

SOBRE O CONCEITO DE ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DE CADERNO DE ENCARGOS NO ÂMBITO DO PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL NO QUADRO DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

NUNO CASTRO MARQUES*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Enquadramento preliminar; 3. A origem do artigo 24.º, n.º 1, als. a) e b) do Código dos Contratos Públicos; 4. A jurisprudência nacional sobre o conceito de alteração substancial; 5. A jurisprudência europeia sobre o conceito de alteração substancial; 6. Conclusões e proposta de teste para a apreciação de alterações que se pretendam introduzir e forma de novo procedimento.

RESUMO: O presente estudo aborda o conceito de alteração substancial no quadro dos contratos públicos, passando em revista a jurisprudência nacional, bem como a europeia, e contribui para a sua clarificação, especialmente relevante quanto tal conceito constitui o limite para o possível recurso ao ajuste direto para a formação de quaisquer contratos quando anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação tenha ficado deserto, seja porque nenhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta, ou todas as propostas hajam sido excluídas.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos Públicos; Alteração Substancial; Contratação Pública

ABSTRACT: This study addresses the concept of substantial modification in the framework of public procurement, reviewing national as well as European jurisprudence, and contributes to its clarification, being especially relevant as this concept constitutes the limit for the possible use of direct award for any contracts when previous public tender has failed either because no candidate has presented itself or no competitor has submitted a proposal, or all proposals have been excluded.

KEYWORDS: Public Contracts; Substantial Modifications; Public Procurement

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito e Ciência Política da ULP, investigador do Centro de Estudos Avançados em Direito (CEAD) Francisco Suárez. Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Visa-se, no presente artigo, contribuir para a clarificação do conceito de alteração substancial no quadro da aplicação das alíneas a) e b) do n.º 1 e do n.º 2 do art. 24.º e do art. 27.º-A do Código dos Contratos Públicos¹.

Mais particularmente, pretende-se aprofundar, no específico quadro do procedimento pré-contratual, qual o conceito e, desta forma, quais os limites impostos pela proibição de alteração substancial do caderno de encargos estabelecida nos n.ºs 1 e 2 do art. 24.º do Código dos Contratos Públicos.

Recorde-se que tal norma permite, ainda que num quadro delimitado, a escolha do ajuste direto para a formação de quaisquer contratos e, designadamente, quando em anterior concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, nenhum candidato se haja apresentado ou nenhum concorrente haja apresentado proposta, e desde que o caderno de encargos e, se for o caso, os requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira não sejam substancialmente alterados em relação aos daquele concurso ou, ainda, quando em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas e, de novo, desde que o caderno de encargos não seja substancialmente alterado em relação ao daquele procedimento².

É, portanto, uma norma de particular importância para aquelas situações, não tão raras assim, em que os procedimentos concursais ficam desertos, seja porque todos os potenciais concorrentes concluíram pela não atratividade de algum aspeto do caderno de encargos, seja porque todos se revelaram incapazes de apresentarem propostas que cumprissem os atributos exigidos no caderno de encargos e conducentes à sua exclusão³.

Na verdade, o elevado número de concursos “desertos” constitui uma realidade que se vem notando, e sendo certo que várias razões podem concorrer para um tal facto, aquelas normalmente apontadas referem-se a preços base calculados e

1 Após a alteração ao Código dos Contratos Públicos introduzida pela Lei n.º 30/2021, de 21.05, o anterior n.º 9 do art. 24.º corresponde ao atual n.º 2 de tal artigo.

2 Cfr. as alíneas a) e b) do n.º 1 art. 24.º do Código dos Contratos Públicos.

3 Vide em especial as causas de exclusão das propostas elencadas nas alíneas a) a g) do n.º 2 do art. 70.º do Código dos Contratos Públicos.

fixados pelas entidades públicas contratantes de forma demasiadamente “otimista” e, portanto, demasiadamente baixos, ou cláusulas ou requisitos técnicos considerados desajustados pelos potenciais concorrentes. Tenha-se, contudo, presente que um concurso deserto é algo não pretendido, porquanto representa, entre outros aspetos, uma manifestação de necessidade pública não satisfeita.

Daí que, e como por exemplo o Tribunal de Contas bem refere, “Ocorrendo um concurso deserto, a prossecução dos interesses públicos justifica que, num horizonte temporal de curto prazo, se faça recurso a procedimentos não concorrenciais. Mas satisfeitas de imediato as necessidades públicas, para a satisfação continuada das mesmas ou de novas necessidades, deve a Administração recorrer de novo a procedimentos concorrenciais, assim observando os princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, expressamente consagrados no n.º 4 do artigo 1.º do CCP e outros princípios aplicáveis, nos termos da Constituição e da lei (designadamente do CPA), a toda actividade administrativa pública, como os da prossecução do interesse público, legalidade, proporcionalidade e imparcialidade.”⁴

Ou seja, aceita-se que a satisfação daquilo que sejam as necessidades do ente público justifique que se utilizem formas expeditas para ultrapassar o óbice do procedimento haver ficado deserto, e tanto encontra-se previsto, como já referido, no art. 24.º do Código dos Contratos Públicos. Porém, e também como já adiantado, tal possibilidade encontra-se subordinada ao limite de o caderno de encargos não poder ser substancialmente alterado em relação ao procedimento que ficou deserto.

Note-se, porém, que o conceito de alteração substancial do contrato público vem sobretudo sendo estudado e densificado no contexto de contratos em curso, ou seja, quando ainda é aceitável, à luz da defesa dos princípios da concorrência e transparência, modificar um contrato que está em execução face à sua configuração inicial (e objeto de competição). Com esta nossa reflexão, pretendemos trazer e trabalhar o conceito para esta realidade a jusante — a do procedimento pré-contratual —, quando se pretenda recorrer a ajuste direto subsequente a procedimento concursal se revelou incapaz de prover o seu desiderato, ajuste direto esse que não pode apresentar uma “alteração substancial” face a esse procedimento concursal fracassado.

4 Cfr. § 12 do Acórdão n.º 16/2010, de 8.06.2010, 1.ªS/PL, Recurso Ordinário n.º 10/2010, processo n.º 105/2010.

2. ENQUADRAMENTO PRELIMINAR

O atual Código dos Contratos Públicos é, em larga medida, tributário de fonte europeia. Pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que o aprovou, procedeu-se à transposição das Diretivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março, e foi sendo objeto de várias alterações, introduzidas pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 223/2009, de 11 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 278/2009, de 2 de outubro, pela Lei n.º 3/2010, de 27 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 131/2010, de 14 de dezembro, pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de julho e pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

De maior envergadura foram, porém, as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, porquanto pelo mesmo foram transpostas a Diretiva n.º 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa à adjudicação de contratos de concessão, a Diretiva n.º 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos e que revogou a Diretiva n.º 2004/18/CE, e a Diretiva n.º 2014/25/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revogou a Diretiva n.º 2004/17/CE.

Há, portanto, uma forte componente de direito europeu na origem e concreta conformação do Código dos Contratos Públicos, e quando assim é deve-se garantir a correta relação entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica europeia, mediante convocação e aplicação dos princípios fundamentais em tal sede existentes, ou seja, os princípios do primado⁵ do direito

5 O primado do direito europeu, afirmado primeiramente no acórdão Costa/ENEL (Acórdão do TJ de 15.07.1964, no proc. 6/64, Flaminio Costa c. ENEL), veio tornar claro que “Esta integração, no direito de cada [EM], de disposições provenientes de fonte comunitária e, mais geralmente, os termos e o espírito do Tratado têm por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral posterior que não se lhe pode opor. Com efeito, a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado para outro em função de legislação interna posterior, sem colocar em perigo a realização dos objectivos do Tratado [...]” (cfr. p. 555). No acórdão Simmenthal (Acórdão do TJ de 9.03.1978, no proc. 106/77, Administração das Finanças do Estado contra Sociedade anónima Simmenthal), o Tribunal, partindo também do princípio da aplicabilidade direta, aprofunda o conceito de primado, constatando que a

europeu, do efeito direto⁶ do direito europeu e da interpretação conforme ao direito europeu dos direitos nacionais⁷.

Daí que, sempre que necessário ou adequado, dever-se-á atender àquela que seja a interpretação conhecida de conceitos que tenham a sua origem no direito europeu, por forma a assegurar que quando aplicados, agora “vestidos” em legislação nacional, se mostram conformes com tal sua origem de direito europeu.

“aplicabilidade directa, assim perspectivada, implica que as normas de direito comunitário produzam a plenitude dos seus efeitos, de modo uniforme em todos os [EM], a partir da sua entrada em vigor e durante todo o período da respectiva vigência”, constituindo assim “uma fonte imediata de direitos e obrigações para todos os seus destinatários, quer se trate de [EM] ou de particulares, que sejam titulares de relações jurídicas às quais se aplique o direito comunitário” (cfr. § 14 e 15 do acórdão), e igualmente estatuinto que “o juiz nacional responsável, no âmbito das suas competências, pela aplicação de disposições de direito comunitário, tem obrigação de assegurar o pleno efeito de tais normas, decidindo, por autoridade própria, se necessário for, da não aplicação de qualquer norma de direito interno que as contrarie, ainda que tal norma seja posterior, sem que tenha de solicitar ou esperar a prévia eliminação da referida norma por via legislativa ou por qualquer outro processo constitucional.” - cfr. § 24 do acórdão. Para uma análise jurisprudencial mais aprofundada, ver ainda, entre outros, os acórdãos do TJ de 22.06.1989, Fratelli Costanzo, proc. 103/88; de 19.06.1990, Factortame, proc. C-213/89; de 29.04.1999, Ciola, proc. C-224/97. Já para uma análise doutrinal, vide, entre outros, João Mota de Campos e João Luíz Mota de Campos, *Manual de Direito Europeu*, 6ª edição ed. (Coimbra: Wolters Luwer Portugal — Coimbra Editora, 2010), 391 e ss.; Paul Craig e Gráinne De Búrca, *The Evolution of the EU Law* (New York: Oxford University Press, 1999), 189 e ss.; Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, 9ª edição ed. (Coimbra: Almedina, 2019), 405 e ss.; e Patrícia Fragoso Martins, “Princípio do Primado do Direito da União”, in *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma Abordagem Jurisprudencial*, ed. Sofia de Oliveira PAIS (Coimbra: Almedina, 2012), 39-89.

6 No Acórdão de 5.02.1963 no proc. 26/62, van Gend & Loos c. Administração Fiscal neerlandesa, o TJ, reconhecendo que “o direito comunitário [...] tal como impõe obrigações aos particulares, também lhes atribui direitos que entram na sua esfera jurídica”, estabeleceu o princípio de que uma norma de direito europeu, quando “clara e incondicional” e não “objecto de qualquer reserva por parte dos [EM] no sentido de sujeitarem a sua execução a um acto positivo de direito interno”, é “pela sua natureza [...] susceptível de produzir efeitos directos nas relações jurídicas entre os [EM] e os seus sujeitos”. Para a análise do princípio do efeito direito, ver também Sofia de Oliveira Pais, “Princípio do Efeito Direto — Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de fevereiro de 1963 — Processo 26/62 *Van Gend & Loos* c. Administração Fiscal neerlandesa,” in *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma Abordagem Jurisprudencial*, ed. Sofia de Oliveira PAIS (Coimbra: Almedina, 2012), 13-37 e Christiaan Timmermans, “The European Union’s judicial system,” *Common Market Law Review* 41 (2004), 393-405.

7 O princípio da interpretação conforme ao direito europeu dos direitos nacionais estabelece designadamente que os Tribunais nacionais devem aplicar as normas nacionais com um sentido compatível com o direito europeu, e foi desenvolvido com maior amplitude na jurisprudência Marleasing (Acórdão de 13.11.1990, Marleasing SA contra La Comercial Internacional de Alimentacion SA., no proc. C-106/89), com o TJ a recordar que “[...] a obrigação dos [EM], decorrente de uma directiva, de atingir o resultado por ela prosseguido, bem como o seu dever [...] de tomar todas as medidas gerais ou especiais adequadas a assegurar a execução dessa obrigação, impõem-se a todas as autoridades dos [EM], incluindo, no âmbito das suas competências, os órgãos jurisdicionais. Daqui resulta que, ao aplicar o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à directiva, o órgão jurisdicional nacional chamado a interpretá-lo é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da directiva, para atingir o resultado por ela prosseguido [...]” — cfr. § 9 do acórdão.

E optou-se por se elaborar este pequeno enquadramento preliminar porquanto o conceito de “alteração substancial” é, precisamente, um desses conceitos que foram já sendo trabalhados, designadamente pelo labor jurisprudencial do Tribunal de Justiça (TJ) da União Europeia. Daí que se impõe uma visão mais abrangente do mesmo, contrariando-se alguma tendência de se interpretar o Código dos Contratos Públicos num quadro estritamente nacional que, diga-se, se afiguraria não somente redutor, mas juridicamente incorreto.

3. A ORIGEM DO ARTIGO 24.º, N.º 1, ALS. A) E B) DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

A possibilidade, estabelecida nas alíneas a) e b) do n.º 1 do art. 24.º do Código dos Contratos Públicos, de uma entidade adjudicante poder recorrer a um procedimento de tipo ajuste direto quando em anterior concurso público, concurso limitado por prévia qualificação ou diálogo concorrencial, todas as propostas apresentadas tenham sido excluídas, e desde que não altere substancialmente o caderno de encargos, tem a sua fonte direta e imediata em legislação europeia⁸.

Na então Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, que o Código dos Contratos Públicos, na sua versão inicial, transpôs, estabelecia-se, no seu art. 30.º, n.º 1, al. a), que as entidades adjudicantes poderiam celebrar os seus contratos públicos recorrendo a um procedimento por negociação, com publicação prévia de um anúncio, designadamente quando estivessem em presença de propostas irregulares ou inaceitáveis à luz de disposições nacionais compatíveis com o disposto nos artigos 4.º, 24.º, 25.º e 27.º e no

⁸ Para uma análise aprofundada do enquadramento legislativo europeu e contexto da sua aprovação, e que abrange, como referido, o conceito de “alteração substancial” de contratos públicos, cfr. Roberto CARANTA, “The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works,” *Common Market Law Review* (2015). Já para uma análise completa das diretivas europeias de contratação pública, cfr. Christopher (Ed.) BOVIS, *Research Handbook on EU Public Procurement Law II*, ed. Research Handbooks in European Law (Edward Elgar Publishing Limited, 2016).

capítulo VII de tal Diretiva, apresentadas no âmbito de um concurso público ou limitado ou de um diálogo concorrencial, desde que as condições iniciais do contrato não fossem substancialmente alteradas. E no art. 31.º, n.º 1, al. a) de tal Diretiva, admitia-se mesmo que as entidades adjudicantes celebrassem contratos públicos recorrendo a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio, no caso dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, quando não tenham sido apresentadas propostas, propostas adequadas ou candidaturas em resposta a um concurso público ou limitado, desde que as condições iniciais do contrato não sejam substancialmente alteradas. É de tal norma, aliás, que resultava o n.º 10 do art. 24.º do Código dos Contratos Públicos, , entretanto revogado e integrado na atual redação da al. b) do n.º 3 do art. 24.º, pois que nesse caso se impõe que seja transmitido um relatório a pedido da Comissão quando tais situações ocorram.

Já nas atuais Diretivas 2014/24 e 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, que o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, transpôs, igualmente se encontram, *retius*, se continuam a encontrar tais normas. Assim, no art. 32.º, n.ºs 1 e 2, al. a), da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, é estabelecido que os Estados-membros podem determinar que as autoridades adjudicantes possam recorrer a um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso, e especificamente em contratos de empreitada de obras públicas, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços, quando não forem apresentadas propostas, nem propostas adequadas, nem pedidos, ou pedidos adequados de participação em resposta a um concurso aberto ou limitado, desde que as condições iniciais do contrato não sejam substancialmente alteradas e que, a pedido da Comissão, lhe seja transmitido um relatório. E no art. 50.º, al. a), da Diretiva 2014/25/UE encontra-se norma de idêntico conteúdo.

Mas o que se constata, pela mera leitura de tais normas europeias, é que das mesmas não resulta somente a possibilidade de uma entidade adjudicante recorrer a um procedimento por negociação, inclusive sem

publicação prévia de anúncio de concurso, se, por exemplo, um anterior concurso público tiver ficado deserto. Resulta também que a limitação que aqui se cuida, ou seja, de em tais casos as condições iniciais do contrato não deverem ser substancialmente alteradas, é também, ela própria, um conceito originário das referidas diretivas europeias.

Dito de outra forma — mas mais direta —, o conceito de “alteração substancial” utilizado nas als. a) e b) do n.º 1 do art. 24.º do Código dos Contratos Públicos é um conceito de direito europeu. Donde que, e obrigatoriamente, o mesmo deverá ser interpretado em conformidade com este.

Estabelecido este ponto, fundamental, passe-se primeira e brevemente em revista alguma da jurisprudência nacional com relevância para a questão, assim desde logo se considerando qual o entendimento nacional e já existente sobre o conceito de alteração substancial para o efeito analisado. Tanto permitirá, em momento ulterior, confrontar tal entendimento com aquele veiculado pelo TJ e aferir da sua conformidade.

4. A JURISPRUDÊNCIA NACIONAL SOBRE O CONCEITO DE ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL

Uma das jurisdições nacionais que tem tido oportunidade para apreciar *in concreto* este conceito de “alteração substancial” é o Tribunal de Contas, designadamente em sede de fiscalização prévia de contratos e nos quais possa ter ocorrido uma tal situação em análise.

Assim, e no seu Acórdão n.º 7/2015-9.JUN-1.ª S/SS⁹, estava em causa um procedimento para aquisição de serviços de seguros mediante concurso público com publicitação internacional e no qual a adjudicação seria feita segundo o critério do mais baixo preço. Em tal procedimento, oito entidades consultaram as peças do procedimento, seis declararam que o preço base se revelava insuficiente para o objeto a contratar e uma entidade apresentou proposta com um valor (bastante) superior ao preço base. Nessa sequência, a entidade adjudicante decidiu proceder à abertura de um ajuste direto, tendo

9 Acórdão do Tribunal de Contas n.º 7/2015-9.JUN-1.ª S/SS, no processo n.º 94/2015, e confirmado pelo Acórdão n.º 13/2016 — PL, de 14.07.2016, proferido no Recurso n.º 7/2015.

revisto em alta o preço base, de 485.000,00 EUR para 600.000,00 EUR, e convidando dez entidades a apresentar proposta.

Em apreciação da situação, veio o Tribunal de Contas verificar, entre outros aspetos, a conformidade legal da formação do contrato mediante ajuste direto, ao abrigo da al. b) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos e a esse propósito considerou que a solução constante da referida norma assume um carácter excecional, face às regras gerais de escolha do procedimento para a formação de um contrato, à luz dos fundamentos que assentam na consideração de uma provável inutilidade de lançamento de um novo procedimento concorrencial porque o anteriormente lançado ficou “deserto”, por exclusão de todas as propostas apresentadas — § 24 e 25.

Daí que, continua, considera que a Lei admite que se opte pelo procedimento de ajuste direto, mas obrigatoriamente com convite a um conjunto de entidades predeterminadas, desde que os pressupostos concorrenciais fixados no procedimento anterior sejam respeitados, porquanto entende que o que está sobretudo em causa é o respeito pelo princípio da concorrência — § 28.

A este respeito, adiante-se já que se discorda desta consideração do Tribunal de Contas, porquanto a defesa do princípio da concorrência preside à escolha do anterior procedimento — por exemplo, concurso público —, e tendo, mau grado essa abertura à concorrência, esse procedimento ficado deserto, considera-se agora dever-se prosseguir o interesse (público) da entidade adjudicante por outras formas que, ainda assim, o salvaguardem. Daí que se entenda que um ajuste direto ao abrigo da al. b) do n.º 1 do artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos deva, sobretudo, acautelar a transparência da atuação da entidade adjudicante e precisamente por tal facto foi aditada, na revisão de 2017, a norma constante do art. 27.º-A do Código dos Contratos Públicos, estabelecendo que, nas situações previstas nos artigos 24.º a 27.º, deve adotar-se o procedimento de consulta prévia sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento.

Mas continua o Tribunal de Contas apresentando os critérios legais para a possibilidade de recurso ao procedimento por ajuste direto nesta situação, a saber, que (i) o caderno de encargos não seja substancialmente

alterado; (ii) o procedimento concorrencial anterior deve ter tido a publicação adequada, em função dos valores envolvidos; (iii) devem ser convidados a apresentar proposta todos, e apenas, os concorrentes cujas propostas tenham sido excluídas apenas com fundamento no n.º 2 do artigo 70.º (n.º 3 do artigo 24.º); e (iv) devem ser respeitados os prazos fixados nos n.ºs [7 e 8] do mesmo artigo 24.º.

E na apreciação concreta que faz, veio considerar que “É o próprio n.º [9] do artigo 24º que estabelece uma orientação quando afirma que ‘o caderno de encargos [é substancialmente alterado] quando as alterações sejam suscetíveis de impedir a verificação [da situação prevista na alínea b) do n.º 1]’ [...] e que] a lei não permite, nomeadamente, que se façam alterações no caderno de encargos de forma que as propostas antes excluídas venham a ser consideradas no novo procedimento, ultrapassando-se os fundamentos daquela exclusão. Admitir-se isso seria conformar os interesses da entidade adjudicante às propostas apresentadas pelos concorrentes e que antes tinham sido excluídas”, sendo que “[...] constitui uma alteração substancial do caderno de encargos “quando sejam modificados os parâmetros base fixados no caderno de encargos”, o que “[...] nos termos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 42º do CCP [...] podem dizer respeito a quaisquer aspetos da execução do contrato, tais como o preço a pagar ou a receber [...]”, donde retira “[...] uma conclusão: qualquer alteração relativa a parâmetros base de aspetos da execução do contrato submetidos à concorrência devem ser considerados alterações substanciais do caderno de encargos” — § 30 a 33 do Acórdão.

Tal Acórdão foi objeto de recurso, e no Acórdão n.º 13/2016 — 14.JUL-1ªS/PL, que o confirmou, manteve-se, de forma ainda mais sintética, o entendimento *supra* apresentado.

Efetivamente, considerou o Tribunal de Contas que a al. b) do n.º 1 do artigo 24.º determina que o ajuste direto só pode ser adotado se o caderno de encargos não for substancialmente alterado em relação ao do concurso e que o n.º 2 do mesmo artigo refere que a modificação dos parâmetros base do caderno de encargos corresponde a uma alteração substancial para aquele efeito — § 15. Tais parâmetros base constituem “[...] limites mínimos ou máximos fixados no caderno de encargos para aspetos da execução do

contrato submetidos à concorrência, que podem respeitar designadamente ao preço a pagar [...]” e “A recorrente reconhece que foi modificado um parâmetro base, mas invoca que, assim, a concorrência foi melhor salvaguardada. Independentemente dos méritos que a recorrente possa assacar à decisão, a lei é claríssima no sentido de que o ajuste direto só pode ser adotado se não houver modificação nos parâmetros base. E é também claríssimo que, nos termos do artigo 9.º do Código Civil, não pode considerar-se uma interpretação legal que se afaste da letra da lei”, tanto bastando “[...] para que consideremos a adoção do ajuste direto que precedeu o contrato em apreço como ilegal, por violação do estabelecido no artigo 24.º, n.º 1, alínea b), do CCP” — § 16, 23 e 24.

Já no seu mais recente Acórdão n.º 8/2018 — 1ª S/PL¹⁰, ainda que se referindo a situação distinta mas que convoca o mesmo conceito de alteração substancial, ou seja, à norma constante do n.º 2 do art. 257.º do Código dos Contratos Públicos e que determina que “Da celebração de contratos ao abrigo de acordos quadro não podem resultar alterações substanciais das condições consagradas nestes últimos”, veio o Tribunal de Contas especificar que “Qualquer objeto contratual afere-se com base em três dimensões: a caracterização do bem ou serviço a adquirir (especificações técnicas), a quantidade e o preço” — § 28. No caso então em apreço, apreciava-se uma alteração do número de licenças de *software* a adquirir, tendo-se confirmado a recusa de visto.

Embora se compreenda que as situações apreciadas pelo Tribunal de Contas nos casos sumariamente apresentados se apresentassem simples, isto é, revelavam modificações evidentes em termos de preço e de quantidade dos bens/serviços a adquirir, o que favoreceu uma apreciação por imediato recurso à figura dos parâmetros base do caderno de encargos, deve, porém, sublinhar-se que tais apreciações permitem, desde logo, esclarecer alguns aspetos do que constituem alterações substanciais.

Mas podemos encontrar designadamente na jurisprudência do Tribunal Central Administrativo do Sul (TCAS) jurisprudência mais elaborada sobre o conceito, e que de forma mais elucidativa o integra à luz daquela que é a sua verdadeira origem e que, como já visto, se encontra no direito europeu.

10 Acórdão n.º 8/2018 — 1ª S/PL, de 2.05.2018, no Recurso n.º 4/2018.

Assim, no Acórdão do TCAS de 21.03.2013, no processo 09580/12 — 2º Juízo, veio a considerar-se que:

“[...] (i) deste enquadramento geral, (ii) do teor do transcrito art. 313º, nº 1 e 2 (27), (iii) bem como da jurisprudência recente do TJUE sobre modificação de contratos públicos, para a melhor compreensão do nº 2 do art. 257º do Código dos Contratos Públicos [...], diremos o seguinte:

a) A proteção da concorrência e do objetivo ou fim da concorrência prosseguido pelo contrato original (aqui, o AQ) exige identidade entre o âmbito da alteração e o âmbito da possibilidade da alteração (cfr. Pedro Gonçalves, Acórdão Pressetext:..., in CJA 73, pp. 17-18 e 21); desvirtuada essa identidade ou distorcido ou ofendido aquele objetivo prosseguido pelo AQ, há alteração substancial ou essencial, há ilegalidade;

b) Relevam ali aspetos como o preço e prazos, pois que, sendo características nucleares do AQ e da vontade de contratar, não são neutros para os interesses dos potenciais proponentes no momento inicial ou num novo AQ, isto fora das situações em que o AQ preveja lícita e claramente adaptações ou alterações; sem aquela neutralidade, o contraente público não detém “autoridade aquisitiva” (Pedro Gonçalves, ob. cit., p. 19), há alteração substancial ou essencial, há ilegalidade;

c) São exemplos de alterações substanciais (com base na jurisprudência do TJUE): (i) a introdução de 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; (ii) a alteração que alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos; o TJ não veta, assim, qualquer alargamento do objeto do contrato a prestações não previstas, mas proíbe o alargamento numa “medida importante”: a expressão adquire mesmo uma dimensão quantificável, devendo convocar-se para este efeito as regras sobre a “adjudicação” de trabalhos a mais ou de serviços a mais (v. arts. 370º (28) e 454º (29) CCP); (iii) a alteração que modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial.”

Como se constata, o conceito de alteração substancial é mais complexo do que aquele inicialmente apresentado pelo Tribunal de Contas, pelo que cuidar-se-á, então e seguidamente, de analisar a jurisprudência do TJUE sobre a matéria.

5. A JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA SOBRE O CONCEITO DE ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL

Neste campo, refira-se *ab initio* o Acórdão Succhi di Frutta¹¹, e onde estava em causa a apreciação da admissibilidade, ou não, de “[...] a Comissão, depois da adjudicação do contrato, [haver procedido] a uma substituição das frutas indicadas no anúncio de concurso por outras frutas enquanto modalidades de pagamento dos produtos a fornecer pelo adjudicatário, quando tal substituição de frutas não se encontrava prevista nem neste anúncio nem na regulamentação pertinente em que este último se fundava” — § 122.

A esse propósito, veio o TJ esclarecer que “[...] na falta de disposição expressa para o efeito no anúncio de concurso, a entidade adjudicante não pode modificar, seja em que fase do processo for, as condições do concurso, sob pena de violar o princípio da igualdade de tratamento entre todos os proponentes bem como o da transparência” e que “[...] a Comissão podia, portanto, eventualmente, ter previsto, no anúncio de concurso, a possibilidade de modificar, em determinadas circunstâncias, as condições de pagamento aos adjudicatários estipulando em especial as modalidades precisas de uma substituição das frutas expressamente previstas como pagamento dos fornecimentos em causa. Desta forma, os princípios da igualdade de tratamento e da transparência teriam sido plenamente respeitados” — § 125 e 126.

Daí que o TJ considerou — por tais fundamentos relacionados com a preocupação de igualdade e de transparência e não, como atrás criticámos a posição do Tribunal de Contas, por preocupações de concorrência — que o Tribunal Geral havia corretamente decidido, ou seja, que *in casu* tinha-se verificado uma modificação de um aspeto relevante do concurso.

11 Acórdão do TJ Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA, de 29.04.2004, no proc. C-469/99.

Mas o que o TJ não estabeleceu foi uma qualquer proibição de modificação de contratos, mesmo que substanciais. Pelo contrário, veio estabelecer o princípio de que tais alterações podem ocorrer se estiverem previstas, por exemplo, no anúncio de concurso, bem como a forma ou condições em que a modificação poderá ter lugar. Daqui se deve retirar uma maior flexibilidade do que *prima facie* se apresentaria possível, desde que respeitados os princípios da igualdade de tratamento de concorrentes e da transparência da entidade adjudicante.

Onde o TJ teve realmente oportunidade para desenvolver a sua jurisprudência quanto ao conceito de alteração substancial foi, realmente, no seu Acórdão Presstext¹².

Em tal situação, submetida ao TJ por via de reenvio prejudicial, apreciavam-se as modificações que haviam sido sucessivamente introduzidas num contrato, que remontava já a 1994, entre o Estado Austríaco e a APA-OTS Originaltext-Service GmbH e, depois, a APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (APA), principal agência noticiosa austríaca.

Efetivamente, num primeiro momento verificou-se uma cessão ou alteração do cocontratante, tendo a APA-OTS transmitido a sua posição no contrato à sua filial APA e por si detida a 100%. Posteriormente, reviu-se o contrato para adequação do mesmo à modificação da moeda nacional para o Euro e, por fim e num terceiro momento, introduziram-se alterações a uma cláusula de não resolução, prorrogando-a, bem como se aumentou o desconto no preço dos serviços prestados, de 15% para 25%. Ou seja, ao longo da vida do contrato, tinha-se verificado alteração do co-contratante, uma revisão de uma cláusula de não resolução e duas revisões dos preços contratuais.

Chamado a pronunciar-se, o TJ considera que “Com vista a assegurar a transparência dos processos e a igualdade de tratamento dos proponentes, as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato

12 Acórdão de 9.6.2008, presstext Nachrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH e APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, proc. C-454/06.

[...] 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 [...]” — § 34. Novamente, frise-se, o enfoque é colocado nos princípios da transparência da entidade adjudicante e seus processos, bem como na igualdade de tratamento dos concorrentes.

E a esse propósito, o TJ vem concretizar três exemplos de quando uma alteração pode ser considerada como substancial:

(i) “A alteração de um contrato público vigente pode ser considerada substancial quando introduz condições que, se tivessem figurado no procedimento de adjudicação inicial, teriam permitido admitir proponentes diferentes dos inicialmente admitidos ou teriam permitido aceitar uma proposta diferente da inicialmente aceite.” — § 35;

(ii) “[...] uma alteração do contrato inicial pode ser considerada substancial quando alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos.” — § 36; e

(iii) “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.” — § 37.

Ao longo do texto do seu Acórdão, o TJ vai densificando estes exemplos, como seja esclarecendo que uma mudança efetiva de cocontratante seria, em princípio, uma alteração substancial, mas que *in casu* não o era porquanto tratando-se de uma filial detida a 100% dever-se-ia reconduzir a situação a uma mera “reorganização interna do cocontratante” (§ 44 a 47).

De igual forma, e já no que respeita a ajustamentos ou modificações de preços, o TJ considerando “evidente que o preço constitui uma condição importante de um contrato público”, esclarece contudo que “[a]lterar uma tal condição durante o período de vigência do contrato, na falta de uma habilitação expressa nesse sentido no contrato inicial, poderia dar origem a uma violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos proponentes”, mas quer “[...] a conversão

em euros dos preços de um contrato vigente pode ser acompanhada de um ajustamento do seu montante intrínseco, sem que daí resulte uma nova adjudicação do contrato, na condição de tal ajustamento ser mínimo e se explicar de forma objectiva, sendo esse o caso se tiver por finalidade facilitar a execução do contrato, por exemplo simplificando as operações de facturação”, quer “[...] o aumento do desconto, uma vez que tem por efeito a redução da remuneração recebida pelo adjudicatário em relação à inicialmente prevista, não modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário”, porquanto “[...] o simples facto de a entidade adjudicante obter um desconto superior em relação a uma parte das prestações que são objecto do contrato não é susceptível de provocar uma distorção da concorrência em detrimento de potenciais proponentes” — § 59 a 63 e 85, 86.

Outrossim, e analisando a situação concreta, nem tampouco a prorrogação da cláusula de não resolução foi considerada como aportando uma alteração substancial do contrato que equivalesse à consideração de adjudicação e um novo contrato — § 73 a 80.

Ou seja, e em suma, da jurisprudência do TJ resulta que teremos uma modificação substancial quando a alteração não se encontrar prevista em termos precisos no procedimento de adjudicação e venha a conduzir a um contrato com características essencialmente diferentes das do contrato inicial.

Naturalmente que tendo uma tal jurisprudência sido produzida em situações em que já existia contrato adjudicado e se cuidava de analisar se uma modificação introduzida se revelava como substancial, ou não, e tratando-se aqui de uma situação relativamente distinta porquanto não houve ainda adjudicação de contrato, mas antes se tratar de se aferir do limite de uma alteração não substancial face a um caderno de encargos para efeitos das als. a) e b) do art. 24.º do Código dos Contratos Públicos, a mesma deve ser devidamente adaptada pela simples, mas radical, diferença de ainda não haver contrato. E tanto contribuirá para uma relativa (mas não absoluta, bem entendido) maior amplitude na consideração de modificações como não substanciais, desde que, claro está, se respeitem os princípios da transparência da entidade adjudicante e seus processos e da igualdade de tratamento dos concorrentes.

Daí que Pedro Gonçalves, e bem, considera que “Quando não prevista em “termos precisos”, a modificação só se apresentará viável se não constituir uma “alteração essencial”. Será esse o caso da alteração que preencha dois requisitos: i) não se encontrar prevista em termos precisos no procedimento de adjudicação; ii) introduza no contrato um conteúdo com características substancialmente diferentes das do contrato inicial (demonstrando assim a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato).”¹³ Mas igualmente considera, com correção, que “[...] em Presstext, o TJ não proíbe a modificação de contratos. Como curiosidade, vejam-se as reacções na Alemanha, a sublinharem o facto de o Acórdão confirmar que os contratos de longa duração podem ser objecto de ajustamentos e de alterações não essenciais, sem que se torne necessária a organização de um novo procedimento de adjudicação. Para esta orientação, compreensível no ambiente germânico, Presstext surge encarado como elemento de legitimação de certas alterações contratuais e não como um recuo ou limitação do âmbito da modificação. Mais curiosa ainda, quanto a este aspecto, é uma reacção vinda de França, a observar que o juiz comunitário revela, neste caso, ‘une assez grande tolérance’ e a concluir que aquele terá mesmo ido ‘plus loin qu’on ne l’aurait imaginé en France’. Em suma, o direito comunitário não proíbe a modificação de contratos públicos e, por conseguinte, não proíbe o poder unilateral de modificação de contratos administrativos. Mais limitado — admita-se —, este continua a figurar como um factor de distinção do contrato administrativo.”^{14 15 16}

13 Pedro Costa Gonçalves, “Acórdão Presstext: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato,” *Cadernos de Justiça Administrativa*, 73, n.º Janeiro/Fevereiro 2009, 17-18.

14 *Idem*, 19-20.

15 Para o aprofundamento do conceito de alteração de contrato mas em contexto distinto, ou seja, uma alteração não de forma como o contrato é executado, mas sim enquadrado no objetivo de adaptar a circunstâncias imprevistas, ver Miguel Assis Raimundo, “Good Contracting Authorities Can Predict the Future: A Note on Finn Frogne,” *European Papers — A Journal on Law and Integration* 2, no. 1 (2017). Já para uma análise mais lata e passando em revista a vasta jurisprudência europeia aplicável aos contratos públicos, cfr. Endre Juhász, “Latest jurisprudence of the Court of Justice of the EU in the field of Public Procurement Law,” *ERA Forum* 19, no. 2 (2018).

16 Reforçando a ideia de que a jurisprudência Presstext apresenta a potencialidade de produzir uma grande amplitude de modificações aos contratos, sobretudo em Estados-membros cuja legislação nacional se apresente mais benevolente a essa perspetiva, cfr. Jan Brodec e Václav Janeček, “How Does

6. CONCLUSÕES E PROPOSTA DE TESTE PARA A APRECIÇÃO DE ALTERAÇÕES QUE SE PRETENDAM INTRODUIR E FORMA DE NOVO PROCEDIMENTO

Vimos que a jurisprudência do Tribunal de Contas — que se apresentará, aliás, como a mais restritiva — considera que “[...] constitui uma alteração substancial do caderno de encargos ‘quando sejam modificados os parâmetros base fixados no caderno de encargos’”, o que “[...] nos termos dos n.ºs 3 e 4 do artigo 42º do CCP [...] podem dizer respeito a quaisquer aspetos da execução do contrato, tais como o preço a pagar ou a receber [...]”, e que “Qualquer objeto contratual afere-se com base em três dimensões: a caracterização do bem ou serviço a adquirir (especificações técnicas), a quantidade e o preço.”

Haverá sempre alguma margem para discussão sobre qual o limite a partir do qual alterações em especificações técnicas conduzem a uma alteração substancial. Contudo, quaisquer potenciais dúvidas que pudessem suscitar-se serão também naturalmente ultrapassadas se o procedimento a adotar pela entidade adjudicante garantir o convite a todos os concorrentes que intervieram no anterior procedimento.

De igual forma, e relativamente aos dois outros parâmetros base (preço e quantidade), as alterações a introduzir não devem possuir qualquer valorização individual, nem alterar o preço que a entidade adjudicante se propõe pagar para a realização do objeto do contrato, nem modificar o resultado desse mesmo objeto, pelo que as questões a aferir serão, assim, se se trate de *um mesmo objeto contratual*, com as correspondentes valências e funcionalidades, e com o *seu preço base*.

Mas entrando-se nos crivos também trazidos pela jurisprudência europeia, para o que dever-se-á fazer a devida adaptação porque aqui se estão a considerar situações em que tampouco existe ainda uma adjudicação ou contrato, então ter-se-á que questionar se as alterações, se inicialmente constantes do caderno de encargos original, teriam permitido admitir

the Substantial Modification of a Public Contract Affect its Legal Regime?,” *Public Procurement Law Review* 24, no. 3 (2015). E para uma interessante reflexão comparativa da proteção da concorrência e limites que devem ser impostos às modificações dos contratos por forma a não adulterar substancialmente a sua conformação inicial, cfr. Mari Simovart, “Is There a Devil in the Details? Modification of Public Contracts in the EU and the US,” *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 11 (2016).

outros proponentes ou aceitar propostas diferentes? Mas note-se que tal questão, de difícil análise e quase de prova diabólica, pode ser facilmente afastada se todos os concorrentes que participaram no procedimento anterior, ou que houvessem manifestado intenção de participar, forem novamente, em igualdade de circunstâncias, chamados para o procedimento de ajuste direto, donde que as alterações, neste sentido, não colocarão reservas à luz deste critério.

E as alterações alargam o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos? De novo, com a devida adaptação porque tampouco existe uma adjudicação ou contrato, tal questão também não se colocará, por princípio, nas situações que não alarguem o objeto, mas antes modifiquem a forma de execução do (futuro) contrato por forma a tentar atingir o resultado inicialmente e sempre previsto: realizar o objeto do contrato previsto no prazo e preço inicialmente estabelecidos. E, de novo, também aqui não se identifica o perigo que tal critério visa afastar, porquanto não há nenhum concorrente a quem tivesse sido adjudicado o contrato e que visse agora, de forma não concorrencial, serem-lhe contratados serviços que alargariam, substancialmente e de forma não concorrencial, o seu contrato.

E, por último, as alterações modificam o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial? Não havendo adjudicatário, também este critério é *in casu* inaplicável. Poder-se-ia, contudo e de forma devidamente adaptada, colocar-se a questão de que se o procedimento a seguir fosse o ajuste direto e a entidade adjudicante viesse a negociar apenas com uma entidade, haver o risco de a mesma ser beneficiada em algo semelhante a um reequilíbrio económico do contrato a adjudicar em benefício desse único concorrente convidado a negociar.

Sucede, porém, que um tal risco igualmente não se coloca, uma vez que nos termos do art. 27.º-A do Código dos Contratos Públicos, nas situações previstas nos artigos 24.º a 27.º, deve adotar-se o procedimento de consulta prévia sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento.

E, na verdade, não somente o vemos como possível e compatível, como importante, por forma a trazer também para este contexto o virtuoso equilíbrio entre a necessidade de satisfazer, de forma expedita, a necessidade do ente público, com a prossecução dos princípios da igualdade de tratamento, da concorrência, e da transparência.