesta linha argumentativa, JOÃO PACHECO DE AMORIM reforça a importância do valor atribuído ao silêncio no ramo do direito administrativo, razão pela qual utiliza o argumento segundo o qual poderá existir

⁶¹ JOÃO PACHECO DE AMORIM, “*O princípio...*”, op. cit., pág. 61.

⁶² D.L. n.º 18/2008, de 28 Janeiro.

⁶³ Este Autor faz uma interpretação *a contrario* com base nos fundamentos aqui elencados, entendendo que no caso dos contratos de concessão de obras públicas, o prazo deve ser concretamente determinado em razão do tempo necessário para que o concessionário possa amortizar e remunerar os investimentos realizados, vide artigo 410.º, n.º 1 do CCP.

⁶⁴ JOÃO PACHECO DE AMORIM, “*O princípio...*”, op. cit., pág. 40.

uma prorrogação do contrato público a operar de forma tácita, uma vez que “*pelo simples facto de não haver exteriorização da vontade, não se pode falar de um dever de fundamentação expressa, nem de um vício formal que resulte da falta dela*”⁶⁵.

E conclui ainda: “*(...) no caso de um contrato prever a necessidade de uma “denúncia” formal para fazer cessar (...) a respectiva vigência, sob pena de uma sua prorrogação automática por determinado período de tempo, operada “ipso jure”, então nesse caso a dita prorrogação resulta (pode resultar) não de um “ato expresso” (bilateral ou não), mas antes da mera passagem de tempo e da inicial (autonomia da vontade vertida na) configuração da relação contratual*”⁶⁶.

Ora, o contraente público tem a faculdade de: *i)* acordar expressamente com o contraente privado a prorrogação do contrato (por acto bilateral); *ii)* faculdade de prévia declaração unilateral expressa nessa sede.

De facto, somos da opinião que a prorrogação tácita é legalmente admissível; por um lado, a lei faz a distinção entre prorrogação expressa e tácita; e, por outro, caso exista previsão no clausulado do contrato no sentido da possibilidade de prorrogar o prazo do mesmo – sem prejuízo dos limites a que está adstrito – não vemos porque o possa fazer apenas mediante declaração expressa e fundamentada.

4.2.3. Da admissibilidade da prorrogação para além dos limites temporais máximos previstos no CCP.

Já vimos que as prorrogações do prazo de vigência dos contratos públicos são juridicamente possíveis; assim como vimos que existem limites temporais máximos previstos pelo CCP para a duração desses mesmos contratos.

O que procuramos agora perceber é simples: se é possível prorrogar o contrato para além desse prazo.

Perante este enquadramento, existem duas situações possíveis que importa analisar: *i)* a prorrogação do prazo do contrato ocorrer até se atingir o prazo

⁶⁵ JOÃO PACHECO DE AMORIM, “*O principio...*”, op. cit., pág. 42.

⁶⁶ JOÃO PACHECO DE AMORIM, “*O principio...*”, op. cit., pág. 45.

máximo estipulado pela lei; e *ii*) a prorrogação do prazo do contrato extravasar esse limiar.

Ora, na primeira hipótese, no caso de ter sido estabelecido um prazo inferior ao limite imposto pelo CCP e a própria prorrogação não atingir esse limite máximo, parece não se levantar o problema da prorrogação, ou pelo menos não se coloca a questão relacionada com os limites temporais máximos do contrato – uma vez que o respeito pelo limite máximo não pode significar a preterição da verificação dos restantes limites que temos vindo a elencar, conforme iremos ver de seguida.

Já quanto à segunda hipótese enunciada, verifica-se uma situação em que a prorrogação extravasa aquele limite temporal máximo previsto na lei, e é perante estas situações que os maiores problemas se podem levantar.

Começemos pela análise da primeira situação identificada, ou seja, o da estipulação no clausulado do contrato de um prazo mais curto do prazo máximo legalmente imposto, e com a previsão da possibilidade de prorrogação desse prazo até se atingir o seu limiar máximo.

Nestas situações, não tendo a Administração Pública optado por determinar um prazo global para a duração do contrato público – que atinga o limite legal imposto pelo CCP – terá sempre em aberto a possibilidade de *ou* prorrogar o prazo do contrato, *ou* denunciar o contrato por razões de interesse público, nos termos do artigo 334.º do CCP.

Para JOÃO PACHECO DE AMORIM, “(...) esta opção previamente regulada nas peças do procedimento concursal, que possibilita ao contraente público a denúncia do contrato (muito) antes de atingido o prazo máximo legalmente previsto (...), é certamente preferível, do ponto de vista dos princípios da prossecução do interesse público, da concorrência e da transparência, à alternativa (que a lei também consente, note-se) de fixação de um prazo global mais longo (de 30 anos – ou mais!) que assegure ao cocontratante as máximas segurança e conforto por todo esse período (de 30 anos ou mais).”⁶⁷ (sublinhado nosso)

⁶⁷ JOÃO PACHECO DE AMORIM, “O princípio...”, op. cit., pág. 47.

De facto, parece-nos que será muito mais benéfico e em sintonia com os princípios da contratação pública a opção de – ao invés de não prever uma prazo de duração do contrato público e, como tal, se aplicar supletivamente o prazo máximo estipulado no CCP conforme o tipo de contrato em questão – o contraente público optar pela previsão de um prazo de duração do contrato inferior àquele limite máximo imposto pela lei, e com a previsão da possibilidade de prorrogação desse prazo caso estejam preenchidos os requisitos para a sua aplicação.

Aliás, **esta será a solução mais amigável na perspectiva do respeito pelo princípio da concorrência.**

Quanto à segunda hipótese levantada, relativamente à admissibilidade de uma eventual prorrogação que exceda aquele limite máximo, LINO TORRALBA faz uma distinção consoante o tipo de prorrogação em causa, recorrendo à sua terminologia que distingue as prorrogações entre *premiais* e *corretoras*, conforme aliás já tivemos oportunidade de desenvolver no Capítulo I do presente estudo. Ora, no caso das prorrogações que qualifica como “*premiais*”, este autor considera que a prorrogação só poderá ocorrer a título excepcional (e em nome dos princípios da contratação pública); já no caso das prorrogações por si denominadas como “*corretoras*”, *i.e.*, aquelas que constituem um modo de reposição do equilíbrio financeiro, sustenta de forma “*ampla e aberta*” a possibilidade de prorrogação do prazo do contrato, com fundamento em razões de interesse público.

Este Autor chega ainda a considerar que, em caso de modificação unilateral do contrato pelo contraente público por razões de interesse público, e que gerem o direito ao cocontratante de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, existe a possibilidade de prorrogação do prazo global do contrato para lá desse limiar, para tal prevendo um novo limite máximo de 75 anos! (inspirado na figura da concessão de uso privativo).⁶⁸

⁶⁸ JOÃO PACHECO DE AMORIM considera que “*esta perspectiva não se nos afigura definitivamente equilibrada, pois os princípios da prossecução do interesse público, da concorrência e da transparência, se impõem a qualquer prorrogação limites e condições que não-de ser observados pelos contraentes públicos, terão esses limites e condições que ser (muito) severas quando se trate da hipótese de prorrogação do prazo máximo que a lei consente*”, Cfr. “*O principio...*”, *op. cit.*, pág. 50.

Para JOÃO PACHECO DE AMORIM, quanto a esta última hipótese, “(...) apenas será admissível a nosso ver uma única prorrogação e sempre circunscrita a uma só categoria de causas ou fundamentos, a saber (antecipe-se) como (único modo possível de) compensação financeira do cocontratante segundo critérios de equidade na hipótese de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias (cfr. art. 314.º, n.º 2, do CCP)”⁶⁹.

Ora, quanto à segunda hipótese levantada, relacionada com a possibilidade de prorrogação além do limite temporal máximo do contrato, desde logo percebemos que as posições adoptadas divergem bastante entre si.

Se, por um lado, LINO TORGAL aceita a possibilidade de prorrogar o prazo de vigência do contrato por mais de 75 anos(!), mas apenas se estiver em causa uma prorrogação do tipo “corretora”, *i.e.*, aquelas que têm como fundamento o interesse público e geram o direito ao cocontratante de reposição do equilíbrio financeiro⁷⁰; por outro, no caso das prorrogações premiais, considera que uma eventual prorrogação apenas pode ocorrer a título excepcional.

E, por sua vez, JOÃO PACHECO DE AMORIM apenas admite a prorrogação além desse limite temporal como forma de compensação financeira do cocontratante, segundo critérios de equidade, e na hipótese de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias.

Em suma, entendemos que no caso das prorrogações “premiais” esse limite deve sempre ser respeitado; já nas situações de prorrogação como forma de repor o equilíbrio financeiro, partilhamos do entendimento proferido por JOÃO PACHECO DE AMORIM.

4.2.4. Da declaração de prorrogação.

Chegados a este ponto, importa analisarmos a forma como pode operar a prorrogação do contrato público – ou por declaração unilateral (expressa ou tácita)

⁶⁹ JOÃO PACHECO DE AMORIM, “O principio...”, op. cit., pág. 46.

⁷⁰ Sendo que a reposição ocorre por meio da prorrogação.

do contraente público, *ou* por acto bilateral – e a eventual admissibilidade consoante a forma adoptada para cada caso em concreto.

Importa frisar que independentemente da forma como se vai operar a prorrogação, essa escolha (ou faculdade) de prorrogar nunca será livre e discricionária para o contraente público, mas sim vinculada⁷¹.

De facto, a administração está vinculada à defesa do interesse público, razão pela qual JOÃO PACHECO DE AMORIM entende estamos perante uma *“faculdade análoga ao poder discricionário”* e em especial, à chamada *“discricionarietà de decisão”*.⁷² Deste modo, não basta a (eventual necessidade de) previsão no clausulado do contrato da possibilidade de prorrogação, ou a mera invocação de que o contraente privado é cumpridor, ou, de que necessita de mais tempo para amortizar o capital investido, é também necessário assegurar o respeito e cumprimentos dos princípios pelos quais a Administração se rege em sede de contratação pública.

Também DIOGO FREITAS DO AMARAL E LINO TORGAL⁷³ entendem, a este propósito, que *“a primeira e fundamental condição de qualquer prorrogação do prazo de um contrato público, é o facto de nisso convir o interesse público”*.

Ou seja, é inegável que uma das **condições** para se verificar a **prorrogação** do prazo dos contratos públicos é o facto dessa **opção** ser a que **melhor serve o interesse público**.

E conseqüentemente importa perceber quais os motivos fundados no interesse público que podem justificar e/ou admitir a possibilidade de prorrogação do prazo do contrato público.

De facto, conforme confirma JOÃO PACHECO DE AMORIM, *“(…) não basta como vimos a mera constatação do bom desempenho do cocontratante para se justificar a prorrogação do contrato. A tal fator tem que crescer um específico e positivo*

⁷¹ Isto porque, mesmo nos casos de modificação por acto administrativo, *i.e.*, unilateralmente, a Administração está vinculada aos fundamentos e limites legais da modificação, assim como aos princípios pelos quais rege a sua actividade.

⁷² Cfr. JOÃO PACHECO DE AMORIM, *“O principio...”*, op. cit., pág. 50.

⁷³ DIOGO FREITAS DO AMARAL e LINO TORGAL, *“Estudos sobre Concessões e outros Actos da Administração”*, Almedina, 2002, pág. 531.

*imperativo de interesse público (...)*⁷⁴. Nesta lógica, o autor identifica um conjunto de hipóteses a que se possa reconduzir estas situações nas quais se justifique a prorrogação com base no interesse público, e que passamos a enunciar – ainda que de forma breve – de modo a clarificar estas mesmas situações num enquadramento mais prático.

Nestes termos, os quatro exemplos identificados pelo autor supra citado, como situações perante as quais se justificaria a prorrogação do prazo do contrato, como concretização de um interesse público, são os seguintes que se passam a enunciar:

- a) A primeira hipótese seria o caso do contraente público conseguir, mediante acordo com o contratante privado e na sequência da prorrogação, uma *“redução das prestações contratuais postas a concurso, que adapte o contrato à atual época de austeridade”*;
- b) A segunda hipótese identificada, prende-se com a possibilidade que se encontra prevista no artigo 280.º, n.º 3 do CCP, ou seja, no caso do contraente público proceder a uma modificação unilateralmente do contrato por razões de interesse público, que gere o direito do cocontratante à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, sendo que essa reposição do equilíbrio financeira se pode verificar mediante prorrogação do prazo de vigência das prestações ou da vigência do contrato.
- c) Outra hipótese identificada por este autor será ainda a do *“contraente público se preocupar com o melhoramento do serviço explorado pelo contraente privado (...) conseguindo por exemplo que o contraente privado (i) deixe de lhe cobrar determinados serviços, (ii) amplie serviços já prestados (iii) preste novos serviços pelo mesmo preço ou ainda (iv) altere a favor do contraente público a fórmula contratual de revisão de preços (...)*^{75,76}

⁷⁴ Cfr. JOÃO PACHECO DE AMORIM, *“O principio...”*, op. cit., pág. 52.

⁷⁵ Cfr. JOÃO PACHECO DE AMORIM, *“O principio...”*, op. cit., pág. 54.

⁷⁶ Uma outra hipótese ainda identificada pelo autor, mas que referimos aqui por se relacionar com as concessões de serviços públicos e não ser o objecto primordial do presente estudo, prende-se com a situação de haver necessidade de reversão dos bens do contraente privado e não ser financeiramente possível ou conveniente, para o concedente, o dispêndio da quantia necessária para resgatar tais bens.

Para este autor, não obstante ser imprescindível a verificação de uma razão de interesse público para a verificação de uma eventual prorrogação – ainda que dentro do limite temporal máximo previsto pelo CCP – a existência de situações excepcionais já não será pressuposto para a sua verificação.

No entanto, este não é o entendimento consagrado no Acórdão do Tribunal de Contas n.º 5/2012, de 17/02/2012, conforme acima tivemos oportunidade de analisar. Pelo que neste contexto, o autor aproveita ainda para tecer algumas considerações – ou melhor, críticas – quanto à posição adoptada pelo tribunal no referido Acórdão, em especial quanto ao carácter excepcional em que a prorrogação poderá ocorrer⁷⁷. Em plena discordância com a opinião aí vertida, JOÃO PACHECO DE AMORIM não vê razões para subordinar a prorrogação do prazo contratual a circunstâncias “*excepcionais*”, partilhando do entendimento segundo o qual bastará o respeito pelo limite temporal máximo do contrato e a prossecução do interesse público em sede de prorrogação.

Face ao exposto, percebemos que a prorrogação do contrato público tanto pode operar por declaração unilateral do contraente público (expressa ou tácita), como por acto bilateral, *i.e.*, na sequência de acordo entre as partes.

Porém, perante a análise que aqui nos importa fazer, e de um ponto de vista da protecção da concorrência, revela-se indiferente a forma como uma eventual prorrogação possa operar, uma vez que a prorrogação, enquanto prolongamento do prazo de vigência do contrato, determina o retardamento no acesso ao mercado pelas partes no contrato, o que pode colidir com os princípios da transparência, igualdade de acesso ao mercado, e concorrência, pelo que a forma como a prorrogação opera afecta de igual modo estes princípios.

5. A Prorrogação e o Princípio da Concorrência.

⁷⁷ Refere-se, mais concretamente, ao conteúdo da página 9 do referido Acórdão, onde se pode ler que “(...) a previsão da prorrogação da vigência contratual, para além de dever constar nas peças do procedimento e subsequente clausulado contratual, só poderá ocorrer em ambiência fáctica excepcional e indutora de indiscutíveis vantagens económicas, financeiras e sociais para a administração pública”.

Propomo-nos agora a tecer algumas considerações quanto à possibilidade de prorrogação, mas tendo como referência única e exclusivamente o princípio da concorrência.

Ao longo do presente estudo temos vindo a falar da concorrência e do **dever de respeito pela concorrência**; contudo, não foi dado ainda a este princípio o especial destaque que ele merece, pelo que, o que nos propomos a fazer de seguida é aflorar o seu significado e previsão no CCP.

Sem querer desenvolver o tema que é objecto do capítulo seguinte, e pelo facto dos temas se encontrarem intrinsecamente interligados, não podemos no entanto deixar de fazer uma breve referência quanto à localização sistemática onde este se encontra inserido, e quanto à questão da modificação objectiva dos contratos públicos.

5.1. O princípio da concorrência

O dever de respeito pela concorrência vem previsto no CCP, mais precisamente no artigo 313.º, n.º 1, no qual se lê que a modificação não pode “*configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência*” ora garantida pelo procedimento pré-contratual. De facto, no artigo 313.º, n.º 1 do CCP está patente a ligação entre a modificação do contrato e a protecção da concorrência.

Ora, disposição acima mencionada – veja-se o artigo 313.º, n.º 1 – encontra-se sistematicamente localizada no capítulo do CCP referente à modificação objectiva do contrato.

Desde logo decorre daquele preceito que a protecção da concorrência é garantida pela própria lei portuguesa⁷⁸. Esta vinculação ao respeito pela concorrência, prevista também no n.º 2 daquele preceito, está também de certo modo ligado à obrigação de transparência prevista no artigo 315.º do CCP, e tem como *ratio* a

⁷⁸ Esta expressa referência à concorrência no CCP, vem por influência do direito e jurisprudência comunitárias, que mais recentemente têm vindo a adoptar o respeito pela concorrência como um dos limites à possibilidade de prorrogação dos contratos públicos. Podemos inclusivamente afirmar que o CCP, de forma vanguardista e visionária, inseriu esta disposição no texto do CCP, quando nem a própria Directiva Comunitária o exigia.

preservação de circunstâncias de igualdade na concorrência, funcionando como garantia do procedimento pré-contratual.⁷⁹

Como já temos vindo a concluir, uma eventual prorrogação, a verificar-se, traduz-se na preterição dos contraentes em recorrerem aos procedimentos pré-contratuais, conforme previstos no CCP – em virtude da manutenção daquele contrato por via do alargamento do seu período de vigência. Ora, isto tem as suas implicações podendo afectar a concorrência por várias vias.⁸⁰

De facto, existem outros princípios em sede de contratação pública – que não o princípio da prossecução de interesse público – que merecem de igual forma a nossa atenção, e que por isso devem ser tidos em consideração e como tal não podem ser esquecidos, nomeadamente os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência.

Ora, tendo presente o que já inicialmente começámos por adiantar, *i.e.*, que a prorrogação do prazo do contrato se pode traduzir numa modificação do contrato⁸¹, é lógico podermos referir que os limites à modificação do contrato serão igualmente aplicáveis perante uma situação de prorrogação do prazo de vigência de um contrato público.

De forma a podermos situar o princípio da concorrência em sede de contratação pública, é importante referir que a tradicional doutrina da modificação dos contratos públicos se centrava sobretudo na relação contratual entre as partes (contraente público e privado). Contudo, esta lógica foi-se invertendo, em especial

⁷⁹ Ainda assim, importa fazer referência à ressalva prevista no artigo 313º, n.º 2: “*salvo quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem*”. Quanto a estes contratos de natureza duradoura, o que se justifica precisamente pela natureza do contrato, não faz sentido exigir que o mesmo fique eternamente “*preso*” aos termos do procedimento pré-contratual.

⁸⁰ Na verdade, o retardamento no acesso ao mercado pelas partes no contrato, pode colidir não só com o princípio da concorrência, como também com os princípios da transparência, igualdade de acesso ao mercado, entre outros.

⁸¹ Mas que admitimos de forma cautelosa, pois conforme teremos oportunidade de ver no Capítulo seguinte, e atendendo ao caso concreto, a prorrogação poderá não ser enquadrada na modificação do contrato (por alteração de uma das cláusulas essenciais do contrato, nomeadamente o tempo de duração do contrato) mas sim como um novo contrato.

por influência do direito e jurisprudência comunitária⁸², que veio fazer com que os princípios de contratação pública, principalmente o princípio da concorrência, tivessem uma projecção e importância que até então não se verificava. Estes princípios deixaram de ter relevo apenas na fase pré-contratual, passando também a ter relevância no momento da execução dos contratos, especialmente em sede de modificação dos contratos públicos.⁸³

Deste modo, e por imposição destes “novos” princípios da contratação pública, a modificação dos contratos públicos têm conhecido novos limites e uma protecção cada vez mais apertada, sendo que o enfoque subjacente à limitação dessa possibilidade de modificação, evoluiu de uma perspectiva de defesa do contraente privado para a defesa de princípios da contratação pública – como o princípio da concorrência, da transparência, da igualdade – princípios estes que têm vindo a ganhar relevo, e cuja importância se pode balizar ao mesmo nível do (anteriormente prevalecente) princípio da prossecução do interesse público.

A protecção do interesse da concorrência é assim um dos limites à modificação dos contratos públicos – um limite autónomo da modificação e que naturalmente tornará a possibilidade da sua verificação *ainda* mais exigente no contexto actual.

Acresce ainda que à luz dos princípios da contratação pública, e em especial do princípio da concorrência, a possibilidade de prorrogação do prazo do contrato poderá por em causa *“a confiança daqueles particulares que esperavam que, no termo do período inicialmente definido, fosse lançado novo concurso”*⁸⁴.

⁸² E em função dos próprios princípios e objectivos a que a União Europeia se propôs, nomeadamente o seu interesse na consolidação de um mercado aberto e de livre concorrência, assim como na construção de um mercado comum.

⁸³ Isto significa que existem efectivamente limites à modificação dos contratos – e tanto a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, como o princípio do respeito pelo objecto do contrato denotam o enfoque que a defesa do contraente privada passou a ter na relação contratual (no caso de modificação unilateral imposta pelo contraente público). No entanto, além destes limites à possibilidade de modificação do contrato, têm sido chamados à colação, mais recentemente, novos limites à modificação, e cujo enfoque já não está tanto na tutela do interesse dos contraentes (ou do contraente privado), mas sim na protecção dos interesses comunitários, como a construção de um mercado comum, livre e aberto à concorrência, e cuja orientação fez com que o princípio da concorrência ganhasse uma nova relevância no seio da contratação pública, e em particular como limite à modificação dos contratos públicos.

⁸⁴ JOÃO PACHECO DE AMORIM, *“O principio...”*, op. cit., pág. 57.

De facto, conforme tivemos oportunidade de analisar anteriormente a propósito das condições a verificar no instituto da prorrogação, a doutrina tem admitido como condição (uma delas), a necessidade de previsão da possibilidade de prorrogação do contrato no seu clausulado e no caderno encargos, sendo aliás essa a posição adoptada pelo Tribunal no Acórdão do TdC analisado supra⁸⁵. Na realidade, com base nos princípios acima elencados, consegue compreender-se a *ratio* deste entendimento, pois só assim todos os interessados poderão conhecer as regras procedimentais a que está sujeita a formação daquele contrato e assim decidir em conformidade, sem surpresas quanto à eventual modificação do mesmo *a posteriori*^{86,87}

Neste sentido, LINO TORGAL entende que a justificação para a existência de uma condição desta natureza é simples, uma vez que “(...) não sendo a hipótese de prorrogação do prazo do contrato «de antemão conhecida de todos os interessados (...) é razoável admitir-se que poderiam ter ocorrido diferenças no procedimento de formação do contrato», circunstância que, à luz do princípio da concorrência, basta para vedar a admissibilidade da prorrogação na falta da respectiva previsão nas peças do procedimento”⁸⁸.

Naturalmente que a esta condição, acresce ainda a necessidade de respeitar os limites máximos de duração dos contratos públicos, conforme estabelecidos pelo CCP e anteriormente desenvolvido.

Conforme tivemos oportunidade de ver quando analisámos o citado Acórdão do TdC, não podemos deixar de recordar que o Tribunal entendeu recusar o visto prévio a um “acordo para prorrogação do prazo de vigência do contrato de prestação de serviços” precisamente com o fundamento da falta de previsão da prorrogação no clausulado do contrato e nas peças do procedimento.

⁸⁵ Cfr. o Ponto 4.1. do presente estudo.

⁸⁶ Como também já foi referido, a duração do contrato é um elemento essencial dos contratos públicos, pelo que a possibilidade de alteração do prazo inicialmente estipulado para determinado contrato deve ficar previsto de forma a que todos os interessados tenham acesso a todos os elementos essenciais que estão na base daquele procedimento.

⁸⁷ Como condição prévia, tem igualmente sido referida, em especial pela jurisprudência comunitária, (veja-se o Acórdão do TJUE *Brescia Spa/Comune Di Rodengo Saiano*) a necessidade de existência de um procedimento pré-contratual concursal sob o qual o contrato público tenha sido estabelecido.

⁸⁸ Cfr. LINO TORGAL, “A prorrogação...”, op. cit., pág. 234.

Também no *Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA*⁸⁹ é proferido entendimento semelhante, nos termos do qual ficou previsto que a entidade adjudicante é obrigada a prever expressamente a possibilidade de prorrogação no contrato, caso não o faça *“não pode modificar, seja em que fase do processo for, as condições do concurso, sob pena de violar o princípio da igualdade de todos os proponentes, bem como o da transparência”*.⁹⁰

Porém, para LINO TORRAL, não basta uma mera previsão da possibilidade de prorrogação no clausulado do contrato para que ela possa operar; no seu entender, é necessária uma *“suficiente densificação”* dos termos das disposições do caderno de encargos e da cláusula contratual que contemplam essa prorrogação.

De facto, a doutrina não é consensual quanto ao pressuposto da necessidade de previsão da prorrogação no contrato e/ou nas peças do procedimento, especialmente na forma como essa condição se deve verificar, de que forma e em que termos.

Contudo, esta posição adoptada pelo Tribunal tem a sua razão de ser; se atendermos ao momento em que essa decisão foi proferida e ao enquadramento legal à data da mesma é possível depreender o motivo que lhe está subjacente. Por outro lado, importa recordar que o regime actualmente em vigor (o CCP) não era aplicável àquele contrato, *“pelo que se compreende que o TC tenha entendido que a prorrogação, para ser permitida, teria que estar expressamente prevista no contrato. E isto porque o CPA não continha nenhuma disposição específica reguladora da reposição do equilíbrio financeiro; o que (...) não acontece no CCP, que elege a prorrogação do prazo como uma das possíveis formas de efectivar o direito à reposição do equilíbrio”*.⁹¹

⁸⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de União Europeia, de 29/04/2004, Processo C-496/99.

⁹⁰ Neste acórdão afirmou-se ainda que quando tenha sido expressamente prevista a possibilidade de modificação das condições do contrato, a entidade adjudicante pode afastar-se *“das modalidades essenciais estipuladas, (...) aplicando condições diferentes das inicialmente estipuladas”*, de forma a que todos os interessados tenham desde o início conhecimento dessa possibilidade, ficando assim em pé de igualdade no momento aquando da apresentação de propostas.

⁹¹ JOANA DE SOUSA LOUREIRO, in *“A modificação do contrato administrativo à luz do princípio da concorrência: uma análise sob a perspectiva do direito da UE”*, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVII, 2011, págs. 986 e ss..

A autora acima citada, JOANA LOUREIRO, partilha ainda da opinião segundo a qual este argumento do Tribunal não seria válido se, àquele caso, se aplicasse o CCP. E neste sentido, “(...) no que concerne ao argumento da imprevisibilidade da prorrogação, este só é procedente na medida em que ao contrato ainda não se aplica o CCP, e na legislação anterior não havia previsão expressa no sentido de a prorrogação ser um modo de efectuar a reposição do equilíbrio financeiro”.⁹²

Ora, não sendo à data do Acórdão aplicável o regime legal actualmente em vigor, compreende-se a posição adoptada pelo Tribunal, preocupado em salvaguardar os interesses dos cocontratantes e de terceiros (potenciais concorrentes), aos quais não tinha sido dado a conhecer essa possibilidade de prorrogação do prazo de vigência do contrato, e que é um dos elementos a ter em conta pelas partes no momento de decisão.

Acrecente-se ainda que, quanto ao contrato em apreço, não só a prorrogação não era ainda prevista como uma forma de reposição do equilíbrio financeiro do contrato (na sequência de uma modificação por razões de interesse público), como não existia uma previsão semelhante à do actual artigo 282.º, n.º 6 do CCP, na qual se dispõe que “a reposição do equilíbrio financeiro não pode colocar qualquer das partes em situação mais favorável que a que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido, não podendo cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou eram inerentes ao risco próprio do contrato” (sublinhado nosso).

5.2. Prevalência do princípio da prossecução do interesse público sobre o princípio da concorrência?

Temos vindo a analisar ao longo do presente estudo os vários fundamentos ou condições a verificar no caso de uma prorrogação do prazo de vigência do contrato público, e vimos também as várias posições adoptadas pela doutrina quanto aos termos da sua admissibilidade.

⁹² JOANA DE SOUSA LOUREIRO, “A modificação...”, op. cit., pág. 987.

Todavia, o cerne da questão, *i.e.*, os fundamentos que em tanto fazem divergir a opinião destes autores quanto à possibilidade de prorrogação ou não (e quanto à admissibilidade da prorrogação tácita), parecem estar sempre relacionados com o respeito pelos princípios de contratação pública, sobretudo com a questão da *alegada* prevalência (ou não) do princípio da prossecução do interesse público sobre os restantes princípios, em especial o princípio da concorrência.

Efectivamente, é fundamental para o procedimento concursal o respeito pelos princípios da contratação, e não apenas do princípio da prossecução do interesse público, que até há pouco tempo tendia a prevalecer sobre os demais. Na verdade, a orientação da doutrina e jurisprudência mais recente tem alterado a clássica percepção do direito administrativo e do regime da contratação pública, pelo que o princípio da prossecução do interesse público deixou de prevalecer (de forma inquestionável) sobre os restantes princípios subjacentes à actividade contratual pública, nomeadamente os princípios da concorrência, transparência e igualdade.

Estes últimos princípios enunciados acabam por demonstrar a importância que a protecção do **interesse de terceiros** começou a ganhar, e que inicialmente não era tida em consideração.

Numa perspectiva evolutiva, importa referir que, num primeiro momento, a tónica acentava sobretudo nas partes do contrato, ou seja, na protecção dos interesses do contraente público e do cocontratante⁹³ sendo que, só num segundo momento, também por influência do direito e jurisprudência comunitária, é que o interesse de terceiros começou a ser objecto de protecção. De facto, no caso de prorrogação do prazo de vigência do contrato, é legítima a expectativa de terceiros ⁹⁴ de se apresentarem a um novo concurso, uma vez que as condições deste se alteraram.

A este propósito, veja-se o Acórdão *Pressetext*⁹⁵ que, quanto à questão da limitação ao poder de modificação unilateral pela administração, denota uma “(...) *tendência para conferir uma primazia à protecção da concorrência sobre a protecção do*

⁹³ Contudo, se quisermos ser mais precisos, importa frisar que inicialmente apenas o interesse do contraente público era objecto de protecção; e só numa fase posterior se alargou essa protecção aos interesses do cocontratante, visto como a “*posição mais fraca*” na relação contratual.

⁹⁴ Isto quer sejam reais ou potenciais concorrentes.

⁹⁵ *Acórdão Pressetext*, Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 19/06/2008, Processo C-454/06.

interesse público. A acontecer, é neste novo arranjo que terá de se compreender o recuo do poder unilateral de modificação, que, nessa medida, poderá constituir também um recuo na prossecução do interesse público”.

A doutrina mais recente sublinhou também que nas situações em que um contrato é precedido de um procedimento pré-contratual, a sua modificação está submetida aos limites decorrentes do princípio da igualdade, imparcialidade, tutela da confiança e da própria exigência de um procedimento concorrencial, assente nos princípios da publicidade e da concorrência. Ou seja, os elementos que serviram de base ao procedimento pré-contratual definem o objecto do contrato, não sendo permitido que o contrato a celebrar tenha por objecto uma realidade diferente daquela que foi objecto de um procedimento pré-contratual.

Assim, devem ser sempre ponderados todos os interesses em jogo, e balizados os princípios da prossecução do interesse público e da concorrência. É neste contexto que JOÃO PACHECO DE AMORIM reconhece que os princípios da concorrência, transparência e igualdade “(...) têm vindo a assumir uma crescente importância, e cujo sentido regulatório, (...) aponta à partida para a não prorrogação. (...) E o mesmo se diga, claro, dos interesses reflexos dos potenciais concorrentes em controlar a actuação do contraente público e em ver correspondidas as suas legítimas expectativas de se apresentarem a um novo concurso, interesses e expectativas que em tais princípios radicam.”⁹⁶

Ou seja, os princípios em matéria de contratação pública revelam-se fundamentais para o tema a que agora nos propomos analisar, e no caso das modificações do contrato público e da prorrogação do prazo dos contratos, torna-se preponderante que sejam sempre tidos em consideração.⁹⁷ Dito isto, facilmente se depreende que os requisitos e condições para a verificação da prorrogação do prazo do contrato são cada vez mais apertados.

⁹⁶ JOÃO PACHECO DE AMORIM, “O princípio...”, op. cit., pág. 62.

⁹⁷ No entanto, para JOÃO PACHECO DE AMORIM, “(...) não significa que essa relação de pertinência que tais princípios (...) tenham necessariamente e sempre que prevalecer sobre os princípios «concorrentes» da autonomia contratual pública, da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses legalmente protegidos do cocontratante”, cfr. “O princípio...”, op. cit., pág. 62.

JOÃO PACHECO DE AMORIM conclui, em crítica ao Acórdão do Tribunal de Contas analisado nos seguintes termos: “(...) *sublinhe-se, por fim, e à luz do que se tem vindo a explicitar, a ilegitimidade da recente moda ou tendência de alguma opinião doutrinária e jurisprudencial lusa «mais papista que o Papa» (leia-se, do que o Tribunal de Justiça da União Europeia), no sentido de dispensar esta imprescindível ponderação, pela colocação a priori de todo o peso no lado da protecção do princípio da concorrência, em sistemático detrimento dos demais princípios que se apresentem em concurso com aquele, nomeadamente dos princípios da prossecução do interesse público e do respeito pelo direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares.*”⁹⁸

Ou seja, para este autor os princípios devem ter todos os mesmo peso na balança – e atrevemo-nos ainda a acrescentar que, a haver algum princípio prevalecente para este autor, seria o princípio da prossecução do interesse público. De facto, conforme vimos anteriormente, JOÃO PACHECO DE AMORIM justifica a legitimidade da prorrogação do prazo de vigência do contrato com base em razões de interesse público; este autor chega inclusivamente a agrupar diversas categorias (ou razões) justificativas para a prorrogação do prazo dos contratos, dando alguns exemplos de forma a melhor ilustrar essas razões justificativas, que passamos de seguida a elencar⁹⁹:

- a) Em primeiro lugar, identifica como pressuposto da prorrogação o seu vínculo ao princípio da prossecução do interesse público, que se deve concretizar num interesse público actual e justificativo da prorrogação.
- b) Como segunda causa, e ainda relacionada com o interesse público, o autor identifica os casos em que a prorrogação ocorre como consequência da modificação unilateral do contrato imposta pelo contraente público, pelo que a prorrogação se verifica como consequência dessa modificação, e enquanto forma de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, mecanismo previsto no artigo 314.º, n.º 1 alínea b) do CCP¹⁰⁰.

⁹⁸ JOÃO PACHECO DE AMORIM, “*O princípio...*”, op. cit., pág. 64.

⁹⁹ JOÃO PACHECO DE AMORIM, “*O princípio...*”, op. cit., pág. 64 e ss..

¹⁰⁰ O CCP prevê ainda no artigo 282.º, n.º 3 outros mecanismos de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, sendo a prorrogação apenas um deles.

- c) Por fim, a terceira hipótese levantada pelo autor, prende-se com o recurso ao mecanismo da prorrogação do contrato nas situações de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias; *seja* uma alteração imputável ao contraente público mas adoptada fora do exercício dos seus poderes de conformação contratual, *seja* como forma de atribuir uma compensação financeira segundo critérios de equidade caso a alteração não seja imputável ao contraente público (ambas as hipóteses reguladas no artigo 314º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, do CCP).

De forma resumida, são estas as três causas legítimas da prorrogação identificadas pelo autor. De qualquer modo, para que se possam verificar, não quer isso significar que os restantes limites sejam descurados, e que aliás já demos por assentes, tais como o respeito pelo limite temporal máximo de duração dos contratos públicos, cujo limiar está inclusivamente previsto na lei, mais precisamente no CCP.

É neste sentido que JOÃO PACHECO DE AMORIM refere que “(...) *uma vez atingido esse limite temporal máximo ou absoluto, não será mais possível, a nosso ver, qualquer prorrogação fundada, directa ou indirectamente, no interesse público. Assim, um contrato cujo limiar temporal máximo haja sido atingido, apenas poderá ser objecto de prorrogação em circunstâncias excepcionais, mais concretamente como modo de proporcionar ao cocontratante uma compensação financeira equitativa na hipótese apenas de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias – e tão só, sublinhe-se, se essa alteração não for imputável a uma decisão adotada no exercício dos poderes do contraente público de conformação da relação contratual.*”¹⁰¹

Em suma, não obstante o respeito pelo princípio da prossecução do interesse público ser o princípio legitimador para a verificação de uma eventual prorrogação, é o princípio da concorrência que serve de fundamento à sua posição segundo a qual o contrato não poderá ser prorrogado para lá do limite temporal máximo do contrato – nem mesmo com fundamento no próprio interesse público

¹⁰¹ JOÃO PACHECO DE AMORIM, “O princípio...”, op. cit., pág. 66.

ou como forma de reposição do equilíbrio financeiro¹⁰², uma vez que essa possibilidade de prorrogação não pode ficar “nas mãos e ao sabor” da vontade do contraente público, não sendo possível a sua extensão caso o limite temporal máximo tenha sido já ultrapassado.

6. Considerações finais

Em suma, se tivermos em consideração o respeito pelo princípio da concorrência – e se a título meramente académico o levarmos ao extremo – percebemos que a forma como ocorre a modificação, seja de forma unilateral ou bilateral, não tem qualquer relevância pois qualquer uma delas afectará a concorrência.

Por outro lado, vimos que quanto às condições de prorrogação, a posição adoptada por LINO TORRAL diverge da posição de JOÃO PACHECO DE AMORIM.

Desto modo, o primeiro autor entende como sendo pressupostos da prorrogação: *i)* a necessidade de prévia especificação dos pressupostos da prorrogação no clausulado do contrato e caderno de encargos; e *ii)* o dever de expressa fundamentação do contexto no qual ocorre a declaração de prorrogação¹⁰³.

A este propósito e em discordância com o defendido pelo referido Autor, JOÃO PACHECO DE AMORIM não partilha da mesma opinião¹⁰⁴, referindo como pressupostos: *i)* a previsão (nas peças do procedimento e no clausulado do contrato) da possibilidade de prorrogação do prazo contratual e termos em que a

¹⁰² Vide op. cit., pág. 67 e ss.

¹⁰³ Razão pela qual facilmente se depreende a posição do citado Autor quanto à possibilidade de prorrogação tácita; na verdade, para este Autor, impende um dever de expressa fundamentação da decisão de prorrogar o prazo do contrato – dever que em tudo se torna incompatível com a forma tácita dessa declaração, razão pela qual desconsidera a sua admissibilidade. Utiliza como fundamentos para defender a sua posição a salvaguarda do interesse de terceiros e a defesa dos princípios gerais da concorrência, transparência e segurança jurídica.

¹⁰⁴ JOÃO PACHECO DE AMORIM refuta os argumentos de LINO TORRAL referindo que, em relação ao argumento *i)* (da prévia especificação dos pressupostos da prorrogação), estaria a ser posto em causa o princípio da autonomia contratual pública, assim como a restringir a própria actuação da administração, que ficaria impedida de ponderar todos os elementos em jogo naquele caso concreto e assim tomar a melhor solução à luz do interesse público actual; já em relação ao argumento *ii)* (do dever de expressa fundamentação da declaração prorrogatória), aquele Autor reforça a ideia segundo a qual a possibilidade de uma prorrogação tácita não significa necessariamente a violação dos princípios da contratação pública, em particular dos princípios da transparência, bastando para este Autor, conforme foi já por nós referido, a verificação de determinados requisitos, nomeadamente: o “*bom comportamento*” do contraente privado durante a execução do contrato e a existência de uma razão de interesse público para que este princípio prevaleça sobre os restantes.

mesma pode ocorrer; *ii*) o bom desempenho anterior do contraente privado¹⁰⁵; *iii*) a existência de uma forte razão de interesse público que aponte no sentido da prorrogação.

Tendemos a aderir, parcialmente, à posição de JOÃO PACHECO DE AMORIM quanto a esta questão. De facto, a decisão de prorrogar deve acentar em fundadas razões de interesse público, que naturalmente devem ter em consideração o desempenho do contraente privado. Contudo, o bom desempenho não pode justificar o protelamento “em exagero” do prazo de duração do contrato; neste sentido, também o princípio da concorrência deve ser tido em consideração – aliás, o respeito por este princípio é um imperativo da prossecução do interesse público – pois o recurso ao mercado pode determinar a adjudicação de uma melhor proposta, i.e., uma proposta mais vantajosa ao contrante público.

¹⁰⁵ Isto é, a inexistência de situações de incumprimento do contrato.

CAPÍTULO III - DA RELAÇÃO ENTRE PRORROGAÇÃO E MODIFICAÇÃO DO CONTRATO

7. Do Instituto da Modificação Objectiva do contrato.

No Capítulo anterior tivemos oportunidade de concluir que as prorrogações dos contratos públicos são juridicamente possíveis, desde que se verifiquem os seus pressupostos de aplicação e sejam respeitados os limites temporais máximos de duração dos contratos, tal como previsto pelo CCP. Vimos também o papel que a doutrina e jurisprudência tiveram e que em muito contribuiu para o aprofundamento deste instituto.

Perante este enquadramento, cumpre agora analisar a relação que se verifica entre o instituto da prorrogação dos contratos públicos e a modificação.

A relação que se verifica entre prorrogação e modificação não é novidade; de facto, ao longo do presente estudo temos vindo por diversas vezes a fazer referência à prorrogação como forma de modificação do contrato público.

Assim, o que nos propomos agora analisar de forma mais aprofundada é precisamente esta questão da modificação e a sua relação com a prorrogação do contrato público. Como tal, pretendemos ver respondidas um conjunto de questões, tais como: *A prorrogação consubstancia uma modificação ao contrato? Assumindo que sim, essa modificação altera a essência do contrato, como se fosse um novo contrato? As modificações consistem numa alteração substancial dos termos do contrato inicial? Se sim, estamos perante um novo contrato, distinto do que foi celebrado, e como tal sujeito a novo procedimento concursal? Não estarão assim as partes obrigadas, ao abrigo do princípio da concorrência a lançar mão de um novo procedimento?*

É a este conjunto de questões que nos propomos responder de seguida.

7.1. Enquadramento

Antes de avançarmos para as questões acima enunciadas e às quais nos propomos responder, cumpre frisar que o problema da modificação dos contratos públicos surge sobretudo nas relações contratuais de longa duração.

Sabemos que a realidade em que vivemos não é estática, e como tal as circunstâncias em que a Administração fundou a decisão de contratar são susceptíveis de se alterarem com o decorrer do tempo. Aquilo que num determinado momento se apresentava como a melhor forma de prosseguir o interesse público poderá deixar de o ser durante a execução do contrato – seja porque surgem *novas necessidades de interesse público*, seja porque surgem *novas formas de levar a cabo aquelas prestações contratuais*.

É perante este enquadramento que surge o poder de modificação unilateral da Administração, uma garantia para o contraente público que tem assim o poder de modificar o contrato público por acto administrativo, sabendo que à partida o contrato poderá continuar a vigorar, sem necessidade de proceder à sua resolução¹⁰⁶.

Todavia, este poder não é discricionário e/ou ilimitado, existem limites que cumpre ao contraente público respeitar. Por outro lado, verificou-se também nos últimos anos uma alteração de paradigma¹⁰⁷, pelo que o tradicional poder de

¹⁰⁶ Isto porque que a Administração Pública tem a faculdade de modificar o clausulado dos contratos sem que para isso seja necessária a concordância do cocontratante, e consoante o que seja dictado pelo interesse público actual; obviamente que este poder não é ilimitado, pelo que a Administração apenas poderá fazer uso dele mediante determinadas circunstâncias e estando verificadas as condições da sua aplicabilidade.

¹⁰⁷ Este poder de modificação unilateral do contrato que cabe à Administração, também denominado de *ius variandi*, enquanto poder exorbitante, está previsto no artigo 302.º, alínea c) do CCP e advém precisamente do dever ao qual a Administração está incumbida, i.e., de prosseguir o interesse público (cfr. artigos 266.º, n.º 1 da CRP e 4.º do CPA). O poder de modificação unilateral pelo contraente público pode ser considerado como o poder mais significativo de conformação da relação contratual administrativa, uma vez que reconhece ao contraente público poderes e prerrogativas de autoridade para modificar unilateralmente os contratos administrativos, por razões de interesse público, desde que o objecto do contrato seja respeitado, bem como o seu equilíbrio financeiro. Nas palavras de LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, o poder de modificação unilateral do contrato “consustancia um poder, ou seja, uma situação jurídica activa, que é unilateral, ou seja, que se salda num poder potestativo e trata-se de um poder de modificação, ou seja, de um poder que implica uma alteração do objecto de regulação”. Por outro lado, o poder de modificação unilateral caracteriza-se pela sua eficácia permissiva, i.e., a de permitir modificar um

modificação unilateral do contrato público pela Administração, em prol do interesse público, e em detrimento dos restantes princípios da contratação pública é, nos dias de hoje – e por influência do Direito e Jurisprudência comunitárias – compreendido sob uma perspectiva diferente.

A ideia que pretendemos transmitir com este breve enquadramento é simples: a aceção da figura da modificação do contrato, conforme concebida tradicionalmente, *i.e.*, enquanto manifestação de um poder unilateral da administração, colocava a sua tónica na posição do cocontratante enquanto “*parte mais fraca*” na relação contratual.

No entanto, num momento posterior, a posição do cocontratante foi ganhando uma nova importância na relação contratual; tanto a doutrina e jurisprudência, como a própria legislação, começaram a focar a sua atenção e preocupação na posição do cocontraente e nos seus interesses. É perante este cenário que são definidos novos **limites ao exercício do poder de modificação unilateral do contraente público**, nomeadamente **i) o princípio da intangibilidade do objecto do contrato**, e **ii) o respeito pelo equilíbrio financeiro do contrato**.

Por um certo período de tempo, o enfoque estava exclusivamente na protecção dos interesses das partes no contrato, existindo uma preocupação em conciliar os interesses do contraente público e do cocontratante de forma mais equilibrada e paritária.

Por sua vez, a modificação unilateral do contrato pela administração foi perdendo o destaque que tinha até então, vendo-se confrontada com um conjunto de limites que impediam que essa modificação se concretizasse. Já nas situações em que a modificação ocorria por acordo entre as partes, não se verificava uma preocupação quanto à limitação dessa possibilidade de modificação do contrato, uma vez que a questão dos limites à modificação do contrato tinham única e exclusivamente o propósito de defesa dos interesses dos contraentes.

contrato administrativo que foi firmado por acordo de ambas as partes, o que implica uma excepção ao princípio *pacta sunt servanda*, tal como também analisámos anteriormente.

Todavia, num segundo momento, e por influência do direito da União da Europeia, a realidade veio uma vez mais a alterar-se: não apenas se alterou a forma tradicional como era compreendido o contrato administrativo, como o ramo da contratação pública foi ganhando um especial destaque¹⁰⁸.

Neste contexto, os limites ao poder de modificação do contrato começaram a ser vistos não apenas como forma de assegurar os interesses do cocontratante, mas como meio de proteger outros interesses fundamentais da actividade contratual pública e que inicialmente não eram tidos em consideração. Os interesses a que nos estamos a referir são não só os interesses de terceiros, enquanto potenciais interessados no procedimento pré-contratual, são também os próprios interesses da União Europeia, preocupados em salvaguardar um procedimento concursal que se pautou pelo respeito dos princípios da igualdade, transparência, objectividade, concorrência.

Na sequência desta posição, começou a entender-se que também a modificação por acordo das partes deveria estar sujeita a limites, e não apenas as modificações que operassem por via unilateral. Os interesses em jogo aqui protegidos deixam de ser somente os interesses dos cocontratantes, passando a salvaguardar-se outros interesses dignos de tutela do direito, como os princípios pelos quais se rege a actividade contratual pública.

Feito este breve enquadramento relativamente à evolução do poder de modificação dos contratos, essencial, a nosso ver, para uma melhor compreensão do tema do presente Capítulo, cabe agora percebermos quais os fundamentos que, nos termos da lei, podem legitimar a modificação dos contratos públicos – e consequentemente uma eventual prorrogação do prazo de vigência do contrato.

7.2. Fundamentos da Modificação

¹⁰⁸ Sobretudo por influência do direito comunitário, cujos pilares acentam na construção do Mercado Único Europeu, e no qual a concorrência assume naturalmente uma importância primordial.

Passemos agora à análise dos fundamentos que podem estar na base da modificação dos contratos públicos.

Para se verificar uma modificação do contrato público é, antes de mais, necessário que exista um fundamento legal para que essa modificação possa ocorrer¹⁰⁹. Os fundamentos da modificação objectiva¹¹⁰ do contrato encontram-se taxativamente previstos no artigo 312.º do CCP, e são dois¹¹¹, a saber: *i)* a modificação do contrato em função de uma “*alteração anormal e imprevisível das circunstâncias*”¹¹², que compreenderá as situações não imputáveis a acto do contraente público¹¹³ (cfr. artigo 312.º, alínea a) do CCP); e *ii)* a modificação por *razões de interesse público*, decorrentes de *necessidades novas* ou de uma *nova ponderação das circunstâncias existentes*, típicas da actuação unilateral do contraente público (cfr. artigo 312.º, alínea b) do CCP).¹¹⁴

¹⁰⁹ Como se sabe, no ramo do direito dos contratos vigora o princípio *pact sunt servanda*, segundo o qual os contratos devem ser pontualmente cumpridos, apenas se admitindo alterações por acordo das partes. No entanto, no direito administrativo, e uma vez que a actividade da Administração se pauta pela prossecução do interesse público, aquele princípio não é aqui aplicado de forma absoluta.

¹¹⁰ Não tivemos oportunidade de o referir de forma expressa, mas é notório que no presente estudo nos iremos debruçar exclusivamente sobre a hipótese de modificação objetiva do contrato, pois apenas essa nos interessa para o presente estudo. Nas situações de modificação subjectiva, *i.e.*, nas situações em que ocorre uma alteração dos sujeitos parte no contrato, estas questões já não se levantam, uma vez que os termos essenciais e que definem aquele contrato não se alteram, apenas as partes que fazem parte dele.

¹¹¹ Para a análise dos pressupostos objectivos do poder de modificação unilateral, é também fundamental ter presente a questão da eficácia dos princípios gerais de direito administrativo. Não obstante o princípio da prossecução do interesse público ser o princípio “*típico*” neste âmbito, não podem (nem devem) deixar de ser considerados também os princípios da legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça e boa fé da administração.

¹¹² Em regra, a alteração das circunstâncias dará preferencialmente lugar à modificação do contrato, sendo também possível a atribuição de uma compensação financeira à parte por ela onerada, segundo critérios de equidade (cfr. artigo 314.º, n.º 2). O poder de modificação unilateral não se confunde com o instituto da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias. Neste sentido, PEDRO GONÇALVES distinguia “*poder de modificação unilateral*” de “*direito à modificação do contrato*”, este último nos termos do instituto da alteração das circunstâncias previsto no art. 437º do CC.

¹¹³ E “*(...) desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*” – cfr. 2.ª parte do artigo.

¹¹⁴ Num primeiro olhar sobre o regime poderíamos ser levados a pensar que, para cada um dos fundamentos de modificação do contrato, existiria uma forma distinta de proceder a essa modificação. Ou seja, quando estivesse em causa razões de interesse público essa modificação seria feita sob a forma de acto unilateral da administração, por sua vez, nas situações de alteração das circunstâncias, a modificação seria já por acordo entre as partes ou por decisão judicial ou arbitral, tal como resulta do artigo 311.º do CCP. No entanto, não nos parece que tal raciocínio esteja correcto. Na realidade, o código prevê a possibilidade dum poder de modificação unilateral que pode ser usado na sequência de uma alteração das circunstâncias; surge-nos assim uma “*terceira via*”, no artigo 314º, n.º 1, alínea a), de certa forma híbrida, na medida em que é construída a partir

De salientar, a este propósito, é também a forma como pode operar a modificação do contrato, consoante o fundamento que lhe é subjacente. Regra geral, se a modificação ocorrer por *razões de interesse público*, em princípio irá operar por acto administrativo, *i.e.*, por iniciativa do contraente público, como manifestação do seu poder de modificação unilateral¹¹⁵, não obstante poder operar igualmente por acordo entre as partes; por outro lado, se a modificação ocorrer em razão da *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias*, esta tanto pode operar por meio de acordo das partes, como por decisão arbitral ou judicial (cfr. artigo 311.º do CCP).

Estas duas hipóteses geram situações muito distintas. No caso da *modificação por razões de interesse público* – unilateralmente imposta pelo contraente público ou por acordo entre as partes – a alteração das cláusulas contratuais geram uma *reposição do equilíbrio financeiro do contrato*; por sua vez, na hipótese de *alteração*

do instituto da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, mas dependente da actuação do contraente público ainda que fora dos seus poderes. Ou seja, o legislador prevê assim uma figura “distorcida”, ao configurar a possibilidade de uma situação de alteração das circunstâncias mas imputável à decisão do contraente público. Tendo em conta a ratio do preceito, não questionamos a importância da previsão de uma situação deste género, que de certo modo se reconduz à “velha figura” do “fait du prince”, ainda assim acreditamos que do ponto de vista da lógica e coerência do sistema teria sido mais vantajoso a escolha de outra expressão, em detrimento da “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”, que nos remete logo para o instituto típico do direito civil. CARLA AMADO GOMES identifica a figura do artigo 314.º, n.º 1, alínea a) como uma “forma de corrupção da figura da alteração anormal e imprevisível das circunstâncias”, precisamente por se aplicar a modificações “previsíveis” porque imputáveis ao contraente público, e conclui que a escolha do legislador ao prever tal figura poderia ser evitável. Ou seja, independentemente da forma como se processa a modificação, os fundamentos invocados terão de ser um dos previstos (taxativamente) no artigo 312.º do CCP.

¹¹⁵ Não podemos deixar de recordar que sempre que esteja em causa o poder de modificação unilateral pelo contraente público, o CCP determina apenas como fundamento para o seu exercício “razões de interesse público”. Quer isto significar que a Administração apenas poderá fazer uso deste “poder exorbitante” sempre que o interesse público assim o exigir, o que à partida nos poderia levar a excluir, como fundamento para o exercício do poder de modificação unilateral do contrato, a hipótese de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias. No entanto, esta não parece ser a leitura mais correcta do regime e, tal como propõe ALEXANDRA LEITÃO, “O poder de modificação unilateral da Administração também pode ser usado na sequência de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, desde que esta ponha em causa a aptidão do contrato para prosseguir o interesse público subjacente à sua celebração”, pág. 8. Na verdade, esta leitura do preceito faz todo o sentido. É lógico que o contraente público possa fazer uso deste poder de modificação unilateral, tanto na hipótese em que existe uma redefinição do interesse público, como no caso existir uma alteração das circunstâncias que torne necessária a alteração do contrato, e por ser esse o caminho que melhor permite garantir a prossecução desse interesse público. Por fim, resta acrescentar que esta interpretação não é desprovida de base legal, uma vez que no artigo 312.º, alínea b), do CCP lê-se que “o contrato pode ser modificado por razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes”, sendo que por “necessidades novas” pode entender-se a situação de alteração das circunstâncias.

das circunstâncias, a modificação opera em consequência dessas circunstâncias factuais exteriores, e que ocorrem independentemente da vontade das partes, impondo-se a modificação do contrato como forma do contrato subsistir, e como consequência dessas alterações exteriores.

Nas palavras de PEDRO GONÇALVES, no caso da modificação unilateral imposta pelo contraente público “*a modificação tem como consequência uma revisão financeira: o contraente público modifica por razões de interesse público e, com isso, perturba o equilíbrio do contrato, tendo de compensar o co-contratante (“a modificação desequilibra o contrato”)*”; no caso da modificação por força da alteração das circunstâncias, “*a modificação traduz-se, em regra, numa revisão financeira: por razões alheias às partes, o cumprimento do contrato torna-se mais oneroso para o co-contratante, que, por isso, requer a modificação (“a modificação recupera o equilíbrio do contrato”)*”¹¹⁶.

Aqui chegados – e feito este caminho com este claro propósito – estamos em posição de compreender que, para o tema a que nos propusemos e tendo em conta o âmbito do presente estudo, apenas nos interessa analisar a modificação do contrato que ocorre por razões de interesse público, pelo facto do princípio da concorrência apenas suscitar problemas nestas situações – ao contrário do que aparentemente possa acontecer nas situações de modificação por alteração das circunstâncias.

Conforme já referimos anteriormente, a modificação fundada em razões de interesse público tanto pode ocorrer por acto unilateral da administração (*ius variandi*), como por acordo entre as partes (acordo modificativo ou acordo endocontratual art. 310.º CCP).

A este propósito, JOÃO PACHECO DE AMORIM considera que “(...) é normal num contrato com maior duração (...) a modificação, ao longo da respectiva execução, das circunstâncias em que foi celebrado”, razão pela qual a lei “(...) reconhece à

¹¹⁶ PEDRO GONÇALVES, in “*A relação jurídica fundada em contrato administrativo*”, Cadernos de Justiça Administrativa n.º 64 (Julho/Agosto de 2007), pág. 40 e 41.

administração o «poder de modificar unilateralmente o conteúdo do contrato vista a ajustá-lo às novas exigências do interesse público»¹¹⁷

Este autor, a par de outros como FREITAS DO AMARAL e LINO TORGAL, entende que não só é possível, como é inevitável cumular a **prorrogação do prazo do contrato com a alteração das respectivas cláusulas**.

Por fim, cumpre esclarecer o que o CCP entende por “razões de interesse público”.

Ora, nos termos da alínea b) do artigo 312.º do CCP, percebemos que o contrato pode ser alterado por razões de interesse público decorrentes de *necessidades novas* ou de uma *nova ponderação de circunstâncias existentes*. A este propósito, e como melhor explica JOANA DE SOUSA LOUREIRO, “(...) a modificação do contrato, fora dos casos em que sucede no âmbito da alteração anormal e imprevisível, só deve ser admitida se surgirem novas necessidades que importa satisfazer por meio daquele contrato ou se, não obstante a inexistência de novas exigências, tenha ocorrido uma reavaliação das circunstâncias que serviram de base à celebração do contrato, conquanto que tal reavaliação imponha a sua modificação”¹¹⁸.

7.3. Consequências da modificação do contrato: a prorrogação como forma de reposição do equilíbrio financeiro do contrato?

As situações de modificação do contrato público fundada em razões de interesse público resultam, nos termos do artigo 314.º, n.º 1 do CCP, no “direito à reposição do equilíbrio financeiro” do contrato, precisamente como contrapartida dessa modificação – quer ela ocorra por meio de acto administrativo ou por acordo entre as partes.

Porém, o direito à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, a verificar-se, não opera automaticamente como consequência da modificação do contrato, pelo que é necessário a verificação das condições previstas no artigo 282.º do CCP, sob a

¹¹⁷ JOÃO PACHECO DE AMORIM, in “O princípio...”, op. cit., pág. 68 e 69.

¹¹⁸ JOANA DE SOUSA LOUREIRO in “A modificação...”, op. cit., pág. 960.

epígrafe “*reposição do equilíbrio financeiro do contrato*”, onde se pode ler, no seu n.º 2 que “(...) o co-contratante só tem direito à reposição do equilíbrio financeiro quando, tendo em conta a repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos nos quais o co-contratante determinou o valor das prestações a que se obrigou, desde que o contraente público conhecesse ou não devesse ignorar esses pressupostos”.

Ora, pela leitura do preceito percebemos que a lei fixa dois requisitos cumulativos para a verificação deste direito; em primeiro lugar, o facto que causa o desequilíbrio não pode resultar do risco normal do contrato; em segundo, é necessário que se verifique a alteração dos pressupostos financeiros que estiveram na base da celebração do contrato. Por último, o preceito parece ainda referir uma outra condição, nomeadamente o conhecimento desses pressupostos pelo contraente, o que desde logo acontecerá no caso destes constarem das peças do procedimento de adjudicação.

Preenchidos os pressupostos do n.º 2, a reposição do equilíbrio do contrato faz-se nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 282.º, dispondo este preceito que “(...) sendo efectuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços¹¹⁹ ou da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato.”¹²⁰ (sublinhado nosso).

Para o presente estudo não se revela fundamental a análise das várias formas de reposição de equilíbrio financeiro do contrato previstas naquele preceito, mas somente a hipótese de **prorrogação do prazo de vigência do contrato como consequência (e forma) de reposição do equilíbrio financeiro.**

¹¹⁹ Cfr. artigo 300.º do CCP.

¹²⁰ Importa referir que os n.ºs 5 e 6 do artigo 282.º dispõem ainda quanto ao valor da reposição, a qual se deve limitar (no caso de omissão contratual) ao necessário para repor o equilíbrio financeiro inicial, pelo que não pode deixar qualquer uma das partes em melhor situação do que a anterior.

Ou seja, nas situações em que a reposição do equilíbrio financeiro surge na sequência de uma alteração contratual e, conseqüentemente, como forma de restabelecer o equilíbrio do contrato.

No entanto, não obstante esta previsão, não se pode olvidar que existem limites à modificação dos contratos públicos, pelo que a reposição do equilíbrio financeiro do contrato através de uma das formas acima elencadas nunca poderá operar de forma automática e sem ponderação de todos os interesses em jogo.

Deste modo, os limites à modificação dos contratos públicos devem ser sempre tidos em consideração, razão pela qual iremos analisá-los de seguida.

7.4. Limites à modificação do contrato público.

Não obstante o que acábamos de referir, *i.e.*, que a prorrogação surge como forma de repor o equilíbrio financeiro do contrato, consequência da modificação, a verdade é que esta não deixar de estar sujeita aos limites da modificação previstos na lei.

E são estes limites à modificação que agora nos propomos analisar, com especial destaque para o limite relacionado com o respeito pela concorrência.

Antes de mais, importa referir que os limites à modificação do contrato¹²¹ tanto vigoram para os casos em que a modificação ocorre por acto administrativo, ou seja, decorrente do exercício do poder de modificação unilateral da Administração, como por acordo entre as partes (ou acordo endocontratual – conforme resulta do artigo 310.º, n.º 2)¹²².

¹²¹ Desde já cumpre fazer notar que os limites à modificabilidade do contrato foram ampliados com a entrada em vigor do CCP (cfr. artigo 313.º). No CPA apenas se encontravam previstos como limites ao exercício do poder de modificação: *i*) o respeito pelo objecto do contrato e *ii*) o respeito pelo seu equilíbrio financeiro; sendo que o CCP introduziu um novo limite, o do respeito pela concorrência, como forma de garantia da legalidade e de tutela da confiança dos concorrentes num procedimento pré-contratual. Ao contrário do que acontece no CPA, o CCP contém um Capítulo – o capítulo V (cfr. artigos 311.º a 315.º) – sobre o tema das modificações objectivas do contrato, estabelecendo as vias pelas quais se pode proceder à modificação (artigo 311.º), os fundamentos que a legitimam (artigo 312.º), os seus limites (artigo 313.º), as consequências (artigo 314.º) e, por último, o dever de transparência (artigo 315.º).

¹²² De facto, conforme já tivemos oportunidade de referir na parte introdutória deste capítulo, verificou-se uma evolução quanto à forma de proteger os interesses em jogo; se num primeiro momento o enfoque assentava na protecção do contraente público, passando num

Feita esta breve consideração introdutória, cumpre agora analisar os limites da modificação do contrato quando esta se funde em razões de interesse público. Da leitura do artigo 313.º do CCP¹²³, podemos identificar os seguintes limites: *i)* o interesse público; *ii)* a intangibilidade do objecto do contrato¹²⁴; e *iii)* respeito pelo princípio da concorrência.

Nas palavras de ESTEVES DE OLIVEIRA: *“a administração pode alterar as obrigações do cocontratante no que respeita à sua quantidade, modelo, qualidade, condições técnicas e jurídicas de execução, mas não lhe pode ordenar que passe a prestar uma actividade diferente daquela a que se comprometera”*.¹²⁵

Quanto ao limite identificado em i) – o respeito pelo interesse público.

É inegável o papel que o interesse público tem no ramo do direito administrativo; não só constitui, por um lado, fundamento para a modificação do contrato, como acaba ele próprio por ser um limite ao exercício desse poder de modificação¹²⁶.

Nestes termos, o interesse público determina que a modificação não poderá ocorrer para lá do fundamento que a justifica, *i.e.*, deve ter em conta as *novas necessidades* ou as *novas circunstâncias existentes* que estiveram na base dessa modificação, caso contrário, será considerada ilícita por *“transcender o motivo que*

segundo momento a proteger-se a posição do cocontratante, num terceiro momento, por influência do direito comunitário e dos princípios de contratação pública, torna-se importante a protecção de outros direitos igualmente em jogo e que até então eram desvalorizados em função da protecção exclusiva dos interesses dos contraentes, razão pela qual os limites à modificação do contrato são aplicados indiferentemente, quer a modificação ocorra por acto administrativo, quer ocorra por acordo entre as partes.

¹²³ O artigo 313.º do CCP, sob a epígrafe “limites”, dispõe o seguinte: “1 - A modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato. 2 - Para efeitos do disposto no número anterior, salvo quando a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo o justifiquem, a modificação só é permitida quando seja objectivamente demonstrável que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada se o caderno de encargos tivesse contemplado essa modificação. 3 - Nos contratos com objecto passível de acto administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos, o fundamento previsto na alínea a) do artigo anterior não pode conduzir à modificação do contrato por decisão judicial ou arbitral, quando esta interfira com o resultado do exercício da margem de livre decisão administrativa subjacente ao mesmo ou implique a formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa.”

¹²⁴ Ou seja, a inexistência de uma alteração substancial do contrato; nomeadamente em relação a elementos como o preço, estipulação de prazos de entrega ou finalização, e outras. Ou seja, as alterações não podem implicar uma mudança quantitativamente significativa no contrato.

¹²⁵ Cfr. ESTEVES DE OLIVEIRA, “Direito Administrativo I”, Coimbra, 1980, pág. 699.

¹²⁶ Ainda que a lei não o refira expressamente.

*a legitima*¹²⁷. A este propósito, JOANA DE SOUSA LOUREIRO acrescenta ainda que “(...) a razão de interesse público invocada pela Administração para modificar o contrato deve ser devida e expressamente fundamentada, sob pena de a modificação poder ser considerada inválida; e isto quer se trate de acto administrativo quer de um acordo modificativo”¹²⁸.

Quanto ao limite identificado em ii) – o princípio da intangibilidade do objecto do contrato.

O **princípio da intangibilidade do contrato** encontra-se previsto no n.º 1 do artigo 313.º do CCP, sendo este um dos limites da modificação do contrato administrativo, ao determinar que o objecto principal do contrato não pode ser alterado, ou as prestações principais afectadas. Na tão conhecida frase de FREITAS DO AMARAL, “a Administração pode mudar o contrato mas não pode mudar de contrato”¹²⁹. (sublinhado nosso).

O princípio da intangibilidade do objecto do contrato foi assim um dos primeiros limites a ser reconhecido pela jurisprudência, surgindo como forma de limitar o poder de modificação unilateral do contraente público e proteger o cocontratante de eventuais abusos de poder¹³⁰. Porém, e conforme já tivemos oportunidade de referir anteriormente, este limite era inicialmente aplicado apenas no caso da modificação ocorrer por acto administrativo, *i.e.*, no exercício do *ius variandi* da Administração. No entanto, com a evolução subsequente do direito administrativo – em especial da contratação pública – começou a ser considerado também nos casos em que a modificação opera por acordo entre as partes.

Este limite é também relevante por se traduzir numa forma de impedir que as partes, na vigência do contrato, defraudem as regras que se impõem às entidades

¹²⁷ JOANA DE SOUSA LOUREIRO in “A modificação...”, op. cit., pág. 963.

¹²⁸ JOANA DE SOUSA LOUREIRO in “A modificação...”, op. cit., pág. 963.

¹²⁹ Cfr. FREITAS DO AMARAL, “Curso de Direito Administrativo”, vol II, pág. 620.

¹³⁰ No que respeita aos limites à modificação do contrato, nos termos do disposto no artigo 313.º do CCP, a doutrina faz referência a dois critérios: *i*) o critério de delimitação negativa, *i.e.*, o dever de respeito pela concorrência; e *ii*) o critério de delimitação positiva, que se traduz na manutenção das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato.

adjudicantes quanto à adopção de procedimentos concorrenciais na selecção das entidades com quem contratam.¹³¹

Pese embora o princípio da intangibilidade do objecto do contrato esteja consagrado no artigo 313.º, n.º 1 do CCP, o preceito não nos dá uma definição de “*objecto do contrato*”, pelo que permanece a questão de saber o que deve ser entendido por “**objecto do contrato**”, e em que situações é que se estará a violar esse objecto com a modificação.¹³² Este foi, durante muito tempo, um tema bastante discutido pela doutrina e jurisprudência, sendo recorrente o recurso a teorias como o “*núcleo essencial*” do contrato, ou a “*alteração substancial do contrato*”.

Neste sentido, JOANA DE SOUSA LOUREIRO refere expressamente que “*(...) o contrato deve poder ser modificado, essa é, aliás, uma garantia da sua boa execução. O que é proibido, por subverter o objecto do contrato, é modificar o seu «núcleo essencial», o que se identifica com a finalidade do contrato, aquilo que levou as partes a celebrá-lo*”¹³³.

Posto isto, a questão que agora se impõe é a seguinte: qual é o núcleo irredutível do contrato que não pode ser alterado, sob pena de não estarmos perante uma modificação, mas sim uma nova adjudicação?¹³⁴

Ora, na esteira de autores como MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, o núcleo essencial (ou irredutível) do contrato será constituído pelas

¹³¹ Também relacionado com o artigo 313.º está o disposto no artigo 315.º, na medida em que uma eventual modificação do contrato em violação dos limites do 313.º equivale à celebração de um novo contrato por ajuste directo com convite a uma única entidade.

¹³² A leitura do preceito indica que a modificação “*não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato*” – consagrando, deste modo, o princípio da intangibilidade do objecto do contrato. Antes de mais, sabemos que a prossecução do interesse público é não só a razão que leva a Administração a contratar, como também, é pressuposto da utilidade desse mesmo contrato para a satisfação das necessidades dos administrados (em favor dos quais se celebrou o contrato – a óptica da função do contrato). Isto porque a manifestação do princípio da intangibilidade do objecto prende-se, precisamente, com o facto de não se dever comprometer o objecto contratual de tal forma que o co-contratante deixe de ter interesse nele ou, por outro lado, deixe de ter condições objectivas para prestar aquilo a que inicialmente se comprometeu.

¹³³ JOANA DE SOUSA LOUREIRO in “*A modificação...*”, *op. cit.*, pág. 964.

¹³⁴ LOURENÇO DE FREITAS, sobre o alcance a dar à expressão “objecto do contrato”, entende que se afiguram duas grandes interpretações: numa primeira visão trata-se do objecto imediato e, numa segunda visão, da prestação típica identificadora do tipo negocial adoptando a primeira posição.

“prestações que o individualizam do ponto de vista material”¹³⁵, ou seja, são aquelas prestações fundamentais que o caracterizam e distinguem dos outros contratos.¹³⁶

Inicialmente, a doutrina¹³⁷ considerava que o objecto contratual não se deveria confundir com o seu conteúdo, sendo que o objecto do contrato correspondia à actividade essencial tal como definida no contrato, e apenas poderia ser alterado o conteúdo do mesmo. No entanto, esta visão não deixa de ser objecto de críticas. Surge assim um novo entendimento quanto a esta questão, perfilhada por autores como SÉRVULO CORREIA e LOURENÇO DE FREITAS, e segundo a qual as prestações a que as partes se obrigam é que constituem, elas próprias, o objecto contratual – pelo que admitem, nesta lógica, a modificação do próprio objecto contratual.¹³⁸⁻¹³⁹

O conceito de *modificação substancial* é assim um elemento fundamental para a delimitação entre as situações em que existe uma modificação daquelas em que se verifica uma nova adjudicação.

A este propósito é de salientar a jurisprudência a nível europeu, que em muito tem contribuído para definir o alcance destes limites, adoptando inclusivamente critérios mais precisos. Ora, neste caso, e para uma melhor compreensão deste

¹³⁵ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, “*Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral*”, Tomo III, 2ª ed., Lisboa, 2009, pág. 144.

¹³⁶ Em suma, o objecto do contrato não tem de englobar apenas a sua prestação típica, mas as prestações principais (cfr. artigo 313.º, n.º 1) conforme acordadas pelas partes, pelo que, se a modificação não incidir sobre estas prestações o princípio da intangibilidade do objecto não será ferido. Conforme explica HÉLÈNE HOEPFFNER, as partes não estão impedidas de adaptar o objecto do contrato durante a sua execução: estas devem poder aumentar/diminuir a obrigação principal ou modificar as condições de execução de tal obrigação; o que não podem é substituir o objecto inicial por um outro, pois isso traduzir-se-á na conclusão de um novo contrato, cfr. “*La modification du contrat administratif*”.

¹³⁷ Como por exemplo, AUGUSTO ATAÍDE, FREITAS DO AMARAL, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA...

¹³⁸ À luz do disposto no CCP, e fazendo uma leitura literal da norma em causa, percebemos que o que estará ali em causa será apenas o caso de modificação que conduza a uma alteração das prestações principais, i.e., o objecto contratual é alterável sempre que se encontrem salvaguardadas as prestações principais que o integrem. Isto leva-nos a dividir as prestações que integram o objecto contratual em dois tipos: i) as prestações principais e ii) as prestações secundárias – sendo que estas últimas são susceptíveis de serem alteradas, ao passo que as primeiras não (mas ambas integram o objecto do contrato).

¹³⁹ Contudo, ALEXANDRA LEITÃO acrescenta ainda que “*tem de se admitir que a modificação recaia sobre prestações principais – e não apenas acessórias – sob pena de se esvaziar completamente o próprio poder de ius variandi, não se admitindo, contudo, alterações essenciais*”.

conceito, teremos de recorrer também à jurisprudência do TJUE, uma vez que a lei não nos fornece uma resposta clara para esta questão.

O Tribunal de Justiça da União Europeia tem vindo a considerar como situações de alteração substancial *“a alteração de um contrato público que introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite”*¹⁴⁰. É esta a orientação que o TJUE segue no Acórdão *Pressetext*¹⁴¹, onde são suscitadas questões relacionadas com o tema da modificação dos contratos públicos.

Para o Tribunal, as alterações introduzidas durante a vigência do contrato podem constituir uma nova adjudicação *“(…) quando apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, conseqüentemente, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato”*.¹⁴² E continua, *“(…) uma alteração pode igualmente ser considerada substancial quando modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial”*¹⁴³.

Na linha deste Acórdão, podemos também desde já concluir que o Direito Europeu não proíbe a modificação de contratos públicos e, por conseguinte, não proíbe o

¹⁴⁰ Cfr. *Acórdão Pressetext*, Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 19/06/2008, Processo C-454/06, pág. 5.

¹⁴¹ O Acórdão *Pressetext*, de 19/06/2008, surge na sequência de um pedido apresentado ao (então) Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial, na qual são formuladas três questões ao tribunal sobre o contrato de serviços de agência noticiosa celebrado em 1994 entre a a *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH* (adiante “PN”) e a *Republik Österreich* (adiante “Bund”), a *APA-OTS Originaltext-Service GmbH* (adiante “APA-OTS”) e a *APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung* (adiante “APA”). A primeira questão colocada, prendia-se com o facto de saber se uma mudança de co-contratante constitui uma nova adjudicação; a segunda questão tinha em vista perceber se a certas alterações dos preços constituem uma nova adjudicação do contrato; e na terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio faz referência às alterações inseridas no contrato de base na sequência do aditamento de 2005, na qual se inseriu uma nova cláusula de renúncia à rescisão do contrato. Com estas questões, pretende-se saber em que condições as alterações efectuadas num contrato existente entre uma entidade adjudicante e um prestador de serviços podem ser consideradas uma nova adjudicação de um contrato público de serviços (na acepção da Directiva n.º 92/50, em vigor à data dos factos).

¹⁴² Cfr. ac. cit. pág. 5 (n.º 34).

¹⁴³ Cfr. ac. cit. pág. 5 (n.º 37).

poder de modificação unilateral de contratos administrativos¹⁴⁴, embora recorra à teoria da “alteração substancial” do contrato, de forma a distinguir as situações em que não estará em causa apenas uma modificação, mas sim um novo contrato.

No comentário de PEDRO GONÇALVES ao referido acórdão¹⁴⁵, é ainda traçado pelo autor o rumo da jurisprudência europeia sobre as alterações contratuais admissíveis e inadmissíveis à luz do direito da União Europeia.

A par do *Pressetext*, são alguns os Acórdãos que versam sobre a questão da modificação dos contratos públicos. Por exemplo, no *Acórdão Comissão/França*¹⁴⁶ é referido que as alterações ao contrato, durante a sua execução, constituem uma nova adjudicação quando apresentem características substancialmente diferentes das do contrato inicial. Acrescenta ainda que a delimitação dos termos essenciais do contrato deve ser efectuada à luz dos princípios da transparência, igualdade e concorrência^{147, 148}.

Quanto ao limite identificado em iii) – a proibição de violar o princípio da concorrência

¹⁴⁴ Contudo, a tendência do TJUE em fazer prevalecer o respeito pelo princípio da concorrência em detrimento do interesse público, terá de ser compreendida como uma forma de recuo do poder modificação unilateral dos contratos pelo contraente público.

¹⁴⁵ Cfr. PEDRO GONÇALVES, in “*Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato, Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (3.ª Secção), de 19/06/2008, Processo C-454/06*”, Anotação in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73 (Janeiro/Fevereiro de 2009).

¹⁴⁶ Cfr. Acórdão do TJUE, de 05/10/2000, processo C-337/98.

¹⁴⁷ Cfr. também Acórdão *Wall AG*, do TJUE, de 13/04/2010, processo C91/08, onde se suscitou a questão de saber se o dever de transparência impõe que a entidade adjudicante abra novo concurso quando o contrataente ao qual a concessão foi adjudicada pretenda deixar de recorrer aos serviços do subcontratante indicado na sua proposta. Neste caso entendeu-se que a substituição do subcontratante poderia traduzir-se numa modificação substancial do contrato (embora prevista no contrato), pelo facto do subcontratante naquele caso ter sido um dos elementos que esteve na base da decisão de adjudicar o contrato, e como tal o Tribunal entendeu que seria necessário recorrer a um novo procedimento de adjudicação.

¹⁴⁸ Por sua vez, também a doutrina mais recente sublinha que, nas situações em que um contrato é precedido de um procedimento pré-contratual, a sua modificação está submetida aos princípios da contratação pública, em especial os limites decorrentes do respeito pelos princípios da igualdade, imparcialidade, tutela da confiança, e da exigência de um procedimento concorrencial assente nos princípios da publicidade e da concorrência. Quer isto significar que os elementos do contrato que serviram de base ao procedimento pré-contratual definem o objecto daquele contrato, não sendo permitida a alteração desses elementos de forma a que o contrato a celebrar tenha por objecto uma realidade diferente daquela que foi objecto de um procedimento pré-contratual.

Analisados, de forma breve, os restantes limites à modificação do contrato, chegamos ao limite que mais importa para o presente estudo – o do respeito pela concorrência.

Conforme já tivemos oportunidade de aflorar, a influência do direito comunitário e a evolução a nível legislativo em sede de contratação pública, contribuíram para a evolução do direito administrativo. A tutela dos interesses dos cocontratantes no procedimento concursal deixou de ser a única preocupação do legislador, tutelando outros interesses, como dos outros concorrentes ou potenciais interessados.¹⁴⁹

A introdução deste limite no nosso ordenamento jurídico surgiu com a entrada em vigor do CCP, por influência do direito comunitário e da jurisprudência da União Europeia¹⁵⁰, sendo que a proibição da violação do princípio da concorrência vem prevista no CCP, mais concretamente nos n.ºs 1 e 2 do artigo 313.º.

Neste sentido, PEDRO GONÇALVES refere que *“(...) a protecção da concorrência surge assim como um novo e autónomo critério de limitação da modificação de contratos e introduz, como uma dimensão nova/renovada? do problema, um princípio de identidade entre âmbito de modificação e âmbito do poder unilateral de modificação. Quer dizer, do ângulo da protecção do interesse da concorrência, afigura-se indiferente que o contrato seja modificado por acordo ou por acto unilateral: compreende-se assim que o n.º 2 do art. 310.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) venha estabelecer que os acordos endocontratuais sobre a modificação do contrato estão sujeitos aos mesmos limites que se aplicam no caso de modificação unilateral”*.¹⁵¹

Iremos aprofundar o princípio da concorrência no ponto seguinte.

¹⁴⁹ Refira-se que a doutrina, antes do legislador erigir o princípio da concorrência a limite à modificabilidade do contrato, já vinha aludindo à exigência de tutelar a confiança dos concorrentes no procedimento pré-contratual, sustentando a existência de um princípio da identidade entre o objecto material do contrato e o objecto material do concurso público. Neste sentido, cfr. PAULO OTERO, *“Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas”*, Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1996, n.º 56, pág. 921.

¹⁵⁰ Nestes termos a modificação do contrato passou não só a balizar-se pelo *“scope of the contract”* (objecto do contrato) como também pelo *“scope of the competition”* (fim da protecção da concorrência).

¹⁵¹ PEDRO GONÇALVES, in *“Acórdão Pressedtext...”*, op. cit., pág. 15.

8. Do princípio da concorrência como limite à modificação.

8.1. O princípio da concorrência no quadro do direito europeu.

Cumpra agora fazer um breve enquadramento do princípio da concorrência no âmbito do direito comunitário, em especial enquanto limite à modificação do contrato.

Nos últimos anos a legislação europeia tem vindo a atribuir um especial destaque à matéria de contratação pública; se num primeiro momento a protecção da concorrência não era objecto de previsão expressa nos seus diplomas legais, o mesmo já não sucede actualmente.

De facto, o Tratado de Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE)¹⁵² não prevê nenhuma disposição específica em matéria de contratação pública¹⁵³; contudo, existe diversa legislação avulsa no seio da UE que versa exclusivamente sobre esta matéria, e que tem como objectivo regular o procedimento de formação de contratos públicos nos vários Estados-Membros da União. Estamos a referir-nos às Directivas Comunitárias¹⁵⁴ que regulam exclusivamente este tema, e que assentam nos princípios fundamentais da contratação pública¹⁵⁵. Porém, não podemos olvidar o contributo fundamental da jurisprudência do TJUE¹⁵⁶, imprescindível instrumento de *soft law*¹⁵⁷ no direito de União Europeia e da contratação pública em particular.

¹⁵² Os Tratados da União Europeia são acordos vinculativos, adoptados pelos Estados-Membros da UE, onde são definidos os objetivos da União, as regras de funcionamento das instituições da UE, o processo de tomada de decisões e a relação entre a UE e os seus Estados-Membros.

¹⁵³ Embora o artigo 119.º, n.º 1 do TFUE consagre o princípio de uma “*economia de mercado aberta e de livre concorrência*” e o artigo 3.º, n.º 3 do TUE faça referência à economia de mercado, a qual deve ser “*altamente competitiva*”.

¹⁵⁴ Nomeadamente Directivas 2014/24/UE, 2014/25/UE e 2014/23/UE.

¹⁵⁵ Os princípios da igualdade, transparência, imparcialidade, não discriminação, tutela da confiança, da concorrência, entre outros.

¹⁵⁶ Cfr., a título exemplificativo, *Acórdão Comissão/França*, de 5 de Outubro de 2000, processo C-337/98; *Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta*, de 29 de Abril de 2004, processo C-496/99; *Acórdão Pressetext*, de 19 de Junho de 2008, processo C-454/06; *Acórdão ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano*, de 17/7/2008, processo C-347/06.

¹⁵⁷ Como por exemplo, as Comunicações Interpretativas da Comissão. Veja-se a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário* (2000/C 121/02); o *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e*

E o mesmo valerá quanto à previsão legal do princípio da concorrência. De facto, e “(...) apesar de as Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE não mencionarem expressamente o princípio da concorrência nos seus artigos 2.º e 10.º (respectivamente), ambos sob a epígrafe “princípios de adjudicação dos contratos”, estabelecem uma obrigação para os Estados-Membros no sentido de assegurarem que o procedimento pré-contratual é realizado em condições de «concorrência efectiva», e mencionam, em diversos considerandos e noutros artigos, a necessidade de todos os procedimentos e contratos terem que ser submetidos à concorrência”, conforme refere JOANA DE SOUSA LOUREIRO¹⁵⁸.

O princípio da concorrência tem-se revelado assim um dos princípios fundamentais da contratação pública, existindo uma preocupação acrescida por parte do legislador para a verificação de uma concorrência efectiva, de forma a garantir o cumprimento de um outro princípio comunitário fundamental – a construção do Mercado Único Europeu, livre e competitivo, e que no âmbito de um procedimento pré-contratual assegure às entidades adjudicantes dos Estados-Membros a proposta mais vantajosa.¹⁵⁹⁻¹⁶⁰

No entanto, as conclusões que pudemos retirar na sequência deste enquadramento legislativo do direito comunitário em matéria de contratação pública, conforme acabámos de analisar, em nada coincidem com a legislação nacional em vigor, cuja realidade é completamente diversa.

De facto, o legislador nacional, possivelmente perante o enquadramento legislativo e jurisprudencial europeu, optou por consagrar expressamente na lei o princípio da concorrência – cfr. o artigo 1.º, n.º 4 do CCP – enquanto princípio fundamental

Concessões (COM 2004); a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre a aplicação do direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e de Concessões às PPP institucionalizadas* (2008/C 91/02); *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o Direito Comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos pelas Directivas Comunitárias relativas aos Contratos Públicos* (2006/C 179/02).

¹⁵⁸ JOANA DE SOUSA LOUREIRO in “A modificação...” *op. cit.*, pág. 969.

¹⁵⁹ JOANA DE SOUSA LOUREIRO refere ainda a este propósito que “(...) à medida que a construção pública se foi revelando peça fundamental na construção do tão almejado mercado único europeu, do qual a «concorrência efectiva» é *conditio sine qua non*, esta passou a ser um valor altamente protegido pelo direito comunitário, quer através das directivas, quer por meio de *soft law* e *jurisprudência*” (cfr. *op. cit.*, pág. 969).

¹⁶⁰ De facto, o objectivo principal das regras comunitárias em matéria de contratos públicos é assegurar a livre circulação dos serviços e a abertura à concorrência em todos os Estados-Membros, neste sentido cfr. *Acórdão Stadt Halle e RPL Lochau*, de 11 de Janeiro de 2005, processo C-26/03.

da contratação pública. E não podemos deixar de ver com bons olhos o facto de o ter feito.

Na anterior Directiva 2004/18/CE, agora revogada pela Directiva 2014/24/CE o princípio da concorrência não vinha expressamente enunciado como princípio fundamental da actividade contratual pública pelo que, percebemos que o nosso legislador não só procedeu à transposição das referidas Directivas, como foi mais além!¹⁶¹

Em suma “(...) a concorrência afigura-se-nos, assim, um dos pilares fundamentais da contratação pública, uma sua «trave-mestra», porquanto nela assenta todo o procedimento pré-contratual, garantindo a confiança que os concorrentes depositam nesse procedimento (...). Ou seja, a concorrência é, ela própria, uma forma de garantir a prossecução do interesse público, na medida em que «postula (...) a optimização da selecção», sendo, portanto, expectável que a entidade adjudicante, de entre os vários interessados que se lhe apresentam, escolha a proposta que melhor satisfaça os interesses que visa prosseguir da forma financeiramente menos onerosa para a Administração, exigindo-se, desta forma, imparcialidade na avaliação e comparação das condições oferecidas”¹⁶².

8.2. A modificação do contrato segundo o direito comunitário.

Conforme já tivemos oportunidade de ver, o CCP reserva um capítulo exclusivo para o tema da modificação objectiva dos contratos públicos; e pese embora a questão da modificação não se encontrar prevista nas Directivas Comunitárias, esta lacuna acaba por ser colmatada pela jurisprudência nacional e do TJUE, cujos Acórdãos formam verdadeiras directrizes quanto à forma de regular questões conexas, e que são tidas em conta a nível comunitário e nacional.

Deste modo, não obstante a falta de previsão na legislação comunitária de um capítulo ou disposição referente à modificação do contrato (na Directiva de 2004), a verdade é que a jurisprudência do TJUE e as Comunicações Interpretativas da

¹⁶¹ No entanto, a nova directiva (2014), foi inovadora e prevê expressamente este princípio. Sobre este tema, vide RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, CJA, n.º 69, Maio/Junho de 2008.

¹⁶² JOANA DE SOUSA LOUREIRO in “A modificação...”, op. cit., pág. 970.

Comissão têm se mostrado fundamentais para a regulação de questão referentes à modificação, e através das quais se consegue decifrar o entendimento da União em relação à mesma.¹⁶³

9. Da alteração do prazo de vigência do contrato: modificação ou novo contrato?

Analisámos no ponto anterior o instituto da modificação dos contratos públicos, nomeadamente os fundamentos, consequências e limites da modificação. Neste momento, cumpre agora direccionar a nossa análise para a questão da relação entre prorrogação e modificação, de forma a percebermos se a prorrogação do prazo de vigência do contrato pode ser classificada como modificação e/ou se a prorrogação consubstancia uma alteração substancial do contrato, e portanto distinto do contrato inicialmente celebrado.

Como ponto de partida, propomos a análise do Acórdão do Tribunal de Contas n.º 20/10, de 1 de Junho de 2010, processo n.º 108/2010, a quem foi submetido um acordo para prorrogação do prazo de vigência do contrato para concessão de visto pelo TdC, e o qual foi recusado com base nos fundamentos que iremos de seguida analisar.¹⁶⁴

– Acórdão do Tribunal de Contas n.º 20/10, de 1 de Junho de 2010, processo n.º 108/2010: Case Study.

O Acórdão do TdC n.º 20/10, de 1 de Junho de 2010, aborda o tema da modificação do contrato público e a questão da prorrogação do prazo do mesmo. Neste Acórdão, conforme adiante teremos oportunidade de ver, é patente a influência da doutrina Europeia e do TJUE, uma vez que o TdC, e a jurisprudência nacional em geral, optou por acolher a visão restritiva do TJUE quanto à questão da modificação

¹⁶³ Que teremos oportunidade de analisar mais detalhadamente no Capítulo IV.

¹⁶⁴ A análise deste Acórdão revela-se importante não só por versar sobre a questão concreta da prorrogação do prazo de vigência do contrato, como por abordar a questão da admissibilidade da modificação e questões afins que aqui nos interessam.

do contrato, enquanto na alteração substancial do contrato e que, consequentemente, se traduz numa nova adjudicação.

Mas analisemos com mais pormenor a matéria vertida neste Acórdão.

Em 1996 foi celebrado entre a “*HPEM – Higiene Pública, EEM*” (adiante, abreviadamente, *HPEM*¹⁶⁵) e a sociedade “*SUMA – Serviços Urbanos e Meio Ambiente, S.A.*” (adiante, abreviadamente, *SUMA*), um contrato para a “*Recolha e Transporte de Resíduos Sólidos Urbanos*” produzidos no concelho de Sintra¹⁶⁶. O contrato foi inicialmente celebrado pelo período de 48 meses, renovável por iguais períodos. Em 1999, foi outorgada uma cláusula adicional ao contrato, no qual se aditou ao seu objecto o “*fornecimento de contentores, a recolha selectiva e a recolha de monstros*”. Em 2000 é efectuada a 1.ª renovação do contrato; e, em 2004, é outorgada uma nova alteração ao contrato, desta vez quanto à sua duração – passando para 12 meses, renovável por iguais períodos. Entre os anos de 2004 e 2007 o contrato foi sucessivamente renovado. No entanto, em 2008, é outorgada nova alteração ao contrato, ficando estabelecido um novo período de duração do contrato de 96 meses (8 anos!), renovável por igual período.

Perante este enquadramento factual, e tendo presente que a *HPEM* remeteu ao TdC, para efeitos de visto, a alteração ao contrato para modificação do prazo de vigência daquele, importa agora analisar a fundamentação do Tribunal quanto às questões aqui suscitadas, sendo que a questão fulcral deste Acórdão prende-se com o facto de saber se a alteração introduzida no contrato se resume a uma modificação do prazo da realização das prestações ou, pelo contrário, se se deve qualificar como um novo contrato.

Porém, antes de iniciarmos a análise da argumentação do TdC, importa fazermos um esclarecimento prévio quanto ao facto do CCP não se aplicar ao presente contrato. Isto porque a sua execução se iniciou em 1996, e portanto antes da

¹⁶⁵ Empresa municipal de Sintra.

¹⁶⁶ Na sequência de concurso público anteriormente realizado.

entrada em vigor do CCP, pelo que, de acordo com o disposto no artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 28 de Janeiro, o CCP não lhe é aplicável¹⁶⁷.

O Tribunal começa por analisar a questão de saber se a alteração ao contrato pretendida pelas partes pode ou não ser feita por modificação contratual, neste caso por acordo entre as partes; ou se, ao invés, essa alteração se traduzirá num novo contrato, distinto do inicial. O Acórdão começa por ressaltar que o poder de modificação unilateral está sujeito a limites; em primeiro lugar, a modificação apenas se pode fundar em razões de interesse público; e, em segundo, esse poder de modificação está limitado pela intangibilidade do objecto do contrato e pela manutenção do seu equilíbrio financeiro. Acompanhando assim a orientação da jurisprudência do TJUE, o Tribunal é da opinião segundo a qual, a imposição de limites desta natureza não têm em vista, exclusivamente, a protecção do interesse dos cocontraentes, mas também acautelar o procedimento concursal e os princípios que lhe são subjacentes, tais como o da concorrência, igualdade e transparência. Sob essa influência, conclui o TdC que *“(...) nesta perspectiva da protecção do interesse da concorrência torna-se indiferente que o contrato seja modificado por acordo ou por acto unilateral. (...) Esta limitação ao poder de modificação dos contratos, entretanto incorporada na legislação mais recente, é, ainda assim, aplicável no quadro de um contrato ainda não regido por estas normas”*¹⁶⁸.

É patente a posição do TdC quanto aos princípios gerais da contratação pública, fazendo notar a importância do seu respeito no acesso aos mercados. Esta tem sido também a posição adoptada pela jurisprudência do TJUE¹⁶⁹.

Este Acórdão revela-se, por outro lado, fundamental por reconhecer a concorrência como novo limite da modificação. E ainda que não seja aplicável a

¹⁶⁷ Dipõe o n.º 2 do artigo 16º que *“O Código dos Contratos Públicos não se aplica a prorrogações, expressas ou tácitas, do prazo de execução das prestações que constituem o objecto de contratos públicos cujo procedimento tenha sido iniciado previamente à data de entrada em vigor daquele”*.

¹⁶⁸ Cfr. ac. cit. págs. 8 e 9.

¹⁶⁹ Aliás, conforme já tivemos oportunidade de ver ao longo do presente estudo. Lembre-se os Acórdãos *Pressetext*; *Comissão/CAS Succhi di Frutta*, entre outros.

este contrato o regime consignado no CCP, a aplicação do princípio da concorrência como limite à modificação não deve ser excluído.

O Tribunal aproveita também para analisar os aspectos que, a serem alterados, se poderão traduzir na descaracterização do contrato, e que poderão determinar a que estejamos perante um novo contrato.

Importa notar que, *in casu*, a modificação do prazo de vigência do contrato opera como consequência da alteração das condições de realização das prestações contratuais, e de forma a repor o equilíbrio financeiro do contrato. No entanto, parece inquestionável que o elemento “prazo de duração do contrato” é uma das condições essenciais do contrato de aquisição de serviços, na medida em que fixa o prazo durante o qual os contraentes estão vinculados ao contrato, e findo o qual se deverá recorrer novamente ao mercado – como forma de realizar o princípio da concorrência.

O Tribunal começa a sua exposição por delimitar as implicações que uma eventual prorrogação do contrato pode ter, nomeadamente: *i)* uma maior estabilidade para o contraente privado¹⁷⁰; *ii)* o adiamento da adjudicação de um novo contrato por concurso; *iii)* a impossibilidade do contraente público fazer cessar o contrato por motivos que lhe sejam convenientes. Nestes termos, conclui que, no caso sub judice *“(…) deve considerar-se que a modificação, por alargamento, do prazo de vigência de um contrato público, quando suficientemente relevante, constitui uma alteração substancial a uma condição essencial desse contrato”*¹⁷¹.

Recordamos que no caso em apreço, o prazo inicial do contrato (de 48 meses) foi alterado para 96 meses, pelo que o Tribunal entendeu que *“(…) esta modificação implica uma substancial alteração do contratado, já que o contraente privado vê assegurado o negócio pelo dobro do tempo (...) e por seu turno, as oportunidades de o contraente público repensar as condições do fornecimento e de outros operadores*

¹⁷⁰ Que consegue assegurar a manutenção daquela relação contratual por um período de tempo mais alargado, em seu benefício, uma vez que impede o contraente público de recorrer ao mercado à procura de melhores propostas, e que poderia resultar na adjudicação de uma nova (e melhor) proposta.

¹⁷¹ Cfr. ac. cit. pág. 14.

*económicos poderem eventualmente ter acesso ao mercado em causa diminuem significativamente (...)*¹⁷².

Todavia, não deixa de admitir, ainda, duas circunstâncias em que a modificação poderia ter ocorrido: *i)* no caso da possibilidade de modificação estar expressamente prevista no contrato ou nas peças do procedimento que o precedeu; e *ii)* no caso da modificação se revelar neutra relativamente aos interesses envolvidos no contrato.

Concluindo que, “(...) em suma, a modificação do prazo contratual corresponde, no caso, a uma alteração substancial de um dos termos essenciais do contrato, que não foi expressamente autorizada nas condições do procedimento ou do contrato, e que não é neutra relativamente aos interesses em jogo”¹⁷³. (sublinhado nosso)

A este propósito, o Tribunal acrescenta ainda que a alteração do prazo do contrato “(...) não é também indiferente para interessados em eventuais novas adjudicações uma vez que diminui as oportunidades de uma nova colocação à concorrência”¹⁷⁴.

Este acórdão revela-se assim fundamental do ponto de vista do reconhecimento do princípio da concorrência, não só como limite à modificação mas como um dos princípios fundamentais da actividade contratual pública. Por outro lado, faz-se também notar que o interesse público não é, por si só, fundamento suficiente para se proceder à modificação do contrato com fundamento em necessidades novas, e que levem à alteração dos seus termos essenciais¹⁷⁵.

O Tribunal concluiu da seguinte forma: *“O instrumento contratual ora em apreciação envolve uma modificação substancial a uma das condições essenciais do contrato, em resultado de uma relevante alteração dos pressupostos técnicos do procedimento. Esta modificação não estava prévia e expressamente autorizada, nem é indiferente à luz dos critérios do procedimento de adjudicação e dos interesses*

¹⁷² Cfr. ac. cit. pág. 14.

¹⁷³ Cfr. ac. cit. pág. 16.

¹⁷⁴ Cfr. ac. cit. ág. 16.

¹⁷⁵ Neste sentido refere que “(...) não se pode aceitar que o interesse público decorrente de necessidades novas funde uma significativa modificação dos pressupostos e condições contratuais, com renegociação dos termos essenciais do contrato, e em circunstâncias que limitam a concorrência e as suas vantagens, quando, ainda por cima, a realização dessa concorrência é possível sem ofensa dos direitos contratuais”(cfr. ac. cit. pág. 17).

*económicos em jogo. Em face do exposto, deve, pois, concluir-se que o instrumento contratual em análise consubstancia, na prática, a adjudicação de um novo contrato, que deveria ter sido precedida da realização do procedimento pré-contratual adequado*¹⁷⁶. (sublinhado nosso).

Em primeiro lugar, importa referir que um dos fundamentos utilizados pelo Tribunal para considerar esta alteração como substancial, prende-se com a falta de previsão expressa no clausulado do contrato da possibilidade de prorrogação. Já tivemos oportunidade de fazer referência a esta condição ¹⁷⁷, e já tecemos também algumas considerações a propósito deste pressuposto, e da sua razão de ser (relembre-se que à data destas decisões o regime legal em vigor não era o mesmo que hoje, pois não tinha ainda sido aprovado o CCP), sem prejuízo de as desenvolvermos no ponto seguinte.

Por outro lado, o Tribunal tem ainda em consideração os interesses em jogo e as implicações que a alteração ao prazo do contrato poderão ter, pelo que parece optar por verificar se há um equilíbrio entre a prossecução do interesse público e o princípio da concorrência.¹⁷⁸

Antes de passarmos ao desenvolvimento dos fundamentos acima elencados, cumpre notar que a HPEM decidiu recorrer do Acórdão n.º 20/10, de 1 de Junho de 2010, da 1ª Secção do Tribunal de Contas¹⁷⁹, o que deu origem ao Acórdão n.º 28/10, de 3 de Novembro de 2010, 1ª S/PL Recurso Ordinário n.º 13/2010 (proc. n.º 108/2010).¹⁸⁰

¹⁷⁶ Cfr. ac. cit. pág. 18.

¹⁷⁷ Cfr. Acórdão do TdC n.º 5/2012 de 17/12/2012.

¹⁷⁸ Outro dos argumentos do Tribunal, prende-se com o facto de, para além da alteração do prazo contratual, ter sido também substituído o sistema de recolha de resíduos, bem como dos equipamentos a estes adstritos, o que se traduz numa substancial alteração do objecto do anterior contrato, o que conforma este instrumento como um novo contrato.

¹⁷⁹ O qual recusou o visto a uma alteração ao contrato de “Recolha e Transporte de Resíduos Sólidos Urbanos produzidos nas áreas das freguesias de Agualva-Cacém e Queluz”.

¹⁸⁰ Como vimos, a referida decisão (de recusa de visto) teve como principais fundamentos: *a)* o facto dessa alteração se traduzir numa modificação substancial a uma das condições essenciais do contrato anteriormente celebrado; *b)* considerando o Tribunal que, na prática, estaríamos perante a adjudicação de um novo contrato, e como tal deveria ter sido precedida da realização do procedimento pré-contratual adequado; *c)* conseqüentemente, e atendendo ao tipo de contrato em apreço, seria obrigatória a realização de concurso público, com todas as obrigações daí decorrentes,

Na sequência daquela decisão, a *HPEM* decidiu recorrer, alegando que o instrumento de alteração não traduz numa modificação substancial das condições do contrato, mas numa “*mera alteração do prazo contratual*”¹⁸¹, afirmando ainda que aquele instrumento promove um reequilíbrio financeiro do contrato, sem que para isso se verifique uma melhoria das condições económicas para o co-contratante, e acrescentando que a renovação seria sempre possível por estar expressamente prevista no contrato¹⁸². Todavia, o Tribunal *ad quo* manteve a mesma posição e reforçou a decisão do Tribunal *ad quem*¹⁸³ recusando o visto e considerando que aquele instrumento provoca uma modificação substancial do contrato e como tal deveria ter sido submetido a procedimento concursal.

o que não aconteceu; d) a falta de concurso público, sendo obrigatório, determina a respectiva nulidade, sendo fundamento de recusa de visto .

¹⁸¹ Cfr. ac. cit. pág. 9.

¹⁸² Cfr. ac. cit. pág. 12 e ss..

¹⁸³ O Tribunal *ad quo* entendeu que “(...) tendo o contrato de 1996 sido celebrado na sequência de procedimento pré-contratual, onde se acautelaram princípios que presidiam à contratação pública, como os da publicidade, da transparência e da concorrência, entre outros, também estes princípios devem estar ínsitos na celebração de novo contrato, ou da modificação do objecto do anterior contrato”. E ainda que “(...) face à natureza das prestações que constituem o objecto de ambos os instrumentos contratuais – o anterior contrato e o presente instrumento de alteração – forçoso é concluir que, no caso presente, não se está perante uma identidade do respectivo objecto, por não haver identidade no que respeita ao conteúdo das respectivas prestações”. (...) Assim, este novo contrato não dependia apenas de haver razões de interesse público na sua concretização. Devia, ainda, ter sido celebrado na sequência de um procedimento que acautelasse os princípios da legalidade, da publicidade, da concorrência e da transparência que são inerentes à contratação pública, não só nacional, como comunitária, como decidiu o Acórdão recorrido. “(...) Por outro lado, e a respeito dos princípios que regem a contratação pública, devem ter-se em conta – como também salientou o Acórdão aqui posto em crise – os importantes contributos que a legislação nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias nos fornecem, nesta matéria. Na verdade, desde há muito que, nomeadamente as Directivas comunitárias sobre contratação pública, atribuem um relevo decisivo ao respeito pelos princípios da publicidade, da igualdade, da transparência e da concorrência no âmbito dos procedimentos que disciplinam o acesso aos mercados públicos, quer na fase de formação dos contratos, quer na fase da sua execução. Deve, aliás, recordar-se, aqui, o que se disse no Acórdão n.º 32/09, de 14 de Julho de 2009, da 1.ª Secção, deste Tribunal, em Plenário: Um dos valores fundamentais, característicos dos procedimentos pré-contratuais, é o da observância do princípio da concorrência. A este respeito confirmam-se, entre outros, os Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias citados na decisão recorrida 30 In Recurso Ordinário n.º 14/2009. E isto porque, só com um procedimento que assegure a concorrência, é possível obter a satisfação do interesse público. Como refere LUÍS S. CABRAL DE MONCADA o objectivo das leis de defesa da concorrência é o de assegurar uma estrutura e comportamento concorrenciais dos vários mercados, no pressuposto de que é o mercado livre que, seleccionando os mais capazes, logra orientar a produção para os sectores susceptíveis de garantir uma melhor satisfação das necessidades dos consumidores e, ao mesmo tempo, a mais eficiente afectação dos recursos económicos disponíveis, que é como quem diz, os mais baixos custos e preços. A concorrência é, assim, e segundo este Autor, encarada como o melhor processo de fazer circular e orientar livremente a mais completa informação económica, quer ao nível do consumidor, quer ao nível dos produtores, assim esclarecendo as respectivas preferências”. (sublinhado nosso).

10. Considerações Finais.

A razão pela qual optámos por analisar este Acórdão prende-se sobretudo pelo facto de versar sobre uma questão de alteração do prazo de vigência do contrato, tema sobre o qual incide o nosso estudo.

In casu, a alteração do prazo de vigência do contrato é consequência de uma outra modificação contratual efectuada (das condições de realização das prestações contratuais), visando assim a reposição do equilíbrio financeiro do contrato.

O TdC começou, num primeiro momento, por indagar se a modificação (das condições de realização das prestações contratuais) foi ou não uma alteração substancial. Não obstante ter referido que a alteração poderia ser compatível com o objecto do contrato, já não o seria com o princípio da concorrência – com o fundamento de que as propostas levadas a concurso tiveram como base os parâmetros do contrato inicial, e como tal, a alteração prejudica o equilíbrio económico do contrato, e por isso considerou a alteração como substancial.

Já vimos que no caso em apreço, o prazo foi prorrogado como forma de reequilibrar financeiramente o contrato; no entanto, o TdC considerou que a prorrogação não estava expressamente prevista no clausulado do contrato, e por isso considerou a alteração como substancial.¹⁸⁴

Quanto a este argumento, da previsão da prorrogação no contrato, JOANA DE SOUSA LOUREIRO refere que “(...) o CCP não é aplicável ao contrato em apreço no

¹⁸⁴ No mesmo sentido, e talvez por influência do direito comunitário, cfr. o Acórdão ASM Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano, TJUE, de 17/7/2008, proc. C-347/06, que versa sobre a prorrogação do prazo de vigência de um contrato (de concessão de serviço público de distribuição de gás), e no qual se afirma que a prorrogação de um contrato implica que “seja protelada a adjudicação de uma nova concessão mediante procedimento de concurso público”, o que constitui “uma diferença de tratamento em detrimento das empresas que possam estar interessadas nessa concessão”. Este acórdão abre assim caminho ao entendimento segundo o qual a prorrogação do prazo de vigência de um contrato anterior, quando não prevista nas peças do procedimento pré-contratual, como adjudicação de um novo contrato. No mesmo Acórdão pode ainda ler-se que “(...) a prorrogação da vigência de um contrato pode constituir, em si mesma, uma modificação contratual – da cláusula do prazo de vigência –, quando o contrato não preveja essa possibilidade; se o contrato e o procedimento pré-contratual a previrem, a prorrogação não constitui já modificação do contrato. Em qualquer dos casos, a prorrogação pode ser ainda consequência de uma modificação contratual, surgindo como modalidade de reposição do equilíbrio económico-financeiro do contrato; cf. art. 282.º, n.º 3, do CCP.”

acórdão, pelo que se compreende que o TC tenha entendido que a prorrogação, para ser permitida, teria que estar expressamente prevista no contrato. E isto porque o CPA não continha nenhuma disposição específica reguladora da reposição do equilíbrio financeiro; o que, (...), não acontece no CCP, que elege a prorrogação do prazo como uma das possíveis formas de efectivar o direito à reposição do equilíbrio. Assim sendo, é nossa convicção que, a aplicar-se o CCP ao caso sub judice, este argumento não seria válido”¹⁸⁵.

De facto, não podemos deixar de partilhar do mesmo entendimento da autora. Percebemos a razão de ser do argumento da imprevisibilidade da prorrogação utilizado pelo Tribunal, sendo justificável neste caso por não ser aplicável ao contrato o regime do CCP. A ser aplicado o CCP, admitimos que esta não seja uma condição que deva determinar a alteração como substancial, uma vez que as disposições do CCP (cfr. artigo 282.º n.º 6 do CCP) acautela já aquelas situações.

Por outro lado, e não obstante o CCP não ser aplicável a este contrato, é de grande importância o entendimento do TdC quanto à aplicação do princípio da concorrência no presente caso, pois abre caminho para o reconhecimento do princípio da concorrência como limite à modificação do contrato, e pese embora a falta de previsão expressa desse princípio no CPA, ele era já visto pela doutrina e jurisprudência como limite à modificação.

O Tribunal usa ainda o argumento da incompatibilidade da prorrogação com os pressupostos do procedimento, uma vez que do caderno de encargos resulta que um dos parâmetros de escolha da proposta era a relação *preço/duração* do contrato, pelo que não sendo o prazo um elemento neutro para os interessados no procedimento, não estaria a ser respeitado o princípio da concorrência.

Contudo, para JOANA DE SOUSA LOUREIRO, este argumento não poderá totalmente proceder, uma vez que “(...) a prorrogação do prazo surge aqui para repor o equilíbrio financeiro do contrato, que (...) é um direito do cocontratante. Assim, pese embora o prazo seja um elemento essencial do contrato e do procedimento que o antecede, (...) parece-nos que, para efeitos das exigências de

¹⁸⁵ JOANA DE SOUSA LOUREIRO, in “A modificação...”, op. cit., pág. 986 e ss..

*ponderação da compatibilidade da alteração com o princípio da concorrência, há que distinguir entre o tipo de prorrogação em causa*¹⁸⁶.

ALEXANDRA LEITÃO refere acresca ainda que *“a modificação do contrato através da qual se opera a reposição do equilíbrio financeiro nos casos em que a ruptura desse equilíbrio resulta de facto imputável ao contraente público acaba por não ser, na prática, muito diferente da modificação que decorre, por acordo, da alteração das circunstâncias não imputável a nenhuma das partes”*.

De facto, conforme já tivemos oportunidade de analisar em sede própria, e que agora importa lembrar, a prorrogação tanto pode ocorrer por acordo das partes (ou até mesmo no uso do *ius variandi*), sendo a prorrogação a própria alteração que se pretende fazer no contrato; ou, por outro lado, a prorrogação pode ocorrer como consequência de uma outra alteração ao contrato, surgindo (a prorrogação) como uma das formas previstas na lei para repor o equilíbrio do contrato.

Ora, pese embora a previsão do CCP quanto à forma de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, e que nos poderia levar a excluir a aplicação do critério da alteração substancial nessas hipóteses, a verdade é que mesmo nestas situações “(...) deverá haver um especial cuidado, por parte do aplicador da lei, aquando do seu confronto com o princípio da concorrência, sob pena de se chegar a soluções materialmente injustas¹⁸⁷.

Nestes termos, somos levados a concluir que qualquer modificação ao contrato deve passar pelo teste da substancialidade, seja uma alteração que vise a prorrogação do prazo de vigência do contrato (quer resulte de acordo entre as partes, quer opere por acto administrativo no uso do poder de modificação unilateral pelo contraente público), seja uma alteração que determine a prorrogação da duração do contrato como modo de reposição do equilíbrio financeiro do contrato, na sequência de uma qualquer outra alteração.

¹⁸⁶ Cfr. JOANA DE SOUSA LOUREIRO, in *“A modificação...”*, op. cit., pág. 988.

¹⁸⁷ Cfr. JOANA DE SOUSA LOUREIRO, in *“A modificação...”*, op. cit., pág. 989.

A este propósito, JOANA DE SOUSA LOUREIRO conclui que “(...) *é a economia do contrato e o seu objecto, bem como a susceptibilidade de a modificação, globalmente considerada, ferir os interesses da concorrência, que têm que ser ponderados*”¹⁸⁸. (sublinhado nosso)

Porém, a autora considera ainda que nos casos em que a prorrogação surge como forma de repor o equilíbrio financeiro do contrato, o facto dessa possibilidade de prorrogação não estar *a priori* prevista no clausulado do contrato não deve determinar a qualificação da alteração como substancial de forma automática, e tendemos a concordar com esta posição.

Deste modo, a decisão do TdC neste caso parece-nos aceitável, até porque o novo período de tempo estabelecido pelo contrato afigurar-se-ia sempre excessiva e, tal como é referido pelo Tribunal, poderia favorecer a posição do cocontratante.

Em suma, podemos concluir que no caso da modificação desvirtuar o contrato de tal forma que se trata da adjudicação de um novo contrato, estaremos perante uma situação de adjudicação ilegal, por ter sido realizada sem o respectivo procedimento, sendo nestes casos sancionado pela lei com a nulidade.¹⁸⁹

Pelo exposto, no presente capítulo pretendemos demonstrar a relação entre a prorrogação e a modificação do contrato, e quanto à questão de admitir a prorrogação como uma modificação do contrato, não haverá da nossa parte muito a acrescentar àquilo que tem vindo a ser dito ao longo do presente estudo. Conforme já referimos, a prorrogação traduz-se numa alteração ao prazo de duração do contrato, cuja vigência será alargada, o que se traduz no aumento do prazo inicialmente estabelecido no contrato. Ora, o prazo do contrato é um dos elementos essenciais dos contratos, sendo que uma eventual alteração ao prazo de vigência do contrato pode consubstanciar uma alteração a um dos seus termos, e como tal podemos estar perante uma modificação do contrato, que opera por via

¹⁸⁸ Cfr. JOANA DE SOUSA LOUREIRO, in “*A modificação...*”, op. cit., pág. 989.

¹⁸⁹ Cfr. art 283.º, n.º 1 e 133º, n.º 1 do CCP, para o caso de modificação unilateral; e art. 285.º, n.º 1, no caso da modificação por acordo endocontratual.

unilateral ou por acordo, e com base nos fundamentos legais, ou, caso a alteração seja *substancial*, podemos estar perante um novo contrato.¹⁹⁰

De facto, não só é possível, como é inevitável, **cumular a prorrogação do prazo do contrato com a alteração das respectivas cláusulas**.¹⁹¹

A questão que levantámos, e à qual tentámos responder, foi precisamente a de saber quando é que a alteração modifica de tal forma o contrato, que nos leve a dizer que estamos perante um novo contrato e, como tal, deveria ter sido submetido ao procedimento concursal, em respeito pelo princípio da concorrência. É neste sentido que a doutrina e jurisprudência têm desenvolvido a **teoria da alteração substancial do contrato**, com o intuito de perceber se as alterações em causa num determinado contrato podem ou não ser qualificadas como substanciais, de forma a que se possa dizer com certeza que estamos perante um novo contrato, distinto daquele que fora submetido às regras concorrenciais.

Segundo a orientação propugnada por este acórdão, não havendo nenhuma alteração das condições essenciais do contrato, apenas modificação de condições não essenciais deste, não estaremos perante um contrato novo, pelo que os princípios da concorrência, igualdade e da transparência não seriam desrespeitados.

Na hipótese de existirem alterações substanciais às cláusulas do contrato, e de estarmos perante um contrato novo, é que os potenciais ou efectivos concorrentes poderiam ver as suas expectativas frustradas de forma legítima, por não lhes ter sido dada a oportunidade de apresentarem as suas propostas a concurso nos termos das novas condições daquele acordo.

É nesta medida que importa precisar o já referido **“critério da alteração substancial”** conforme desenvolvido pelo TJUE, nomeadamente no tão conhecido Acórdão “*Pressetext*” de 19 de Junho de 2008¹⁹².

¹⁹⁰ Contudo, a questão não será assim tão linear: a linha que distingue a modificação do contrato de uma modificação substancial é muito ténua. A dúvida que se poderá colocar perante uma modificação do contrato prende-se precisamente com aquelas situações em que o contrato alterado se torna num novo contrato, por em tudo se distinguir do contrato previamente celebrado.

¹⁹¹ Vide neste sentido, LINO TORRAL; JOAO PACHECO DE AMORIM; FREITAS DO AMARAL.

Existe assim uma **notória “tendência” para conferir primazia à protecção da concorrência sobre a protecção do interesse público.** E é este o ponto que mais nos interessa para o presente estudo.

Em suma, estamos em posição de concluir que se consagrou a ideia segundo a qual existe um núcleo irredutível do contrato imune ao poder de modificação unilateral pela Administração, sendo que o limite ao poder de modificação unilateral se traduz simplesmente na proibição de afectar o conteúdo essencial do contrato.

Em suma, o que se pretende evitar com a definição de limites à modificação do objecto contratual é que o co-contratante, por via do poder de modificação unilateral do contraente público, seja obrigado a uma alteração que deturpe o tipo de contrato celebrado.

A conduta do contraente público deve conduzir-se pelo princípio da prossecução do interesse público e demais princípios, tais como os princípios da igualdade, transparência, concorrência.

¹⁹² Cfr. Ac. *Pressetext* do TJUE, processo C-454/06.

CAPÍTULO IV – SOLUÇÃO ADOPTADA NO CCP E NAS NOVAS DIRECTIVAS COMUNITÁRIAS EM SEDE DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA.

No presente capítulo propomos uma análise crítica sobre as soluções legais adoptadas tanto pelo Código dos Contratos Públicos, como pelas Directivas Europeias em sede de contratação Pública, mais precisamente quanto à previsão do instituto da modificação dos contratos.

11. Da solução adoptada no Código dos Contratos Públicos.

O instituto da modificação objectiva do contrato administrativo vem regulado na Parte II, Título I, do CCP, nomeadamente nos artigos 311.º a 315.º do Código.

Já nos pronunciámos ao longo do presente estudo sobre o facto do CCP não dispor de uma previsão legal que regule, em específico, o instituto da prorrogação. No entanto, o Código não deixa de fazer referência à prorrogação ao longo do seu texto, veja-se, por exemplo, os artigos 282.º, n.º 3; 410.º, n.º 2; 440.º, n.º 1, todos do CCP.

De facto, desde logo o artigo 282.º, sob a epígrafe “*reposição do equilíbrio financeiro do contrato*”, prevê no seu n.º 3 que “*a reposição do equilíbrio financeiro produz os seus efeitos desde a data da ocorrência do facto que alterou os pressupostos referidos no número anterior, sendo efectuada, na falta de estipulação contratual, designadamente, através da prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, da revisão de preços ou da assunção, por parte do contraente público, do dever de prestar à contraparte o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato*” (sublinhado nosso).

Ou seja, a prorrogação é legalmente admissível uma vez que se encontra expressamente prevista pelo Código, sendo uma das formas possíveis para proceder à reposição do equilíbrio financeiro do contrato, a par das restantes

designadas pelo Código. Porém, a prorrogação surge aqui na sequência de uma modificação contratual do contrato, que desequilibrou financeiramente o contrato e como tal a prorrogação é uma das formas possíveis de o reequilibrar.

No entanto, não existe qualquer previsão no CCP do instituto da prorrogação *per se*, ou seja, relativo à alteração do prazo de vigência do contrato que resulte exclusivamente da vontade das partes ou da decisão unilateral da administração, sem a finalidade da reposição do equilíbrio financeiro do contrato em resultado de outra modificação.

Todavia, existem ainda mais dois preceitos do CCP que apontam no sentido de a prorrogação ser legalmente admissível, nomeadamente os artigos 410.º e 440.º, ambos sob a epígrafe “prazo” (o primeiro em relação à concessões de obras públicas e de serviços públicos, e o segundo quanto à aquisição de bens móveis e serviços). De ambos os preceitos resulta a estipulação de um limite máximo de duração dos contratos, 30 anos no caso da concessões de obras públicas e de serviços públicos, e 3 anos para aquisição de bens móveis e serviços; estes preceitos estipulam não só um limite máximo, conforme já tivemos oportunidade de desenvolver no Capítulo I do presente estudo, como referem expressamente que nesse limite deve estar já incluído o tempo da prorrogação (se houver).

Nestes termos, dispõe o n.º 2 do artigo 410.º que *“na falta de estipulação contratual, o prazo a que se refere o número anterior é de 30 anos, nele se incluindo a duração de qualquer prorrogação contratualmente prevista”*, e o n.º 1 do artigo 440.º que *“o prazo de vigência do contrato não pode ser superior a três anos, incluindo quaisquer prorrogações expressas ou tácitas do prazo de execução das prestações que constituem o seu objecto, salvo se tal se revelar necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objecto do contrato ou das condições da sua execução.”* (sublinhado nosso)

Em suma, o instituto da modificação é regulado em capítulo próprio no CCP, ao contrário do que acontece com a prorrogação, que apenas vem prevista em algumas disposições do código. Também quanto à previsão dos princípios da concorrência no ordenamento português, e de forma inovadora em relação à

directiva comunitária 2004, o CCP previu expressamente no seu artigo 1º, nº. 4 este princípio.

De facto, *“o legislador português revelou, pelo contrário, ter plena consciência da incompletude estrutural ds Directivas n.ºs 2004/18/CE e 2004/17/CE”*¹⁹³.

12. Da solução Comunitária.

Tal como acontece no direito português (CCP), em sede de direito comunitário a situação é idêntica. De facto, as Directivas Comunitárias não prevêm o instituto da prorrogação dos contratos públicos, e não têm nenhuma referência ou definição do conceito de prorrogação e/ou do seu respectivo regime jurídico, embora se ocupem da questão da modificação do contrato.

Também quanto ao princípio da concorrência, RUI MEDEIROS refere que *“historicamente, apesar da relevância económica da contratação pública, a ausência no direito comunitário originário de previsões específicas sobre a formação dos contratos públicos dificultou a plena assunção do princípio da concorrência como law in action pelas entidades adjudicantes em diversos Estados-membros”*¹⁹⁴.

Estamos assim cientes que existe igualmente uma lacuna, agora em sede de direito comunitário, no que respeita a esta figura.

Porém, antes de avançarmos para a análise do regime a nível comunitário, importa fazer uma breve referência quanto às Directivas Comunitárias actualmente em vigor em matéria de contratação pública, uma vez que as Directivas de 2004 se encontram revogadas pelas Directivas de 2014, sendo que os Estados-Membros tiveram o período de 2 anos para proceder à transposição das Novas Directivas para a sua legislação nacional¹⁹⁵.

Nestes termos, foi aprovada a Directiva 2014/24/UE, relativa aos contratos públicos e que revoga a Directiva 2004/18/CE; a Directiva 2014/25/UE, relativa

193 Neste sentido, RUI MEDEIROS, *“Âmbito...”*, op. cit., pág. 4.

194 RUI MEDEIROS, *“Âmbito...”*, op. cit., pág. 3.

¹⁹⁵ O Estado Português teve assim dois anos para proceder à transposição das Directivas, ou seja, até ao p.p. dia 18 de Abril de 2016 (com excepção da matéria referente à contratação pública eletrónica, cujo prazo é até ao dia 18 de Outubro de 2018).

aos contratos públicos celebrados por entidades que operam em sectores especiais, e que revoga a Directiva 2004/17/CE; e a Directiva 2014/23/UE, relativa à adjudicação de contratos de concessão.¹⁹⁶

Importa referir que a nível nacional, não obstante existir uma “Proposta de Transposição das Directivas”, apresentada pela Comissão de Revisão do CCP, não se efectivou ainda a transposição das mesmas. Todavia, e não obstante a falta de transposição, as disposições legais das Directivas estão já em vigor e produzem efeito directo no ordenamento nacional.¹⁹⁷

Não nos iremos debruçar em grande profundidade sobre as normas da (revogada) Directiva 2004/18/CE, na qual são poucas as referências quanto à possibilidade de prorrogação contratual¹⁹⁸, todavia o que acima dissemos quanto à falta de previsão pelo direito comunitário em relação ao instituto da prorrogação aplica-se também às duas Directivas comunitárias.

Porém, não podemos deixar de referir que, pese embora a falta de regulação (e agora estamos a cingir-nos apenas ao período em que as Novas Directivas não estavam em vigor), existia um conjunto de instrumentos aos quais o aplicador da lei podia recorrer e que faziam denotar a posição da Comissão (e da UE) sobre a questão das modificações dos contratos públicos, nomeadamente a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário* (2000/C 121/02), a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre a aplicação do Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e de Concessões às Parcerias Público-Privadas institucionalizadas* (2008/C 91/02), o *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões* (30/04/2004), entre outros.

De facto, ao recorrermos a estes instrumentos de *soft law*, conseguimos ter algumas *guidelines* ou orientações sobre a posição da UE sobre o tema da modificação. A este propósito vejamos, por exemplo, o *Livro Verde sobre as*

¹⁹⁶ Todas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, publicadas no JOUE, de 28 de março de 2014.

¹⁹⁷ Quer isto significar que os pressupostos e limites da modificação do contrato público, matéria sobre a qual incide a Directiva de 2014, tem já aplicação a nível nacional.

¹⁹⁸ Sem prejuízo de fazermos uma análise comparativa entre o anterior regime e o actual.

*Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e Concessões*¹⁹⁹ que, em relação às Parcerias Público-Privadas, faz referência no Considerando (49) aos fundamentos subjacentes à modificação dos contratos, abrindo também caminho da teoria segundo a qual a modificação substancial que deve ser equiparada à celebração de um novo contrato²⁰⁰.

No mesmo sentido, também a *Comunicação Interpretativa da Comissão sobre a aplicação do Direito Comunitário em matéria de Contratos Públicos e de Concessões às Parcerias Público-Privadas institucionalizadas* (2008/C 91/02), sobre as modificações dos contratos no âmbito das PPP, vem reforçar o entendimento do TJUE quanto à previsão da possibilidade de modificação no contrato, pelo que “qualquer modificação aos termos essenciais do contrato não prevista nos cadernos de encargos obriga à abertura de novo concurso.”²⁰¹ (...) Neste caso, a entidade adjudicante deve prestar especial atenção à obrigação de transparência e de igualdade de tratamento de todos os concorrentes.”

Ora, conforme acabámos de ver, e não obstante a falta de previsão da figura da modificação dos contratos públicos na Directiva de 2004, a verdade é que a jurisprudência do TJUE e as comunicações da Comissão Europeia não são alheios a este tema.

Por outro lado, quanto à figura da prorrogação do prazo de vigência do contrato é patente a omissão de disposições sobre a mesma, tanto a nível nacional²⁰² como comunitário (seja na Directiva de 2004, seja na Directiva de 2014).

¹⁹⁹ Bruxelas, 30/4/2004 COM(2004) 327 final, apresentado pela Comissão.

²⁰⁰ Cfr. Considerando 49, “(...) de um modo geral, as modificações que ocorrem no decurso de uma PPP, quando não são enquadradas nos documentos contratuais, têm frequentemente por efeito pôr em causa o princípio da igualdade de tratamento dos operadores económicos. Estas modificações não enquadradas apenas são aceitáveis quando se tornam necessárias devido a um acontecimento imprevisível, ou quando são justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública. Acrescente-se que qualquer modificação substancial que abranja o objecto do contrato deve ser equiparada à celebração de um novo contrato, implicando um novo concurso” (sublinhado nosso).

²⁰¹ E continua dizendo que “(...) o TJCE considera que um termo é essencial, em especial, quando se trata de uma estipulação que, se tivesse constado do anúncio de concurso ou do caderno de encargos, teria permitido aos concorrentes apresentar uma proposta substancialmente diferente. Como exemplo de termos essenciais do contrato, refira-se o objecto das obras ou dos serviços a prestar pelo contratante ou as taxas cobradas aos utilizadores do serviço prestado pelo contratante”.

²⁰² Não obstante a referência pontual à figura da prorrogação ao longo do texto do CCP, como também já tivemos oportunidade de verificar.

No entanto, pese embora a falta de previsão do instituto da prorrogação, tal como acontece no CCP, a Directiva 2014 dispõe já de um artigo sobre os pressupostos e limites da modificação do contrato público – o artigo 72.^o²⁰³, que iremos desenvolver no próximo ponto.

– ***As novas Directivas Europeias em sede de contratação pública:***

Cumpra agora olhar de forma mais aprofundada para a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos, e em especial para o artigo 72.^o, que sob a epígrafe “*modificação de contratos durante o seu período de vigência*” prevê, de forma inovadora e no seguimento do entendimento proferido pela jurisprudência e doutrina sobre o tema, várias das questões levantas ao longo do presente estudo.

O n.º 1 do artigo 72.^o prevê que “*os contratos e os acordos-quadro podem ser modificados sem novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos: a) Se as modificações, independentemente do seu valor monetário, estiverem previstas nos documentos iniciais do concurso em cláusulas de revisão (podendo incluir cláusulas de revisão dos preços) ou opção claras, precisas e inequívocas. Essas cláusulas devem indicar o âmbito e a natureza das eventuais modificações ou opções, bem como as condições em que podem ser aplicadas. Não podem prever modificações ou opções que alterem a natureza global do contrato ou do acordo-quadro; b) Se houver necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares por parte do contratante original que não tenham sido incluídos no contrato inicial, caso a mudança de contratante: i) não possa ser efetuada por razões económicas ou técnicas, como requisitos de permutabilidade ou interoperabilidade com equipamento, serviços ou instalações existentes, adquiridos ao abrigo do contrato inicial, e ii) seja altamente inconveniente ou provoque uma duplicação substancial dos custos para a autoridade adjudicante. Todavia, o aumento de preço não pode exceder 50 % do valor do contrato original. Em caso de várias modificações sucessivas, esse limite aplica-se ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não podem ter por objetivo a não aplicação das*

²⁰³ E o qual tem já aplicação directa a nível nacional, independentemente de não ter sido transposto.

disposições da presente diretiva; c) Se se verificarem todas as seguintes condições: i) a necessidade de modificação decorre de circunstâncias que uma autoridade adjudicante diligente não possa prever, ii) a modificação não altera a natureza global do contrato, iii) o aumento de preço não ultrapassa 50 % do valor do contrato ou acordo-quadro original. Em caso de várias modificações sucessivas, esse limite aplica-se ao valor de cada modificação. Tais modificações sucessivas não podem ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente diretiva; d) Se o adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato for substituído por um novo adjudicatário, por um dos seguintes motivos: i) uma cláusula de revisão ou opção inequívoca, em conformidade com a alínea a), ii) transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advenham outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva, ou iii) assunção pela própria autoridade adjudicante das obrigações do contratante principal para com os seus subcontratantes, se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional em conformidade com o artigo 71.º; e) Se as modificações, independentemente do seu valor, não forem substanciais na aceção do n.º 4. Depois de modificarem um contrato nos casos previstos nas alíneas b) e c) do presente número, as autoridades adjudicantes publicam um anúncio da modificação ou modificações no Jornal Oficial da União Europeia. Os anúncios incluem as menções previstas no Anexo V, parte G, e são publicados em conformidade com o artigo 51.º". (sublinhado nosso)

Ora, desde logo percebemos que este (extenso) n.º 1 elenca ao longo das suas alíneas o conjunto de situações nas quais a modificação do contrato é admitida sem necessidade de recorrer a um novo procedimento de adjudicação. Em primeiro lugar, prevê que as modificações que estiverem previstas inicialmente no contrato são admitidas – em parte invertendo a linha de argumentação do TJUE e do TdC, que considerava que a falta de previsão da possibilidade de prorrogação determinava a alteração substancial do contrato, e o que agora se verifica é somente a confirmação quanto à possibilidade legal de modificação do contrato desde que haja previsão no contrato nesse sentido. Se pensarmos na aplicação

deste preceito para o caso de prorrogação do prazo de vigência do contrato, percebemos que a mesma será possível desde que prevista inicialmente. No entanto, não nos parece que esta disposição possa ser interpretada de uma forma tão absoluta; continuam a vigorar os limites máximos de duração do contrato, os quais devem ser respeitados, assim como os princípios da contratação pública. Em segundo lugar, prevê a possibilidade de modificação no caso de haver necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares, desde que essa necessidade decorra de uma (atrevemo-nos a chamar-lhe) “alteração das circunstâncias”²⁰⁴, e não altere a natureza global do contrato, nem o aumento do preço em mais de 50 % do valor do contrato. Em terceiro lugar, determina a possibilidade de modificação em caso de substituição do adjudicatário; e por último, prevê *o contrario* que as modificações são admissíveis se não forem substanciais, sendo que o n.º 4 determina o que se considera como alteração substancial²⁰⁵.

Deste modo, o n.º 4 dispõe então que *“a modificação de um contrato ou de um acordo-quadro durante o seu período de vigência é considerada substancial, na aceção do n.º 1, alínea e), quando tornar o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do contrato ou acordo-quadro celebrado inicialmente. Em qualquer caso, sem prejuízo dos n.ºs 1 e 2, uma modificação é considerada substancial se se verificar uma ou mais das seguintes condições: a) A modificação introduz condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso; b) A modificação altera o equilíbrio económico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial; c) A modificação alarga consideravelmente o âmbito do contrato ou do acordo-quadro;*

²⁰⁴ O Considerando (109) da Diretiva 2014/24/UE faz referência ao conceito de “circunstâncias imprevisíveis” pelo que refere “a factos que a autoridade adjudicante não podia prever, apesar de ter preparado a adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente, tendo em conta os meios que tinha à sua disposição, a natureza e as características do projeto específico, as boas práticas no domínio em questão e a necessidade de assegurar uma relação adequada entre os recursos gastos na preparação da adjudicação do contrato e o seu valor previsível”.

²⁰⁵ É aqui patente a influência da doutrina e jurisprudência comunitária, a qual tem vindo a desenvolver a teoria da “alteração substancial”, e que agora vê reconhecida e reproduzida no texto legal. Aliás, é comum no direito administrativo, e sobretudo no direito comunitário, este efeito inverso, no qual a doutrina e jurisprudência acabam por “colmatar” as eventuais falhas a nível legislativo, e que posteriormente, aquando de uma revisão legal, acabam por ser colhidas pelo legislador.

d) O adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato é substituído por um novo adjudicatário, em casos não previstos no n.º 1, alínea d) (sublinhado nosso). É notória uma vez mais a influência da jurisprudência comunitária, sendo que o legislador, de certo modo, se apoia nos critérios da “alteração substancial” enunciados pela doutrina e TJUE para formular estas alíneas²⁰⁶.

Por sua vez, o n.º 2 refere ainda outras situações em que os contratos podem ser modificados, exclusivamente relacionados com o valor da modificação e do próprio contrato²⁰⁷.

Por último, o n.º 5 do artigo 72.º, conclui que *“as modificações das disposições de um contrato público ou de um acordo-quadro durante a sua vigência que sejam diferentes das modificações previstas nos n.ºs 1 e 2 obrigam a novo procedimento de contratação nos termos da presente diretiva”* (sublinhado nosso), em linha com o regime do CCP, que prevê que no caso de uma modificação substancial do contrato, a adjudicação é ilegal por ter sido realizada sem o respectivo procedimento, sendo nestes casos sancionado pela lei com a nulidade²⁰⁸.

13. Considerações finais.

Em suma, da análise do artigo 72.º da Directiva 2014, podemos concluir que o legislador europeu optou por consagrar a nível legislativo o que já estava em vigor por via da doutrina e jurisprudência em matéria de contratação pública, sendo de

²⁰⁶ Veja-se as parecenças entre “equilíbrio económico do contrato” e o então “equilíbrio financeiro do contrato”; ou o facto da modificação não poder alargar consideravelmente o âmbito do contrato, que está em sintonia com o princípio da intangibilidade do objecto do contrato; ou facto da modificação não permitir a “admissão de outros candidatos”, em pleno respeito pelo princípio da concorrência.

²⁰⁷ Cfr. n.º 2, onde se lê que *“além disso, e sem que seja necessário verificar se se encontram preenchidas as condições previstas no n.º 4, alíneas a) a d), os contratos podem igualmente ser modificados sem necessidade de novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, caso o valor da modificação seja inferior a ambos os seguintes valores: i) os limiares estabelecidos no artigo 4.º, e ii) 10 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de serviços e fornecimentos, e 15 % do valor do contrato inicial, no caso dos contratos de empreitada de obras. Contudo, a modificação não pode alterar a natureza global do contrato ou do acordo-quadro. Em caso de várias modificações sucessivas, esse valor é avaliado com base no valor líquido acumulado das modificações sucessivas”*; e consequentemente o n.º 3, *“para efeitos do cálculo do preço mencionado no n.º 2 e no n.º 1, alíneas b) e c), o preço atualizado é o valor de referência sempre que o contrato contenha uma cláusula de indexação”*.

²⁰⁸ Cfr. artigo 283.º, n.º 1 e 133.º, n.º 1, no caso de modificação unilateral; e artigo 285.º, n.º 1, no caso de modificação por acordo endocontratual.

destacar a previsão expressa da distinção entre modificação e modificação substancial, com recurso à *teoria da substancialidade* criada pelo TJUE.

Por fim, importa ainda acrescentar que não obstante a falta de previsão do instituto da prorrogação nas disposições da Directiva, os Considerandos iniciais fazem referência a essa possibilidade. Veja-se, por exemplo, o Considerando (81) onde se diz que *“deverá ser especificado que a necessidade de assegurar que os operadores económicos disponham de tempo suficiente para a elaboração de propostas pertinentes pode implicar que os prazos inicialmente estabelecidos poderão ter de ser prorrogados. Tal poderá ocorrer, designadamente, se os documentos do concurso sofrerem modificações significativas. (...) Convém, no entanto, esclarecer que tais modificações não deverão ser tão substanciais que, se tivessem feito parte do procedimento inicial, teriam permitido a admissão de candidatos que não os inicialmente selecionados ou teriam atraído mais participantes ao procedimento de contratação. Tal poderá ocorrer, em particular, no caso de as modificações tornarem o contrato ou o acordo-quadro materialmente diferente do inicialmente estabelecido nos documentos do concurso.*

Pelo exposto, parece-nos positivo que a Directiva tenha aproveitado para regular esta questão, de forma a deixar acentado o que até então tinha como base as decisões jurisprudenciais. É também notória a evolução que esta Directiva traz para o direito administrativo em geral, e para a contratação pública em particular²⁰⁹.

²⁰⁹ Neste sentido, ISABEL CELESTE M. FONSECA, refere que *“o regime contido nas Directivas Contratos Públicos/2014, em especial no capítulo IV da Directiva 2014/24, sobre a execução, modificação e rescisão dos contratos públicos, vem bulir com o regime substantivo clássico, de matriz francesa, do contrato administrativo, impondo ao legislador nacional reajustamentos, particularmente no que concerne aos fundamentos e limites da modificação do contrato público existente. (...) Enfim, independentemente de se questionar se este regime europeu vem «pôr fim ao “ius variandi”» ou se vem impor ao legislador nacional que anule ou «ponha em crise», aquilo que historicamente traduziu a distinção e a autonomia da figura do contrato administrativo, o necessário parece ser, agora, prever para o tema das modificações e limites da modificação do contrato existente uma solução nacional que se harmonize com a europeia, distinguindo as modificações possíveis das não legítimas, as alterações substanciais (que são proibidas e obrigam à rescisão do contrato) das alterações não substanciais, tanto mais quanto - sublinhamos - o efeito direto do artigo 72.º da Directiva 2014/24 parece não suscitar quaisquer dúvidas”* in *“Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: um velho tema, novas dificuldades”*, e-book intitulado *“A transposição das Directivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos”*, Maria João Estorninho (Coordenadora), Edição: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, disponível em www.icjp.pt, pág. 77 e ss.

Porém, é de lamentar a Comissão não ter aproveitado esta oportunidade para esclarecer e delimitar de forma mais aprofundada estas posições e conceitos.²¹⁰

A este propósito, ISABEL CELESTE M. FONSECA refere que *“os pressupostos e os limites da modificação do contrato público existente, apresentados nas Directivas Contratos Públicos/2014, estão em vigor e produzem efeito directo, pelo que importa, desde já, mesmo na ausência de notícias sobre a Proposta de Transposição apresentada pela Comissão de Revisão do CCP, saber distinguir a «alteração substancial» daquilo que não é, mormente por ser pouco significativo o impacto que a alteração produz no contrato ou por se apresentar dentro dos limiares “de minimis”, abaixo dos quais não se considera que possa existir alteração substancial, no quadro europeu”*.²¹¹

Por último, não podemos deixar de fazer referência à previsão do princípio da concorrência pela Nova Directiva²¹². Ora, o legislador europeu não só inovou quanto à previsão desses princípios, como aproveitou ainda por reforçar a referência ao princípio da concorrência, (cfr. artigo 18.º n.º 1, 2.º parágrafo).

Neste sentido, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO refere que *“a forma como o preceito se refere à concorrência confirma a polissemia que o termo assume quanto usado em contexto de contratação pública. Não se trata, aqui, principalmente, de regular o modo como os agentes económicos se comportam no mercado e de salvaguardar a alocação eficiente dos recursos (...), mas sim de assegurar que as entidades adjudicantes não restringem indevidamente o acesso dos agentes económicos aos procedimentos pré-contratuais; o imperativo de defesa da concorrência surge, nesta norma, associado ao cumprimento dos regimes procedimentais das directivas e tem,*

²¹⁰ Aliás, no Considerando (107) da Directiva 2014/24/UE a Comissão referia já que *“é necessário esclarecer as condições em que as modificações de um contrato durante a sua execução exigem um novo procedimento de contratação, tendo em conta a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia”*.

²¹¹ ISABEL CELESTE M. FONSECA, in *“Pressupostos...”* op. cit., pág. 77 e ss.

²¹² Uma das inovações da Directiva 2014/24/UE consiste na previsão, no artigo 18.º, dos princípios gerais da contratação pública, com enunciação dos princípios subjacentes à actividade contratual pública, onde se inclui o princípio da concorrência.

por isso, por destinatárias as entidades adjudicantes (o lado da procura) e não os agentes económicos (o lado da oferta)".²¹³

Pelo exposto, podemos concluir que a Comissão veio, por via da Directiva 2014, consagrar o entendimento seguido pela doutrina e jurisprudência quanto à questão da modificação do contrato, limitando-se a “copiar” para o corpo legal da Directiva 2014 as orientações e posições ora adoptadas. É de referir que se perdeu uma boa oportunidade para aprofundar e regular de forma mais concreta o tema da modificação e, eventualmente, da prorrogação, o qual não mereceu qualquer referência. Por outro lado, quanto ao princípio da concorrência, o caminho do legislador foi idêntico; optou por consagrar expressamente aquele princípio (ainda que em conjunto com o elenco dos restantes princípios da contratação pública), dando ao longo das suas disposições relevância à observância do respeito pela concorrência, muito na linha, uma vez mais, da doutrina e jurisprudência europeia.

²¹³ Cfr. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, in “*Primeira análise das novas Directivas (Parte I)*”, Revista de Contratos Públicos, n.º 9 (Setembro/Dezembro 2013), CEDIPRE, pág. 12 e ss.

CONCLUSÕES

Ao longo do presente estudo pretendemos aprofundar a relação da prorrogação do prazo de vigência do contrato, enquanto modificação do contrato, com o princípio da concorrência.

Vimos que a protecção da concorrência surge como um novo e autónomo critério de limitação da modificação de contratos, sendo que a (eventual) prevalência deste princípio em face da prossecução do interesse público é uma das características deste novo paradigma da contratação pública. Neste sentido, percebemos também que tanto a doutrina, como a jurisprudência, tendem a ter uma visão “extremista” no sentido de prevalência da protecção da concorrência sobre o interesse público.

A nosso ver, parece-nos que o cerne da questão, quanto a esta dicotomia, estará em encontrar um equilíbrio entre a prossecução do interesse público e o respeito pelo princípio da concorrência, sendo que partilhamos da opinião que o próprio respeito pela concorrência é uma (das) forma(s) de prosseguir o interesse público.

Concluimos ainda, no respectivo capítulo, que é patente a evolução que se tem verificado recentemente quanto a este princípio; num primeiro momento o respeito por este princípio tinha apenas em vista a protecção dos interesses das partes no contrato e, num segundo momento, começa a figurar enquanto pilar fundamental da União Europeia.

Quanto ao instituto da prorrogação, ficou claro que esta figura é legalmente admissível. No entanto, deve respeitar um conjunto de limites e pressupostos, nomeadamente – e de forma abreviada – os limites da duração do contrato, a existência de um fundamento de interesse público que a justifique, e o bom desempenho do cocontratante.

Por outro lado, é também claro que a prorrogação está intrinsecamente ligada à modificação contratual, uma vez que a alteração do prazo de vigência do contrato apenas pode ocorrer mediante uma alteração ao clausulado do mesmo.

Percebemos que a modificação unilateral desequilibra o contrato e, por sua vez, a alteração das circunstâncias recupera esse equilíbrio. Quer isto significar que a prorrogação pode ser uma das modalidades adoptadas com vista à reposição

desse equilíbrio do contrato – cujo desequilíbrio se deveu a uma outra alteração contratual.

Nestes termos, entendemos que a modificação enquanto reposição do equilíbrio do contrato seria aquela que mais poderia por em causa o respeito pelo princípio da concorrência; não obstante a modificação por alteração das circunstâncias não poder operar de forma “absoluta”, pois deve responder a critérios de equidade.

Ainda quanto à modificação, vimos que a alteração do prazo de vigência do contrato não se traduz numa *mera alteração* ao clausulado do contrato quanto as alterações são substanciais, e colidem com o próprio objecto do contrato – pelo que nesses casos deveria ter havido novo procedimento pré-contratual em detrimento da alteração. Para aferir da “teoria da substancialidade” recorreremos sobretudo à jurisprudência do TJUE – aliás, cuja teoria e orientações ficou expressamente consignada nas Novas Directivas Europeias de 2014.

Pelo exposto, pudemos oportunamente concluir que o contrato deve poder ser modificado, pois essa é uma garantia da sua boa execução; mas deve sempre respeitado o núcleo essencial do contrato.

Em suma, princípio da concorrência assume aqui uma vez mais um especial destaque, na medida em que serve de limite e fundamento da própria modificação – e prorrogação.

Conforme referíamos, verificámos que as Novas Directivas vieram regular a questão da modificação e adoptar a posição até então consagrada pela doutrina e jurisprudência, de forma positiva mas ainda assim ficando áquem das expectativas.

Por último, resta-nos concluir que a concorrência é um verdadeiro limite à modificação do contrato e à prorrogação do prazo de vigência deste; porém, a modificação dos contratos públicos deve ser abordada sob a perspectiva da concorrência, e não segundo o tradicional binómio do interesse do cocontratante/interesse público.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Mário Aroso de - **Cadernos de Justiça Administrativa: Contratos administrativos e poderes de conformação do contraente público no novo Código dos Contratos Públicos**. N.º 66, Novembro-Dezembro de 2007.

ALMEIDA, Mário Aroso de - **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia: Contratos Administrativos e regime da sua modificação no novo Código dos Contratos Públicos**. Volume II, Coimbra: Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.

AMADO, João Leal; COSTA, Ricardo - **Direito do Desporto Profissional - Contributos de um Curso de Pós-Graduação N.º 6 da Coleção**. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 9789724044323.

AMARAL, Diodo Freitas; TORRAL, Lino - **Estudos sobre concessões e outros actos administrativos (pareceres)**. Lisboa: Almedina, 2012. ISBN 9789724016702.

AMARAL, Diogo Freitas - **A utilização do domínio público pelos particulares**. Lisboa: Coimbra editora, 1965.

AMARAL, Diogo Freitas - **Curso de Direito Administrativo**. Vol II, 3ª ed. Lisboa: Almedina, 2016. ISBN 9789724064963.

AMORIM, João Pacheco de - **Estudos de Contratação Pública, O princípio da temporalidade dos contratos públicos**. CEDIPRE, Volume IV, 1.ª Edição, , Coimbra: Coimbra Editora, Fevereiro de 2013. ISBN: 978-972-32-2072.

ANDRADE, J. C. Vieira de - **Estudos de Contratação Pública: A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos**. Vol. II, Coimbra, 2010. ISBN: 9789723217841.

ATAÍDE, Augusto de - **Estudos de direito público em honra do professor Marcello Caetano - Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de Modificação Unilateral pela Administração.**

BARBOSA, Nuno; COSTA, Ricardo - I Congresso de Direito do Desporto – Memórias. Lisboa: Almedina, 2005. ISBN 9789724025148.

CAETANO, Marcello - **Manual de Direito Administrativo.** Vol. I, 10.^a edição, Lisboa: Almedina, 1980.

CARMO, F. Cunha Leal - **Dicionário Jurídico, Contratos e Obrigações.** Volume I, Escolar Editora.

CORREIA, José Manuel Sérvulo; TORRAL, Lino; SANCHEZ, Pedro - **Estudos de Contratação Pública: Alteração das Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública.** Vol. III, Coimbra, 2010.

DUARTE, Tiago - **Revista dos Contratos Públicos: Os eléctricos de Marselha não chegaram a Sintra: o Tribunal de Contas e os limites à modificação de contratos.** N.º 3.

ESTORNINHO, Maria João - **Direito Europeu Dos Contratos Públicos: Um olhar Português.** Lisboa: Almedina, 2006.

FERRAZ, Aníbal Augusto Ruivo - **Algumas questões desportivo-tributárias dirimidas, pelos tribunais, no decurso da última década.** Porto, 2013. ISBN: 9789727888467.

FREITAS, Lourenço Vilhena de - **O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração (e as Garantias Contenciosas do seu Co-contratante perante este Exercício).** AAFDL, Lisboa, 2007.

GOMES, Carla Amado - **Estudos de Contratação Pública: A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos.** Vol. I, Coimbra, 2008.

GONÇALVES, Pedro – **A relação jurídica fundada em contrato administrativo**. N.º 64, Justiça administrativa, Junho – Agosto, 2007.

GONÇALVES, Pedro - **Cadernos de Justiça Administrativa: Acórdão Presetext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato, Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Secção) de 19.6.2008, P. C-454/06**. N.º 73, Anotação, Janeiro-Fevereiro, 2009.

GONÇALVES, Pedro - **Cadernos de Justiça Administrativa: A relação jurídica fundada em contrato administrativo**. N.º 64, Julho-Agosto, 2007.

GONÇALVES, Pedro Costa - **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. CEDIPRE, Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN 978-972-32-2147-3.

GUIMARÃES, João Paulo Valadas - Os 10 Anos de Investigação do CIJE - Estudos Jurídico-Económicos. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN: 9789724042251.

LEITÃO, Alexandra - **Lições de Direito dos Contratos Públicos**. AAFDL, Lisboa: Universidade de Lisboa, 2014.

LOUREIRO, Joana de Sousa – **Boletim da faculdade de direito, A modificação do contrato administrativo à luz do princípio da concorrência: uma análise sob a perspectiva do direito da UE**. Coimbra: Coimbra editora, 2011. ISSN: 0303-9773.

MARTINS, Ana Gouveia - **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia: A modificação e os trabalhos a mais nos Contratos de Empreitada de Obras Públicas**. Vol. II, edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, 2010.

MEDEIROS, Rui – **Cadernos de Justiça Administrativa, Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência**. N.º 69, CJA, Maio-Junho de 2008. ISSN: 0873-6294.

RAIMUNDO, Miguel Assis – **Revista de contratos públicos, Primeira análise das novas Directivas (parte I)**. N.º9, CEDIFRE, Quadrimestral, Setembro – Dezembro 2013. ISSN: 2182-164X.

NABAIS, José Casalta – **O regime fiscal do desporto profissional**. Desporto & Direito, Revista jurídica do desporto, Coimbra, 2004.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de - **Cadernos de Justiça Administrativa: O acto administrativo contratual**. N.º 63, Maio-Junho, 2007.

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de - **Os Princípios Gerais da Contratação Pública”, Estudos da Contratação pública – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008

OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de - **Direito Administrativo I**. Coimbra, 1980.

OTERO, Paulo - **Revista da Ordem dos Advogados: Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas**. N.º 56, Lisboa, 1996.

PEREIRA, Pedro Miguel Matias - **Os Poderes do Contraente Público no Código dos Contratos Públicos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN: 9789723219265.

PRATA, Ana - **Dicionário Jurídico**. 3.ª Ed., Revista e Actualizada, Lisboa: Livraria Almedia.

RAIMUNDO, Miguel Assis - **A formação dos contratos públicos. Uma concorrência ajustada ao interesse público**. AAFDL, Lisboa, 2013.

RAIMUNDO, Miguel Assis - **Revista de Contratos Públicos: Primeira análise das novas Directivas (Parte I)**. CEDIPRE, N.º 9, Setembro-Dezembro 2013.

SILVA, Jorge Andrade da - **Dicionário dos Contratos Públicos**. Lisboa: Almedina.

SILVA, JORGE ANDRADE DA - **Código dos Contratos Públicos: comentado e Anotado**. 2ª edição, Lisboa: Almedina, 2009.

SILVA, Jorge Andrade da - **Código dos Contratos Públicos: comentado e anotado**. 3ª edição, Lisboa: Almedina, 2010.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado - **Contratos Públicos, Direito Administrativo Geral, Tomo III**. 2ª ed., Lisboa: Dom Quixote, 2009.

TEIXEIRA, Glória - **Direito e Desporto - Estudos Fiscais e de Gestão**. Lisboa: Almedina, 2007. ISBN 9789724032320.

TORGAL, Lino - **Cadernos de Justiça Administrativa: A empreitada de obras públicas no Código dos Contratos Públicos - breve nota sobre algumas das principais novidades**. N.º 64, Julho-Agosto de 2007.

TORGAL, Lino - **Revista de Contratos Públicos: Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos**. N.º 1, Janeiro-Abril de 2011.

VIANA, Cláudia - **Os Princípios Comunitários da Contratação Pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 9789723215175.

BIBLIOGRAFIA INTERNACIONAL

HOEPFFNER, Hélène - **La modification du contrat administrative**. 2009.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota - **Contratos Sobre o Exercício de Poderes Públicos - O Exercício Contratualizado do Poder Administrativo de Decisão Unilateral**. 1.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, Janeiro de 2011.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert – **Public procurement and the UE competition rules.** 2nd ed. Oxford and Portland. Oregon, 2015. ISBN: 978-1-84946-612-7.

WEBGRAFIA

ARROWSMITH, Sue - **Modernising the EU's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility.** Public Procurement Law Review, 21, 2012, pp. 7-82. ISSN 0963-8245 (disponível em http://eprints.nottingham.ac.uk/1685/1/eprints_pplr_blueprint_for_reform_final.pdf)

FONSECA, Isabel Celeste M. - **A transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos: Pressupostos e limites da modificação do contrato público existente: um velho tema, novas dificuldades.** Ed. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (disponível em www.icjp.pt)

FRACKOWIAK, Céline; DELALOY, Guillaume - **Nouvelles directives européennes sur les marchés publics et les concessions: quels changements pour le droit français de la commande publique?** (disponível em <http://www.efe.fr/edition/revue/pdf/bjcp-94-2014-chronique.pdf>)

LEITÃO, Alexandra - **O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais,** Intervenção apresentada no âmbito do V Encontro de Professores de Direito Público – **O Tempo e o Direito Público,** realizado na FDUL, 2012 (disponível em: http://icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf).

LEITÃO, Alexandra - **A utilização do domínio público hídrico por particulares.** (disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/direito_da_agua_-_a_utilizacao_do_dominio_publico_hidrico_por_particulares.pdf)

QUESADA, Carmen Estevan - **Competition and transparency in public procurement markets.** Public Procurement Law Review, 5, 2014, (disponível em http://www.nottingham.ac.uk/pprg/publications/law_review.aspx)

Modification of Public Contracts 10 European Procurement & Public Private Partnership Law Review. EPPPL, 2015 (disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/epppl2015&div=9&id=&page=>)

SANCHEZ-GRAELLS, Albert - **Competitive neutrality in public procurement and competition policy: an ongoing challenge analysed in view of the proposed new directive.** 5th International Public Procurement Conference, August 2012, University of Bristol Law School, January 24, 2012. (disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1991302)

SANCHEZ-GRAELLS, Albert - **The difficult balance between transparency and competition in public procurement: Some recent trends in the case law of the European Courts and a look at the new Directives.** University of Leicester School of Law Research Paper No. 13-11, Senior Lecturer, University of Leicester. (disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2353005)

SANCHEZ-GRAELLS, Albert - **O difícil equilíbrio entre a transparência ea concorrência nos contratos públicos: Algumas tendências recentes na jurisprudência dos tribunais europeus e uma olhada nas novas directivas.** Universidade de Leicester School of Research Paper Lei no 13-11, Palestrante Sênior da Universidade de Leicester. (disponível em: <https://mail.google.com/mail/#inbox/159da52e03f5e2bf?projector=1>)