

Acórdão Presstext: 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

Contratos públicos. Directiva n.º 92/50/CEE. Processos de adjudicação de contratos públicos de serviços. Conceito de ‘adjudicação de contrato’.

No Proc. C-454/06, que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do art. 234.º do Tratado CE, apresentado pelo Bundesvergabeamt (Áustria), por decisão de 10 de Novembro de 2006, entrado no Tribunal de Justiça em 13 de Novembro de 2006, no processo Presstext Nachrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção), composto por: A. Rosas, presidente de secção, U. Løhmus, J. N. Cunha Rodrigues (relator), A. Ó Caoimh e A. Arabadjiev, juízes, advogada-geral: J. Kokott (...) ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 13 de Março de 2008, profere o presente acórdão.

Fundamentação jurídica do acórdão

1. O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação da Directiva n.º 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços (*Jornal Oficial* (JO) L 209, p. 1), e da Directiva n.º 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamen-

tares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras [e] de fornecimentos (JO L 395, p. 33), conforme alterada pela Directiva n.º 92/50 (a seguir «Directiva 89/665»).

2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio entre a presstext Nachrichtenagentur GmbH (a seguir «PN»), por um lado, e a Republik Österreich (Bund), a APA-OTS Originaltext-Service GmbH (a seguir «APA-OTS») e a APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (a seguir «APA»), por outro, a propósito de um contrato relativo aos serviços de agência noticiosa.

Quadro jurídico

Regulamentação comunitária

Omissis

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

8. A APA foi constituída na Áustria, sob a forma de uma cooperativa registada de responsabilidade limitada, após a Segunda Guerra Mundial. A quase totalidade dos jornais diários austríacos e a rádio-televisão austríaca, a ORF, eram membros desta cooperativa. Juntamente com as suas filiais, a APA é o principal operador no mercado austríaco das agências noticiosas e fornece tradicionalmente à Republik Österreich (Bund) diferentes prestações de agência noticiosa.

9. A PN está presente no mercado austríaco das agências noticiosas desde 1999, mas só de

forma muito limitada redigiu comunicados de imprensa para as autoridades federais austríacas. A PN emprega menos colaboradores jornalistas do que a APA e não dispõe de arquivos tão importantes como os desta última.

10. No ano de 1994, ou seja, anteriormente à sua adesão à União Europeia, a Republik Österreich (Bund) celebrou um contrato (a seguir «contrato de base») com a APA, o qual previa o fornecimento de certos serviços contra remuneração. Este contrato permite essencialmente às autoridades federais austríacas consultar e utilizar informações sobre a actualidade (função dita «serviço de base»), pedir informações e comunicados de imprensa de carácter histórico, provenientes de uma base de dados da APA, designada «APADok», e também utilizar o serviço de textos originais da APA, designado «OTS», tanto para sua informação como para a difusão dos seus próprios comunicados de imprensa. A base de dados APADok compreende os dados do serviço de base desde 1 de Janeiro de 1988 e os comunicados tratados pelo serviço OTS desde 1 de Janeiro de 1989.

11. O contrato de base foi celebrado por tempo indeterminado, sob reserva de uma cláusula através da qual as partes renunciavam à rescisão do mesmo até 31 de Dezembro de 1999.

12. O § 2, alínea c), do contrato de base estipulava: «Para a consulta em linha dos serviços de informação da APA definidos no § 1, a APA factura a título de licença pela exploração do sistema de processamento electrónico dos dados, por minuto CPU (tempo líquido), um preço correspondente ao preço escalonado do consumo mais baixo da tarifa oficial (actualmente 67 ATS, sem imposto, por minuto CPU) menos 15%».

13. Este contrato continha igualmente disposições relativas à data do primeiro aumento dos preços, ao montante máximo de cada aumento e à indexação dos preços com base no índice dos preços ao consumidor do ano de 1986, sendo o valor de referência o índice calculado para o ano de 1994. A este respeito, o § 5, n.º 3, do referi-

do contrato previa, nomeadamente, que: «[...] acorda-se expressamente que os valores das remunerações previstas no § 2, alíneas a) e b), são garantias constantes. Para o cálculo da indexação, há que partir do índice dos preços ao consumidor 86 (VPI 86) publicado pelo organismo central de estatísticas austríaco (ÖSTAT) ou do índice seguinte que o substitua».

14. Em Setembro de 2000, a APA constituiu, sob a forma de uma sociedade de responsabilidade limitada, a APA-OTS, uma filial que detém a 100%. Entre estas duas sociedades existe um acordo de transferência dos lucros e perdas do qual resulta, segundo a APA e a APA-OTS, que esta última está financeira, administrativa e economicamente integrada na APA e que deve conduzir e gerir os seus negócios segundo as instruções dadas pela APA. A APA-OTS é, além disso, obrigada a transferir os seus lucros anuais para a APA, a qual, por seu lado, deve proceder à compensação das perdas anuais da APA-OTS, caso existam.

15. Em Setembro de 2000, a APA transferiu para a APA-OTS as suas actividades relativas ao serviço OTS. A Republik Österreich (Bund) foi informada desta alteração em Outubro de 2000. Um colaborador da APA, habilitado a representá-la, assegurou às autoridades austríacas que, na sequência desta transferência de actividades, a APA era solidariamente responsável com a APA-OTS e que a prestação global existente não sofria alterações. As autoridades austríacas deram então o seu acordo para que o serviço OTS fosse fornecido pela APA-OTS e, desde então, remuneram directamente a APA-OTS por esse serviço.

16. Além disso, as disposições do contrato de base foram modificadas por um primeiro aditamento ao contrato, celebrado no decurso do ano de 2001 e que começou a produzir efeitos em 1 de Janeiro de 2002. No momento da transição para o euro, este aditamento adaptou o contrato inicial, tal como é indicado nos n.ºs 17 a 20 do presente acórdão.

17. Em primeiro lugar, o montante da licença anual pela utilização dos artigos de redacção e dos arquivos de imprensa, de 10 080 000 ATS, foi substituído pelo montante de 800 000 euros. Devido à cláusula de indexação, o preço para o ano de 2002 deveria ter sido de 11 043 172 ATS (arredondado para ter em conta a transição para o euro para 802 538,61 euros). Foi decidido considerar não este montante mas o número redondo de 800 000 euros, o que corresponde a uma redução de 0,3%.

18. Em segundo lugar, o preço fixado para a consulta em linha dos serviços de informação da APA, que era de 67 ATS ⁽¹⁾ por minuto, foi substituído por um preço de 4,87 euros por minuto. Sob reserva do arredondamento efectuado aquando da transição para o euro, o montante intrínseco deste preço não foi modificado.

19. Em terceiro lugar, para o cálculo da indexação, o índice calculado para o ano de 1994 com base no índice dos preços ao consumidor de 1986 foi substituído, como ponto de referência, pelo índice calculado para o ano de 2001 com base no índice dos preços ao consumidor de 1996. A este respeito, o primeiro aditamento modificou, nomeadamente, o § 5, n.º 3, do contrato de base, no sentido seguinte: «Acorda-se expressamente que os valores das remunerações previstas no § 2, alíneas a) e b), são garantias constantes. Para o cálculo da indexação, há que partir do índice dos preços ao consumidor 96 (VPI 96), publicado pelo ÖSTAT, ou do índice seguinte que o substitua».

20. Em quarto lugar, em derrogação a este mecanismo de indexação, certos preços foram fixados imediatamente para os anos de 2002 a 2004. Com efeito, o preço de 8,50 ATS por linha para a inserção dos comunicados de imprensa no serviço OTS foi substituído por preços fixos

de 0,66 euros por linha para o ano de 2002, 0,67 euros para o ano de 2003 e 0,68 euros para o ano de 2004. Se a cláusula de indexação tivesse sido aplicada, o preço deveria ter aumentado, para o ano de 2002, para 9,31 ATS por linha (arredondado para 0,68 euros por linha). Por conseguinte, o preço foi reduzido em 2,94% para o ano de 2002 e em 1,47% para o ano de 2003.

21. Um segundo aditamento ao contrato, celebrado no mês de Outubro de 2005 e que começou a produzir efeitos em 1 de Janeiro de 2006, introduziu duas outras alterações no contrato de base. Com este segundo aditamento, o contrato de base foi alterado, como indicado nos n.ºs 22 e 23 do presente acórdão.

22. Por um lado, a renúncia à rescisão, acordada no contrato de base até 31 de Dezembro de 1999, foi renovada até 31 de Dezembro de 2008.

23. Por outro lado, o desconto concedido sobre o preço da consulta em linha dos serviços de informação da APA, fixado em 15% no contrato de base, foi aumentado para 25%. A este respeito, o segundo aditamento modificou o § 2, alínea c), do contrato de base nos termos seguintes: «As disposições seguintes do [contrato de base, conforme alterado pelo primeiro aditamento], são alteradas da seguinte forma, a partir de 1 de Janeiro de 2006:

1. No § 2, alínea c), a percentagem de 15% é substituída pela de 25%.

[...]».

24. No decurso do ano de 2004, a PN propôs os seus serviços de agência noticiosa à Republik Österreich (Bund), mas esta proposta não conduziu à celebração de um contrato.

25. Por recurso interposto em 4 e 19 de Julho de 2006, a PN pediu ao Bundesvergabeamt que declarasse, a título principal, que a divisão do contrato de base, na sequência da reestruturação da APA em 2000, bem como os aditamentos celebrados nos anos de 2001 e de 2005, qualificados pela PN como «adjudicações de facto», eram ilícitos e, a título subsidiário, que a escolha dos

⁽¹⁾ Não seria de precisar, em conformidade com o que é indicado no n.º 12 do presente acórdão, que se trata de «67 ATS, sem imposto, por minuto CPU»?

diferentes processos de adjudicação em causa tinha carácter ilegal.

26. Relativamente aos prazos de recurso, o Bundesvergabamt precisa que, embora as operações impugnadas tenham sido efectuadas nos anos de 2000, 2001 e 2005, a via de recurso utilizável em direito nacional contra as adjudicações de contratos ilegais (a saber, um pedido de declaração com efeito resolutivo do contrato) só foi criada mais tarde, com efeitos a partir de 1 de Fevereiro de 2006. O prazo previsto para tal recurso é de seis meses a contar da adjudicação ilegal. O órgão jurisdicional de reenvio considera que é apropriado aplicar o § 1496 do Código Civil austríaco, segundo o qual, se os meios jurídicos previstos não puderem ser exercidos, os prazos de prescrição não podem correr, na condição de tal aplicação ser conforme ao direito comunitário.

27. Nestas condições, o Bundesvergabamt decidiu suspender a instância e colocar ao Tribunal de Justiça as questões prejudiciais seguintes:

«1. O [termo] ‘adjudicação’ contido no artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 92/50 e o [termo] ‘celebrados’ previsto nos artigos 8.º e 9.º da [mesma] [d]irectiva [...] devem ser interpretados no sentido de que também abrangem os casos em que uma entidade adjudicante pretende receber prestações futuras de um prestador de serviços [constituído sob] a forma de uma sociedade de capitais, quando estas prestações foram anteriormente realizadas por um prestador de serviços diferente, que, por um lado, é o único sócio do futuro prestador de serviços e, por outro, controla a referida sociedade através de instruções? Neste caso, é juridicamente relevante o facto de não ter sido assegurado à entidade adjudicante que as participações sociais no futuro prestador de serviços, durante todo o período de vigência do contrato inicial, não serão vendidas, na totalidade ou em parte, a terceiros e de também não lhe ter sido garantido que a composição societária do prestador de serviço, originariamente

uma cooperativa, não [será] alterada durante todo o período de vigência do contrato?

2. O [termo] ‘adjudicação’ contido no artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 92/50 e o termo ‘celebrados’ previsto nos artigos 8.º e 9.º da [mesma] [d]irectiva devem ser interpretados no sentido de que também abrangem os casos em que, durante o período de [vigência] de um contrato celebrado com os prestadores de serviços por tempo indeterminado para a prestação conjunta de serviços, uma entidade adjudicante acorda com estes alterações da remuneração de determinadas prestações contratuais e modifica uma cláusula de indexação do preço, quando estas alterações originem remunerações diferentes e sejam motivadas pela transição para o euro?

3. O [termo] ‘adjudicação’ contido no artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 92/50 e o [termo] ‘celebrados’ previsto nos artigos 8.º e 9.º da [mesma] [d]irectiva [...] devem ser interpretados no sentido de que também abrangem os casos em que, durante o período de [vigência] de um contrato celebrado com os prestadores de serviços por tempo indeterminado para a prestação conjunta de serviços, uma entidade adjudicante acorda com estes, mediante um [aditamento ao contrato], por um lado, a renovação por mais três anos duma cláusula de renúncia à rescisão que já não era válida à data da celebração do [aditamento], e, por outro, a fixação de descontos superiores aos existentes [sobre certos preços] condicionad[o]s à quantidade [num] domínio específico de prestações?

Omissis

Quanto às questões prejudiciais

Omissis

29. Com as suas três primeiras questões, o Bundesvergabamt pretende, no essencial, 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.

30. A Directiva n.º 92/50 não contém uma resposta explícita a estas questões, mas comporta várias indicações pertinentes que há que situar no quadro geral das regras comunitárias em matéria de contratos públicos.

31. Resulta da jurisprudência que o objectivo principal das regras comunitárias em matéria de contratos públicos é assegurar a livre circulação dos serviços e a abertura à concorrência não falseada em todos os Estados-Membros (v. acórdão de 11 de Janeiro de 2005, *Stadt Halle e RPL Lochau*, C-26/03, *Colect.*, p. I-1, n.º 44). Este duplo objectivo é expressamente afirmado nos segundo, sexto e vigésimo considerandos da Directiva n.º 92/50.

32. Para alcançar este duplo objectivo, o direito comunitário aplica nomeadamente o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, o princípio da igualdade de tratamento dos proponentes e a obrigação de transparência que decorre de tais princípios (v., neste sentido, acórdãos de 18 de Novembro de 1999, *Unitron Scandinavia e 3-S*, C-275/98, *Colect.*, p. I-8291, n.º 31; de 7 de Dezembro de 2000, *Telaustria e Telefonadress*, C-324/98, *Colect.*, p. I-10745, n.ºs 60 e 61, bem como de 29 de Abril de 2004, *Comissão/CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, *Colect.*, p. I-3801, n.ºs 108 e 109).

Omissis

34. 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, na acepção da Directiva n.º 92/50, 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 (v., neste sentido, acórdão de 5 de Outubro de 2000, *Comissão/França*, C-337/98, *Colect.*, p. I-8377, n.ºs 44 e 46).

35. 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.

36. Da mesma forma, uma alteração do contrato inicial pode ser considerada substancial quando alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos. Esta última interpretação é confirmada no art. 11.º, n.º 3, alíneas e) e f), da Directiva n.º 92/50, que impõe, para os contratos públicos de serviços que têm por objecto, exclusiva ou maioritariamente, serviços que figuram no anexo I-A desta directiva, restrições quanto à medida em que as entidades adjudicantes podem recorrer ao procedimento por negociação para adjudicar serviços complementares dos que constituem objecto de um contrato inicial.

37. 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.

38. É à luz das considerações precedentes que há que responder às questões submetidas ao Tribunal de Justiça.

Quanto à primeira questão

39. Através da sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio tem em vista a transferência para a APA-OTS, no decurso do ano de 2000, dos serviços OTS fornecidos até então pela APA. No essencial, pergunta se uma mudança de co-contratante, em circunstâncias como as do processo principal, constitui uma nova adjudicação do contrato na acepção dos arts. 3.º, n.º 1, 8.º e 9.º da Directiva n.º 92/50.

40. Em geral, deve considerar-se que a substituição do co-contratante ao qual a entidade adjudicante tinha inicialmente adjudicado o contrato por um novo co-contratante constitui uma alteração de um dos termos essenciais do contrato público em causa, a menos que essa substituição

estivesse prevista nos termos do contrato inicial, por exemplo a título da subcontratação.

41. Segundo a decisão de reenvio, tendo sido constituída sob a forma de uma sociedade de responsabilidade limitada, a APA-OTS possui uma personalidade jurídica distinta da APA, adjudicatária do contrato inicial.

42. É igualmente pacífico que, desde a transferência dos serviços OTS da APA para a APA-OTS, no decurso do ano de 2000, a entidade adjudicante efectua os pagamentos relativos a estes serviços directamente à APA-OTS e não à APA.

43. Todavia, a transferência da actividade em questão apresenta certas características específicas que permitem concluir que tais alterações, introduzidas numa situação como a do processo principal, não constituem uma modificação de um termo essencial do contrato.

44. Com efeito, resulta dos autos que a APA-OTS é uma filial detida a 100% pela APA, que esta última dispõe de um poder de direcção sobre a APA-OTS e que entre estas duas entidades existe um contrato de transferência de lucros e perdas, assumidos pela APA. Além disso, resulta dos autos que uma pessoa habilitada a representar a APA assegurou à entidade adjudicante que, na sequência da transferência dos serviços OTS, a APA era solidariamente responsável com a APA-OTS e que a prestação global existente não seria alterada.

45. Tal operação representa, no essencial, uma reorganização interna do co-contratante, que não modifica de forma essencial os termos do contrato inicial.

46. O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se, neste contexto, sobre a questão de saber se a circunstância de a entidade adjudicante não ter a garantia de que as acções da APA-OTS não serão cedidas a terceiros durante a totalidade do período de vigência do contrato tem consequências jurídicas.

47. Se as acções da APA-OTS fossem cedidas a um terceiro durante a vigência do contrato em

causa no processo principal, estaria em causa não uma reorganização interna do co-contratante inicial mas uma mudança efectiva de co-contratante, o que constituiria, em princípio, uma modificação de um termo essencial do contrato. Tal evento seria susceptível de constituir uma nova adjudicação do contrato na acepção da Directiva n.º 92/50.

48. Um raciocínio análogo aplicar-se-ia se a cessão das acções da filial a um terceiro já estivesse prevista no momento da transferência das actividades em causa para a filial (v., neste sentido, acórdão de 10 de Novembro de 2005, *Comissão/Austria, C-29/04, Colect.*, p. I-9705, n.ºs 38 a 42).

49. Todavia, enquanto tal evolução não ocorrer, a análise que figura no n.º 45 do presente acórdão, segundo a qual a situação em causa constitui uma reorganização interna do co-contratante, permanece válida. O facto de não haver a garantia de que as acções da filial não serão cedidas a terceiros durante a vigência do contrato não afecta esta conclusão.

50. O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se igualmente sobre as consequências jurídicas decorrentes do facto de a entidade adjudicante não ter a garantia de que a composição dos sócios do prestador inicial não será alterada durante a totalidade do período de vigência do contrato.

51. Os contratos públicos são regularmente adjudicados a pessoas colectivas. Se uma pessoa colectiva estiver constituída sob a forma de uma sociedade anónima cotada em Bolsa, resulta da sua própria natureza que a composição dos seus accionistas é susceptível de mudar a qualquer momento. Em princípio, tal situação não põe em causa a validade da adjudicação de um contrato público a tal sociedade. A situação poderia ser diferente em casos excepcionais, como na hipótese de artifícios destinados a contornar as regras comunitárias em matéria de contratos públicos.

52. Considerações análogas aplicam-se no âmbito de contratos públicos adjudicados a pes-

soas colectivas constituídas, como no processo principal, sob a forma não de uma sociedade anónima mas de uma cooperativa registada de responsabilidade limitada. Eventuais mudanças na composição do círculo dos sócios de tal cooperativa não provocam, em princípio, uma alteração substancial do contrato adjudicado à mesma.

53. Por conseguinte, estas considerações também não modificam a conclusão que figura no n.º 45 do presente acórdão.

54. Daqui resulta que há que responder à primeira questão que o termo «adjudicação» contido no art. 3.º, n.º 1, e o termo «celebrados» previsto nos arts. 8.º e 9.º da Directiva n.º 92/50 devem ser interpretados no sentido de que não abrangem uma situação, como a do processo principal, em que serviços fornecidos à entidade adjudicante pelo prestador de serviços inicial são transferidos para outro prestador de serviços constituído sob a forma de uma sociedade de capitais, de que o prestador de serviços inicial é o único accionista, controlando o novo prestador de serviços e dando-lhe instruções, desde que o prestador de serviços inicial continue a assumir a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações contratuais.

Quanto à segunda questão

55. Através da sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio tem em vista as alterações introduzidas no contrato de base pelo primeiro aditamento, celebrado em 2001 e que começou a produzir efeitos em 1 de Janeiro de 2002. Pergunta, no essencial, se certas alterações dos preços constituem uma nova adjudicação do contrato na acepção da Directiva n.º 92/50.

56. Esta questão prejudicial tem por objecto, em primeiro lugar, a conversão dos preços em euros sem modificação do seu montante intrínseco, em segundo lugar, a conversão dos preços em euros acompanhada de uma redução do seu montante intrínseco e, em terceiro lugar, a reformulação de uma cláusula de indexação dos preços.

57. Há que responder que, no caso de, na sequência da transição para o euro, um contrato existente ser alterado no sentido de que os preços inicialmente expressos em moeda nacional são convertidos em euros, está em causa não uma alteração substancial do contrato mas unicamente uma adaptação deste a circunstâncias exteriores modificadas, desde que os montantes em euros sejam arredondados em conformidade com as disposições em vigor, nomeadamente com as do Regulamento (CE) n.º 1103/97 do Conselho, de 17 de Junho de 1997, relativo a certas disposições respeitantes à introdução do euro (JO L 162, p. 1).

58. Quando o arredondamento dos preços convertidos em euros ultrapassa o montante autorizado pelas disposições pertinentes, está em causa uma alteração do montante intrínseco dos preços previsto pelo contrato inicial. Coloca-se então a questão de saber se tal alteração dos preços constitui uma nova adjudicação do contrato.

59. É evidente que o preço constitui uma condição importante de um contrato público (v., neste sentido, acórdão *Comissão/CAS Succhi di Frutta*, já referido, n.º 117).

60. Alterar 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 (v., neste sentido, acórdão *Comissão/CAS Succhi di Frutta*, já referido, n.º 121).

61. Todavia, 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.

62. No processo principal, por um lado, a licença anual pela utilização dos artigos de re-

dacção e dos arquivos de imprensa ⁽²⁾ foi reduzida em apenas 0,3%, a fim de corresponder a um número redondo susceptível de facilitar os cálculos. Por outro lado, os preços por linha para a inserção de comunicados de imprensa no serviço OTS ⁽³⁾ foram reduzidos, respectivamente, em 2,94% e em 1,47% para os anos de 2002 e de 2003, com vista a serem expressos em números redondos susceptíveis igualmente de facilitar os cálculos. Além de respeitarem a um montante reduzido, estes ajustamentos de preços ocorrem não em proveito mas em detrimento do adjudicatário do contrato, uma vez que este último concede uma redução dos preços que teriam resultado das regras de conversão e de indexação normalmente aplicáveis.

63. Nestas condições, podemos considerar que um ajustamento dos preços de um contrato público vigente não constitui uma alteração das condições essenciais deste contrato susceptível de constituir uma nova adjudicação do contrato na acepção da Directiva n.º 92/50.

64. No que diz respeito à reformulação da cláusula de indexação, há que salientar que o contrato de base previa, no seu § 5, n.º 3, nomeadamente, que «[p]ara o cálculo da indexação, [havia] que partir do índice dos preços ao consumidor 86 (VPI 86), publicado pelo ÖSTAT ou do índice seguinte que o substitua».

65. Daqui resulta que o contrato de base tinha previsto a substituição do índice dos preços que mencionava por um índice ulterior.

66. O primeiro aditamento ao contrato substituiu o índice dos preços referido no contrato de base, a saber, o índice dos preços ao consumidor de 1986 (VPI 86) publicado pelo ÖSTAT, por um índice mais recente, a saber, o índice dos preços ao consumidor de 1996 (VPI 96), publicado por este mesmo organismo.

⁽²⁾ Em referência à formulação utilizada no n.º 17 do presente acórdão.

⁽³⁾ V. n.º 20 do presente acórdão.

67. Como foi exposto no n.º 19 do presente acórdão, este aditamento tomou como ponto de referência o índice calculado para o ano de 2001, ano em que foi celebrado, em vez do de 1994, ano da celebração do contrato de base. Esta actualização do ponto de referência é coerente com a actualização do índice dos preços.

68. Daqui resulta que o primeiro aditamento se limitou a aplicar as estipulações do contrato de base no que diz respeito à actualização da cláusula de indexação.

69. Nestas condições, deve considerar-se que a referência a um novo índice dos preços não constitui uma alteração das condições essenciais do contrato inicial susceptível de constituir uma nova adjudicação do contrato na acepção da Directiva n.º 92/50.

70. Daqui resulta que há que responder à segunda questão que o termo «adjudicação» contido no art. 3.º, n.º 1, e o termo «celebrados» previsto nos arts. 8.º e 9.º da Directiva n.º 92/50 devem ser interpretados no sentido de que não abrangem uma adaptação do contrato inicial a circunstâncias exteriores modificadas, como a conversão em euros dos preços inicialmente expressos em moeda nacional, a redução mínima destes preços com vista a arredondá-los e a referência a um novo índice de preços que o contrato inicial tinha previsto que viria a substituir o índice anteriormente fixado.

Quanto à terceira questão

71. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio faz referência às alterações inseridas no contrato de base pelo segundo aditamento, celebrado em Outubro de 2005 e que começou a produzir efeitos em 1 de Janeiro de 2006.

72. Este órgão jurisdicional pergunta, no essencial, se uma nova adjudicação do contrato resulta, por um lado, da celebração de uma nova cláusula de renúncia à rescisão do contrato e, por outro, de um aumento dos descontos concedidos nos preços de certas prestações objecto do contrato.

73. Em primeiro lugar, no que respeita à celebração de uma nova cláusula de não rescisão durante o período de vigência de um contrato celebrado por tempo indeterminado, 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.

74. Todavia, o direito comunitário, no seu estágio actual, não proíbe a celebração de contratos públicos de serviços por tempo indeterminado.

75. Da mesma forma, uma cláusula através da qual as partes se comprometem a não rescindir durante um certo período um contrato celebrado por tempo indeterminado não é automaticamente considerada ilícita do ponto de vista do direito comunitário dos contratos públicos.

76. Como resulta do n.º 34 do presente acórdão, para determinar se a celebração de tal cláusula constitui uma nova adjudicação do contrato, o critério pertinente é saber se esta cláusula deve ser considerada uma alteração substancial do contrato inicial (v., neste sentido, acórdão *Comissão/França*, já referido, n.ºs 44 e 46).

77. A cláusula que está em causa no processo principal formaliza a renúncia a qualquer rescisão durante o período correspondente aos anos de 2005 a 2008.

78. Contudo, há que salientar que depois de, em 31 de Dezembro de 1999, a cláusula de não rescisão contida no contrato de base ter expirado, o contrato em causa no processo principal podia ter sido rescindido a qualquer momento, sob reserva de um pré-aviso. No entanto, permaneceu em vigor durante o período correspondente aos anos de 2000 a 2005, inclusive,

uma vez que nem a entidade adjudicante nem o prestador de serviços exerceram o seu direito à rescisão do contrato.

79. Não resulta dos autos que, no período entre 2005 e 2008, abrangido pela cláusula de não rescisão, a entidade adjudicante tivesse tido, no caso de esta cláusula não existir, a intenção concreta de fazer cessar o contrato em curso e de proceder a uma nova abertura do concurso. Mesmo supondo que tivesse pretendido fazê-lo, o período abrangido por esta cláusula, ou seja, três anos, não era tal que a tivesse disso impedido de o fazer durante um período excessivo relativamente ao tempo necessário para a organização de uma tal operação. Nestas condições, não se demonstrou que uma tal cláusula de não rescisão, desde que não seja sistematicamente reinserida no contrato, comporte o risco de falsear a concorrência em detrimento de novos potenciais proponentes. Consequentemente, não pode ser qualificada como uma alteração substancial do contrato inicial.

80. Daqui resulta que, em condições como as do processo principal, o facto de prever uma cláusula de renúncia à rescisão durante um período de três anos no decurso da vigência de um contrato de serviços celebrado por tempo indeterminado não constitui uma nova adjudicação do contrato na acepção da Directiva n.º 92/50.

81. Em segundo lugar, quanto ao aumento do desconto previsto pelo segundo aditamento, há que recordar que o contrato de base previa, para os serviços em causa, «um preço correspondente ao preço escalonado do consumo mais baixo da tarifa oficial [...] menos 15%».

82. Segundo as explicações dadas ao Tribunal de Justiça, esta menção visa a tarifa degresiva praticada pela APA, em aplicação da qual os preços dos serviços em causa são reduzidos quando o consumo destes serviços pelo parceiro contratual da APA aumenta.

83. Ainda segundo algumas destas explicações, o aumento da taxa de desconto de 15% para 25%, prevista pelo segundo aditamento,

equivale à aplicação de um preço menos elevado. Ainda que a sua apresentação formal seja diferente, a redução de um preço e o aumento de uma taxa de desconto têm um efeito económico comparável.

84. Nestas condições, pode interpretar-se o aumento do desconto no sentido de que faz parte das cláusulas fixadas no contrato de base.

85. Por outro lado, 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.

86. Além disso, 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.

87. Do que precede resulta que, numa situação como a do processo principal, o facto de se fixarem, num aditamento, descontos superiores aos inicialmente previstos sobre certos preços condicionados à quantidade num domínio específico não deve ser considerado uma alteração substancial do contrato e, portanto, não é susceptível de implicar uma nova adjudicação do contrato na acepção da Directiva n.º 92/50.

88. Por conseguinte, há que responder à terceira questão que o termo «adjudicação» contido no art. 3.º, n.º 1, e o termo «celebrados» previsto nos arts. 8.º e 9.º da Directiva n.º 92/50 devem ser interpretados no sentido de que não abrangem uma situação, como a do processo principal, na qual uma entidade adjudicante, através de um aditamento, acorda com o adjudicatário, durante o período de vigência de um contrato de serviços com ele celebrado por tempo indeterminado, renovar por um período de três anos uma cláusula de renúncia à rescisão, que já tinha caducado na data em que a nova cláusula foi celebrada, e acorda com o mesmo fixar descontos superiores aos inicialmente previstos sobre

certos preços condicionados à quantidade num domínio específico.

89. Tendo em consideração as respostas dadas às primeira e terceira questões, não há que responder às quarta a sexta questões.

Quanto às despesas

90. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Parte decisória

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Terceira Secção) declara:

1. O termo «adjudicação» contido no art. 3.º, n.º 1, e o termo «celebrados» previsto nos arts. 8.º e 9.º da Directiva n.º 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, devem ser interpretados no sentido de que não abrangem uma situação, como a do processo principal, em que serviços fornecidos à entidade adjudicante pelo prestador de serviços inicial são transferidos para outro prestador de serviços constituído sob a forma de uma sociedade de capitais, de que o prestador de serviços inicial é o único accionista, controlando o novo prestador de serviços e dando-lhe instruções, desde que o prestador de serviços inicial continue a assumir a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações contratuais.

2. O termo «adjudicação» contido no art. 3.º, n.º 1, e o termo «celebrados» previsto nos arts. 8.º e 9.º da Directiva n.º 92/50 devem ser interpretados no sentido de que não abrangem uma adaptação do contrato inicial a circunstâncias exteriores modificadas, como a conversão em euros dos preços inicialmente expressos em moeda nacional, a redução mínima destes preços com vista a arredondá-los e a referência a um novo índice de preços que o contrato inicial tinha previsto que viria a substituir o índice anteriormente fixado.

3. O termo «adjudicação» contido no art. 3.º, n.º 1, e o termo «celebrados» previsto nos arts. 8.º e 9.º da Directiva n.º 92/50 devem ser interpretados no sentido de que não abrangem uma situação, como a do processo principal, na qual uma entidade adjudicante, através de um adiamento, acorda com o adjudicatário, durante o período de vigência de um contrato de serviços com ele celebrado por tempo indeterminado, renovar por um período de três anos uma cláusula de renúncia à rescisão, que já tinha caducado na data em que a nova cláusula foi celebrada, e acorda com o mesmo fixar descontos superiores aos inicialmente previstos sobre certos preços condicionados à quantidade num domínio específico.

Anotação

Com toda a pertinência, já se observou que o Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJ), aqui comentado, representa um marco significativo da jurisprudência europeia, podendo colocar-se, desde já, no patamar de relevância que ocupam outras decisões do mesmo Tribunal no plano da evolução do direito comunitário⁽¹⁾.

Admitindo que o respectivo relevo possa não conhecer uma idêntica medida, algumas outras recentes decisões do TJ, igualmente nos domínios da contratação pública, justificariam uma anotação que lhes conferisse o merecido destaque: entre outros, será esse o caso, por um lado, do Acórdão Michaniki AE/Ethniko Symvoulío Radiotileorasis e outros⁽²⁾ e, por outro, dos Acórdãos Comissão/Itália

⁽¹⁾ Neste sentido, referindo-se aos Acórdãos Alcatel, Teckal e Telaustria, cf. A. BROWN, "When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU Procurement Rules? Guidance at last in Priesstetext Nachrichtenagentur GmbH (Case C-454/06)", Public Procurement Law Review, 2008, 6, NA253-NA267.

⁽²⁾ Acórdão de 16/12/2008, Proc. C-213/07.

e Secap SpA / Comune di Torino⁽³⁾. No primeiro, o Tribunal decidiu que o direito comunitário deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição nacional que institui uma presunção absoluta de incompatibilidade entre a qualidade de proprietário (sócio, accionista importante ou quadro dirigente) de uma empresa de comunicação social e a de proprietário (sócio, accionista importante ou quadro dirigente) de uma empresa à qual o Estado ou outra pessoa colectiva pública adjudiquem contratos de empreitada de obras, de fornecimentos ou serviços. Como se compreende não é, decerto, o teor desta conclusão que justifica, neste contexto, a referência à decisão: a justificação para tal reside antes no facto de a disposição nacional em causa constituir uma norma constitucional de um Estado-Membro, em concreto, o art. 14.º, n.º 9, da Constituição Grega. Sem o afirmar em termos explícitos, o TJ aplica aqui, sem hesitação, o princípio de prevalência do direito comunitário (derivado) sobre o direito constitucional interno⁽⁴⁾. No segundo grupo de acórdãos, o TJ decidiu que o facto de o valor de um contrato o colocar fora do âmbito de aplicação das directivas da contratação não significa que esteja excluído do âmbito de aplicação direito comunitário (v.

⁽³⁾ Respectivamente, Acórdãos de 21/2/2008, Proc. C-412/04, e de 15/5/2008, Procs. 147/06 e 148/06 – sobre este último, cf. T. KOTSONIS, "Italian law on the automatic exclusion of abnormally low tenders: SECAP SpA v Comune di Torino (C-147/06)", Public Procurement Law Review, 2008, 6, NA268-NA273.

⁽⁴⁾ Na doutrina portuguesa, sobre o entendimento dessa regra de prevalência – aparentemente "consentida" ou pressuposta no art. 8.º, n.º 4, da CRP –, cf. J. J. GOMES CANOTILHO, VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 564 e segs.; FAUSTO DE QUADROS, Droit de l'Union Européenne (droit constitutionnel et administratif de l'Union Européenne), Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 359 (referindo-se ao âmbito da primazia do direito comunitário no sentido de a reconhecer a "todo o direito comunitário" em relação a "todo o direito interno", incluindo o direito constitucional); em termos mais contidos, embora admitindo, ainda assim, que certos preceitos da Constituição formal possam ficar subordinados ao Direito da União Europeia, cf. JORGE MIRANDA, RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 93 e segs.

g., normas fundamentais do Tratado e princípio da não discriminação em razão da nacionalidade), o que pressupõe, designadamente, a sujeição do contrato a um “grau de publicidade adequado”: em ambas as decisões, o TJ observa, porém, que a aplicação do direito comunitário pressupõe que os contratos tenham um “interesse transfronteiriço certo”, o qual se apura a partir da consideração de determinados critérios objectivos, como, por exemplo, o preço contratual de uma certa importância, conjugado com o local de execução do contrato⁽⁵⁾.

Retomando o acórdão de que nos ocupamos, sublinha-se que a sua relevância decorre da conjugação de dois factores fundamentais. Por um lado, e embora não seja o primeiro a representar uma tal orientação, o acórdão denota um fenómeno de expansão do direito comunitário da contratação pública: este, paulatinamente, vai abandonando o paradigma inicial de regulamentação limitada aos processos de selecção do contratante, para abranger a disciplina de aspectos claramente relacionados com a fase da execução do contrato⁽⁶⁾. Por outro lado, o acórdão ocupa-se de um assunto directamente relacionado com uma questão central e nuclear – poder-se-ia dizer mesmo identitária – do regime jurídico específico dos contratos públicos com natureza jurídica administrativa: o “poder de modificação do contrato”.

⁽⁵⁾ *Relacionados, como se viu, com contratos de valor abaixo dos limiares de aplicação das directivas, estes acórdãos inserem-se na linha de outros que decidem a aplicação dos princípios fundamentais de direito comunitário a contratos igualmente não abrangidos (por outras razões) pelas directivas – iniciou esta linha jurisprudencial o Acórdão Telaustria; sobre este, cf. PEDRO GONÇALVES, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, As Concessões Municipais de Distribuição de Electricidade, Coimbra, Coimbra Editora (CEDIPRE), 2001, pp. 66 e segs. Ainda sobre este assunto, cf. Comunicação Interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos, ou apenas parcialmente, pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos (2006/C 179/02). Sobre esta matéria, cf. ainda CLÁUDIA VIANA, Os Princípios Comunitários na Contratação Pública, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 258 e segs.*

⁽⁶⁾ *Ainda que, como no caso de que nos ocupamos, se possa falar numa sobreposição ou mistura entre a regulamentação da selecção dos contratantes e a regulamentação da execução de contratos.*

1. As questões colocadas ao Tribunal

A principal agência de imprensa austríaca (APA) fornece, contra remuneração, ao Estado austríaco diferentes prestações em consequência de um contrato celebrado em 1994 (entre essas prestações inclui-se um designado “serviço OTS”). Esse contrato havia sido celebrado por tempo indeterminado, e sob reserva de uma cláusula através da qual as partes renunciavam à rescisão do mesmo até 31 de Dezembro de 1999.

Em Setembro de 2000, a APA constituiu uma filial (APA-OTS) – que passou a deter a 100% –, à qual confiou a efectivação das prestações ao Estado relativas ao “serviço OTS”; este deu o seu acordo ao fornecimento do “serviço OTS” pela APA-OTS. Operou-se, assim, uma “mudança do co-contratante” (i).

Posteriormente, em 2001, o contrato inicial foi alterado, por um lado, no sentido de converter a remuneração contratual (inicialmente fixada em xelins) para euros, facto que determinou um ajustamento no preço, e, por outro lado, com o objectivo de adaptar a cláusula de indexação (para fixação do preço), do que resultou uma ligeira redução do preço final. Ocorreu, portanto, uma “alteração no preço” (ii).

A seguir, já em 2005, um novo contrato adicional introduz duas novas alterações ao contrato inicial: a prorrogação da vigência de uma cláusula de não resolução do contrato (de 31 de Dezembro de 1999 para 31 de Dezembro de 2008) e o aumento (de 15% para 25%) de um desconto no preço dos serviços prestados. Tratava-se, nestes casos, de “alteração da cláusula de não resolução” (iii) e de novo, de uma “alteração no preço” (7) (ii).

Uma empresa concorrente (Presstext Nachrichtenagentur GmbH) propôs uma acção no tribunal austríaco competente, considerando que a cessão do “serviço OTS” e os contratos adicionais de 2001 e de 2005 representavam casos de adjudicação de facto de novos contratos públicos, violando, por isso, as regras de adjudicação. O tribunal austríaco decidiu suspender a instância e efectuar um reenvio para o

⁽⁷⁾ *Como se afirma no acórdão, o aumento do desconto equivale à aplicação de um preço menos elevado: cf. § 83.*

TJ, colocando sete questões prejudiciais (por força do sentido da resposta às três primeiras questões, o TJ pronunciou-se apenas sobre estas).

No fundamental, o TJ via-se confrontado com a exigência de esclarecer e de precisar as condições em que as alterações introduzidas num contrato público representam verdadeiras modificações de um contrato existente ou integram já a adjudicação de um contrato novo.

2. Jurisprudência anterior sobre a modificação de contratos

Apesar da sua relevância e novidade, o Acórdão Pressetext não é o primeiro em que o TJ se ocupa do tema da modificação de contratos. Ainda que de uma forma apenas indirecta e sem o cuidado e a precisão delimitadora que se encontram em Pressetext, merecem referência duas decisões que antecipavam já, de forma muito nítida, os termos de uma compreensão restritiva da modificação: i) em primeiro lugar, no Acórdão Comissão/França (5/10/2000, Proc. C-337/98), adoptado na sequência de uma acção proposta pela Comissão, em que o TJ decidiu que a Comissão não forneceu provas de que uma determinada renegociação de um contrato público demonstrava a “vontade das partes em renegociar os termos essenciais (desse) contrato”⁽⁸⁾; ii) em segundo lugar, no Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA (29/4/2004, Proc. C-496/99)⁽⁹⁾, onde se decide que, “no caso de a entidade adjudicante desejar que, por motivos precisos, certas condições do concurso possam ser modificadas depois da escolha do adjudicatário,

⁽⁸⁾ Deduzindo-se que, se tivesse sido feita prova da alteração de um “termo essencial do contrato”, o TJ teria considerado não ter havido modificação, mas adjudicação de um contrato novo.

⁽⁹⁾ Em causa estava um contrato celebrado pela Comissão relacionado com o fornecimento gratuito de sumos de fruta a determinados países. Nas condições do concurso estabelecia-se que a Comissão remunerava os contratantes com maçãs e laranjas. Já durante a execução do contrato, a Comissão substituiu o pagamento em maçãs e laranjas por pagamento em pêssegos. Sobre o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância que deu origem a este Acórdão do TJ, cf. CLÁUDIA VIANA, ob. cit., pp. 241 e segs.

é obrigada a prever expressamente esta possibilidade de adaptação” e que, se não fizer essa previsão, “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”.

Ainda neste contexto, refira-se o Acórdão ASM Brescia SpA / Comune di Rodengo Siano (17/7/2008, Proc. C-347/06), sobre a prorrogação do prazo de vigência de um contrato (de concessão de serviço público de distribuição de gás)⁽¹⁰⁾, 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”. O acórdão abre o caminho ao entendimento da prorrogação do prazo de vigência de um contrato anterior (quando não prevista nas peças do procedimento pré-contratual) como adjudicação de um novo contrato⁽¹¹⁾ ⁽¹²⁾.

Para além da jurisprudência, recorde-se que o tema da modificação de contratos surgiu também no Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões [COM(2004 327 final): depois de lembrar que o direito comunitário em matéria de contratos públicos tem sobretudo em vista a fase de adjudicação de um contrato, o documento considera que os princípios de direito comunitário são

⁽¹⁰⁾ Entendimento que a Comissão já sustentou; cf. Comunicação Interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário (2000/C 121/02), onde se afirma que, “quando uma concessão chega ao seu termo, a sua renovação equivale a uma nova concessão (...)”.

⁽¹¹⁾ Acrescentando, contudo, que “essa diferença de tratamento pode (...) justificar-se por circunstâncias objectivas”.

⁽¹²⁾ 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.

contrários a uma “duração excessiva” dos contratos (para lá do necessário à garantia de amortização dos investimentos e de remuneração razoável dos capitais investidos), bem como contrários a cláusulas de revisão de contratos quando os documentos do concurso não identifiquem precisamente “as circunstâncias e condições em que se poderão introduzir ajustamentos na relação contratual”.

3. Compreensão clássica e evolução sobre os limites à modificação de contratos

O tema da modificação de contratos públicos tem sido tratado sobretudo no âmbito do poder de modificação unilateral de contratos administrativos, o qual foi sempre considerado o mais singular e significativo poder público de conformação da relação jurídica contratual administrativa. O poder de modificação concretiza, aliás de forma expressiva, a “predominância da Administração na relação contratual”, legitimada “pelo imperativo da protecção do interesse público”⁽¹³⁾; representou historicamente o elemento de distinção que conferiu autonomia a uma nova figura contratual – o contrato administrativo.

Neste contexto, a compreensão clássica alude à modificação com um duplo objectivo: por um lado, para sublinhar que o contraente público tem o poder próprio (extracontratual) de modificar o contrato administrativo por razões de interesse público⁽¹⁴⁾, e, por outro lado, para estabelecer condições e limites à extensão deste poder.

⁽¹³⁾ Cf. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, “A propósito do regime do contrato administrativo no «Código dos Contratos Públicos», Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, vol. I, Coimbra, Almedina, p. 346.

⁽¹⁴⁾ O poder de modificação introduz o elemento de flexibilidade de que a Administração carece para poder adaptar o contrato a novas circunstâncias ou até a novas concepções; cf. A. C. L. DAVIES, *The public law of government contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 169, propugnando a adopção, no direito britânico, de um regime de direito público que contemple a possibilidade de introdução de alterações contratuais, além do mais, em casos em que a Administração possa mudar de opinião em relação aos termos do contrato.

Quanto a este segundo aspecto, tratava-se essencialmente de definir um parâmetro de protecção dos interesses do co-contratante, delimitando o respectivo espaço de sujeição. Para defesa do co-contratante, dizia-se então que o contraente público detém um poder de modificação, mas sempre apenas dentro dos limites do “objecto do contrato”: de algum modo, a afirmação de um princípio de intangibilidade do objecto do contrato preservava uma certa “lógica contratual” do contrato administrativo (a Administração podia modificar o contrato, mas apenas dentro do âmbito do respectivo objecto).

Num ambiente que configurava o contrato administrativo a partir de uma concepção jurídica que nele via apenas ou sobretudo um negócio entre as partes que o subscrevem, percebe-se que a dogmática reconhecesse as especificidades do tema da modificação apenas enquanto poder unilateral: neste sentido, o objectivo consistia em destacar a singularidade e em definir a extensão e os limites de um poder unilateral enxertado no seio de uma relação contratual. Fora deste contexto, a figura geral da modificação do contrato – que inclui a modificação unilateral mas também a modificação por acordo – não suscitava uma atenção específica. Isto ficava a dever-se, inter alia, ao entendimento de que a modificação por acordo constituía, em inteiro rigor, uma figura intrinsecamente diferente da modificação unilateral: além do mais, aquela não tinha de sobreviver dentro dos limites do poder de modificação, desde logo porque estes eram estabelecidos para definir exactamente até onde poderia estender-se a modificação sem acordo.

Mas, a partir de certa altura, torna-se evidente que a definição de limites ao poder de modificação do contrato não serve apenas como factor de protecção dos interesses do co-contratante; os interesses da transparência e da objectividade, acautelados pelo procedimento de adjudicação da concessão, também poderiam ser postos em causa pela ausência de limites ao poder de modificação⁽¹⁵⁾. Quer dizer, o âmbito

⁽¹⁵⁾ Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL (com a colaboração de LINO TORRAL), *Curso de Direito Administrativo*, vol. II,

do poder de modificação não poderia deixar de considerar o facto de o contrato a modificar ter sido atribuído na sequência de um procedimento competitivo de selecção do contratante. À medida que o direito regulador da adjudicação de contratos se aperfeiçoava, destacando o valor da concorrência, tornava-se inevitável concluir que a modificação (ou o poder de modificação) não poderia permitir uma reconstrução do contrato inicial em termos de este deixar de corresponder às condições fundamentais ou essenciais do “convite para contratar” que o contraente público apresentou no procedimento de adjudicação. Recorrendo, neste ponto, a uma formulação da doutrina norte-americana, pode afirmar-se que a modificação do contrato passava a balizar-se não só pelo “scope of the contract” (fim do contrato) como também pelo “scope of the competition” (fim da protecção da concorrência) ⁽¹⁶⁾.

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.

Culminando a evolução que acaba de se descrever em traços gerais, o art. 313.º, n.º 1, do CCP prescreve que “(i) a modificação não pode conduzir à alteração

das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato, (ii) nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato” – a primeira parte da disposição legal acolhe a concepção clássica dos limites à modificação (intangibilidade do objecto do contrato) e a segunda acentua o novo enfoque da protecção da concorrência (desde logo, a protecção dos operadores económicos que concorreram ou que poderiam ter concorrido à adjudicação do contrato inicial, bem como dos potenciais concorrentes a um nova).

A exposição anterior assegura-nos de que a protecção da concorrência já surge, no direito português, como um limite à possibilidade de modificação de contratos. E, na verdade, isto é assim independentemente da expressa consagração legal desse limite. A introdução de uma modificação que não se enquadre no “fim da concorrência” (“scope of competition”) prosseguido pela celebração do contrato original corresponde, de facto, à adjudicação de um contrato novo, podendo por isso desencadear a reacção impugnatória de terceiros: seja contra o acto administrativo de modificação, seja contra o contrato modificativo [veja-se, no último caso, a atribuição de legitimidade processual para deduzir um pedido de invalidação do contrato a “quem tenha sido prejudicado pelo facto de não ter sido adoptado o procedimento pré-contratual legalmente estabelecido”: art. 40.º, n.º 1, alínea b), do CPTA].

Neste sentido, e de acordo com a evolução que acaba de se registar, afigura-se muito claro que ultrapassa os limites do conceito de modificação de contratos a “modificação” de um contrato de concessão (com uma duração de 30 anos) para, próximo do fim da sua vigência, viabilizar a realização de novos investimentos de um montante que determina a prorrogação do contrato ... por quase mais 30 anos. A (pretensa) modificação com este âmbito não passa, evidentemente, o teste do “scope of competition” ⁽¹⁷⁾

Coimbra, Almedina, 2001, p. 621. Aludíamos à necessidade de considerar estes outros interesses em A Concessão de Serviços Públicos, Coimbra, Almedina, 1999, p. 258.

⁽¹⁶⁾ Sobre esta dupla perspectiva da Changes Clause, cf. J. CIBINIC, JR., R. C. NASH, JR., J. F. NAGLE, Administration of government contracts, Washington, D.C., The George Washington University, 2006, pp. 380 e segs.; T. M. O’CONNOR, Understanding government contract law, Vienna (Virginia), Management Concepts, 2007, p. 135.

⁽¹⁷⁾ Diga-se ainda que uma modificação como a referida não se legitimaria na imprevisão ou na urgência: sem prejuízo da doutrina específica do acórdão aqui comentado sobre esse as-

– e, como se concluirá, menos ainda se revela conforme com a doutrina do Acórdão Presstext, já que, de forma manifesta, não cabe dentro dos limites de uma “alteração não substancial”.

4. O acórdão

No caso sub iudice, o TJ decidiu que as alterações introduzidas no contrato de 1994, entre o Estado austríaco e a APA não consubstanciaram a adjudicação de facto de um contrato novo. O TJ chega a esta conclusão com fundamento na ideia de que nem toda a alteração dos contratos se deve considerar “alteração substancial”, sendo certo que apenas esta constitui uma adjudicação.

Vejamos, de forma clara, a aplicação dessa doutrina no caso concreto.

i) *Mudança do co-contratante* – Depois de considerar que a substituição do co-contratante (a cessão da posição contratual) constitui uma alteração dos termos essenciais do contrato, a menos que essa substituição estivesse prevista (§ 40)⁽¹⁸⁾, o TJ entendeu que, no caso (recorde-se que a APA-OTS, a nova co-contratante, é detida a 100% pela APA, co-contratante originário), a operação efectuada representou, no essencial, uma “reorganização interna do co-contratante”, que não modifica de forma essencial os termos do contrato inicial. Neste ponto, já se escreveu que a decisão respeita os princípios do senso comum⁽¹⁹⁾; mas, num outro sentido, também já se afirmou por exemplo, que, à luz dos critérios nacionais do direito francês, a APA-OTS teria de se qualificar como um

sunto, cumpre observar que nenhuma circunstância imprevista poderia justificar a modificação de um contrato próximo do seu termo de modo a implicar uma prorrogação da vigência por mais três décadas.

⁽¹⁸⁾ O TJ é pouco claro neste ponto, mas parece inclinar-se para considerar “alteração substancial” a cessão da posição contratual não prevista nas peças do procedimento de adjudicação. Cremos, contudo, que o facto de a lei permitir a cessão da posição contratual, ainda que apenas em certas condições (entre nós, cf. art. 319.º do CCP), conduz a considerar respeitado o “fím da concorrência”, mesmo que a cessão não esteja prevista no contrato (e nas peças do procedimento).

⁽¹⁹⁾ BROWN, ob. cit., NA260.

terceiro, pelo que haveria aí uma cessão da posição contratual e não uma mera operação de reorganização interna⁽²⁰⁾.

ii) *Alteração no preço* – O TJ começa por sublinhar que o preço é uma “condição importante” (“essencial”) de um contrato público, pelo que a alteração de uma tal condição, quando não se baseie numa previsão expressa, pode dar origem a uma violação dos princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos operadores que apresentaram proposta na fase de adjudicação do contrato. Não obstante, entende-se que o preço pode ser objecto de um ajustamento, sem que daí resulte necessariamente uma nova adjudicação do contrato e, por conseguinte, uma alteração substancial: assim sucede em situações, como a que estava presente no caso, de conversão em euros e de “ajustamento mínimo” do preço, com o objectivo de simplificar as operações de facturação. Por outro lado, quanto ao aumento do desconto, equivalente a uma diminuição do preço, o TJ considerou tratar-se de uma alteração que não modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do co-contratante; por outro lado, o facto de o contraente público obter uma diminuição do preço a pagar não é susceptível de provocar uma distorção da concorrência em detrimento de potenciais proponentes.

iii) *Alteração da cláusula de não resolução* – Neste ponto, numa afirmação de certo modo surpreendente, o TJ observa que “o direito comunitário, no seu estado actual, não proíbe a celebração de contratos públicos de serviços por tempo indeterminado” (§ 74)⁽²¹⁾;

⁽²⁰⁾ Cf. J.-D. DREYFUS, “La modification d’un marché public en cours de validité est-elle possible sans remise en concurrence?”, *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2008, pp. 2010 e segs.

⁽²¹⁾ Referindo-se ao teor surpreendente dessa afirmação, cf. J.-D. DREYFUS, ob. cit., p. 2012. Deve, contudo, notar-se que o TJ recorda 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”.

Ainda este respeito, observa BROWN, ob. cit., NA263, que a admissibilidade de contratos por tempo indeterminado não significa, bem vistas as coisas, que o contrato possa durar sempre: haverá um momento em que as partes precisam de fazer altera-

por isso, a cláusula através da qual as partes se comprometem a não resolver um contrato de duração indeterminada não é automaticamente considerada ilícita. Por outro lado, a introdução da nova cláusula de não resolução por um período de 3 anos⁽²²⁾ não era de molde a impedir o contraente público (se nisso tivesse interesse) de resolver o contrato “por um período excessivo relativamente ao tempo necessário para a organização de uma tal operação” (§ 79). Quer dizer, também aqui, estava envolvida a alteração de um termo ou condição não essencial do contrato.

5. A noção de “alteração substancial”

Na linha das decisões do TJ sobre contratos públicos e, diga-se, em conformidade com o sentido do direito comunitário sobre a matéria, o Acórdão Presetext recorta o perímetro da modificação de contratos públicos – em face da adjudicação de contrato novo –, atendendo, em primeiro lugar ou mesmo exclusivamente, à protecção da concorrência e da igualdade de tratamento entre os operadores económicos.

O objectivo do acórdão cifra-se pois em definir o âmbito da modificação de contratos segundo um princípio de respeito estrito pelo valor da “concorrência para o mercado”⁽²³⁾: a modificação estende-se até ao ponto em que se possa considerar neutra para os interesses dos proponentes ou dos que poderiam ter apresentado proposta na adjudicação inicial, bem como dos potenciais concorrentes a uma nova adjudi-

ções, adaptando o contrato a novas circunstâncias. Ora, de acordo com a doutrina do acórdão, a submissão do (novo) contrato à concorrência pode tornar-se inevitável.

⁽²²⁾ A cláusula foi integrada no contrato em 2005, para vigorar até 2008.

⁽²³⁾ Sobre os procedimentos de adjudicação de contratos como instrumentos de “concorrência para o mercado” (promovendo um confronto competitivo entre empresas antes da entrada no mercado), cf. L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Turim, Giappichelli Editore, 2002, pp. 273 e segs.; F. GIGLIONI, *L’accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Mião, Giuffrè, 2008, pp. 234 e segs. A promoção da concorrência passa, neste caso, pelas entidades adjudicantes: por isso se fala aqui de uma concorrência “para” o mercado e não “no” mercado.

cação⁽²⁴⁾. Não sendo esse o caso, deverá entender-se que o contraente público tem o dever de promover a “concorrência para o mercado”, desinvestindo-o de qualquer “autoridade aquisitiva” dentro do contrato inicial⁽²⁵⁾.

Tendo presente esta dimensão, o TJ fornece o critério para se discernir os casos em que se está já fora da modificação contratual no decisivo § 34, onde se afirma o seguinte: “as alterações introduzidas nas disposições de um contrato público durante a sua vigência constituem uma nova adjudicação do contrato (...) 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 (preço, por ex.)”.

Embora o Tribunal o não afirme no parágrafo transcrito, resulta de outras passagens, bem como do próprio sentido de toda a doutrina acolhida, que só há nova adjudicação no caso de o contraente público não estar habilitado expressamente a introduzir as alterações pretendidas. A noção de “habilitação expressa” remete para o contrato original e, sobretudo, para as peças do procedimento de adjudicação. O Acórdão Presetext segue, neste ponto, a doutrina antes formulada no acima citado Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA, segundo a qual a entidade adjudicante goza da capacidade de adaptar o contrato, desde que a possibilidade de adaptação haja sido expressamente prevista no contrato inicial.

Quando não prevista em “termos precisos”, a modificação só se apresentará viável se não constituir uma “alteração essencial”⁽²⁶⁾. Será esse o caso

⁽²⁴⁾ Poderá não estar presente o interesse dos proponentes (ou potenciais proponentes) iniciais, por exemplo, quando a modificação se funde no aparecimento de novas técnicas de realização das prestações.

⁽²⁵⁾ O conceito de “autoridade aquisitiva” corresponde à expressão “procurement authority” usada, no mesmo sentido, em CIBINIC, JR., NASH, JR., NAGLE, ob. cit., p. 381.

⁽²⁶⁾ No direito norte-americano emprega-se o conceito de “cardinal change”, para significar uma alteração principal ou fundamental do contrato, que se situa fora ou para além do fim do contrato (“beyond scope”); cf. O’CONNOR, ob. cit., p. 135. Na

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).

Fundamental é, pois, apurar as circunstâncias que conduzem a considerar que uma alteração introduz no contrato um conteúdo com “características substancialmente diferentes das do contrato inicial”. O acórdão estabelece, quanto a esse aspecto, uma associação automática entre “características substancialmente diferentes” e alteração dos “termos essenciais do contrato”. Quer dizer, a essencialidade da alteração não exige (i) uma alteração substancial (ii) de um termo ou condição essencial de um contrato⁽²⁷⁾: basta que uma alteração se possa considerar substancial no sentido acima explicitado para se concluir que as partes quiseram alterar os termos essenciais do contrato.

Retomando a questão colocada, importa apurar as circunstâncias em que um contrato assume, por força de uma alteração introduzida durante a sua vigência, “características substancialmente diferentes das do contrato inicial”. O TJ indica três exemplos de situações dessas – situações que correspondem, pois, a alterações substanciais.

Em primeiro lugar, 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.

seqüência da análise jurisprudencial, diz-se que a distinção entre os casos de verdadeira modificação e de “cardinal change” exige que se indague se o contrato mantém essencialmente a mesma prestação ou se, pelo contrário, deve considerar-se que foi atribuído um novo contrato; cf. J. W. WHELAN, J. F. NAGLE, *Federal government contracts – cases and materials*, Nova Iorque, Foudation Press, 2007, p. 413.

⁽²⁷⁾ Recorde-se que o acórdão admite ajustamentos no preço, embora reconhecendo que este constitui um termo essencial do contrato.

Em segundo lugar, a alteração que alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos. O TJ não veta, assim, qualquer alargamento do objecto 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 ou mais ou de serviços a mais⁽²⁸⁾.

Em terceiro lugar, assim sucede também com a alteração que modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do co-contratante de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial.

O catálogo que o TJ fornece assume carácter exemplificativo, podendo aliás deduzir-se, a partir de outras passagens da decisão, outros exemplos de alteração substancial: a cessão da posição contratual a uma entidade terceira ou a alteração do preço do contrato que não se reconduza a um mero ajustamento.

6. As implicações do Acórdão Pressetext

Pelo menos na aparência e à primeira leitura, a delineação do conceito de alteração substancial no Acórdão Pressetext comporta implicações importantes, quer, imediatamente, na delimitação do perímetro da modificação de contratos públicos, quer, indiretamente, na concepção da autonomia substantiva do contrato administrativo.

Sem desvalorizar a importância da decisão nos dois referidos planos, impõe-se, porém, levar a cabo uma análise mais cuidadosa dos termos e da medida das suas implicações.

6.1. Quanto ao âmbito da modificação do contrato

Considerando o ponto de partida do direito português nesta matéria, talvez se deva concluir que o Acórdão Pressetext não impõe exactamente uma nova compreensão do regime legal modificação; po-

⁽²⁸⁾ Sobre trabalhos a mais e serviços a mais, cf., respectivamente os arts. 370.º e 454.º do CCP.

demos contudo admitir que exige uma interpretação da lei conjugada com a doutrina que nele se acolhe (“interpretação em conformidade”).

Como vimos, o n.º 1 do art. 313.º do CCP alude a dois factores de limitação da modificação dos contratos administrativos: i) não conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objecto do contrato; ii) não configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida pelas regras relativas à formação do contrato.

A ligação entre modificação e protecção da concorrência já se encontra garantida pela lei portuguesa⁽²⁹⁾. Deve, porém, reconhecer-se que a decisão Pressetext introduz factores de precisão que, objectivamente, conduzem ao resultado prático de limitar o que, pelo menos em termos teóricos, se supunha constituir o âmbito da modificação de contratos – designadamente na parte relativa ao alargamento do contrato a novas prestações, que, tanto quanto sabemos, não vinha sendo interpretado à luz dos critérios rigorosos dos trabalhos ou serviços a mais ou complementares.

6.2. Quanto à autonomia do contrato administrativo

Como muitos ordenamentos estrangeiros, na Europa e no continente americano, o direito português estabelece um regime jurídico substantivo específico para certos contratos da Administração Pública: os “contratos públicos com natureza de contrato administrativo”. Classicamente, um dos sinais distintivos da figura resulta de se reconhecer que a Administração dispõe de um poder unilateral de modificação. Por força do que acaba de se expor, e recordando que o âmbito da modificação do contrato não depende do modo como esta se efectiva (por acto unilateral ou por acordo), afigura-se, assim, inevitável o confronto com a questão de saber se o acórdão põe em crise a autonomia do contrato administrativo.

⁽²⁹⁾ Além disso, como também vimos, a exigência de contemplação do interesse da concorrência já se encontrava aflorada na doutrina e, portanto, pressuposta no regime jurídico da modificação.

Os contornos do problema apresentam-se especialmente nítidos se se tomar em consideração a circunstância curiosa de algumas grandes decisões clássicas da jurisprudência francesa que estiveram na génese da autonomização da figura do contrato administrativo terem admitido alterações contratuais que, à luz do Acórdão Pressetext⁽³⁰⁾, se qualificariam como “alterações substanciais”. Neste sentido, não causará surpresa a convocação das teses do acórdão para, por essa via, se abrir uma nova frente de batalha contra o contrato administrativo.

Contudo, sobram razões para supor que, neste domínio, o impacto do acórdão se apresentará menor do que aparenta. Vejamos porquê.

Desde logo, e em primeiro lugar, em Pressetext, 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⁽³¹⁾. Para esta orientação, compreensível no ambiente germânico, Pressetext 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,

⁽³⁰⁾ Recorde-se que, na decisão *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen* (1902), o Conseil d’Etat considerava que um município podia impor ao seu concessionário a substituição da iluminação pública a gás pela iluminação eléctrica: tratava-se, pois, de uma alteração que introduzia no contrato um conteúdo de características substancialmente diferentes das do contrato inicial. Outro tanto se pode dizer a respeito da decisão *Compagnie générale française des tramways* (1910), na qual o Tribunal admitiu que a Administração tinha o direito de impor a um concessionário um aumento significativo da área de cobertura de uma rede de transporte urbano de passageiros. Tratava-se, aqui, de legitimar o alargamento do contrato sem ponderar limites de natureza quantitativa.

⁽³¹⁾ Cf. U. JASPER, H. ARNOLD, “EuGH bestätigt: Langfristige Verträge sind zulässig und dürfen während der Vertragslaufzeit unter bestimmten Voraussetzungen angepasst werden”, *Vergaberecht* 2008, Euroforum Newsletter, www.heuking.de (4/3/2009).

“une assez grande tolérance” e a concluir que aquele terá mesmo ido “plus loin qu’on ne l’aurait imaginé en France” (32). 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.

Em qualquer caso, e mesmo que o cenário fosse o da erradicação do poder unilateral de modificação, sempre teria de se admitir que, na actualidade, as especificidades do regime jurídico do contrato administrativo (e da sua autonomia) ficam longe de se confinar à tutela do “interesse público na actualização do conteúdo do contrato”. É indiscutível que, do mesmo modo, se impõe uma tutela adequada para a realização do “interesse público no cumprimento do contrato”. Ora, isto já demonstra que há muito mais contrato administrativo para além do poder de modificação.

Admitindo que o acórdão provoca uma limitação da modificação, não pode deixar de se chamar a atenção para o facto de o fundamento dela se encontrar fora do contrato e de, por isso mesmo, não ter um propósito de correcção de defeitos específicos da teoria do contrato administrativo: basta recordar que, a existir, a limitação vale também para a modificação consensual.

Por fim, e apesar de se reconhecer que a asserção reclama outras explicações, revela-se especialmente adequado aludir a uma inclinação – que parece inevitável – dos sistemas jurídicos europeus que, se radicalizada, pode minar as bases do direito administrativo clássico: referimo-nos à tendência para conferir uma primazia à protecção da concorrência sobre a protecção do 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 “prosecução do interesse público” (33).

PEDRO GONÇALVES

(32) DREYFUS, ob. cit., p. 2012.

(33) **Como vimos, assinala** VIEIRA DE ANDRADE, ob. cit., p. 346, ser no imperativo da prossecução do interesse público que se encontra a justificação para a “predominância da Administração na relação contratual”; o poder de modificação unilateral constitui a primeira manifestação dessa predominância.