

NOTAS SOBRE O FENÓMENO DA ALTERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS NO DECURSO DO PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL¹

Pedro Fernández Sánchez

Advogado

Investigador Doutorando do Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

PLANO: 1 – *Introdução e razão de ordem*; 2 – *A alteração de circunstâncias juridicamente relevante em procedimentos de contratação pública*; 3 – *Posição da entidade adjudicante perante uma alteração de circunstâncias*; 3.1 – *Alteração de circunstâncias até ao termo do prazo para apresentação das propostas*; 3.2 – *Alteração de circunstâncias depois do termo do prazo para apresentação das propostas: entre o dever de adjudicação e as causas de não adjudicação*; 3.3 – *Hipóteses permitidas de resposta a uma alteração de circunstâncias através de uma decisão de não adjudicação: casos de alteração das peças procedimentais sem prejudicar a manutenção do interesse em contratar (alínea c) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP)*; 3.4 – *Idem: perda do interesse em contratar pela entidade adjudicante (alínea d) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP)*; 4 – *Casos de alteração de circunstâncias que afectam a decisão de contratar dos concorrentes*; 5 – *Caso excepcional de alteração das circunstâncias entre o acto de adjudicação e a outorga do contrato*.

Palavras-chave: *Contratação pública, alteração de circunstâncias, causas de não adjudicação.*

1. INTRODUÇÃO E RAZÃO DE ORDEM

1. Num momento histórico em que nenhuma posição jurídica parece estar definitivamente garantida pelo ordenamento e em que os valores da estabilidade, da segurança e da certeza jurídicas sofrem compressões continuadas sob o pretexto (bem ou mal justificado) de protecção de interesses constitucionais mais elevados², o fenómeno da alteração de circunstâncias

¹ O presente texto corresponde ao desenvolvimento de uma comunicação apresentada no dia 28 de Fevereiro de 2014, no Centro de Estudos Judiciários, no âmbito de uma conferência sobre temas do Direito da Contratação Pública. Em razão da ocasião que inspirou a sua elaboração, o teor do texto reflecte o tratamento necessariamente telegráfico dado aos aspectos nele abordados.

² Cfr., por último, com postura especialmente crítica, J. V. G. COSTAS, “O Difícil Tempo do Direito”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 565 e seqs.;

em que as partes fundaram a respectiva decisão de assumir compromissos contratuais obtém uma nova centralidade na prática jurídica actual.

Se os tempos de crise obrigam a questionar, em qualquer âmbito do sistema jurídico, qual a resposta que o ordenamento pode prover a sujeitos de direito que vêem as suas expectativas reiteradamente arruinadas por mudanças fácticas ou jurídicas com as quais razoavelmente não podiam contar, esta necessidade de tutela de posições jurídicas perante situações de alteração de circunstâncias coloca-se de forma especialmente premente no contexto dos contratos públicos. A actividade contratual pública mostra-se, com efeito, particularmente vulnerável a alterações económicas que afectam as expectativas que – tanto do lado do contraente público quanto do lado do contraente privado – presidiram à decisão de contratar.

São dois os principais factores que, no Direito dos Contratos Públicos, justificam que a actual crise económico-financeira implique um aumento das dificuldades dos operadores jurídicos perante situações de alteração de circunstâncias. De um lado, no próprio *plano legislativo*, a incerteza acerca da evolução futura da realidade económica e social cria dificuldades ao legislador que pretende conceber um regime jurídico coerente e adequado para responder aos casos de frustração das expectativas dos sujeitos de direito. É fácil perceber que, no momento em que o Código dos Contratos Públicos de 2008 (“CCP”) foi projectado e redigido (2006-2007), era impossível prognosticar a volatilidade com que os operadores jurídicos se passariam a confrontar logo a partir do segundo semestre de 2008. Nesse sentido, entende-se que as soluções plasmadas na legislação nem sempre satisfaçam inteiramente as necessidades presentes. De outro lado, no *plano da actividade administrativa*, são evidentes as dificuldades de previsão que as entidades adjudicantes enfrentam quando iniciam um procedimento de contratação pública e precisam de definir o regime que disciplinará tanto a formação quanto a execução de contratos de duração mais ou menos prolongada, sabendo que nenhuma garantia existe de que o interesse público se manterá estável até ao fim da execução do contrato.

antes, com desenvolvimento sobre a relação entre o tempo e o Direito, cfr. ISABEL CRISTINA FONSECA, *Processo Temporalmente Justo e Urgência*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 95 e segs.; no plano específico do Direito dos Contratos Públicos, cfr. PEDRO GONÇALVES, “Gestão de Contratos Públicos em Tempo de Crise”, in PEDRO GONÇALVES (ORG.), *Estudos de Contratação Pública*, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 5 e segs.

Ora, se o ordenamento já há muito consolidou soluções para proteger as expectativas dos operadores jurídicos que se confrontam com situações de alteração de circunstâncias durante a *fase de execução do contrato*, não existe, porém, uma protecção simétrica dessas expectativas quando a alteração de circunstâncias ocorre antes da celebração do contrato, isto é, *durante o procedimento pré-contratual*.

A razão para esta assimetria prende-se com o seu fundo histórico. É perfeitamente consabido que, já há cerca de cem anos, os ordenamentos europeus que nos servem de referência – num movimento de iniciativa francesa – discerniram a necessidade de desenvolver soluções tanto para os casos em que a Administração precisa de imprimir modificações unilaterais aos contratos administrativos por motivos atinentes à variação do interesse público subjacente ao contrato – com a correspondente obrigação de reposição do equilíbrio financeiro do contrato – quanto para os casos em que é o co-contratante privado que se vê afectado por uma alteração imprevisível das circunstâncias em que fundou a sua decisão de contratar, devendo a Administração – que não permite que ele simplesmente se desvincule do contrato – ir em seu socorro e evitar que a execução das prestações contratuais ocorra em condições ruinosas³. Depois de um século de desenvolvimento de soluções jurídicas destinadas a tutelar a posição dos contraentes afectados por situações de alteração de circunstâncias, o nosso ordenamento, tal como os ordenamentos europeus de referência, contém respostas suficientemente satisfatórias para assegurar um mínimo de estabilidade e certeza jurídica às partes que celebram contratos administrativos⁴ – respostas hoje plasmadas nos artigos 282.º, 312.º e 314.º do CCP.

³ Para desenvolvimento sobre a jurisprudência do Conselho de Estado que elaborou estas normas pretorianas, cfr. AUGUSTO DE ATHAYDE, “Para a Teoria do Contrato Administrativo: Limites e Efeitos do Exercício do Poder de Modificação Unilateral da Administração”, in *Estudos de Direito Público em Honra do Professor Marcello Caetano*, Ática, Lisboa, 1973, pp. 93-94; JEAN RIVERO, *Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1978, pp. 148 e segs.

⁴ Apenas exemplificativamente, entre nós, cfr. J. DE MELLO MACHADO, *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, Coimbra, 1937, pp. 265 e segs.; AUGUSTO DE ATHAYDE, “Para a Teoria...”, cit., pp. 73 e segs.; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10.ª ed., 9.ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 618 e segs.; MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, Almedina, Coimbra, 1980, pp. 705 e segs.; LUIS CARVALHO FERREIRAS, *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*, Quid Juris?, Lisboa, 2001 (reimpr.), pp. 236 e segs.; FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 625 e segs. e 642 e segs.; PAULO OTTEIRO, “Estabilidade Contratual, Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empresa de Obras Públicas”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56, n.º 3 (1996), pp. 913 e segs.; PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Adm-*