

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

O REGIME DA ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS NO ÂMBITO DO PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL

(TÓPICOS)

Pedro Fernández Sánchez
pfs@servulo.com
28 de Fevereiro de 2014

1. Delimitação do objecto

- Alteração de circunstâncias juridicamente relevante para o Direito da Contratação Pública é o *evento superveniente à decisão de contratar, tomada por algum dos participantes no procedimento pré-contratual (entidade adjudicante ou concorrente), que modifica um ou mais pressupostos relevantes – elementos de facto ou de direito – em que tal participante fundou a sua decisão de contratar.*

- A *superveniência* pode ser objectiva (evento ocorrido após a decisão de contratar) ou subjectiva (evento conhecido após a decisão de contratar, sem que fosse objectivamente exigível à parte afectada o seu conhecimento antecipado).

- A determinação da questão de saber se o evento juridicamente relevante para a alteração de circunstâncias é ou não superveniente depende, por isso, de se identificar com precisão o momento em que ocorreu a decisão de contratar.

- Quanto à *entidade adjudicante*, o artigo 36.º do CCP determina esse momento ao dispor que a decisão de contratar ocorre no exacto início do procedimento: um órgão competente avalia uma necessidade de interesse público que deve ser satisfeita através de um contrato; concebe um tipo e um objecto de contrato que são potencialmente mais adequados para responder a essa necessidade; e avalia as disponibilidades financeiras necessárias para a celebração e execução desse contrato. Para fazer isso, baseia-se numa certa configuração de facto e de direito, que o levou a estar convicto de que aquele contrato seria adequado para o interesse público. Existe uma alteração de circunstâncias quando *um evento altera pelo menos um dos pressupostos de facto ou de direito em que o decisor fundou a sua convicção em termos tais que, se essa alteração tivesse ocorrido antes da decisão de contratar, i) esta não teria sido de todo praticada; ou ii) teria sido praticada uma decisão de contratar de conteúdo distinto, o que é verificável pela circunstância de impor a mudança do tipo ou do objecto do contrato ou a mudança de aspectos relevantes do clausulado contratual que, necessariamente, já consta do caderno de encargos (artigo 42.º, n.º 1).*
- Quanto ao *concorrente*, a decisão de contratar ocorre no momento da apresentação da proposta, quando este apresenta uma declaração contratual, firme, séria e solene (artigo 56.º, n.º 1), de adesão incondicional ao clausulado que já está projectado no caderno de encargos (artigo 57.º, n.º 1, alínea a)). O concorrente aprecia esse

clausulado, também, com base em elementos de facto e de direito que o levam a considerar que é suficientemente atractiva a perspectiva de contratar com a entidade adjudicante, o que o leva a, ele próprio, apresentar atributos, termos e condições na sua proposta (artigo 57.º, n.º 1, alíneas *b*) e *c*)). Igualmente no seu caso, existe uma alteração de circunstâncias quando aqueles elementos de facto ou de direito em que fundou a sua decisão se alteram de tal modo que, *se a alteração tivesse ocorrido antes da apresentação da proposta, i) ela não teria sido de todo apresentada; ii) ou teria sido apresentada com um teor distinto, com diferentes atributos ou com diferentes termos e condições, que são relevantes, respectivamente, para avaliação ou para exclusão da proposta.*

O regime de alteração de circunstâncias visa responder à necessidade de proteger a posição da parte que viu as suas expectativas afectadas por um destes eventos e que se vê obrigada a repensar ou a se retratar da decisão de contratar.

2. Duas ideias de referência que presidem ao regime de alteração de circunstâncias:

- a) A lei não garante a possibilidade de reacção a uma alteração de circunstâncias em termos idênticos ao longo de todo o procedimento: a potencialidade de lesão dos princípios da concorrência, da tutela da confiança e da segurança jurídica é tanto maior quanto mais avançado se encontrar o procedimento. Logo, a possibilidade de as partes alterarem as declarações negociais que produziram é progressivamente menor; e, neste sentido, a margem de flexibilidade que recebem para reagirem a eventos de alteração de circunstâncias é também menor.
- b) A lei não tutela em termos simétricos a posição da entidade adjudicante ou do concorrente afectados por uma alteração de circunstâncias: a margem de reacção concedida à entidade adjudicante é consideravelmente maior; a tutela legal do concorrente surpreendido por um evento superveniente é mais deficiente ou incompleta, e pode obrigar o intérprete a lançar mão de princípios com assento constitucional que suprem lacunas detectadas no texto legal.

3. Posição da *Entidade Adjudicante* perante uma alteração de circunstâncias

Critério relevante para a definição da margem de flexibilidade de que a entidade adjudicante dispõe para reagir a uma alteração de circunstâncias é *cronológico*: o momento de fronteira a partir do qual a sua possibilidade de reacção é drasticamente reduzida (embora nunca totalmente eliminada) é o *termo do prazo para apresentação das propostas*.

3.1 Até ao termo do prazo para apresentação das propostas, a obrigação de estabilidade das peças do procedimento é praticamente dispensada pela lei. Visto que, nos termos previstos no artigo 137.º, o concorrente pode, até àquela data-limite, retirar e substituir a sua proposta o número de vezes que entender, a probabilidade de uma modificação das peças do procedimento violentar as expectativas do concorrente é muito diminuta, porque ele pode, com facilidade, refazer a sua proposta para adequá-la às novas peças.

Daí que o *leque de possibilidades* conferido pela lei para que a entidade adjudicante modifique as suas peças seja muito vasto:

- a) Até ao termo do segundo terço do prazo de apresentação das propostas, a entidade adjudicante dispõe da possibilidade de realizar meros esclarecimentos em resposta a pedidos dos interessados ou por sua própria iniciativa (artigo 50.º), apenas carecendo de prorrogar aquele prazo, pelo período correspondente ao atraso verificado, se o esclarecimento for prestado no último terço do prazo (artigo 64.º, n.º 1);
- b) Mas a lei equipara o regime de prestação de esclarecimentos ao regime de realização de rectificações (de aspectos menores ou formais), durante o mesmo prazo, pelo que esse meio pode ser usado para reagir a uma alteração de circunstâncias que não afecta drasticamente as peças do procedimento (artigo 50.º, n.º 3);
- c) O artigo 61.º confere ainda à entidade adjudicante a faculdade de introduzir modificações nas peças do procedimento em resposta a erros e omissões detectados pelos interessados;
- d) Mais importante, o artigo 64.º, n.º 2, promovendo uma verdadeira revolução legislativa no contexto da tradição administrativa portuguesa, permite hoje a alteração de qualquer “aspecto fundamental das peças do procedimento” (o que inclui o preço base, o critério de adjudicação, etc.); a lei pressupõe que essa alteração não violentará as expectativas dos potenciais concorrentes porque eles recebem, no mínimo, um prazo igual ao inicial para refazerem a sua proposta.

Quanto a esta última alternativa, a lei concebe a alteração dos “aspectos fundamentais das peças do procedimento” com a latitude suficiente para tal meio ser usado tanto para corrigir erros das peças do procedimento como para modificar as mesmas peças em resposta a circunstâncias supervenientes e alheias à entidade adjudicante. Por essa via, a entidade adjudicante recebe, até ao termo do prazo para a apresentação das propostas, a margem de flexibilidade suficiente para adequar o procedimento aos novos elementos de facto e de direito afectados por uma alteração de circunstâncias.

3.2. A solução tem de ser totalmente diferente depois do termo do prazo da apresentação das propostas.

As propostas são abertas e conhecidas por todos os concorrentes e pela própria entidade adjudicante. Uma eventual modificação das peças do procedimento ocorreria num momento em que a entidade adjudicante ficaria sob um intolerável grau de suspeição, por ter a noção de quais os concorrentes beneficiados ou prejudicados por tal modificação. A lei não pode, por isso, conceder a faculdade de *aproveitar o procedimento* e apenas alterar as suas peças; pelo contrário, se uma alteração de circunstâncias realmente ocorrer, a única solução juridicamente aceitável é a de pôr fim ao procedimento.

3.2.1. Sucede que a possibilidade de pôr fim ao procedimento sem a adjudicação de qualquer proposta não pode estar sujeita a juízos de oportunidade da entidade adjudicante. A apreciação do impacto que um evento de alteração de circunstâncias possa ter sobre o interesse público depende de uma avaliação estritamente vinculada e, como tal, sindicável pelo Tribunal. Isto porque é aí relevante o *dever de adjudicação* previsto no artigo 76.º.

A ideia que este preceito expressa, ao configurar o acto de adjudicação como um *acto legalmente devido* – isto é, um acto que pode ter um *conteúdo* dependente de valorações administrativas, mas que é totalmente *vinculado quanto à sua emissão* –, remete o intérprete para o regime processual administrativo, viabilizando que o interessado em contratar lance mão da *acção de condenação à prática de um acto legalmente devido* para reagir contra a *omissão ilícita* (artigos 66.º e segs. do CPTA), o que inclui – logo nessa acção, sem se carecer sequer de

se esperar pela execução da sentença – a possibilidade de fixação de “sanção pecuniária compulsória destinada a prevenir o incumprimento” da entidade adjudicante (artigo 66.º, n.º 3).

3.2.2. Motivos para a imposição deste dever, com as sérias consequências processuais que lhe estão associadas: trata-se de uma resposta legislativa aos efeitos perniciosos de uma tradição nacional que supunha que a entidade adjudicante deveria dispor de um *poder exorbitante* para convidar os operadores económicos a apresentar propostas sem ficar vinculada a escolher uma delas.

Momento relevante de inversão dessa tradição: Acórdão do STA de 7 de Julho de 2005, tirado, aliás, no contexto de um quadro legal não tão claro como aquele que hoje resulta do artigo 76.º do CCP, sublinhando que a tese da existência de uma margem de livre apreciação da entidade adjudicante para escolher não adjudicar qualquer proposta, ainda quando tal possibilidade não violente a tutela da confiança dos concorrentes (por exemplo, por se inscrever antecipadamente no programa do procedimento a possibilidade de não adjudicar qualquer proposta), é, em qualquer caso, inoportável à luz do princípio da *legalidade administrativa*, na vertente (positiva) do princípio da *precedência de lei*.

Segundo essa vertente positiva, qualquer conduta administrativa, seja ela de tipo regulamentar, individual e concreta ou material, depende da habilitação por uma norma contida num acto sob forma de lei. Ainda que indirecta (sendo intermediada por um ou mais regulamentos), tal habilitação tem de existir: a concessão de qualquer poder decisório à Administração envolve sempre a fixação mínima em norma prévia dos elementos do acto que identifiquem e balizem o poder concedido. No próprio início do procedimento de contratação pública, a decisão de contratar obedece ao princípio da precedência da lei, sendo juridicamente válida somente quando praticada pelo órgão cuja competência é identificada por norma prévia. O mesmo sucede com uma decisão de não adjudicação: como esclarece o artigo 80.º, n.º 1, do CCP, ela consiste num (novo) acto administrativo, de tipo revogatório, visto que contraria os efeitos do acto inicial pelo qual se tomou a decisão de contratar. Logo, continua sujeita ao mesmo princípio da precedência da lei a que também se sujeitou a decisão inicial: “a decisão de não adjudicar por razões alheias às propostas dos concorrentes obedece aos mesmos parâmetros de legalidade da decisão ou deliberação de contratar, visto que constitui um seu acto suspensivo ou revogatório”, pois a Administração revela “um novo exercício do poder manifestado no acto inicial ou propulsivo do procedimento pré-contratual, agora com natureza negativa”¹.

A decisão de não adjudicação depende, pois, da formulação de uma cláusula habilitante num acto sob forma de lei. E essa cláusula será uma das enumeradas no artigo 79.º do CCP, que, por isso, reveste um *carácter taxativo*: “A enumeração das causas de não adjudicação constante do art.º 79.º deve considerar-se exaustiva, não sendo admissível a consagração no Programa do Procedimento (PP) de outras causas de não adjudicação para além das previstas na lei”². A invocação de uma causa adicional é violadora do princípio da legalidade administrativa, na vertente da precedência de lei.

¹ Cfr. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 699 e 703.

² Cfr. Acórdão do Tribunal de Contas n.º 30/2010. Também num sentido compatível com a regra de taxatividade das causas de não adjudicação, por justificar a decisão de não adjudicação num quadro de alteração de pressupostos por motivos financeiros (“razões de falência financeira do Estado”), que afectaram a própria viabilidade da manutenção do objecto do contrato, inscrevendo-se, por esse motivo, na alínea *d*) do n.º 1 do artigo 79.º do CCP (sem prejuízo da evidente emergência de um dever de indemnização, nos termos previstos no n.º 4 do mesmo artigo 79.º), cfr. Acórdão do TCAS de 19 de

Por conseguinte, a margem de flexibilidade da entidade adjudicante para reacção a alteração de circunstâncias reside, essencialmente, nas alíneas *c)* e *d)* do n.º 1 desse artigo 79.º.

3.2.3. Caso da alínea *c)*: pode concluir-se o procedimento com uma decisão de não adjudicação quando, “por circunstâncias imprevistas, seja necessário alterar aspectos fundamentais das peças do procedimento após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas”.

Trata-se do prolongamento do caso previsto no n.º 2 do artigo 64.º, num momento em que o prazo de apresentação das propostas já terminou e, por isso, as peças não podem ser alteradas sem que o procedimento seja *terminado e substituído por outro*. Por outras palavras, quando seja necessário proceder a uma alteração das peças do procedimento e o prazo de apresentação das propostas não tenha ainda findado, o n.º 2 do artigo 64.º oferece a solução que consiste na prorrogação desse prazo e na possibilidade de substituição de propostas já apresentadas; quando, pelo contrário, o prazo de apresentação de propostas já tenha findado, a única solução de que a entidade adjudicante dispõe consiste na conclusão do procedimento com uma decisão de não adjudicação, fundamentando expressamente qual o evento que a conduz a alterar as peças do procedimento, e iniciando um novo procedimento que contemple a alteração pretendida.

Sem prejuízo do dever de indemnização aos concorrentes pelos encargos em que incorreram com a elaboração das propostas (artigo 79.º, n.º 4), o recurso àquele alínea *c)* também pressupõe o cumprimento de uma obrigação adicional: o lançamento de um novo procedimento no prazo de seis meses a contar da decisão de não adjudicação (artigo 79.º, n.º 3). Trata-se aí do mecanismo destinado a garantir que a alínea *c)* não é invocada em fraude à lei: procura-se evitar que se alegue a necessidade de alterar as peças do procedimento apenas como pretexto destinado a contornar o dever de adjudicação, sem que se tenha a real intenção de dar início a um novo procedimento.

Logo, a ideia de que “é obrigatório dar início a um novo procedimento” remete novamente o intérprete para a presença de um acto legalmente devido, cuja omissão ilícita justifica o recurso a uma acção de condenação à prática do acto devido e à eventual imposição de sanções pecuniárias compulsórias.

Diga-se, ademais, que a proximidade entre o n.º 2 do artigo 64.º e a alínea *c)* do n.º 1 do artigo 79.º é tão clara que, oferecendo uma *nova faculdade*, o n.º 2 do artigo 80.º esclarece ainda que a entidade adjudicante pode escolher revogar a decisão de contratar e lançar um novo procedimento mesmo que o prazo de apresentação das propostas não tenha terminado. É que pode suceder que ela se depare com um erro ou que sofra um evento de alteração de circunstâncias que seja tão drástico que a obrigue a refazer completamente as peças, o que,

Dezembro de 2013 (Proc. 10298/13). Já em sentido contrário, sustentando a não taxatividade das causas de não adjudicação, cfr. Acórdão do TCAS de 10 de Outubro de 2013 (Proc. 10318/13). Antes, num sentido intermédio, aceitando a regra de redução das causas de não adjudicação àquelas que são taxativamente enumeradas no artigo 79.º, mas parecendo conferir uma excessiva latitude à entidade adjudicante na margem de avaliação da ocorrência de uma das circunstâncias supervenientes previstas na alínea *d)* do seu n.º 1 (“[...] constrangimentos de ordem técnica e financeira que vieram a impedir a adjudicação, e que relevam de *valorações próprias do poder discricionário, que o tribunal não pode sindicá-las*”), num entendimento aparentemente não compatível com a concepção do acto de adjudicação como acto legalmente devido (logo, tornando judicialmente sindicável a não adjudicação), nos termos previstos no artigo 76.º do CCP – aliás, estribando-se na jurisprudência do STA de 1999 mas não considerando a referida jurisprudência de 2005, que afastou a primeira e que inspirou a solução jurídico-positivamente acolhida no CCP em 2008 –, cfr. Acórdão do TCAS de 19 de Janeiro de 2012 (Proc. 08222/11).

por não poder ser feito num prazo curto, torna inviável o recurso à mera prorrogação de prazo prevista no n.º 2 do artigo 64.º, obrigando a lançar um novo procedimento.

Em suma:

- i) Até ao termo do prazo de apresentação das propostas, um evento de alteração de circunstâncias que obrigue à modificação das peças do procedimento permite a escolha entre duas opções: a) usar a faculdade prevista no n.º 2 do artigo 64.º para modificar as peças sem precisar de pôr fim ao procedimento, prorrogando apenas o prazo para apresentação das propostas; ou b) usar a faculdade prevista no n.º 2 do artigo 80.º para revogar a decisão de contratar e redigir as novas peças para um novo procedimento;
- ii) A partir do termo desse prazo, aquele evento de alteração de circunstâncias só deixa a opção de revogar a decisão de contratar (artigo 79.º, n.º 1, alínea c)).

3.2.4. Caso da alínea d):

Ocorrência de uma alteração de circunstâncias que faz perder o interesse em contratar da entidade adjudicante. Não se trata apenas de mudar as peças para contratar de forma diferente; antes, o interesse público que justificou a decisão de contratar obriga agora, após a alteração, a não contratar, pela perda de utilidade do contrato para a necessidade jurídico-pública que se tinha em vista³.

Uma tal perda do interesse em contratar só pode ser justificada por uma verdadeira *alteração dos pressupostos que haviam justificado a decisão de contratar*. De facto, o motivo que conduz a Entidade Adjudicante a retractar-se do seu apelo inicial ao mercado não pode resultar de uma mera *reavaliação subjectiva* das suas prioridades ou necessidades; isto é, não pode resultar de uma simples mudança de opinião quanto à bondade de celebrar o contrato.

O decisor deve realizar uma apreciação casuística para verificar se algum evento modificou os elementos de facto e de direito em que inicialmente se apoiou quando decidiu recorrer ao mercado; é essa alteração objectiva, e não uma mera mudança de opinião subjectiva – por exemplo, uma alteração de prioridades políticas em resultado de uma mudança de orientação política ou partidária – que pode permitir à entidade adjudicante interromper o procedimento.

No plano da alteração de circunstâncias que atingem os *pressupostos financeiros* de realização do contrato, é razoável que, após uma apreciação casuística, se conclua que um evento superveniente à decisão de contratar fez reduzir as disponibilidades orçamentais da entidade adjudicante. Mas não pode já estar coberta na causa de não adjudicação a circunstância de a entidade adjudicante lançar um *procedimento condicional*, num momento em que ainda não dispõe de fundos para executar o contrato, dando já início ao procedimento na expectativa ou na condição de que venha a receber um financiamento que ainda não está garantido. A eventual conclusão de que o financiamento não estará disponível não poderá, no futuro, ser invocada pela entidade adjudicante como causa de não adjudicação: evidentemente, não existiu qualquer alteração de circunstâncias, porque não houve qualquer pressuposto que se

³ Daí que a lei não tenha imposto neste caso a obrigação aplicável ao caso da alínea c): seria absurdo submeter agora a entidade adjudicante ao dever de iniciar um novo procedimento no prazo máximo de seis meses, quando se supõe que o interesse público não comporta sequer a celebração de qualquer contrato. Apenas se despoleta, pois, a obrigação prevista no n.º 4 do artigo 79.º: também aqui se exige que a entidade adjudicante *indemnize os concorrentes* cujas propostas não tenham sido excluídas pelos encargos em que comprovadamente incorreram com a sua elaboração.

verificasse ao tempo da decisão de contratar e que só deixasse de se verificar após tal decisão.

4. Casos de alteração de circunstâncias que afectam a decisão de contratar dos **concorrentes**

4.1. A lei recorre ao mesmo critério cronológico para delimitação das hipóteses de reacção dos concorrentes: *até ao termo do prazo de apresentação das propostas*, não existe sequer um problema jurídico quanto aos meios de reacção do concorrente a um evento de alteração de circunstâncias; a possibilidade de retirar a proposta (artigo 137.º) protege, só por si, a hipotética necessidade de o concorrente reponderar a decisão de participar no procedimento.

4.2. Em contraste, a tutela legal da expectativa do concorrente quanto aos pressupostos de facto e de direito que confiou tem-se revelado insuficiente quando a alteração de circunstâncias ocorre *depois do termo do prazo de apresentação das propostas*.

A proposta é considerada como declaração contratual vinculativa, que não pode já ser retirada: ao assumir uma declaração solene e formal, o concorrente obriga-se a manter a proposta pelo prazo indicado no programa do procedimento (prazo supletivo de 66 dias úteis, sem prorrogação, contados a partir da data do termo do prazo para a apresentação das propostas - artigo 65.º).

A proposta pressupõe que o concorrente:

- a) Toma conhecimento do convite a contratar que lhe foi dirigido pela entidade adjudicante (directamente a si ou através de anúncio);
- b) Toma conhecimento das específicas condições contratuais que a entidade adjudicante impõe como requisito para criar relação contratual (que constam do projecto de contrato do caderno de encargos);
- c) Considera essas condições suficientemente atractivas para decidir aceitar estabelecer uma relação contratual com a entidade adjudicante, pelo que apresenta também as suas próprias condições contratuais;
- d) Com isso, manifesta uma *vontade de contratar firme, séria e irrevogável*.

Problema jurídico com a insuficiência da tutela das expectativas do concorrente: exactamente como sucederia com a entidade adjudicante, também o concorrente pode sofrer um evento que altera o quadro de facto ou de direito em que se baseou para tomar a sua decisão de contratar, pelo que a ordem jurídica não pode comportar a ideia de impossibilidade - absoluta e sem excepções - de desvinculação de uma declaração contratual.

Quando o evento de alteração de circunstâncias ocorre após a celebração do contrato, a lei é inequívoca ao considerar a hipótese de o concorrente se desvincular (artigo 332.º, n.º 1, alínea a)). Mas nada impede que o mesmo evento ocorra *antes* da celebração do contrato, quando o concorrente pretende desvincular-se, não desse contrato que ainda não celebrou, mas da proposta contratual que a lei considera igualmente vinculativa.

Seria razoável alegar que um sujeito é legalmente autorizado a se desvincular de um contrato num caso excepcional de alteração de circunstâncias, mas que não dispõe de qualquer hipótese de desvinculação enquanto o contrato não foi celebrado? Poderia afirmar-se que uma proposta contratual é «mais vinculativa» e irrevogável do que o próprio contrato?

O artigo 332.º, n.º 1, alínea *a*), não corresponde a uma opção isolada do legislador no sistema jurídico; apenas contém a aplicação específica, em sede de execução do contrato, de *duas cláusulas concretizadoras* do princípio da boa fé que são susceptíveis de aplicação transversal em toda a ordem jurídica, no âmbito do Direito Público e do Direito Privado e no âmbito contratual ou pré-contratual.

- a) Para qualquer declaração negocial, a *clausula pacta sunt servanda* obriga qualquer sujeito de direito a cumprir o compromisso a que se submeteu;
- b) Mas essa cláusula pode ser afastada pela *clausula rebus sic stantibus*: a declaração negocial é o resultado de um conjunto de circunstâncias fácticas e jurídicas em que o declarante se baseou e pode ser revogada se tais circunstâncias são drasticamente alteradas. O princípio geral da boa fé não comporta a hipótese de uma parte ser excessivamente prejudicada ou ser levada à ruína por ficar obrigada a cumprir um compromisso a que aderiu num quadro de facto e de direito drasticamente distinto do actual.

Tanto o referido artigo 332.º, n.º 1, alínea *a*), como, de resto, o artigo 437.º do Código Civil representam meras concretizações, respectivamente, para a sede de execução dos contratos administrativos e para os contratos de direito privado de uma cláusula que, em razão do conteúdo dos princípios da boa fé, da tutela da confiança e da segurança jurídica – que a jurisdição constitucional afirma serem pacificamente retirados da ideia de Estado de Direito contida no artigo 2.º da Constituição (e concretizada ao âmbito da Administração Pública pelo artigo 266.º, n.º 2, da Lei Fundamental) –, exige aplicação transversal a todo o ordenamento jurídico e não depende de consagração específica numa norma legal.

Essa solução permite tutelar a posição do concorrente, mesmo após o termo do prazo de apresentação das propostas, e não obstante a obrigação prevista no artigo 65.º do CCP, perante um evento de alteração de circunstâncias.

5. Caso excepcional de alteração das circunstâncias **entre o acto de adjudicação e a outorga do contrato.**

Apesar da falta de resposta expressa da lei, a parte afectada dispõe das condições procedimentais para se abster de celebrar o contrato, libertando-se do compromisso contratual que não mais pode manter após a modificação do quadro de facto ou de direito em que vinha confiando.

5.1. No caso do **adjudicatário**, a lei determina *três momentos* procedimentais em que a sua acção é imprescindível para dar continuidade ao procedimento na sequência da adjudicação e permitir a celebração do contrato: *a*) apresentação dos documentos de habilitação (artigo 81.º); *b*) prestação da caução e de outros compromissos, se forem devidos (artigos 88.º e 92.º); *c*) comparência para a outorga do contrato, se este for reduzido a escrito (artigo 104.º).

No caso de alteração de circunstâncias, a pura abstenção do adjudicatário determina sempre a *caducidade da adjudicação*, afastando o compromisso a que estava sujeito: tal caducidade ocorre perante a falta de habilitação (artigo 86.º), a falta de prestação da caução ou de outros compromissos (artigos 91.º e 93.º) ou a falta de comparência para a outorga do contrato (artigo 105.º, n.º 1).

É claro que a lei prevê sanções associadas a essa caducidade da adjudicação, que incluem coimas e privações do direito de participar em qualquer procedimento pré-contratual

durante um período máximo de 2 anos (artigos 456.º a 460.º). Mas a sua aplicação depende de um procedimento contra-ordenacional, que decorre perante uma entidade terceira, supra-partes (o INCI ou a ASAE – artigo 461.º), distinta da própria entidade adjudicante (porque ela é parte interessada), sendo a essa entidade terceira que cabe garantir a aplicação analógica dos princípios de protecção do arguido em processo penal, cumprindo-lhe verificar não apenas a ocorrência do facto objectivo provocado pela abstenção do adjudicatário (a caducidade da adjudicação), mas também o facto subjectivo que pode justificar essa abstenção: cabe-lhe avaliar a culpa ou a censurabilidade da omissão do adjudicatário.

A demonstração da ocorrência da alteração de circunstâncias é justamente aquilo que afasta a culpa e, logo, a aplicação de qualquer sanção.

5.2. No caso da **entidade adjudicante**, é certo que os artigos 104.º e 105.º criam, tal como sucede com o dever de adjudicação, um novo dever de outorga do contrato, a cumprir num prazo específico, o que justifica a propositura de uma acção destinada a exigir judicialmente a celebração do contrato (artigo 105.º, n.º 4).

Mas o n.º 3 do artigo 105.º faz depender essa possibilidade da questão de saber se a abstenção da entidade adjudicante resulta de um *facto que lhe seja imputável*.

Ora, a demonstração da ocorrência de um evento de alteração de circunstâncias é, também aqui, o que permite afastar essa imputabilidade.

6. Desenvolvimentos adicionais sobre pontos específicos acima tratados:

6.1. Sobre o dever de adjudicação e a ocorrência de causas de não adjudicação, incluindo por modificação de pressupostos financeiros:

João Amaral e Almeida / Pedro Fernández Sánchez, “Abertura de Procedimento Pré-Contratual e Dever de Adjudicação”, in *Temas de Contratação Pública*, I, Coimbra Editora, Coimbra, págs. 275-289

6.2. Sobre a fundamentação excepcional do recurso a vias alternativas de tutela da posição do concorrente que sofre uma alteração de circunstâncias, nos casos em que a entidade adjudicante verifica que é preferível para o interesse público a continuação de um procedimento destinado à celebração de um contrato inadiável, operando-se a protecção do concorrente pela permissão de apresentação de uma versão final da proposta (apenas em procedimentos negociais) com condições financeiras inferiores às condições da sua versão inicial, em lugar de dar por terminado o procedimento e de permitir a mera desvinculação do concorrente:

Sérvulo Correia / Lino Torgal / Pedro Fernández Sánchez, “Alteração de Circunstâncias e Modificação de Propostas em Procedimentos de Contratação Pública”, in *Estudos de Contratação Pública* (org. Pedro Gonçalves), III, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 149-200