

Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise (*)

Pedro António P. Costa Gonçalves

1 – Crise e contratação pública. 2 – Sentido e objecto do estudo. 3 – Gestão ou administração de contratos públicos. a) Delimitação do conceito. b) A gestão de contratos públicos como tarefa administrativa. c) Prerrogativas públicas na gestão dos contratos públicos. d) A questão da delegação da função de gestão de contratos públicos. 4 – Gestão de contratos públicos no cenário de situação económica difícil do contraente privado. a) Colaboração prestada pelo contraente público ao contraente privado. b) Protecção do interesse público. 5 – Medidas de auxílio do contraente privado e de defesa do contrato. a) Catálogo exemplificativo. b) Pressupostos, requisitos e limites das medidas. 6 – Protecção dos interesses da concorrência no quadro da modificação de contratos públicos. 7 – A degradação da situação económica do contraente privado à luz do instituto da alteração anormal das circunstâncias.

1 – Crise e contratação pública

A actual crise económica e financeira global, que se abateu também sobre a Europa desde o ano de 2008 e, no caso de Portugal, com particular intensidade no ano de 2010, tem sido a responsável pela promoção de específicas medidas públicas, de carácter legal e administrativo, dirigidas ao sector da contratação pública e ao direito dos contratos públicos ⁽¹⁾.

Embora o naipe de acções se revele heterogéneo, existe, entre elas, o elemento comum de se tratar de providências de regulação dos contratos públicos estabelecidas por *causa da crise*: estamos, pois, diante de medidas incluídas em verdadeiros *pacotes anti-crise*, que cumprem, em geral, um propósito *contra-cíclico* ⁽²⁾. Apesar de a causa se

(*) Publicado em Pedro Costa Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública – III*, Coimbra, Cedipre, Wolters Kluwer – Coimbra Editora, 2010, 5-49.

¹ A crise económica e financeira vem determinando igualmente a adopção de medidas com incidência em outros sectores da ordem jurídica, como o direito da concorrência, quanto ao controlo dos cartéis, aos procedimentos de controlo de ajudas públicas, etc.; sobre isto, cf. MARTÍNEZ LAGE/PETITBÒ JUAN (org.), *El derecho de la competencia en tiempos de crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

² Cf. Ph. BURGER/J. TYSON/I. KARPOWICZ/M. D. COELHO, “The effects of the financial crisis on public-private partnerships”, IMF Working Papers, 2009, p. 3; disponível em <http://ssrn.com/abstract=1442246>.

revelar a mesma, nem sempre se revelam idênticos os fins concretamente prosseguidos: nuns casos, visa-se contribuir para debelar ou enfrentar directamente a crise e as suas causas, enquanto noutros, se procura, mais modestamente, mitigar ou esbater alguns dos efeitos que a crise pode ter sobre a situação particular de cada operador económico.

Independentemente das medidas de regulação dos contratos accionadas em vista da realização dos fins referidos, importa recordar que uma das mais imediatas tentativas de resposta à crise consistiu na utilização da contratação pública como uma estratégia de fomento do investimento público, de promoção do emprego e, em geral, de estímulo à economia ⁽³⁾. Ilustra esta estratégia, por exemplo, a *Comunicação da Comissão Europeia* intitulada “mobilizar o investimento privado e público com vista ao relançamento da economia e à mudança estrutural a longo prazo: desenvolver parcerias público-privadas” ⁽⁴⁾, que sugeria algumas respostas em face dos “desafios da crise actual” e advogava o recurso aos contratos de parceria público-privada. Tratava-se, pois, de preconizar uma via ou modelo de solução para a crise que privilegiava a contratação entre os sectores público e privado.

Em qualquer caso, a despesa pública estimuladora (*stimulus spending*) aproveita politicamente o conhecido *potencial regulador do public procurement* ⁽⁵⁾, na busca da realização dos designados objectivos públicos *secundários, colaterais* ou *horizontais* da contratação pública ⁽⁶⁾: mais do que, como é regra, visar a satisfação das necessidades típicas de aquisição com que se defrontam os organismos públicos, a contratação

³ Isso, apesar de, por razões da própria crise, se suscitarem muitas dúvidas quanto ao tipo de contratação pública a desenvolver. Por um lado, a contratação do tipo parceria público-privada apresenta, em relação à contratação clássica, a vantagem de poder não implicar o financiamento público directo, contornando assim os problemas do défice público, mas, por outro lado, a sua concretização apresenta-se mais onerosa ou mesmo inviabilizada pelo facto de a banca se mostrar relutante em financiar empresas privadas; por isso, diz-se, com alguma razão, que a crise económica e financeira actual é uma crise para as parcerias público-privadas: cf. D. HALL, “A crisis for public-private partnership”, www.psiru.org/report/2009-01-crisis.2.doc; no sentido de que, não os governos, mas “the largest companies in the world are now finding it very difficult to borrow money to finance investment and operations”, v., do mesmo Autor, “Economic crisis and public services”, www.psiru.org/report/2008-12-crisis.1.doc.

⁴ COM(2009) 615 final, de 19/11/2009.

⁵ Neste sentido, cf. P. TREPTE, *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 133 e segs..

⁶ Em geral, a regulamentação da contratação pública procura assegurar a eficiência económica nas aquisições públicas, no quadro da procura do *best value*, e portanto da proposta mais vantajosa do ponto de vista económico; sobre os objectivos secundários, colaterais ou horizontais da contratação pública, cf. Ch. MCCRUDDEN, *Buying social justice – equality, government procurement, & legal change*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Sue ARROWSMITH/P. KUNZLIK, *Social and environmental policies in EC procurement law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; A.C.L. DAVIES, *The public law of government contracts*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 60; R. H. WEBER/V. MENOUD, “Development promotion as secondary policy in public procurement?”, *Public Procurement Law Review*, 2009, n.º 4, p. 184 e segs..

aparece aqui ao serviço de uma política pública caracterizada por um escopo sócio-económico de largo espectro, de minimização dos efeitos de uma grave crise económica e financeira ⁽⁷⁾ – para ilustrar uma certa dimensão do fenómeno, utilizou-se no contexto do direito norte-americano, a fórmula “regulação através de negócios” ⁽⁸⁾.

Associadas a essa *utilização instrumental da contratação pública*, logo surgiram arranjos concretos de adaptação da regulamentação existente, no sentido de, na medida do possível, permitir a chegada rápida do investimento público à economia: referimo-nos à adopção de mecanismos de simplificação e de aceleração dos procedimentos de adjudicação de contratos. Foi o que se passou, ao nível da União Europeia, com a aprovação, em finais de 2008, de um plano de relançamento da economia europeia, que incluía, como medida, o apoio ao recurso aos procedimentos acelerados previstos na regulamentação da contratação pública (artigo 38.º, n.º 8, da Directiva 2004/18/CE) de projectos de grande envergadura durante os anos de 2009 e de 2010. Nessa sequência, em Portugal, foi aprovado o Decreto-Lei n.º 34/2009, de 6 de Fevereiro, que estabelece medidas excepcionais de contratação pública, a vigorar em 2009 e 2010, destinadas à rápida execução dos projectos de investimento público considerados prioritários ⁽⁹⁾. Em outros sistemas (v.g., nos Estados Unidos da América), ainda no contexto da filosofia de apoio ao relançamento da economia, foram seguidas inclinações proteccionistas e nacionalistas de contratação pública, limitando a participação nos procedimentos às empresas domésticas: como se afirmou a respeito de tais inclinações, “in times of economic stress, after all, there is little political appetite for public spending that benefits other nations” ⁽¹⁰⁾.

⁷ Não se trata, aqui, de um confronto entre o objectivo da eficiência económica ou do *best value* e os antes referidos objectivos secundários, o qual se processa no quadro de uma *utilização normal* da contratação pública; diversamente, na hipótese em análise está presente todo um processo de *utilização instrumental* da contratação, que não se desenvolve para satisfazer as normais “necessidades de comprar”, mas antes para responder a uma exigência macro-económica de investimento público. Em sentido diferente, opondo a utilização da contratação pública como factor de estímulo à economia ao objectivo do *best value*, cf. Ch. R. YUKINS, “Public procurement in a world economic crisis: charting the way forward”, p. 2 (disponível em <http://ssrn.com/abstract=1356142>).

⁸ Cf. S. M. DAVIDOFF/D. ZARING, “Regulation by deal: the government’s response to the financial crisis”, *Administrative Law Review*, vol. 61, n.º 3, 2009, p. 463 e segs.; a noção de *regulation by deal* caracteriza o modo como o Governo federal norte-americano actuou na sequência da crise financeira de 2008: a fórmula refere-se ao conjunto de aquisições públicas, totais ou parciais, de empresas em risco ou mesmo em situação de insolvência.

⁹ Sobre este diploma, em termos críticos, cf. J. Amaral ALMEIDA/Pedro F. SÁNCHEZ, *As Medidas Excepcionais de Contratação Pública Para os Anos de 2009 e 2010*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009. O diploma citado no texto foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 29/2010, de 1 de Abril, o qual, tendo sido submetido a apreciação parlamentar, viu a sua vigência cessada pela Resolução da Assembleia da República n.º 52/2010, de 7 de Junho.

¹⁰ YUKINS, *ob. cit.*, p. 5. O Autor dá-nos conta que a *Administração Obama* pôs em prática uma política de limitação do *procurement* às empresas domésticas: a opção viria a constar da cláusula “buy

O facto de o estágio de integração europeia já não permitir a adopção de políticas de *procurement* de cariz proteccionista atesta que os Estados-Membros da UE perderam também a capacidade de aproveitar o potencial da contratação pública como instrumento de estímulo às empresas nacionais ou domésticas: *mesmo em tempo de crise*, afigura-se fora de discussão a possibilidade de um recuo nacionalista, pelo menos em relação aos contratos abrangidos pela regulamentação europeia ⁽¹¹⁾.

Ainda assim, deve ter-se em consideração que, um pouco por toda a Europa, se pôde observar, nos últimos tempos, a abertura à adopção de procedimentos de adjudicação de acesso restrito para contratos de valor abaixo dos limiares de aplicação da regulamentação europeia. O fenómeno justificou mesmo a interrogação sobre se não estaria em curso uma “suspensão do direito de adjudicação” de contratos públicos ⁽¹²⁾. Mas, indiferente a tais tendências proteccionistas (em relação aos contratos abaixo dos limiares comunitários), a jurisprudência europeia confirmou, recentemente, a leitura mais exigente (da Comissão) sobre a incidência do direito da União Europeia em matéria de adjudicação de contratos não abrangidos pelas directivas relativas aos contratos públicos ⁽¹³⁾.

Em alguns casos, igualmente no actual contexto de crise e como um expediente de auxílio à economia e às empresas, surgiram as medidas designadas de *self-cleaning*: trata-se de regulamentações que asseguram aos operadores económicos abrangidos por casos de *impedimento* ou de *proibição de contratar* ⁽¹⁴⁾ a possibilidade de “reaquisição” do direito de participar em procedimentos de contratação pública: para esse efeito,

American” inscrita numa lei de 2009 (*American Recovery and Reinvestment Act*). Sobre as medidas de carácter proteccionista justificadas pela crise, cf. S. HOBE, “Neuer Protektionismus – der Staat in seinen wirtschaftsvölkerechtlichen Bindungen (in Zeiten einer globalen Wirtschaftskrise)”, *Wirtschaft und Verwaltung*, 2010, p. 61 e segs.; S.L. SCHOONER/Ch. R. YUKINS, “Tempering ‘Buy American’ in the Recovery Act – steering clear of a trade war”, *The Government Contractor*, vol. 51, 2009, p. 1 e segs..

¹¹ No contexto norte-americano, desmentindo as supostas vantagens das tendências proteccionistas e de restrição dos mercados da contratação pública, cf. S.L. SCHOONER/Ch. R. YUKINS, “Public procurement: focus on people, value for money and systemic integrity, not protectionism” (disponível em <http://ssrn.com/abstract=1356170>).

¹² Cf. M. THORMANN, “Vergaberecht: in der Krise suspendiert?”, *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 2010, p. 14 e segs.. Na mesma linha, sobre uma re-regulação do direito de adjudicação de contratos públicos, cf. H.-J. PRIESS, “Vergaberechtliche Deregulierung und (Re)-Regulierung in der Wirtschaftskrise”, *Wirtschaft und Verwaltung*, 2010, p. 24 e segs..

¹³ Referimo-nos sobretudo ao Acórdão do Tribunal Geral, *Alemanha c. Comissão*, proc. T-258/06, que recusou a anulação da *Comunicação interpretativa da Comissão sobre o direito comunitário aplicável à adjudicação de contratos não abrangidos pelas directivas comunitárias relativas aos contratos públicos*. Na prática, embora essa não fosse a questão controversa, o Tribunal aproveitou para confirmar que os contratos não abrangidos têm de ser adjudicados através de procedimentos públicos e transparentes, pondo em crise os procedimentos de ajuste directo e de acesso restrito (por convite), baseados no valor do contrato a celebrar.

¹⁴ Cf. artigo 55.º do *Código dos Contratos Públicos (CCP)* e artigo 49.º da *Ley de Contratos del Sector Público (LCSP)*.

deverão demonstrar ter adoptado certas providências de carácter pessoal (v.g., demissão dos responsáveis pelos actos ilícitos que estão na origem do impedimento), organizacional ou de reparação de prejuízos causados a terceiros ⁽¹⁵⁾.

Ainda que não determinadas pela crise, devem assinalar-se, pela importância de que se revestem para a saúde económica e financeira das empresas que contratam com a Administração Pública e para a garantia dos pagamentos, as medidas da Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril (de alteração do CCP), sobre contagem dos prazos de pagamento a efectuar pelos contraentes públicos (em regra, prazo de 30 dias, sendo nula a cláusula contratual que fixe prazo superior a 60 dias), o direito do contraente privado a juros de mora em caso de atrasos no pagamento e a estipulação do efeito da nulidade para as cláusulas contratuais que infrinjam o disposto nessa mesma Lei. Trata-se de uma disciplina que procura pôr fim a um problema crónico da contratação pública em Portugal – os atrasos nos pagamentos –, que se torna ainda mais penoso num tempo em que os operadores económicos se vêem em situação económica difícil ⁽¹⁶⁾.

Num patamar diferente, também a doutrina tem chamado a atenção para a exigência de se adaptarem aspectos da regulamentação geral dos contratos ao tempo de crise: para ilustrar essa orientação, assim deverá suceder, avançam alguns Autores, com o fim da *proibição* (expressa na lei ou imposta por decisões judiciais) *da participação simultânea* de uma empresa em vários agrupamentos concorrentes num mesmo procedimento de adjudicação ⁽¹⁷⁾.

A actual crise económico-financeira provoca abalos profundos na economia, na situação económica dos operadores económicos e, portanto, na situação dos contratantes

¹⁵ Sobre o sentido e a natureza dessas “contra-medidas”, que visam restabelecer a fiabilidade do operador económico, cf. S. ARROWSMITH/H.-J. PRIESS/P. FRITON, “Self-cleaning – an emerging concept in EC public procurement law?”, in H. PÜNDER/H.-J. PRIESS/S. ARROWSMITH, *Self-cleaning in public procurement law*, Köln, Carl Heymanns, 2009, p. 1 e segs..

¹⁶ Na mesma linha, veja-se a *directiva relativa aos atrasos de pagamento nas transacções comerciais*, aprovada na sessão do Parlamento Europeu de 19 de Outubro de 2010. Os considerandos da directiva aludem à necessidade de se adoptar uma “cultura de pagamentos atempados”, adiantando que “as autoridades públicas têm uma responsabilidade especial nesta matéria”.

¹⁷ No sentido da abolição desta proibição, sobretudo quando esteja em causa a participação simultânea de bancos, cf. M. BURGI, “The role of banks in PPP procurement procedures – existence and scope of an unwritten prohibition of «simultaneous participation» after the ECJ’s «Assitur»-Case”, *European Public Private Partnership Law Review*, 2010, 17.

Em Portugal, o artigo 54.º, n.º 2, do CCP, proíbe expressamente os membros de um agrupamento de serem candidatos ou concorrentes ou de integrarem outro agrupamento candidato ou concorrente no mesmo procedimento. Na eventualidade de tal suceder, segue-se a exclusão de todas as candidaturas ou propostas em que o mesmo operador participa. Recorde-se, a propósito, que o TJ (cf. Acórdão de 23/12/2009, proc. C-376/08, *Serrantoni*) já decidiu ser contrária ao direito comunitário a previsão legal de uma causa de *exclusão automática* de consórcios estáveis e de empresas que sejam membros desses mesmos consórcios concorrentes no mesmo procedimento de adjudicação.

(actuais ou potenciais) da Administração Pública. Mas há um outro aspecto, porventura ainda mais crítico, que não pode descurar-se: o *défice dos orçamentos públicos*. Na verdade, este factor, que introduz uma dimensão universal na crise, a atingir não apenas o *Mercado* como também o *Estado*, impõe novas exigências de ponderação e de escrutínio das decisões públicas de efectuar despesas. Disto decorre tantas vezes a anulação ou a revisão de investimentos públicos anunciados, bem como a renegociação de contratos em vigor ⁽¹⁸⁾. O ambiente recessivo generalizado acaba, deste modo, por inviabilizar muitas operações de despesa pública de estímulo à economia e, em muitos casos, tem o efeito de acelerar a degradação da situação económica dos contraentes da Administração Pública.

2 – Sentido e objecto do estudo

O objectivo que orienta o presente texto cifra-se em identificar e analisar algumas dificuldades e outros tantos desafios que a actual crise económico-financeira – que conhece um carácter estrutural e ameaça ter uma longa duração e não se revelar meramente pontual – coloca à função ou tarefa administrativa de *gestão dos contratos públicos*.

Em concreto, o horizonte da análise que se pretende efectuar pode definir-se nos termos que se seguem: estudo sobre a margem de que o contraente público dispõe para adoptar medidas e providências com o propósito de *evitar* ou de *atenuar* o eventual efeito de degradação ou de fragilização da situação económica do contraente privado atingido por circunstâncias associadas à crise económica e financeira geral.

Como a realidade o demonstra todos os dias, a crise pode, na verdade, provocar a degradação ou a fragilização da situação económica do contraente privado, quando se confronta, entre muitas outras, com circunstâncias como as seguintes: contracção geral do mercado e da procura, dificuldades de obtenção de crédito, flutuações das taxas de juros dos empréstimos bancários, revisão ou supressão de linhas de financiamento, eliminação de programas públicos e de linhas de apoio, aumentos da carga fiscal, aumentos inesperados de determinados custos de produção (v.g., custos de transporte, por força do aumento dos preços dos combustíveis e de portagens). Circunstâncias como essas podem, obviamente, abalar o contraente privado, e, em numerosos casos, acabar por envolver o abaixamento do seu desempenho ou da sua *performance* na

¹⁸ Quanto a estes aspectos, cf. D. YARKIN, “Procurement takes center stage”, www.govpro.com.

execução dos contratos públicos e, portanto, colocar a execução do contrato público sob risco.

Já se observou que a análise e propostas que aqui se apresentam se confinam ao âmbito da função administrativa – no plano da gestão ou administração de contratos – e abrangem apenas as medidas, provisões e providências susceptíveis de implementação no *quadro normativo em vigor*.

Assim, precisando melhor o âmbito do estudo, dir-se-á, em primeiro lugar, que o nosso objectivo é o de o colocar no terreno de análise a identificação do naipe de possibilidades ou de soluções *administrativas* que possam remediar ou mitigar certos impactos da crise económica sobre os contratos públicos. As eventuais medidas a considerar situam-se, por conseguinte, a um nível operativo e administrativo – de *gestão e administração do contrato* – e pretendem constituir soluções ou remédios para problemas e dificuldades surgidos num contexto delimitado e preciso, em concreto, no desenvolvimento de uma *relação contratual determinada* e que atingem um *operador económico identificado*.

Adverte-se, todavia, que uma tal abordagem não tem naturalmente o propósito de excluir ou desvalorizar outros arranjos, designadamente de carácter legislativo, que possam e devam ser adoptados, porventura até com maior eficácia, enquanto *remédios* de combate à crise ou de mitigação do seu impacto sobre os contratos públicos.

Assim, para indicarmos soluções legislativas viáveis, vejamos algumas que poderiam revelar-se úteis para facilitar o acesso de operadores económicos à contratação pública:

i) Diminuição do valor das garantias exigidas aos contraentes privados – o *CCP* fixa em 5% do preço contratual o valor da caução a prestar pelo adjudicatário para garantir o cumprimento do contrato, o que, para certos contratos, representa um valor muito elevado, que impõe às empresas significativos custos financeiros;

ii) Adopção de medidas com o objectivo de *favor participationis*, por exemplo, através da transformação em facultativos de alguns dos impedimentos obrigatórios ou proibições de contratar ⁽¹⁹⁾;

¹⁹ O artigo 45.º da Directiva 2004/10/CE distingue causas de exclusão obrigatórias (1) e causas de exclusão facultativas (2): apesar disso, a legislação portuguesa (como a espanhola), além de acrescentar causas não previstas na directiva, institui como obrigatórias todas as causas facultativas de exclusão. A situação é, por exemplo, diferente na Alemanha, onde as causas de exclusão facultativas da directiva são *causas de exclusão discricionária*; cf. H.-J. PRIESS/H. PÜNDE, “Germany”, in H. PÜNDE/H.-J. PRIESS/S. ARROWSMITH, *ob. cit.*, p. 52 e segs.; Th. AX, M. SCHNEIDER, *Auftragsvergabe*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2007, p. 122.

iii) Ainda no último domínio – na linha da jurisprudência firme do Tribunal de Justiça e acompanhando sugestões doutrinárias –, abolição de causas automáticas de exclusão de participação em procedimentos de contratação baseadas em presunções absolutas da existência de *certo tipo de relações de proximidade entre concorrentes* ou de *situações de vantagem anti-concorrenciais*, como parecem ser, respectivamente, os casos das prescrições constantes do artigo 54.º, n.º 2, do e 55.º, alínea j), do CCP ⁽²⁰⁾.

A esse tipo de medidas, outras providências legislativas se poderiam juntar, como: penalizações mais severas e mais eficazes para certas formas de incumprimento dos contraentes públicos; novos esquemas de resolução de litígios contratuais que abolissem o actual modelo, em que o contraente privado tem o pesado e desgastante ónus de impugnar, um por um, cada acto administrativo lesivo que considere ilegal ⁽²¹⁾.

Em segundo lugar, e agora de um outro ponto de vista, o estudo ocupa-se das medidas passíveis de adopção no quadro da *gestão de contratos públicos*, ou seja, de medidas e providências destinadas a operar no interior de uma relação contratual em vigor e que, como veremos, cumprem precisamente o propósito de salvar essa relação – tendo isso em consideração, percebe-se que se exclua das nossas preocupações a análise de medidas que, com uma latitude justificada pela crise económica geral e com base legal, as entidades adjudicantes possam promover em sede *pré-contratual*, como, por exemplo, a fixação de valores inferiores aos que a lei indica para efeitos de determinar o preço anormalmente baixo das propostas dos concorrentes, nos casos em que isso seja possível (*cf.* artigo 71.º, n.º 1, do CCP) ou, porventura, a consideração mais generosa dos esclarecimentos justificativos dos concorrentes sobre a apresentação de preços anormalmente baixos (aspectos que, evidentemente, têm de ser sopesados em face do perigo, que a crise aumenta, de apresentação de “propostas desesperadas” de operadores económicos para os quais a adjudicação pode ser a diferença entre a sobrevivência ou o desaparecimento).

²⁰ Como se adiantou no texto, o Tribunal de Justiça tem sido firme a reprovar a previsão de causas automáticas de exclusão de concorrentes, pelo facto de existir entre eles relações de proximidade (de domínio ou de associação): *cf.*, nessa linha, Acórdãos de 19/5/2009 (proc. C-538/07: *Assitur*) e de 23/12/2009 (proc. C-376/08, *Serrantoni*); a censura estende-se igualmente às causas de exclusão automática baseadas em presunções absoluta e inilidíveis de situações de vantagem dos concorrentes: neste sentido, *cf.* Acórdãos de 3/3/2005 (proc. C-21/03: *Fabricom*) e de 16/12/2008 (proc. C-213/07: *Michaniki*),

²¹ Uma possibilidade consistiria em instituir a via da “impugnação unitária” de todos os actos administrativos praticados pelo contraente público até ao esgotamento de um prazo contado a partir da extinção do contrato. Esta alternativa, que se deveria configurar como facultativa, permitiria evitar o desgaste que representa para o contraente privado o ónus de impugnar, um a um, cada acto administrativo do contraente público e deslocar a litigância judicial entre as partes para momento posterior à extinção da relação contratual.

Além disso, ter-se-ão presentes e considerar-se-ão apenas medidas, providências e soluções que se possam adoptar no quadro da legislação em vigor – isto sem prejuízo de, em certos casos, os dispositivos legais que legitimam as medidas terem de se interpretar à luz de circunstâncias particulares, como as que se relacionam com o impacto específico da crise económica geral sobre o co-contratante da Administração Pública.

3 – Gestão ou administração de contratos públicos

Antes de se estudar o quadro de possibilidades para adopção de medidas de *reação* aos efeitos negativos que a crise económica geral pode ter sobre a situação específica de cada contraente da Administração Pública, importa conhecer em termos um pouco mais pormenorizados, o recorte do conceito, as características e a natureza da função ou tarefa de gestão ou administração de contratos públicos (*contract administration; contract management*). Com efeito, é no desenvolvimento desta mesma tarefa que nos interessa perceber a margem de manobra de que dispõe o contraente público para salvar uma relação contratual ameaçada pelos efeitos da crise.

a) Delimitação do conceito

Sem ignorar a relevância que, tradicionalmente, a doutrina europeia confere ao capítulo da *execução dos contratos públicos* ⁽²²⁾, talvez se deva reconhecer que, também na Europa, se apresenta em grande medida válida a ideia segundo a qual, nesta matéria, há uma focagem preferencial da dogmática e mesmo da opinião pública nos temas jurídicos relacionados com a *formação do contrato*. Deste modo de ver resulta, de ceera forma, a desvalorização ou secundarização de toda a problemática atinente à execução e ao cumprimento do contrato público ⁽²³⁾.

Ora, o conceito de *administração* ou de *gestão de contratos públicos* – que se colhe no direito norte-americano dos *government contracts* – reporta-se exactamente à

²² Como se sabe, neste domínio, a dogmática europeia ocupa-se sobretudo das “especificidades exorbitantes” do contrato administrativo. Para ilustrar esse enfoque tradicional, atente-se à conexão automática que a doutrina estabelece entre *execução do contrato público pela entidade pública* e prerrogativas, privilégios ou poderes exorbitantes; nesta linha, *cf.*, a título meramente exemplificativo, S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, Paris, Le Moniteur, 2009, p. 439 e segs.; F. LICHÈRE, *Droit des contrats publics*, Dalloz, Paris, 2005, p. 87 e segs..

²³ Em termos críticos a propósito dessa mesma tendência no direito norte-americano dos contratos públicos, *cf.* Ch. TIEFER/W.A. SHOOK, *Government contract law*, North Carolina, Carolina Academic Press, 2004, p. 227 e segs.; Ph. J. COOPER, *Governing by contract: challenges and opportunities for public managers*, Washington DC, CQ Press, 2003, p. 92.

fase posterior à formação (e à celebração) do contrato, quer dizer, ao desenvolvimento da relação jurídica emergente de um contrato público. O referido conceito alude, na verdade, às responsabilidades e às relações que se desenrolam no seio de uma relação contratual, e agrega, desde logo, todas as providências adoptadas pelo contraente público e o esforço por este despendido no sentido de *assegurar o cumprimento pontual* dos contratos celebrados ⁽²⁴⁾. Assim se percebe que a gestão de contratos públicos constitua uma missão complexa e multifacetada que abrange, além do mais, acções e medidas de *acompanhamento*, de *supervisão* e de *fiscalização* da execução do contrato público, bem como a tomada de decisões de cariz muito variado, que têm em comum o desencadeamento directo de efeitos no desenvolvimento de uma relação contratual.

Em Portugal, como em muitos outros ordenamentos europeus, o tema da gestão ou administração dos contratos públicos, ainda que abordado sem essa designação, não se encontra naturalmente excluído das preocupações da doutrina, nem tão-pouco da legislação. Todavia, nessa matéria, a perspectiva comum e corrente tem privilegiado o estudo e a análise da desigualdade interna do contrato público (quando administrativo) e, nesse âmbito, tem-se ocupado sobretudo com a tarefa de compreender e analisar as *prerrogativas* do contraente público na “conformação da relação contratual” (*cf.*, neste âmbito, o destaque conferido na lei à conformação da relação contratual e aos poderes do contraente público: artigo 302.º e seguintes do CCP).

Esse ângulo de abordagem da fase de execução do contrato – preocupado em sublinhar a *adaptabilidade do contrato* em função de exigências de actualização impostas pelo interesse público – acaba por relegar para plano secundário a teorização das responsabilidades do contraente público no domínio da *garantia do cumprimento pontual e integral do contrato pelo contraente privado*. Ora, este é rigorosamente o ponto colocado em destaque pela ideia de administração ou gestão dos contratos públicos segundo uma visão norte-americana; e é esse o entendimento do fenómeno que aqui vamos adoptar. Quer dizer, neste estudo, a ideia de gestão do contrato público começa por nos remeter para a responsabilidade ou incumbência específica que recai sobre o contraente público de, em nome do interesse público, assegurar o cumprimento das obrigações contratuais por parte do contraente privado. *Hoc sensu*, a administração

²⁴ *Cf.* S. J. KELMAN, “Achieving contracting goals and recognizing public law concerns”, in J. FREEMAN/M. MINOW, *Government by contract (outsourcing and American democracy)*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 153 e segs. (171 e segs.); J. CIBINIC JR./R.C. NASH, JR./ J.F. NAGLE, *Administration of government contracts*, Washington D.C., Wolters Kluwer, 2006, p. 1 e segs..

ou gestão do contrato público reporta-se a um imperativo de *protecção do contrato* e de tudo quanto nele se estabelece.

Considerando o ambiente de crise económica generalizada e o impacto que esta pode ter sobre a situação económica dos contraentes da Administração Pública, interessa primordialmente chamar a atenção, no presente estudo, para uma atitude de gestão dos contratos públicos que observe uma exigência de *previsão* e até de *antecipação* de dificuldades de execução do contrato que podem atingir o contraente privado. Afigura-se, por conseguinte, adequado sustentar o imperativo de um acompanhamento público atento da execução contratual, de modo a que o contraente público se coloque em posição de perceber os sinais que possam denunciar incumprimentos futuros ou, ainda numa fase embrionária, que consubstanciem já desvios ou formas iniciais de incumprimento das obrigações contratuais.

As observações anteriores permitem perceber que a visão aqui preconizada assenta na ideia segundo a qual a gestão de contratos públicos não deve limitar-se a referenciar a dimensão de autoridade e de desigualdade presentes no regime de certos contratos públicos. O conceito abrange outras facetas ou momentos do *dever ser* da intervenção do contraente público, destacando-se desde logo o *acompanhamento da relação contratual*, orientado numa perspectiva *profilática* ou *preventiva*, no sentido de evitar ou prevenir eventos de incumprimento por parte do contraente privado. Neste contexto, anuncia-se imediatamente uma outra dimensão, fundamental, no entendimento da gestão dos contratos públicos, com o objectivo precípua da *protecção do contrato* e, como medida instrumental, de protecção do contraente privado que se vê confrontado com uma situação difícil: trata-se, agora, de incluir ainda no âmbito da gestão de contratos públicos a adopção de medidas, já não preventivas ou profiláticas, mas reactivas, com carácter *ex post*, que cumprem o propósito de *remediar* certas situações disfuncionais.

b) A gestão de contratos públicos como tarefa administrativa

Numa fórmula simbólica – alusiva à vivência norte-americana, mas que acaba por retratar igualmente a situação no velho continente –, afirma-se que o corpo de particulares contratados pela Administração constitui hoje o verdadeiro “quarto poder” ⁽²⁵⁾. Ora, esta utilização do *contrato com entidades particulares* nos mais variados domínios da

²⁵ Cf. P.R. VERKUIL, *Outsourcing sovereignty*, New York, Cambridge University Press, 2007, p. 3.

intervenção administrativa, que tem crescido exponencialmente e que coloca o contrato como o primeiro mecanismo da acção administrativa ⁽²⁶⁾, associa-se e envolve a transformação profunda dos mecanismos de funcionamento e até das competências da Administração Pública ⁽²⁷⁾: de prestadora de serviços, aquela converte-se em contratante de prestadores de serviços e em gestora desses contratos ⁽²⁸⁾; como se tem observado, as *skills* para produzir programas informáticos ou para prestar serviços de saúde não são os mesmos que se exigem para administrar os contratos com quem se encarrega de produzir aqueles programas ou de prestar estes serviços ⁽²⁹⁾.

Neste novo contexto, percebe-se que se pugne por uma competente e empenhada gestão dos contratos públicos, já na fase operativa, de execução; sem isso, deixando o contraente privado entregue a si mesmo ou a mecanismos informais e privados de acompanhamento, é realmente sério o risco de se perderem os benefícios e toda a *public value* de um originário “bom contrato”. A Administração Pública tem, pois, o dever de não “dormir na forma” (*asleep at the switch* ⁽³⁰⁾) e de se esforçar por adquirir competências de gestão de contratos e de, em cada caso, desenvolver uma competente administração dos contratos que subscreve.

A gestão de contratos, o *management* das alianças com os parceiros privados, impõe-se naturalmente como uma dimensão caracterizadora da Administração Pública contemporânea e como um aspecto crescentemente relevante da gestão pública ⁽³¹⁾. Exige-se, pois, compreender aquela como uma “tarefa” ou “missão administrativa” que, já o vimos, tem o propósito de garantir ou assegurar o cumprimento do contrato pelo contraente privado, num quadro em que o objectivo último perseguido consiste na defesa ou a protecção do próprio contrato. *Hoc sensu* e como já se antecipou, a gestão de contratos públicos não passa apenas por diligências de *contract oversight*, mas

²⁶ Cf. J. FREEMAN/M. MINOW, “Reframing the outsourcing debates”, in J. FREEMAN/M. MINOW, *ob. cit.*, p. 7.

²⁷ Chamando a atenção para estes aspectos, e, em particular, para o facto de a Administração Pública se tornar cada vez mais dependente dos seus contratantes, cf. S. J. KELMAN, “Remaking federal procurement”, *Public Contract Law Journal*, vol. 31, n.º 4, 2002, p. 581 e segs.; J. FORRER/J. E. KEE, “Public servants as contract managers”, *Public Contract Law Journal*, vol. 33, n.º 2, 2004, p. 361 e segs.; D. F. KETTL, “Governance, contract management and public management”, in S. P. Osborne, *The new public governance? – Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, Londres, Routledge, 2009, 239 e segs.; no sentido de valorização das competências do pessoal da Administração encarregada das aquisições e da gestão de contratos, cf. S. R. ECONOM, “Confronting the looming crisis in the federal acquisition force”, *Public Contract Law Journal*, vol. 35, n.º 2, 2006, p. 172 e segs..

²⁸ KETTL, *ob. cit.*, p. 246.

²⁹ KELMAN, *ob. cit.*, p. 581.

³⁰ KELMAN, “Achieving contracting goals”, *cit.*, p. 171.

³¹ Neste sentido, cf. COOPER, *ob. cit.*, p. 101.

igualmente por decisões e medidas, de variado recorte, adoptadas pelo contraente público em vista da prossecução de interesses públicos.

Independentemente do conteúdo específico das medidas adoptadas no âmbito da actividade de gestão de contratos públicos, interessa agora destacar o carácter “público” e “administrativo” da tarefa ou actividade em cujo desenvolvimento as medidas são adoptadas. Na verdade, a missão de *management of contract relationship* constitui uma fundamental responsabilidade ou incumbência de uma Administração Pública que actua e promove um sistema de “administração por contrato” ⁽³²⁾. Uma eventual renúncia à gestão competente dos contratos públicos representaria, em certos sectores próprios da intervenção administrativa, o abandono ou a retirada da Administração. Neste sentido, a gestão de contratos públicos acaba por se revelar um instrumento fundamental de um sistema administrativo que tem o dever institucional de *garantir* a produção de certos resultados, ainda que os possa alcançar através de terceiros (contraentes privados).

c) Prerrogativas públicas na gestão dos contratos públicos

Recusa-se aqui uma correspondência exacta entre gestão de contratos públicos e prerrogativas públicas, desde logo porque, em certas vertentes, a tarefa de gestão de contratos públicos pressupõe uma ideia de *dever*, de *incumbência* e de *responsabilidade*, alheia a toda e qualquer conotação com o tópico do poder ou da prerrogativa.

Sem prejuízo disso, é porém manifesto que, em numerosos casos, a lei confia certas prerrogativas aos contraentes públicos enquanto actuem nesta qualidade no âmbito da administração de contratos.

Ora, importa ter presente que a exorbitância de certos poderes da Administração contraente se mostra coerente com a natureza administrativa da tarefa de gestão de contratos públicos. Com efeito, em muitos sistemas jurídicos, para a tarefa de gestão

³² O crescimento da “administração por contrato” é o resultado de um processo complexo, que se desenvolve por impulsos de natureza muito diferente. Para esse resultado contribuem, entre outros: *i*) o “*downsizing*” da Administração, com a conseqüente substituição do fazer por comprar (contratar); *ii*) a quebra do mito da incompatibilidade entre contrato e autoridade, com a conseqüente admissibilidade dos contratos sobre os poderes públicos; *iii*) a adopção, no quadro das políticas de Nova Gestão Pública, do esquema do contrato no plano de relações que se processam no interior da Administração. Em geral, sobre a “administração por contrato”, cf. M. FREEDLAND, “Government by contract and public law”, *Public Law*, 1994, p. 86 e segs.; FREEMAN/MINOW, *ob. cit.*; H. COLLINS, *Regulating contracts*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 303 e segs.; D. GUTTMAN, “Governance by contract: constitutional visions; time for reflection and choice”, *Public Contract Law Journal*, vol. 33, n.º 2 (2004), p. 321 e segs.; J.-B. AUBY, “Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere”, *Public Law*, 2007, p. 40 e segs.; J.-P. GAUDIN, *Gouverner par contrat*, Paris, Presses de Sciences Po, 2007.

dos contratos públicos (por vezes apenas de uma parte deles), a lei entrega ao contraente público um conjunto, mais ou menos extenso, de *poderes ou de prerrogativas de autoridade*: assim sucede no direito português, quanto aos contratos administrativos, no âmbito dos designados poderes de conformação da relação contratual (artigo 302.º do CCP). Em geral, a atribuição desses poderes ao contraente público, constituindo uma marca distintiva do regime substantivo dos contratos administrativos, representa a resposta da lei a uma exigência de tutela de dois recortes ou dimensões do interesse público: por um lado, o *interesse de actualização do contrato*, que se consubstancia num regime que assegure a permanente adequação do contrato que vincula um Poder Público às exigências de cada momento; por outro lado, o *interesse em assegurar o cumprimento do contrato*, o qual reclama uma disciplina que garanta a possibilidade de uma reacção oportuna e eficaz do contraente público em face do eventual incumprimento, ou ameaça de incumprimento, do contraente privado.

A realização dessa dupla dimensão do interesse público determinou a construção de um regime da relação contratual administrativa marcado pela *desigualdade* entre as partes, pressupondo encontrar-se uma delas em posição de, *autoritariamente*, impor certos tipos de modificação do contrato, ou até determinar a resolução do mesmo; além disso, o contraente público dispõe dos poderes de direcção, de fiscalização e de aplicação de sanções contratuais; em todos estes casos, goza de uma *capacidade para praticar actos administrativos*, dotados de executividade. A isso deve ainda acrescentar-se que, no direito português, o contraente público dispõe do poder de impor coercivamente o cumprimento de obrigações determinadas por alguns desses actos (sequestro, resgate e resolução). Por outro lado, em termos porventura surpreendentes, aquele detém o poder de, igualmente por via coactiva, impor o cumprimento das próprias obrigações contratuais; dispõe também do direito potestativo de, em certas condições, executar a caução que o contraente privado teve de prestar para garantir o cumprimento pontual do contrato.

O regime substantivo do contrato público com natureza jurídica administrativa denota, assim, uma preocupação muito centrada em equipar o contraente público, por um lado, com poderes conformativos e, por outro, com poderes de *reacção musculada* em face do incumprimento. A ideia subjacente a este modelo coincide, pois, com a compreensão da *gestão do contrato* como “missão administrativa”, consubstanciada em “regular uma relação jurídica”. É precisamente esta compreensão da gestão do contrato

como tarefa ou missão administrativa que permite perceber – e, mais do que isso, legitimar – a desigualdade contratual e os poderes de autoridade do contraente público.

A previsão destes poderes explica-se também segundo a lógica de que o contraente privado *colabora* com uma entidade da Administração na realização de interesses públicos e de que o contrato engendra uma *relação especial de poder* em que o primeiro – *agente* – se submete à supremacia jurídica da segunda – *principal*. Os poderes e prerrogativas do contraente público encontram, assim, justificação no facto de o parceiro privado, ao aceitar colaborar na realização do interesse público, se colocar, pelo menos num plano funcional, numa *situação estatutária* ⁽³³⁾. Como tem sido já observado, com o objectivo de captar a reconhecida ambivalência interna da figura, o designado *contrato administrativo de colaboração* ⁽³⁴⁾ conjuga e compreende duas lógicas: a “lógica do contrato” e a “lógica da função” ⁽³⁵⁾.

A acentuação da ideia de colaboração inerente a numerosos contratos públicos (sobretudo de longa duração) comporta consequências que importa ter presentes.

Assim, essa ênfase no nexo de *colaboração – colaboração do agente para com o principal* – surge tão sublinhada que quase envolve a perda da referência segundo a qual a colaboração, no âmbito de um contrato, apresenta um carácter biunívoco ⁽³⁶⁾. Pois bem, recuperando precisamente essa ideia, cumpre acentuar que a compreensão do contrato público, mesmo quando segue o modelo do *contrato de colaboração*, não deve, nem pode reduzi-lo a um instituto que acentua o item da colaboração exclusivamente do lado do contraente privado e que limita o papel do contraente público ao *dever de pagar o preço de uma colaboração solicitada*. Na verdade, o contrato – sobretudo na configuração que aqui se considera (*contrato relacional* ⁽³⁷⁾) – representa bem mais do que a mera formalização jurídica de uma *troca* ou de um mero *contacto* entre quem realiza uma prestação e quem paga: está na origem de uma relação duradoura; por outro

³³ Sobre a relação entre os conceitos de contrato e de *status*, cf. E. ROPPO, *O Contrato* (tradução de *Il Contratto*), Coimbra, Almedina, 2009, pp. 26 e 347.

³⁴ Sobre o conceito de *contrato administrativo de colaboração*, cf. J.M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 420 e segs., que reconduz a essa categoria os contratos pelos quais uma das partes se obriga a proporcionar à outra uma colaboração temporária no desempenho de atribuições administrativas, mediante remuneração.

³⁵ Sobre esta dupla lógica do contrato administrativo, cf. E. B. LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milão, Giuffrè, 1996, pp. 64 e segs. e 157 e segs..

³⁶ Sobre o dever de colaboração e de cooperação do contraente público para com o contraente privado no direito norte-americano, cf. J.W. WHELAN/J.F. NAGLE, *Federal government contracts*, New York, Foundation Press, 2007, p. 508 e segs.; CIBINIC/NASH/NAGLE, *ob. cit.*, p. 3.

³⁷ Sobre o conceito de *contrato relacional* (que institui uma relação duradoura entre as partes) e a distinção em relação ao conceito de *contrato discreto (ou transaccional)*, cf. COLLINS, *ob. cit.*, p. 140 e segs..

lado, também se deve acentuar que nele se baseia uma “colaboração *recíproca* entre as partes” e que, sem prejuízo do poder de exigir o cumprimento do contrato, o contraente público surge também como destinatário de um “duty to cooperate with the contractor in the performance of the work”⁽³⁸⁾.

d) A questão da delegação da função de gestão de contratos públicos

Como se observou já, a atenção que se vem dispensando, no plano dogmático, às tarefas de gestão de contratos públicos surge como uma implicação natural da forte expansão do fenómeno da “administração por contrato” e, nesse contexto, associa-se a uma recolocação da Administração Pública no novo mapa das tarefas públicas: hoje, em numerosos sectores de clássica intervenção pública e no quadro do *Estado Administrativo de Garantia*, administrar constitui, em larga medida, uma actividade consistente em gerir redes de contratos e em assegurar ou garantir que os parceiros privados cumprem as obrigações assumidas (*responsabilidade de garantia*)⁽³⁹⁾. Compreende-se, deste modo, a pretensão de evitar o *outsourcing* de tal actividade e de a conservar na esfera da Administração Pública, bem como o objectivo de dotar as estruturas e os agentes administrativos de competências técnicas e de *know-how* nos domínios de gestão de contratos⁽⁴⁰⁾.

Com efeito, preconizam muitos sectores da doutrina que, pela importância hoje assumida pelos contratos públicos, a tarefa de gestão ou administração de contratos se deve considerar uma *função estratégica da Administração*, no quadro de uma visão delineada pelas teses do *New Public Management*⁽⁴¹⁾. Enfatizando essa dimensão estratégica e nuclear da função de que nos ocupamos, não falta quem se revele crítico dos processos de “contratação da gestão de contratos públicos”, associados à delegação em terceiros da função de gestão e de fiscalização de contratos⁽⁴²⁾. Afirma-se que um tal fenómeno, além de pôr em causa a “privity of contract” e o relacionamento directo entre contraente público (*principal*) e contraente privado (*agente*), anula todas as vantagens que poderiam advir de uma gestão directa do contrato pela Administração Pública e coloca esta na “ridícula situação” de ter de lidar com complexas cascatas de contratos

³⁸ Cf. CIBINIC/NASH/NAGLE, *ob. cit.*, p. 3.

³⁹ Sobre a ligação entre *contrato* e *Estado de Garantia*, cf. o nosso texto intitulado “Estado de Garantia e Mercado”, em vias de publicação (em *Actas dos Encontros de Professores de Direito Público*).

⁴⁰ Cf. ECONOM, *ob. cit.* p. 172.

⁴¹ Cf. FORRER/KEE, *ob. cit.*, p. 363 e segs..

⁴² O artigo 305.º, n.º 4, do CCP autoriza os contraentes públicos a delegar a fiscalização de contratos em comissões de acompanhamento ou em entidade públicas ou privadas especializadas.

(“never-ending series of contract overseers overseeing other overseers”) ⁽⁴³⁾. Acrescenta-se, por outro lado, que a delegação da gestão de contratos acentua, de forma aliás dramática, a distância da Administração em relação aos resultados por cuja produção é responsável, bem como a sua dependência técnica e substancial de contratantes privados, criando um perigoso desequilíbrio entre *principal e agente* ⁽⁴⁴⁾.

Em plano diferente da delegação de funções de gestão de contratos públicos situa-se uma realidade jurídica que, em certos termos, acaba por ter um efeito próximo daquela, na medida em que afasta o contraente público do contacto directo e imediato com os agentes responsáveis pela *execução* da actividade contratada: referimo-nos ao fenómeno associado à *subcontratação* desenvolvida pelo contraente privado (parte do contrato público), desde logo em situações em que esse contraente não dispõe de habilitações para executar o contrato que subscreveu. Contudo, quer ao nível do direito da União Europeia, quer no plano do direito português, esse efeito é fomentado pelo instituto do *aproveitamento da capacidade de terceiros*, que permite a um operador económico ser parte de um contrato público quando, abertamente, não dispõe de *capacidade técnica* para assegurar a respectiva execução ⁽⁴⁵⁾. Quer isto dizer que, a final, a produção efectiva dos resultados procurados pela Administração pode não caber aos contratos públicos subscritos com esse preciso intuito. Em vez disso, tais resultados são alcançados por intermédio de *contratos privados*, celebrados entre, por um lado, o contraente da Administração, o contraente privado – que, verdadeiramente, pode ser uma *entidade quase vazia* das capacidades que a execução do contrato requer – e, por outro lado, *terceiras entidades*, sem qualquer contacto imediato com a Administração mas com as capacidades técnicas ou financeiras requeridas.

4 – Gestão de contratos públicos no cenário de situação económica difícil do contraente privado

Vimos que a gestão de contratos se traduz sobretudo no acompanhamento e na fiscalização do desenvolvimento da actividade contratada, com o objectivo primário de garantir o cumprimento do disposto no contrato e, portanto, de proteger o contrato.

⁴³ Cf. T. L. BRAZIEL, “Contracting out contracting”, *Public Contract Law Journal*, vol. 38, n.º 4, 2009, p. 857 e segs. (882).

⁴⁴ Cf. KETTL, *ob. cit.*, p. 249; VERKUIL, *ob. cit.*, p. 6.

⁴⁵ O aproveitamento da capacidade de terceiras entidades também vale quanto ao preenchimento dos requisitos de capacidade financeira: todavia, neste caso, não se verificam similares implicações no capítulo da execução do contrato por subcontratados.

Em vista da realização desse objectivo, o contraente público deve conhecer, em cada momento, a situação económica do contraente privado, de modo a, com base nesse conhecimento, poder antecipar a degradação ou fragilização da situação económica do seu contratante. Mas, claro, pode também suceder que, por défice de acompanhamento ou por qualquer outra razão, o contraente público se veja surpreendido com o facto de o seu contratante estar já confrontado com uma situação grave de dificuldade económica.

Acima, houve oportunidade de aludir ao tópico segundo o qual, sobretudo enquanto *contrato relacional*, o contrato público se dever conceber como o suporte jurídico de uma *colaboração recíproca* entre as partes. Pois bem, este mesmo enfoque revela-se oportuno para se alcançar logo um certo sentido da adopção – no quadro da gestão dos contratos públicos – de *medidas de reacção* do contraente público diante do facto de, na vigência da relação contratual, o contraente privado se vir a defrontar com uma situação de dificuldade económica.

Percebe-se, pois, que o propósito que nos orienta consista, agora, em chamar a atenção para uma faceta menos considerada e menos estudada da gestão de contratos públicos: a implementação, pelo contraente público, no quadro da gestão de contratos, de *medidas de colaboração, de auxílio ou de assistência* ao contraente privado.

Nas linhas que se seguem, procura-se compreender a possibilidade desta forma de colaboração, bem como a respectiva leitura à luz das exigências da prossecução do interesse público que norteia o desenvolvimento de toda a actividade administrativa.

a) Colaboração prestada pelo contraente público ao contraente privado

Embora se possa considerar supérflua ou deslocada a referência, afigura-se-nos dever sublinhar que o primeiro vector da colaboração do contraente público com o contraente privado se consubstancia no cumprimento do contrato, o que, em regra, passa pela **implementação de uma cultura de pagamentos atempados**. Aliás, como se sabe, o incumprimento da obrigação de proceder ao pagamento nos termos definidos no contrato constitui um dos factores que pode acelerar ou contribuir decisivamente para o processo de degradação da situação do contraente privado.

Mas, já se percebe, o sentido da colaboração a que aqui se alude não se reporta ao cumprimento, pelo contraente público, do dever de observar as obrigações contratuais que assumiu. Em vez disso, em causa está a alusão a formas de *auxílio* ou de *assistência* ao contraente privado em dificuldades actuais ou iminentes.

Embora num contexto circunscrito, o artigo 291.º do *CCP* acolhe um princípio de “protecção do co-contratante pelo contraente público”. A previsão legal refere-se a um cenário em que a situação jurídico-contratual do contraente privado se vê ameaçada ou perturbada pela acção de terceiros – a acção destes provoca a impossibilidade ou a grave dificuldade da boa execução do contrato pelo contraente privado ou da obtenção das receitas a que tenha direito. Na hipótese de uma tal situação se verificar, a lei estabelece que o contraente público “*deve exercer as respectivas competências de autoridade a fim de reprimir ou prevenir a violação*”. Como se deduz da parte final do preceito, a intervenção do contraente público cumpre, nesta hipótese, o objectivo fundamental de proteger os interesses económicos do contraente privado e, em concreto, o seu direito à obtenção de uma determinada receita. Nestes termos, e de forma aliás bastante expressiva, a disposição consagra um sentido menos divulgado da ideia de colaboração na dogmática dos contratos públicos: *a colaboração do contraente público com o contraente privado*.

Ora, é precisamente essa direcção ou sentido da colaboração que se pode afigurar oportuno pôr em prática em determinados casos em que o contraente privado se veja confrontado com graves dificuldades económicas.

A ideia de colaboração subjacente ao presente escrito, associada aos tópicos de assistência ou de auxílio do contraente público, remete-nos, pois, para a compreensão da relação contratual pública iluminada também por uma lógica de *cooperação* e de *solidariedade* e não apenas de *antagonismo* ou de *divergência (adversarial)* ⁽⁴⁶⁾.

Apesar de, como qualquer contraente, o contraente público se poder ver onerado com obrigações de colaboração ou de cooperação (não escritas) cujo cumprimento é imposto pelo princípio da boa fé ⁽⁴⁷⁾, não se afigura (pelo menos em regra) juridicamente viável reconduzir a adopção de medidas de apoio e de auxílio do

⁴⁶ O contrato público insere-se e promove um contexto relacional marcado pelo antagonismo e pela divergência de interesses, uma vez que o contraente público procura maximizar a *performance* e a produtividade do contraente privado dentro do preço convencionado e este procura maximizar os seus proveitos desenvolvendo o mínimo trabalho aceitável ou tentando aumentar o preço da sua prestação; *cf.* CIBINIC/NASH/NAGLE, *ob. cit.*, p. 3. Imbuída neste ambiente “adversarial”, a atitude de cooperação e de ajuda recíproca entre os contraentes corresponde, pelo menos, a um imperativo ético.

⁴⁷ No direito norte-americano, certos tipos de incumprimento do dever de cooperação do contraente público, de “breach of the duty of cooperation” – *v.g.*, indeferimento de pedidos razoáveis do contraente privado ou ausência de protecção deste contra as interferências de terceiros –, consideram-se formas de “modificação construtiva”, ou seja, condutas que, apesar de não constituírem modificações contratuais formalmente estabelecidas, comportam consequências similares a estas, designadamente implicando os ajustamentos necessários à reposição do equilíbrio financeiro do contrato; podem resultar de *acções* ou de *omissões* do contraente público; *cf.* R. C. NASH, JR./S. W. FELDMAN, *Government contract changes*, 1, Danvers, Thomson West, 2007, p. 438 e segs.; em geral, sobre as “constructive changes”, *idem, ibidem*, p. 310 e segs..

contraente privado a um qualquer imperativo jurídico de cooperação ou de colaboração. Quer dizer, aceita-se que o contraente público não se encontra onerado com um específico “*dever*” *jurídico de solidariedade* ou de *cooperação* efectivado através da prestação de auxílio e de assistência ao seu contratante em dificuldades económicas.

Sem prejuízo do que vem sendo dito, afigura-se que, em certas *circunstâncias*, verificados certos *requisitos* e observados certos *limites*, ao contraente público tem pelo menos de se reconhecer a “*faculdade*” ou o “*poder*” *de prestar auxílio ou assistência* ao contraente privado através de medidas adequadas para o efeito.

A crise e a situação económica difícil do contraente privado podem, exactamente, constituir *circunstâncias* (ou *pressupostos*) que *justificam* e *legitimam* medidas e providências de auxílio cuja admissibilidade pode questionar-se em tempos de normalidade. Em todo o caso, insiste-se, as respostas possíveis do contraente público no quadro da gestão de contratos em crise equacionam-se aqui sobretudo na perspectiva de um *poder* ou *faculdade* – e não tanto não na do *dever jurídico* – de implementar medidas de auxílio e de assistência do contraente privado em dificuldades. Trata-se, em qualquer caso, de uma leitura e análise situadas num plano jurídico, ainda que não sob o ângulo do *dever*, mas antes sob a perspectiva do *poder*.

b) Protecção do interesse público

O enfoque conferido ao *poder* ou *faculdade* do contraente público de adoptar medidas de auxílio ou de assistência do contraente privado não pretende naturalmente sugerir a (falsa) ideia de que se desconsideram ou desvalorizam várias determinantes de interesse público que norteiam a actuação de um tal *poder*.

Com efeito, sem ignorar, neste âmbito, o relevo de um radical ético, ínsito na ideia de solidariedade entre as partes de uma *aliança* (o contrato), o essencial da argumentação favorável ao reconhecimento do poder ou faculdade de adoptar medidas públicas de auxílio ao contraente privado baseia-se na premissa segundo a qual a respectiva adopção tem de representar não só uma solução *compatível* com fundamentais exigências de interesse público, como, mais relevante, pode constituir, em si mesma, um instrumento *desejável* no quadro da realização de interesses públicos.

Em primeiro lugar, importa perspectivar as medidas de auxílio e de assistência do contraente privado como soluções igualmente ditadas pelo fim da defesa do interesse público, aqui numa vertente de *defesa ou de protecção do contrato*. Não se suscitam decerto dúvidas sobre os efeitos prejudiciais, também para os interesses protagonizados

pelo contraente público, que advêm do facto de se abater uma situação de crise económica sobre o contraente privado: o abaixamento da *performance*, a instalação de um clima de desconfiança na fiabilidade do contraente e o aparecimento de falhas sistemáticas na execução contratual são alguns desses prejuízos; por outro lado, em fase mais avançada, a mesma situação de crise, se não prevenida ou não combatida em tempo, acabará por impor uma extinção prematura do contrato, circunstância que contribui para agudizar os custos que agora decorrem do processo de desmontagem da relação contratual, de descontinuação da actividade e de “reprocura”⁽⁴⁸⁾. Nalguns casos, a morte do contrato pode comportar custos sociais (v.g., desemprego, anulação de investimentos produtivos, abandono ou desactivação de factores de produção). Evitar todos estes pesados custos e prejuízos através de providências adoptadas no momento certo, a um custo relativamente baixo, revela-se uma solução de protecção e de defesa do interesse público e pode mesmo representar uma forma de *boa governação pública* fomentada ou estimulada pela crise⁽⁴⁹⁾. Esta é a premissa em que assenta a doutrina que aqui se preconiza e que funciona como um teste à validade das soluções adoptadas: as medidas de auxílio e de assistência do contraente privado cumprem o *objectivo primordial* de evitar prejuízos ou danos para o interesse público.

Em segundo lugar, uma condição imprescindível para a implementação de quaisquer *remédios de auxílio* ao contraente privado cifra-se na exigência de prova de que tais remédios – além de úteis e adequados para combater a situação de crise com que aquele se defronta – não envolvem um ónus desproporcionado para o contraente público ou um desequilíbrio económico desrazoável do contrato em favor do contraente privado e em desfavor daquele. Apesar de estes serem aspectos sobretudo relacionados com os requisitos e os limites das medidas (cf. *infra*), importa referi-los desde já, para tornar clara uma exigência de compatibilidade das medidas de auxílio com o interesse público.

⁴⁸ Por força da natureza das coisas, os custos da “reprocura” não podem ser recuperados através da indemnização paga pelo contraente privado; veja-se, contudo, que o CCP alude aos “prejuízos decorrentes da adopção de novo procedimento de formação do contrato” a respeito do direito de indemnização do contraente público em caso de resolução sancionatória: cf. artigo 333.º, n.º 2. No direito norte-americano, sobre a compensação dos custos do *reprocurement*, cf. TIEFER/SHOOK, *ob. cit.*, p. 557 e segs..

⁴⁹ Referindo-se à crise económica como uma oportunidade e um estímulo à adopção de práticas de *good governance*, cf. SCHOONER/YUKINS, “Public procurement”, *cit.*, p. 89. Nessa mesma linha, cf. YARKIN, *ob. cit.*, p. 25, embora pondo o acento tónico na ideia de que a crise, ao impor maior ponderação e exigência nas decisões públicas de efectuar despesas, induz “good procurement practices”. A referência reporta-se, pois, sobretudo à boa governação das práticas públicas pré-contratuais.

Em síntese, a protecção do interesse público – que, naturalmente, deve orientar a gestão dos contratos públicos enquanto tarefa administrativa – conhece, neste contexto, uma projecção no tópico da defesa ou da protecção do próprio contrato.

Tendo isto presente, talvez se possa concluir agora que, afinal, a colaboração prestada pelo contraente público não pode radicar apenas, nem talvez principalmente, nos cânones da solidariedade e da cooperação, posto que se exige a presença de uma espécie muito particular de “motivo oportunista” a justificar a atitude colaborativa: a *protecção do interesse público*.

5 – Medidas de auxílio do contraente privado e de defesa do contrato

É chegado o momento de conhecer possíveis ou eventuais medidas aplicáveis no quadro de gestão de contratos públicos, com vista a auxiliar o contraente privado em situação económica difícil e, simultaneamente, a defender e proteger o próprio contrato. Depois disso, cumpre dedicar alguma atenção às condicionantes jurídicas de aplicação dessas mesmas medidas.

a) Catálogo exemplificativo

A prestação de auxílio e assistência efectua-se através de providências de gestão de contratos adoptadas com o objectivo público de defender o contrato cuja execução se encontra em risco, dada a situação de ameaça ou mesmo de efectiva degradação da situação económico-financeira do contraente privado. Retomando um conceito já usado, pode dizer-se que as referidas providências ou medidas constituem *remédios* para ajudar o contraente privado e salvar o contrato público – trata-se, também já o afirmámos anteriormente, de remédios que podem ser administrados no desenvolvimento da função de gestão ou de administração de contratos dentro do quadro legal e regulamentar em vigor.

Sem pretensões de exaustão, podem indicar-se como exemplos de medidas ou providências as seguintes:

i) Adiantamentos de preço não contratualmente previstos. – Conforme previsto no artigo 292.º do CCP, pode haver lugar, em certas condições, a adiantamentos de preço. Todavia, o n.º 4 do mesmo preceito admite adiantamentos não contratualmente previstos quando haja fundamento de modificação do contrato. O adiantamento de preço pode revelar-se muito oportuno em certos cenários de degradação económico-financeira

do contraente privado, sendo certo, contudo, que a adopção desta medida reclama a observância dos limites previstos no n.º 1 do artigo 292.º do *CCP*.

ii) Prémios por cumprimento antecipado. – Nos termos da lei (artigo 301.º do *CCP*), os prémios por cumprimento antecipado só podem ter lugar nos termos previstos no contrato. Contudo, se o prémio pelo cumprimento antecipado de uma prestação contratual se revelar decisivo para evitar a ocorrência de dificuldades económicas, pode admitir-se a sua atribuição, mesmo quando não prevista na versão inicial do contrato: neste caso, o contraente público deverá seguir a prática habitual (designadamente, no sector de actividade a que o contrato se refere) no que respeita às condições de atribuição do prémio.

iii) Alargamento e “refaseamento” de prazos de cumprimento das prestações. – Se, por vezes, o contraente privado, apesar das dificuldades em que se encontra, continua em condições de cumprir as obrigações contratuais em tempo ou até antecipadamente, noutras situações, as dificuldades económicas comprometem a execução atempada do contrato. Ora, nestas situações, pode revelar-se útil e oportuna a adopção de medidas de alargamento e de “refaseamento” dos prazos de execução do contrato, envolvendo a não aplicação ou, pelo menos, a redução dos valores das multas contratuais a aplicar em caso de incumprimento dos prazos de execução dos contratos (para os contratos de empreitada de obras públicas, *cf.* artigo 403.º do *CCP*).

iv) Contenção e prudência no exercício dos poderes públicos de reacção ao incumprimento contratual. – Uma providência com outras características consiste em o contraente público adoptar uma atitude prudente e contida no exercício dos seus poderes de conformação da relação contratual, designadamente os que se referem à aplicação de sanções (associadas à execução da caução) e à reacção em face do incumprimento do contraente privado. Trata-se, estamos certos, de uma matéria sensível, mas, ainda assim, afigura-se-nos que o exercício cuidadoso e cauteloso dos referidos poderes é susceptível de se revelar a estratégia correcta para, em muitos casos, evitar a aceleração do processo de degradação económica do contraente privado.

v) Suspensão da execução do contrato. – Em determinados cenários, a suspensão da execução do contrato pode surgir como uma medida de grande utilidade e eficácia. Diga-se, a propósito, que o artigo 297.º do *CCP* admite expressamente a suspensão da execução com fundamento na *impossibilidade temporária de cumprimento do contrato*.

vi) Sequestro do contrato. – Temos agora em vista a medida porventura mais radical que o contraente público poderá pôr em prática com o objectivo de proteger o

contrato e de prestar uma assistência ao contraente privado em dificuldades e que pode evitar a resolução sancionatória do contrato. Como se sabe, a figura do sequestro associa-se às concessões e aparece normalmente como uma provisão de carácter sancionatório, de reacção ao incumprimento grave (efectivo ou iminente) do concessionário: é precisamente esta figura que se encontra regulada no artigo 421.º do *CCP* e que se traduz em autorizar o concedente a tomar a seu cargo a actividade concedida, cabendo ao concessionário suportar os encargos – ordinários e extraordinários – da operação. Contudo, a par deste *sequestro-sanção*, a doutrina identifica ainda o designado *sequestro puro* ⁽⁵⁰⁾, que constitui uma *medida de urgência* através da qual o concedente, diante de uma situação de impossibilidade temporária de cumprimento, assume directamente a condução da actividade concedida e imputa ao concessionário os *encargos ordinários* que tenha de suportar. Trata-se, pois, de uma medida de “*step in* temporário” que, em princípio, pode ser adoptada no desenvolvimento de qualquer contrato público e não apenas no âmbito das concessões. O sequestro, que neste caso só pode ser determinado por acordo entre as partes, evita a resolução do contrato e assegura a continuidade da actividade contratada.

b) Pressupostos, requisitos e limites das medidas

A prescrição de remédios, com o objectivo de evitar, por um lado, a derrocada do contraente privado e, por outro, a ruptura da relação contratual, não se revela uma *solução sistemática*, que se possa adoptar em todos os casos de degradação da situação financeira do parceiro contratual da Administração. Com certeza, serão inúmeras as hipóteses em que não há (ou em que já não há) remédio possível e em que a ruptura do contrato se apresenta, portanto, inevitável.

Assim, o poder do contraente público de adoptar medidas de apoio e de auxílio ao seu contratante depende, desde logo, da verificação do *pressuposto* consistente em a situação económico-financeira daquele ameaçar objectivamente entrar em colapso ou até apresentar já manifestações de ruptura: no primeiro caso, a adopção de medidas reclama a existência de uma situação real e objectiva de ameaça ou de risco; no segundo caso, exige-se a demonstração de que, apesar de a degradação se ter iniciado, a adopção das medidas “ainda vai a tempo” de evitar uma derrocada.

⁵⁰ Sobre isto, na linha da doutrina francesa, cf. o nosso trabalho *A Concessão de Serviços Públicos*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 254

Nos casos em que a adopção de medidas de auxílio envolva a modificação do conteúdo do contrato, a verificação daquele pressuposto deve, *em princípio*, considerar-se imposta pelo artigo 312.º, alínea *b*), do *CCP*, o qual, sobre as *causas habilitantes da modificação de contratos*, alude às “razões de interesse público decorrentes de necessidades novas”. A degradação, actual ou iminente, da situação económica do contraente surge precisamente como a *necessidade nova* que autoriza a modificação – teremos, contudo, oportunidade de explicar que a adopção de medidas de auxílio que envolvam a modificação do contrato pode, em certos casos, basear-se no disposto na alínea *a*) do mesmo artigo 312.º do *CCP* (“alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar”).

Verificado o pressuposto assinalado, a adopção de medidas de auxílio pode ter lugar, embora se torne necessário o preenchimento de certos *requisitos* e o respeito de alguns *limites*.

Assim, desde logo, impõe-se o cumprimento do requisito relativo à *preservação da capacidade técnica do contraente privado*: em regra, as providências de auxílio – em princípio, com projecção no plano da capacidade económica – só devem ser adoptadas se, no plano dos meios técnicos e humanos disponíveis, o contraente privado der mostras de se manter em condições de assegurar o cumprimento das obrigações contratuais. Deve, pois, recusar-se a adopção de medidas de auxílio nos casos em que o contraente privado perdeu entretanto ou é altamente provável que venha a perder a capacidade técnica de garantir a continuidade da prestação contratual nos termos convencionados. O sentido da assistência e do auxílio público reside em prevenir as consequências indesejáveis das dificuldades económicas, designadamente por se prever que tais dificuldades ameaçam vir a comprometer a *performance* do contraente privado; ora, se a boa execução do contrato se encontra comprometida, porque o contraente privado já não dispõe de meios técnicos e pessoais necessários para assegurar aquele resultado, afigura-se, pelo menos em princípio, desajustada uma gestão pública contratual pautada pelo auxílio e pela assistência. Como vimos, as medidas de gestão desta natureza visam, do ponto de vista do interesse público, a *defesa ou protecção do contrato*, o que supõe manter-se intocada a viabilidade de execução deste.

Além de observar os requisitos enunciados, a adopção de providências de auxílio e assistência do contraente privado deve respeitar alguns *limites*.

Assim, em primeiro lugar, muitas das medidas sugeridas como remédios para lidar com a situação económica difícil em que o contraente privado se vê confrontado só

fazem sentido enquanto durar o tempo de crise (geral) ou de situação económica difícil (específica do contraente). Logo que a situação que justificou a implementação das medidas seja ultrapassada, as mesmas devem caducar, por haver cessado o fundamento da sua adopção. A doutrina refere-se, a este propósito, à ideia de “*trip switch clause*”, para assinalar que as acções de protecção do contrato e do contraente privado assumem carácter excepcional e devem ser canceladas de forma mecânica ou automática logo que desapareçam as circunstâncias que as justificaram ⁽⁵¹⁾.

Por outro lado, um novo limite prende-se com a exigência de um resultado positivo do teste à *proporcionalidade* das providências adoptadas. Além de *necessárias* e *adequadas* à situação concreta, as medidas devem revelar-se *equilibradas*, não impondo sacrifícios ao contraente público superiores aos benefícios que delas emergem para o contraente privado. Por isso, ainda que os respectivos pressupostos de adopção se encontrem verificados e os requisitos preenchidos, deve recusar-se a implementação de medidas de defesa do contrato e de auxílio do contraente privado que representem um prejuízo desproporcional para o interesse público – neste âmbito, impõe-se a ponderação do risco de as medidas não debelarem a situação crítica do contraente privado e de, por conseguinte, induzirem, sem benefício, o aumento dos custos do contraente público.

Além disso, há medidas eventualmente salvadoras do contraente privado (v.g., alargamento de prazos contratuais, suspensão da execução do contrato) que se revelam radicalmente impróprias para a realização do interesse público a que o contrato pretende responder. Em hipóteses dessas, deve pura e simplesmente prescindir-se do teste da proporcionalidade e recusar-se, *in limine*, a estratégia de salvação do contrato.

Na linha deste último tipo de limites, importa ter em consideração o cenário de crise económico-financeira generalizada, que envolve também o contraente público: disto resulta o reduzido ou mesmo nulo espaço para a viabilidade económica de todas as medidas que envolvam aumentos de custos para os orçamentos públicos.

Por fim, cumpre ter presente um limite de outra natureza, relacionado com a consideração e a tutela dos interesses da concorrência: da análise deste se ocupa o ponto seguinte.

⁵¹ Cf. BURGER/J. TYSON/I. KARPOWICZ/M. D. COELHO, *ob. cit.*, p. 21.

6 – Protecção dos interesses da concorrência no quadro da modificação de contratos públicos

Se o desenvolvimento da relação baseada no contrato público fosse determinado pelo cânone da *autonomia privada* e pela compreensão do contrato como um *quid* na disponibilidade das partes ⁽⁵²⁾, o discurso dos limites à adopção de medidas de auxílio ou de assistência do contraente privado confinar-se-ia às considerações acima tecidas. Todavia, porque o contrato público (sob o regime de direito administrativo ou não) se encontra subtraído à disponibilidade das partes, não existe qualquer espaço para a afirmação de uma *liberdade de modificação* do contrato, quer seja uma modificação imposta, quer se trate de uma modificação por acordo ⁽⁵³⁾.

Sem prejuízo de outros factores relevantes, interessa agora chamar a atenção para o facto de esse âmbito limitado da modificação de contratos resultar da necessária consideração os *interesses da concorrência* – esclareça-se, entre parêntesis que, ao invés do que, em geral, se passa noutros sistemas jurídicos que na regulação dos contratos públicos acolhem soluções pautadas pelo objectivo primordial da defesa do *interesse público* – o direito europeu denota uma clara inclinação para conceder uma protecção prioritária aos *interesses da concorrência* ⁽⁵⁴⁾. Esta tendência reflecte-se em múltiplos aspectos, entre os quais se conta, por exemplo, a escassa admissibilidade de consideração de objectivos secundários da contratação pública ⁽⁵⁵⁾ ou, em relação ao tema que agora nos ocupa, a possibilidade, também limitada, de *renegociação* e de *modificação* de contratos públicos ⁽⁵⁶⁾.

⁵² Efectuando esse teste, cf. V. POSCHMANN, *Vertragsänderungen unter dem Blickwinkel des Vergaberechts*, Berlim, Duncker & Humblot, 2010, p. 55 e segs..

⁵³ Neste sentido, cf. H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, Paris, LGDJ, 2009, p. 3 e segs..

⁵⁴ Traçando exactamente aí a linha de distinção entre a concepção norte-americana e a concepção europeia do direito da adjudicação, cf. M. BURGI/H. GÖLNITZ, “Die Modernisierung des Vergaberechts als Daueraufgabe”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2009, p. 829 e segs.; B. Marchetti, “Il sistema di risoluzione delle *bid disputes* nel modello statunitense di *public procurement*”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, n.º 4, p. 963 e segs. (especialmente, p. 971 e segs.); acentuando, neste âmbito, a especial rigidez dos procedimentos de adjudicação no direito europeu, em comparação com o modelo norte-americano, cf. J.-J. VERDEAUX, “Public procurement in the European Union and in the United States: a comparative study”, *Public Contract Law Journal*, vol. 32, n.º 4, 2003, p. 714 e segs..

⁵⁵ Nestes termos, sublinhando a escassa abertura do direito europeu, quando comparada com a situação no direito norte-americano, cf. DAVIES, *ob. cit.*, p. 60.

⁵⁶ Na linha de uma visão restritiva das possibilidades de modificação de contratos públicos por força de imperativos ligados à defesa da concorrência, cf. os Acórdãos do TJ, de 19 de Junho de 2008, proc. C-454/06 (*Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*), de 13 de Abril de 2010, proc. C-91/08: *Wall AG*), de 22 de Abril de 2010, proc. C-423/07 (*Comissão/Espanha*); sobre o primeiro, cf. Pedro GONÇALVES, “Acórdão *Pressetext*: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, 2009, p. 3 e segs.; sobre o segundo, cf. A. BROWN, “Changing a sub-contractor under a public services concession: *Wall AG v. Stadt Frankfurt am Main*”,

De facto, na medida em que a adopção de medidas e providências de auxílio corresponda a alterações ao conteúdo do contrato (v.g., quanto às cláusulas sobre prazos contratuais, aos adiantamentos de preço, às *modificações por inacção* ⁽⁵⁷⁾ ⁽⁵⁸⁾), impõe-se a convocação da dogmática dos *limites à modificação dos contratos*, tendo sobretudo em consideração limites e exigências ditados para proteger a concorrência (*scope of the competition* ⁽⁵⁹⁾). Trata-se, por essa via, de evitar a frustração ou mesmo a desconsideração do sentido da regulação do procedimento de adjudicação de contratos públicos, e obrigar as partes a afastarem a tentação de se prevalecerem da posição que ocupam para distribuírem benefícios que deveriam ser alocados por um procedimento de *concorrência para o mercado* ⁽⁶⁰⁾, aberto ao mercado e a todos os interessados ⁽⁶¹⁾. A este propósito, diz-se, com razão, que a obrigação legal de *solicitação da concorrência* limita, por um efeito de ricochete, a modificação dos contratos públicos ⁽⁶²⁾.

Tentando precisar o âmbito destes limites, adianta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que se encontra fora da disposição das partes de contratos públicos a faculdade de introduzir quaisquer alterações que “*apresentem características*

Public Procurement Law Review, 2010, NA160; sobre o terceiro, cf. T. KOTSONIS, “The award of a Works concession contract containing additional Works which had not been defined adequately in the original advertisement: European Commission v. Spain”, *Public Procurement Law Review*, 2010, NA167. Esta jurisprudência retoma uma linha que já vinha sendo desenhada em decisões anteriores: veja-se, a título de exemplo, os acórdãos de 5 de Outubro de 2000, proc. C-337/98 (*Comissão/França*), de 29 de Abril de 2004, proc. C-496/99 (*Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA*) e de 17 de Julho de 2008, proc. C-347/06 (*Brescia SpA/Comune di Rodengo Siano*). Na jurisprudência portuguesa, sobre a aplicação da teoria dos limites à modificação de contratos cf. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 20/10, de 1 Junho, Proc. 108/2010.

⁵⁷ Eis o que se verifica, por exemplo, com a não aplicação de uma multa ou o não exercício do poder de resolução sancionatória – sobre estes casos de “modificação por não fazer” (*Nichtstun*), cf. POSCHMANN, *ob. cit.*, p. 54; como vimos já, também a doutrina norte-americana reconduz ao conceito de “modificação (contratual) construtiva” certas formas de omissão: cf. NASH/FELDMAN, *ob. cit.*, p. 310.

⁵⁸ Apesar de provável e normal, a associação entre medidas de auxílio e modificações não previstas do contrato não é todavia essencial, podendo, por exemplo, pensar-se em medidas de auxílio cuja implementação se encontra prevista no contrato.

⁵⁹ Apesar da sublinhada preponderância conferida à defesa do interesse público, a problemática dos limites à modificação para protecção dos interesses da concorrência também aparece no direito norte-americano: cf. CIBINIC/NASH/NAGLE, *ob. cit.*, pp. 380 e segs.; T. M. O’CONNOR, *Understanding government contract law*, Vienna (Virginia), Management Concepts, 2007, p. 135; NASH/FELDMAN, *ob. cit.*, p. 44 e segs.; O. DEKEL, “Modification of a government awarded following a competitive procedure”, *Public Contract Law Journal*, vol. 38, n.º 2, 2009, p. 402 e segs..

⁶⁰ Diferentemente do que se passa no caso da “concorrência no mercado” (“*Wettbewerb im Markt*”), que se efectiva através de um modelo de *abertura do mercado* à entrada mais ou menos livre de empresas que depois vão competir entre si, no cenário da “concorrência para o mercado” (“*Wettbewerb um den Markt*”), a competição faz-se para *entrar no mercado*, o qual se apresenta como um *mercado fechado*. Neste sentido, cf. J. MASING, “Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung”, *Verwaltungsarchiv*, 2004, p. 151 e segs. (p. 156 e segs.); ainda sobre esta nomenclatura, cf. F. GIGLIONI, *L’accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milão, Giuffrè, 2008, pp. 225 e segs. e 235 e segs.; L. De LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Turim, Giappichelli, 2002, p. 275 e segs.

⁶¹ Cf. DEKEL, *ob. cit.*, p. 405 e segs..

⁶² HOEPFFNER, *ob. cit.*, p. 5.

substancialmente diferentes das do contrato inicial e sejam, conseqüentemente, susceptíveis de demonstrar a vontade das partes de renegociar os termos essenciais do contrato” ⁽⁶³⁾.

Trata-se, assim, de considerar que certas *modificações não previstas no contrato inicial* (e portanto não publicitadas aquando da adjudicação), por se revelarem *substanciais*, correspondem, não exactamente a modificações de contratos existentes, mas à adjudicação de contratos novos.

Entre outras, a que o Tribunal alude, ilustra a ideia de *modificação substancial não prevista* a alteração “*que modifica o equilíbrio económico do contrato a favor do adjudicatário do contrato de uma forma que não estava prevista nos termos do contrato inicial*” ⁽⁶⁴⁾.

Compreende-se o exemplo e aceita-se, nos seus traços gerais, a leitura exigente e cautelosa do Tribunal de Justiça. Com efeito, numa matéria como esta, importa não ter contemplanções e afastar *in limine* qualquer abertura a eventuais *abusos assistenciais* e à tentação de criar a dependência estrutural do parceiro privado de toda sorte de auxílios públicos não previstos contratualmente ⁽⁶⁵⁾.

Sem prejuízo do que vem de se dizer, já nos sobram muitas dúvidas sobre a bondade de uma leitura literal e inflexível da doutrina que o Tribunal parece querer acolher sobre os limites à modificação de contratos, a qual, diga-se, se filia numa visão de sentido único, que considera exclusivamente os interesses da concorrência ⁽⁶⁶⁾.

De uma interpretação assim determinada poderia eventualmente resultar a visão de qualquer medida de assistência não contratualmente prevista como implementação de uma modificação substancial do contrato, por estar em causa uma modificação a favor do parceiro privado.

Creemos, todavia, que uma tal interpretação não só não se impõe, como se releva mesmo incorrecta.

Na verdade, para nós, o que o Tribunal pretende afastar é a possibilidade de o contrato sofrer um desequilíbrio em favor do adjudicatário, mas um desequilíbrio que se possa considerar como prejudicial para a concorrência. Quer dizer, não se pretende

⁶³ Acórdão *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, cit., n.º 34.

⁶⁴ *Ibidem*, n.º 37.

⁶⁵ Nesta linha, em termos críticos, a propósito da crise dos contratos de concessão, à passagem do “casamento da autoridade pública com o empresário privado (...) de um regime de separação de bens para um regime de comunhão” promovida por uma ajuda financeira cada vez maior, cf. J. RIVERO, *Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1975, p. 518.

⁶⁶ Alertando, neste domínio, para a exigência de um compromisso entre “liberdade contratual” e “livre concorrência”, cf. HOEPFFNER, *ob. cit.*, p. 48.

excluir – etiquetando como modificação substancial – a atribuição de um qualquer benefício ou de toda a forma de favorecimento do contraente privado não previsto no contrato. O fim último de toda a construção que reclama a sujeição da modificação de contratos ao teste do *scope of the competition* reside em retirar da disposição das partes a modificação que atente contra os interesses da concorrência. Ora, assim sendo, não pode deixar de se analisar a concreta medida de assistência adoptada e, desde logo, perceber se está em causa uma providência que se justifique num quadro de objectividade que permita supor que o contraente público a colocaria no terreno *fosse quem fosse o **contraente** privado*, porque, além do mais, se trata de uma solução que, apesar de envolver um benefício para um interesse privado, responde também a uma exigência de interesse público. Esta leitura objectiva revela-se decisiva para afastar a ideia de que um favorecimento do parceiro **contratual** privado se explica por ser “*aquele*” parceiro **e não outro**.

Mas, claro, a resposta positiva nesse ponto não se revela suficiente.

Efectivamente, torna-se ainda necessário demonstrar que as concretas medidas adoptadas não põem em causa o equilíbrio económico do contrato em termos tais que, se admitissem a possibilidade alteração, outros operadores económicos teriam concorrido à adjudicação.

Entre nós, o *CCP* acolhe de certo modo esse factor limitativo, embora apenas para os *contratos administrativos* ⁽⁶⁷⁾: por um lado, ao estabelecer, que a modificação não pode configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência garantida relativamente à formação do contrato; por outro lado, e, em particular, ao estipular a regra segundo a qual só se permite a modificação quando se demonstre objectivamente que a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não se alteraria, se o caderno de encargos tivesse contemplado essa mesma modificação – artigo 313.º, n.ºs. 1 e 2. Assim, se se demonstra que, contemplando o benefício que lhe foi atribuído, a proposta do contraente privado “beneficiado” não teria sido a preferida, há razões para supor que aquele constitui um benefício substancial não previsto, que, por isso mesmo, não pode ter lugar.

⁶⁷ Apesar de o regime substantivo da Parte III do *CCP* se aplicar apenas a *contratos administrativos*, importa esclarecer que os limites à modificação dos contratos a que nos estamos a referir no texto não resultam dos eventuais contornos do regime substantivo do contrato público, mas antes do facto de o contrato ter sido adjudicado no âmbito de um procedimento aberto à concorrência – recorde-se, a este respeito, o “efeito de ricochete” de que fala HOEPFFNER, *ob. cit.*, p. 5. Nestes termos, haverá, por um lado, *contratos administrativos* em relação aos quais não faz sentido a aplicação deste tipo de limites à modificação e poderá haver, por outro lado, *contratos públicos não administrativos* em relação aos quais essa mesma aplicação se impõe.

7 – A degradação da situação económica do contraente privado à luz do instituto da alteração anormal das circunstâncias

O ponto anterior conduziu-nos à conclusão de que o contraente público *pode* adoptar medidas de protecção do contrato e de assistência do contraente privado, desde que, envolvendo uma modificação contratual, tais providências *não comportem uma modificação substancial não prevista*.

Apresentando-se assim os contornos da situação em geral, acreditamos, contudo, que, em casos excepcionais, pode haver lugar à implementação de medidas de protecção do contrato e do contraente privado que envolvam uma *modificação substancial não prevista*, no quadro do instituto da *alteração anormal das circunstâncias*.

Recorde-se que, nos termos do artigo 312.º do *CCP*, preceito que estabelece os “fundamentos” da modificação do contrato administrativo, se prescreve que o contrato pode ser modificado “*quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal e imprevisível, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato*”. O *CCP* acolhe assim o instituto, consagrado no artigo 437.º do Código Civil, da *modificação do contrato por alteração anormal de circunstâncias*.

Como tivemos oportunidade de observar numa outra oportunidade, afigura-se-nos infeliz a indistinção acolhida no *CCP* entre os dois fundamentos de modificação de contratos administrativos (alteração anormal de circunstâncias e interesse público). Na verdade, trata-se de duas realidades assaz diferentes: a *modificação por razões de interesse público*, imposta ou consensual, comporta, em regra, um *desequilíbrio do contrato* e, por consequência, determina uma necessária *reposição do equilíbrio* (a modificação é a *causa* do desequilíbrio); ao invés, a *modificação por alteração anormal de circunstâncias* é, em si mesma, a consequência de uma situação que provocou um desequilíbrio do contrato e consubstancia já uma forma de proceder ou de recuperar o equilíbrio contratual (a modificação é a *consequência* do desequilíbrio) ⁽⁶⁸⁾.

Esta distinção entre os dois fundamentos de modificação revela-se essencial para se perceber, por exemplo, que certos condicionamentos e limites aplicáveis à modificação por razões de interesse público não fazem sentido vigorar para a

⁶⁸ Cf., da nossa autoria, “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, 2007, p. 36 e segs. (41).

modificação por alteração anormal das circunstâncias: assim parece suceder, desde logo, com os limites relacionados com a protecção da concorrência. Na verdade, o factor que mobiliza a modificação por alteração anormal das circunstâncias é a *justiça* e a *equidade* ponderadas e avaliadas no contexto concreto de uma relação jurídica. Neste sentido, à parte lesada a lei reconhece um “direito à modificação”, pelo que, se o lesado o contraente privado, a subsistência desse direito, mesmo que envolva uma *modificação substancial*, não pode ficar dependente da tutela dos interesses da concorrência ⁽⁶⁹⁾.

Ora bem, admitida, em abstracto, a mobilização do instituto da alteração anormal das circunstâncias num quadro de crise que atinja o contraente privado, cumpre observar que a subsistência de um direito à modificação exige a demonstração: (i) de uma alteração anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar ⁽⁷⁰⁾, (ii) de que a exigência das obrigações assumidas no contrato afecte gravemente os princípios da boa fé, (iii) de que a exigência das obrigações não se encontra coberta pelos riscos próprios do contrato.

Feita a demonstração das três condições, o contraente privado adquire um direito à modificação do contrato. No âmbito do presente texto, importa dizer, a finalizar, que, neste caso, está envolvida uma modificação cuja racionalidade não radica na ideia de colaboração ou de cooperação entre os contraentes, mas antes na ideia de justiça, de equidade e de boa fé, assente numa lógica de *reposição do equilíbrio contratual* posto em causa por circunstâncias anormais.

⁶⁹ Seria estranho que a doutrina (do Tribunal de Justiça) que advoga a proibição de modificações substanciais não previstas tivesse o efeito de proibir modificações determinadas por um *imperativo de justiça*.

⁷⁰ Neste ponto, o sucessivo aprofundamento da crise económica geral, com as consequências que são conhecidas (aumento dos custos de produção, da carga fiscal, dificuldades inesperadas de acesso ao crédito, corte de linhas e programas de apoio, etc.), pode constituir um elemento suficientemente demonstrativo.