



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Os limites à subempregada de obras públicas

Francisca Florêncio Aires Jacinto Escola

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Os limites à subempregada de obras públicas

Francisca Florêncio Aires Jacinto Escola

Orientadora: Professora Doutora Raquel Carvalho

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

Agradecimentos

Aos meus pais, pelo apoio e amor incondicional, por me incentivarem a ser a melhor versão de mim mesma, por me encorajarem sempre a sonhar mais além e por me darem todas as condições para que possa ser tudo aquilo que quero e aspiro ser. Sem eles nada disto seria possível. São e serão sempre o melhor exemplo de mérito, esforço e dedicação que podia ter.

À minha irmã, por todos os dias me lembrar o meu lado solar, por me ensinar o verdadeiro significado de perseverança e resiliência, por me mostrar que nunca devemos desistir dos nossos sonhos e, acima de tudo, por acreditar em mim e por me incentivar, todos os dias, a confiar que sou capaz de tudo, basta eu querer.

Às minhas amigas, em especial à Ana e à Paula, por serem a minha “casa fora de casa”. Por serem as minhas amigas de todas as horas. Obrigada pelo apoio constante, por todos os conselhos, por terem sempre uma palavra bonita de encorajamento e de força. Por celebrarem as minhas vitórias como se fossem delas, por compartilharem as minhas alegrias e por nunca me deixarem sozinha nos momentos de maior adversidade.

Ao Francisco, cujo apoio incondicional, compreensão, paciência e amor foram fundamentais durante toda esta jornada. Por ter estado sempre do meu lado, por me ter dado a mão e por nunca me ter deixado desistir, mesmo nos momentos mais difíceis.

À minha orientadora, a Professora Doutora Raquel Carvalho, pela sábia condução nesta viagem, por toda a disponibilidade, atenção e cuidado que revelou em todas as etapas deste trabalho. O meu mais sincero obrigada, foi um privilégio enorme ter sido sua orientanda.

Resumo

Num panorama europeu favorável à promoção da concorrência, onde a subcontratação é o meio utilizado, por excelência, para prossecução deste objetivo, discute-se a admissibilidade da imposição de limitações legais e regulamentares a esta figura contratual, atendendo ao disposto no CCP e no DUE, já que este último parece não impor qualquer limitação ao recurso à subcontratação, no contrato de empreitada de obras públicas.

Percorrendo a linha jurisprudencial Nacional e Europeia, pretendemos refletir sobre o regime do CCP, procurando explorar a possível razão de ser destas restrições, no nosso ordenamento jurídico, à luz da argumentação apresentada pelos Tribunais e do defendido pela Doutrina. Nesta sequência, faremos uma exposição sobre as decisões mais recentes, em matéria de limites, debatendo o alinhamento do regime português com o Direito Europeu, de modo a procedermos, por fim, a uma análise da última alteração ao CCP e suas repercussões, que culminou na eliminação dos limites quantitativos à subempreitada de obras públicas.

Palavras-chave: Subcontratação; subempreitada de obras públicas; limites.

Abstract

In a European scenario favorable to the promotion of competition, where subcontracting is the means used, primarily, to achieve this goal, we discuss the admissibility of imposing legal and regulatory limitations on this contractual figure, considering the provisions of Public Procurement Code and the European Union Law, since the European law does not seem to impose any limitation for subcontracting in public works contracts.

Following the National and European case law, we will reflect on the regime of Public Procurement Code, exploring the possible reasons for these restrictions, in our legal system, taking into account the arguments presented by the Case Law and defended by the Doctrine. In this sequence, we will present the most recent Case Law, on this subject, discussing the alignment of the Portuguese regime with European Law, in order to proceed to an analysis of the latest amendment to the Public Procurement Code and its repercussions, which resulted in the elimination of quantitative limits on the subcontracting of public works.

Key words: Subcontracting; subcontracting of public works; limits.

Índice

INTRODUÇÃO	8
1. CONTRATO DE EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS	9
1.1 NA DIRETIVA 2014/24/UE	9
1.2 NO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS	10
2. MODIFICAÇÕES SUBJETIVAS: A SUBCONTRATAÇÃO	14
2.1 AS SUBEMPREITADAS	18
3. LIMITES À SUBEMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS	21
3.1 NA PARTE GERAL DO CCP: ART. 317.º E SEQUINTESS	22
3.2 LIMITES ESPECÍFICOS À SUBEMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS: ART.383.º, DO CCP	24
3.2.1 <i>Limites Qualitativos</i>	26
3.2.2 <i>Limites Quantitativos</i>	27
3.2.3 <i>Limites na Jurisprudência do TJUE: conformidade do CCP com o DUE</i>	28
3.2.4 <i>Limites na Jurisprudência do TdC</i>	36
4. A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DO DL N.º 54/2023: ELIMINAÇÃO COMPLETA DOS LIMITES À SUBEMPREITADA?	42
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47
JURISPRUDÊNCIA.....	49

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

art. – artigo

CEOP – Contrato de Empreitada de Obras Públicas

CC – Código Civil

CCP – Código dos Contratos Públicos

DL – Decreto-Lei

DUE – Direito da União Europeia

IMPIC – Instituto dos Mercados Públicos do Imobiliário e da Construção

PME – Pequenas e Médias Empresas

RJAC – Regime Jurídico da Atividade de Construção, aprovado pela Lei n.º 41/2015, de
3 de junho

RJEOP – Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas

TdC – Tribunal de Contas

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

Introdução

Esta dissertação tem como propósito a análise do regime jurídico das subempreitadas de obras públicas, em particular, em matéria de limites, face ao disposto na Diretiva 2014/24/UE e na Jurisprudência do TFUE e nacional, discutindo-se a compatibilização do regime do CCP com o DUE, já que este último parece não instituir qualquer restrição ao recurso à subcontratação. A escolha deveu-se à recente alteração ao CCP, através do DL n.º 54/2023, de 14 de julho, que procedeu à eliminação dos limites quantitativos, de modo a assegurar a total conformidade deste diploma legal com a legislação europeia¹.

Para melhor entendimento desta problemática, refletimos acerca da evolução do regime do CEOP, no Direito Europeu e no direito interno. De seguida, aludimos às modificações subjetivas do contrato administrativo, abrangendo, especificamente, a subcontratação e suas especificidades, fazendo referência, de igual modo, às subempreitadas, aquando da celebração de um CEOP.

Posteriormente, procedemos a uma análise extensiva dos limites quantitativos e qualitativos impostos, no regime geral e específico, à subempreitada de obras públicas, procurando encontrar e compreender os fundamentos que podem estar por detrás desta opção legislativa. Explorámos as decisões do TJUE e do TdC, em matéria de limites, confrontando as suas posições, com o previsto no regime português.

Por fim, debatemos a modificação ao CCP, nesta temática, procurando perceber quais as suas repercussões no nosso ordenamento jurídico e se, tal permitiu, conforme esperado, um “total alinhamento”² com o Direito Europeu.

¹ Especificamente, com a Diretiva 2014/24/UE, em matéria de contratos públicos.

² Preâmbulo do DL n.º 54/2023, de 14 de julho.

1. Contrato de Empreitada de Obras Públicas

1.1 Na Diretiva 2014/24/UE

Atendendo à génese e aos fins, compreende-se a preocupação que o Direito Europeu assume, em matéria de contratos públicos³, assistindo-se, desde 1971, a uma “progressiva europeização dos contratos públicos através de diversas diretivas”⁴ e a necessidade de criação de um mercado comum. Pedro Gonçalves refere ainda que

*o alcance e sentido dessa disciplina identificam-se com clareza: abertura da contratação abrangida à concorrência europeia, em concretização das liberdades (de circulação de mercadorias, de estabelecimento e de prestação de serviços) e dos princípios jurídicos fundamentais do direito europeu (igualdade de tratamento e não discriminação em razão de nacionalidade).*⁵

Fazendo uma breve resenha histórica da evolução do DUE, aludimos à Diretiva 71/305/CEE, de 26 de Julho de 1971, respeitante à coordenação dos procedimentos de adjudicação dos contratos de empreitadas de obras públicas, enquanto referência no desenvolvimento do Direito Europeu dos Contratos Públicos⁶, cuja codificação foi feita pela Diretiva 93/37/CEE, de 14 de junho de 1993. A esta regulamentação seguiram-se diversos Tratados e Acordos⁷, destacando-se o *Livro Verde sobre os Mercados Públicos*, de 1996, que procurou identificar e combater as deficiências presentes nas Diretivas em vigência, através da apresentação de propostas, que viriam a culminar na aprovação de duas novas Diretivas, a Diretiva 2004/18/CEE⁸ e a Diretiva 2004/17/CEE, de 31 de março de 2004⁹.

Ainda que a Diretiva 93/37/CEE tivesse estabelecido uma definição do CEOP¹⁰, foi a Diretiva 2004/18/CEE que instituiu a aceção mais próxima daquela que, atualmente, é tomada em consideração quando nos referimos a este tipo de contratos.

³ Gonçalves, 2023, p.35.

⁴ Lopes, 2014, p.25.

⁵ Gonçalves, 2023, p.35.

⁶ Lopes, 2014, p.29.

⁷ Destaca-se o Acordo sobre Contratos Públicos da OMC e o Tratado sobre o Espaço Económico Europeu, de 1994 (Lopes, 2014, p. 30).

⁸ Relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimentos e dos contratos públicos de serviços.

⁹ Lopes, 2014, pp.30–32.

¹⁰ Art.1.º, alínea a): “os contratos de empreitada de obras públicas são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, definida na alínea b), por outro, que tenham por objeto quer a execução quer conjuntamente a execução e conceção das obras relativas a uma das atividades referidas no anexo II ou de uma obra definida na alínea c), quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante.”

Assim, a alínea b), do n.º2, do art.1.º, da Diretiva 2004/18/CEE, determinava que os CEOP são “contratos públicos que têm por objeto quer a execução, quer conjuntamente a conceção e a execução, quer ainda a realização, por qualquer meio, de trabalhos relacionados com uma das atividades na aceção do Anexo I ou de uma obra que satisfaça as necessidades especificadas pela entidade adjudicante”¹¹, suprimindo o elemento “empreiteiro” desta designação, mas coincidindo, nos pontos basilares, com a definição determinada no CCP¹².

Finalmente, a Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro, revogou a regulamentação anteriormente exposta e determinou, no n.º6, do art.2.º, a noção de CEOP, para efeitos da Diretiva. Esta norma dispunha que se enquadravam nesta categoria os contratos públicos que tivessem por objeto a “execução ou conceção e execução conjuntas de obras relacionadas com uma das atividades na aceção do anexo I” (art.2.º, n.º6, alínea a)), a “execução ou a conceção e execução conjuntas de uma obra” (art.2.º, n.º6, alínea b)), ou a “realização, por qualquer meio, de uma obra que satisfaça as necessidades especificadas pela autoridade adjudicante que exerce uma influência decisiva sobre o tipo ou conceção da obra” (art.2.º, n.º6, alínea c)).

Acresce que, o n.º7 do mesmo preceito, clarifica o conceito de “obra”, definindo-a como o “resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinados a desempenhar, por si só, uma função económica ou técnica”.

1.2 No Código dos Contratos Públicos

A regulação do CEOP teve um papel fundamental na estruturação do regime dos Contratos Públicos¹³, espelhando a sua importância económica e jurídica¹⁴. A função que o poder público exerce na satisfação do interesse público, em particular, na concretização de infraestruturas de interesse geral, justifica o surgimento de um regime particular para as empreitadas de obras públicas¹⁵.

De forma breve, esta matéria começa a ter importância no séc. XIX, sendo, unicamente, regulada por cláusulas e condições gerais para as empreitadas e os

¹¹ Lopes, 2014, p.35.

¹² Lopes, 2010, p.348.

¹³ Raimundo, 2022, p.269.

¹⁴ Melo, 2012, p.443.

¹⁵ Albuquerque & Raimundo, 2013, p.219.

fornecimentos de obras públicas¹⁶ ¹⁷. O DL de 9 de maio de 1906 estabeleceu, pela primeira vez, algumas particularidades desta regulamentação, designadamente, no que concerne, não só ao seu regime substantivo, introduzindo, ainda, normas em matéria procedimental¹⁸. Não obstante, o desenvolvimento em setores como a tecnologia, a indústria e, em particular, no setor da construção, exigiu um regime mais robusto, o que conduziu à publicação do DL n.º 48871, de 19 de fevereiro de 1969¹⁹. Seguiu-se o DL n.º 235/86, de 18 de agosto, que instituiu uma reformulação no regime do contrato de empreitada, face à necessidade de inserir, na nossa ordem jurídica, as regras da concorrência dispostas nas Diretivas 71/304/CEE e 71/305/CEE, do Conselho de 26 de julho.

O diploma foi alterado várias vezes²⁰, sendo de realçar o DL n.º 59/99, de 2 de março, que aprovou o RJEOP, e vigorou até à aprovação do CCP²¹. No entanto, no que toca ao estabelecido no CCP, assistimos a um “emagrecimento” desta regulamentação²², na medida em que “não apenas se deteta um menor número de preceitos legais sobre a execução deste contrato, como também se constata uma compressão do universo de normativos de aplicação obrigatória pelas partes”²³, sendo de mencionar, por conseguinte, a existência de uma maior liberdade contratual comparativamente com o que acontecia com o regime do DL n.º 59/99²⁴.

Presentemente, o regime do CEOP encontra-se no capítulo I, do Título II, da Parte III, devendo ter-se em consideração a parte geral do regime substantivo dos contratos administrativos²⁵ ²⁶, ainda que, para total entendimento da globalidade do regime, seja necessário ter em conta alguma legislação avulsa²⁷ ²⁸.

¹⁶ Portaria de 8 de março de 1861, posteriormente revogada pela Portaria de 28 de abril de 1887.

¹⁷ Lopes, 2014, p.264.

¹⁸ Lopes, 2014, p.266.

¹⁹ Lopes, 2014, p.267.

²⁰ Especificamente, o DL n.º 320/90, de 15 de outubro, o DL n.º 405/93, de 10 de Dezembro, que viria revogar o DL n.º 235/86.

²¹ Através do DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

²² Melo, 2012, p.445.

²³ Melo, 2012, p.444.

²⁴ Melo, 2012, p.445.

²⁵ Cf. Capítulo I, Título I, da Parte III, do CCP.

²⁶ Melo, 2012, p.445.

²⁷ São exemplos o DL n.º 6/2004, referente ao regime de revisão dos preços dos CEOP, de obras particulares e de aquisição de bens e serviços; Lei n.º 41/2015, referente ao regime jurídico da atividade de construção (RJAC); Portaria n.º 372/2017, referente às regras e termos de apresentação dos documentos de habilitação do adjudicatário; DL n.º 73/2021, referente ao regime da revisão dos preços nas empreitadas de obras públicas.

²⁸ Raimundo, 2022, p.271.

A definição de Empreitada de Obras Públicas encontra-se no n.º1, do art. 343.º, do CCP: “contrato oneroso que tem por objeto quer a execução quer, conjuntamente, a conceção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na atividade de construção”, depreendendo-se a necessidade de atender às categorias e subcategorias previstas no Anexo I, do RJAC²⁹. Importa, de igual forma, aludir à necessidade do cumprimento dos pressupostos relativos à qualidade de empreiteiro, determinados nessa mesma lei³⁰. Destarte, Licínio Lopes alude ao facto da aceção agora prevista no CCP reproduzir, fundamentalmente, a prevista na legislação anterior, identificando como “traço estruturalmente marcante” deste contrato a “execução de uma obra pública por uma entidade particular legalmente habilitada, cabendo à Administração, na qualidade de beneficiária da obra, pagar o preço contratualmente ajustado”³¹.

Sintetizando, é possível estabelecer que o CEOP se constitui como um acordo, mediante o qual, um contraente público³², que passa a designar-se dono da obra, após a celebração do contrato, e um empreiteiro³³, estabelecem as condições da execução, ou conceção e execução, de uma obra pública, através do pagamento do respetivo preço³⁴.

Acresce que o n.º2, do art.343.º, do CCP, estabelece a noção de obra pública, como o “resultado de quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reabilitação, benefício e demolição de bens imóveis executados por conta de um contraente público”, enquanto elemento “materialmente constitutivo” do conceito de empreitada³⁵.

Atualmente, o art.280.º, do CCP fornece critérios para determinar a administratividade de um contrato, sendo a doutrina pacífica quanto à qualificação do CEOP como contrato administrativo³⁶, tratando-se de um “*contrato típico*”, designado pela nossa doutrina como “*contrato administrativo por determinação da lei*”³⁷.

No que respeita à qualificação de um contrato como CEOP, Pedro de Albuquerque e Miguel Assis Raimundo apontam para um critério orgânico ou subjetivo, extraído da junção da definição prevista no art.343.º com o determinado no art.3.º, do

²⁹ Regime definido na Lei n.º 41/2015.

³⁰ Cf. arts. 5.º a 16.º do RJAC.

³¹ Lopes, 2010, p.348.

³² Cf. art.3.º do CCP.

³³ Cf. art.3.º, alínea g), do RJAC.

³⁴ Melo, 2012, pp 446–447.

³⁵ Lopes, 2014, p.278.

³⁶ Cf. art.280, n.º1, alínea a), do CCP.

³⁷ Graça, 2022, p.83.

CCP, que apresenta como pressupostos cumulativos a “necessidade de existir no contrato de empreitada pelo menos uma das partes que possa ser classificada como “contraente público” e a “presença de uma “obra pública” no sentido da definição dada pelo art. 343.º/2 do Código dos Contratos Públicos”³⁸, acabando por concluir que, dado a definição de obra pública “totalmente neutra e descritiva” apresentada no n.º2, o pressuposto definidor do CEOP é a natureza pública de um dos outorgantes, não havendo qualquer diferenciação destas obras com as de direito privado com o mesmo objeto³⁹.

Partilhando a mesma visão, Gonçalo Tavares reitera esta perspetiva, afirmando que a empreitada de obras públicas deve ser executada “por conta (e no interesse) de um contraente público, na aceção do art.3.º (ou, se for o caso, do art.8.º), do Código”⁴⁰, incluindo-se, as entidades adjudicantes previstas no n.º1, do art.2.º, do CCP, as entidades do n.º2, do mesmo art. ou do art.7.º, quando o contrato for qualificado como administrativo ou se este for subordinado a um regime substantivo de direito público e, finalmente, as entidades, públicas ou privadas, que estejam no exercício de funções administrativas⁴¹. Ainda relativamente à natureza das partes no CEOP, Licínio Lopes adota um conceito mais amplo de contraente público, incluindo, não só as entidades mencionadas preliminarmente, mas, de igual modo, as entidades que não estão expressamente incluídas nos n.ºs 1 e 2, do art.2.º, nem no n.º2, do art.3.º, do CCP⁴².

O mesmo autor identifica como elemento fundamental do CEOP o conceito de obra pública⁴³, baseando-se no disposto no CCP, determinando que esta classificação deverá ter em consideração elementos subjetivos e objetivos, especificamente, a entidade que promove e por conta de quem é executada, o fim que pretende prosseguir com a obra, a natureza do respetivo financiamento e a espécie de trabalhos que envolve e na natureza do imóvel que constitui o seu objeto mediato⁴⁴.

Nesta sequência, Jorge Andrade da Silva propõe três elementos que permitem qualificar um contrato como empreitada de obras públicas, nomeadamente, um elemento material, que se materializa no objeto da empreitada, que deverá consistir numa “obra pública”, um elemento intencional, que se consubstancia no facto da

³⁸ Albuquerque & Raimundo, 2013, p.221.

³⁹ Albuquerque & Raimundo, 2013, p.221.

⁴⁰ Tavares, 2022, p.846.

⁴¹ Tavares, 2022, p.847.

⁴² Lopes, 2010, pp.353–358.

⁴³ Lopes, 2010, p.348.

⁴⁴ Lopes, 2014, pp.279–283.

construção da obra ter em vista a satisfação de uma finalidade de interesse coletivo e, por fim, um elemento pessoal, que implica que a adjudicação da obra deva ser feita por um contraente público⁴⁵.

Assim, da noção apresentada decorre que o objeto do CEOP é sempre uma intervenção sobre um bem imóvel, ao invés do que ocorre na empreitada civil⁴⁶. Desta forma, entende-se que, ainda que o CEOP tenha sempre por objeto bens imóveis, este irá sempre exigir, de igual modo, “aplicação de coisas móveis, quer para a construção dos imóveis, quer de trabalhos em coisas imóveis já existentes”⁴⁷. Na esteira de Licínio Lopes, surge a questão de saber se a prestação de coisas móveis em imóveis é parte integrante do CEOP, defendendo o mesmo que, apenas se a responsabilidade para a aquisição destes bens for da “entidade que executa a obra” é que estamos perante uma “obrigação integrante” deste contrato⁴⁸.

2. Modificações subjetivas: a Subcontratação

A matéria da modificação do contrato administrativo assume uma enorme relevância na contratação pública, sendo o poder de modificação unilateral dos contratos uma das prerrogativas fundamentais de que o contraente público dispõe. Esta temática tem vindo a ser discutida, não só no nosso ordenamento jurídico, mas também ao nível do Direito Europeu, já que, no decurso da execução de um contrato, este não permanece imutável, quer nos seus aspetos objetivos, quer nos subjetivos, podendo o contrato administrativo ser alvo de modificações objetivas, se disserem respeito ao seu conteúdo ou objeto, ou modificações subjetivas, quanto estiverem em causa as partes do contrato⁴⁹.

Releva mencionar, em especial, a importância das Diretivas de 2014⁵⁰ na medida em que, foi a primeira vez que o legislador europeu quebrou a tradicional separação, segundo a qual, a fase de formação de contratos era uma preocupação do Direito Europeu da contratação pública ao passo que, ao direito interno, cabia regular os aspetos relativos à fase de execução contratual dado que, algumas das questões levantadas,

⁴⁵ Silva, 2010, p.188.

⁴⁶ Raimundo, 2022, p.273.

⁴⁷ Lopes, 2014, p.276.

⁴⁸ Lopes, 2010, p.359.

⁴⁹ Sousa & Salgado, 2009, p.443.

⁵⁰ Diretiva n.º 2014/24/UE, referente aos contratos públicos; Diretiva n.º 2014/23/UE, referente à adjudicação de contratos de concessão; Diretiva n.º 2014/25/UE, referente aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da energia, dos transportes e dos serviços postais.

ocorridas nesta fase, poderiam ter efeitos significativos na concorrência de mercado nos contratos públicos⁵¹. Neste seguimento, o tema das modificações do contrato, quer objetivas quer subjetivas, foi fortemente traçado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça⁵², sendo defendido, em algumas destas decisões, que uma alteração ao contrato poderia “envolver uma nova adjudicação ou uma negociação dos termos do contrato inicial com impacto (retrospectivo) no próprio processo de seleção da proposta vencedora”⁵³.

Face ao exposto, e focando-nos, particularmente, na Diretiva n.º 2014/24/UE, esta coloca os dois tipos de alterações contratuais, na mesma disposição, especificamente no art.72.º, sob a epígrafe, modificação de contratos durante o período de vigência⁵⁴, distinguindo as modificações admissíveis, aquelas que, “sem necessidade de procedimentos especiais, podem ser introduzidas no decurso da execução de um contrato” e as modificações não admissíveis, que, apesar de substanciais, “não podem ser introduzidas, obrigando antes à adoção de um novo procedimento de contratação pública”⁵⁵. Neste sentido, Raquel Carvalho, partindo deste preceito, identifica, abstratamente, um conjunto de alterações, designadamente, as modificações não substanciais, que são admissíveis⁵⁶, as modificações substanciais admissíveis⁵⁷, as modificações substanciais proibidas⁵⁸ e as modificações permitidas em função do valor do contrato^{59 60}.

Neste sentido, importa sinalizar o *Ac. Priesstext*⁶¹, marco jurisprudencial inultrapassável na questão da modificação do contrato público, que se manifestou quanto à questão da admissibilidade da modificação subjetiva do contrato, conforme o Direito Europeu⁶². Em traços gerais, as Diretivas de 2014 pretenderam “acomodar o entendimento de que a alteração de um co-contratante num contrato público consubstancia a alteração de um dos seus elementos principais e pode envolver a

⁵¹ Brito, 2021, p.559.

⁵² Dias, 2016, p.16.

⁵³ Brito, 2021, p.559.

⁵⁴ Brito, 2021, p.557.

⁵⁵ Pereira & Machado, 2016, p.80.

⁵⁶ Modificações referentes à alínea e), do n.º1, do art.72.º, não substanciais, nos termos do n.º4, do art.72.º.

⁵⁷ Modificações referentes às alíneas a), b) e d), do n.º1, do art.72.º.

⁵⁸ Modificações que não cumpram o previsto nos n.ºs1 e 2, do art.72.º.

⁵⁹ Modificações referentes ao n.º2, do art.72.º.

⁶⁰ Carvalho, 2018, pp.111–112.

⁶¹ Processo C-454/06, de 19/6/2008.

⁶² Dias, 2016, p.16.

adjudicação de um novo contrato”⁶³, o que se pode compreender, igualmente, pela leitura conjunta dos Considerandos 107) e 110) da Diretiva 2014/24/UE.

Não obstante o dever do legislador nacional proceder à transposição dos art.71.º e art.72.º, n.º1, alínea d), Paulo Linhares Dias, entende que, apenas neste último preceito é que estão presentes as “verdadeiras modificações subjetivas” isto é, “a possibilidade de alteração do co-contratante, sem que isso represente, do ponto de vista do Direito Europeu, a necessidade de uma nova adjudicação”⁶⁴.

Ao nível do Direito Europeu, a respeito das modificações subjetivas, deixamos uma nota relativa à cessão da posição contratual, a subalínea i), da alínea d), do n.º1, do art.72.º, abrange esta modificação, que deve estar prevista numa cláusula de revisão ou opção inequívoca, consagrada no contrato.

Debruçando-nos sobre a subcontratação começamos por mencionar o Considerando 78), da Diretiva 2014/24/UE que reforça a ideia de que a possibilidade de recurso das PME aos contratos públicos incentiva a promoção da concorrência, objetivo este que é fundamental para o DUE⁶⁵. Reiteramos a relevância deste instituto para a “construção e efetivação de um mercado europeu da contratação pública, designadamente quando refere a possibilidade de os *operadores económicos* se unirem com o fito de poderem participar em procedimentos pré-contratuais que, *ab initio*, seriam impossíveis de aceder”⁶⁶, associando-se diversas vantagens, à subcontratação, tais como, a “cooperação entre os operadores económicos, o desenvolvimento da respetiva especialização técnica e da inovação da prática empresarial, o aumento da economicidade, da eficiência e da produtividade”⁶⁷.

Já a Diretiva 2004/18/UE previa, no seu art.25.º, a possibilidade de recorrer à subcontratação, podendo a entidade adjudicante requerer, ou ser obrigada por um Estado-membro a requerer, ao proponente, que indique na proposta a parte do contrato que pretende subcontratar e quais os subcontratantes escolhidos.

Atualmente, o art.71.º, reafirma, substancialmente, o disposto na Diretiva anterior, ainda que preveja algumas normas adicionais^{68 69}. A este propósito, afirma António Malheiro de Magalhães, que a disposição em análise, se estabelece como o

⁶³ Brito, 2021, p.561.

⁶⁴ Dias, 2016, p.14.

⁶⁵ Almeida Pinto, Garcia, & Dias Ribeiro, 2022, p.468.

⁶⁶ Graça, 2022, p.61.

⁶⁷ Matos, 2020a, p.138.

⁶⁸ Especificamente: “a) prevê que a autoridade adjudicante possa solicitar ou ser obrigada por um Estado-membro a solicitar ao proponente que a informe das suas intenções em matéria de subcontratação; b)

“núcleo essencial” do recorte jurídico da figura da subcontratação, prevista e regulada, no DUE, como um poderoso “instrumento”, imediato, em sede de contratação pública, seja na fase da procedimentalização adjudicatória, seja no momento da execução, bem como, em termos mediatos, da prossecução e concretização do interesse público, que, em última instância, aquela forma de atividade materialmente “administrativa”, desenvolvida tanto pelas “autoridades adjudicantes” como, em princípio, por “entidades adjudicantes”, se encontra teleologicamente adstrita a servir⁷⁰.

Relativamente ao regime previsto no CCP, o regime das modificações subjetivas agrega nos arts.316.º a 324.º⁷¹, a cessão da posição contratual e a subcontratação, enquanto modificações subjetivas, ainda que não lhes atribuindo essa denominação⁷², que parece ir ao encontro da ideia previamente mencionada, na medida em que, a subcontratação é “autonomizada” das restantes modificações do contrato dado que “não envolve a alteração de uma das partes do contrato, mas apenas a entrada de um colaborador do co-contratante, mantendo-se este último como integrante responsável pela execução do contrato perante o contraente público”⁷³. Importar salientar, quanto à figura da cessão contratual, que o CCP prevê esta figura nas normas antecipadamente referidas, sendo que, estamos perante a mesma, quando uma das partes transfere a posição que ocupa no contrato a um terceiro, que irá assumir, não só os direitos, mas também as obrigações atinentes ao contraente inicial, estando, tal como a subcontratação, sujeita aos limites previstos no art.317.º, do CCP.

Por conseguinte, o art.316.º, do CCP abarca um “princípio geral da admissibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação”, salvo estipulação em contrário ou, caso tal possibilidade seja excluída pela natureza “*intuitu personae*” do contrato administrativo⁷⁴. Na perspetiva de Paulo Linhares Dias, apenas as situações em que há uma substituição do co-contratante, como é o caso da cessão da posição contratual e os casos de alteração da estrutura societária, se configuram como uma modificação subjetiva, designando a subcontratação como uma “modificação

possibilita que, em certas condições a autoridade adjudicante transfira diretamente para o subcontratante os pagamentos devidos pelos serviços, fornecimentos ou obras prestados ao adjudicatário principal; c) dispõe que as autoridades adjudicantes podem verificar ou ser solicitadas pelos Estados-membros a verificar se existem motivos de exclusão dos subcontratantes por força do artigo 57º desta Diretiva, relativos, designadamente, à participação numa organização criminosa, à corrupção ou à fraude.”

⁶⁹ Almeida Pinto, Garcia, & Dias Ribeiro, 2022, p.46.

⁷⁰ Magalhães, 2016, p.32.

⁷¹ Cf. Capítulo VI, do Título I, da parte III, do CCP.

⁷² Brito, 2021, pp.557–558.

⁷³ Brito, 2021, p.558.

⁷⁴ Magalhães, 2016, pp.37–38.

subjetiva vertical”⁷⁵, já que “o contraente privado permanece no contrato e, mais do que isso, é o interlocutor central da autoridade adjudicante”⁷⁶. Por outro lado, António Malheiro de Magalhães, refere-se à figura da subcontratação como uma modificação subjetiva em “*sentido amplo*”, dado que existe, de igual forma, uma alteração ao nível dos sujeitos, porquanto “*do lado do co-contratante passam a crescer os sujeitos subcontratantes que vão realizar prestações do objeto “base” ou “principal”*”⁷⁷.

2.1 As Subempreitadas

A subempreitada e, particularmente, a subempreitada de obras públicas, não encontra uma regulamentação unitária, estando, a figura do subcontrato, regulada dispersamente, por diferentes diplomas⁷⁸. Compreende-se que esta, enquanto modificação subjetiva, pressuponha a existência de um subcontrato, sendo possível identificar uma definição do mesmo, tendo em consideração os “elementos comuns transversais aos diferentes tipos contratuais”⁷⁹.

Nas palavras de Pedro Martinez, o subcontrato constitui-se como o “negócio jurídico bilateral, pelo qual um dos sujeitos, parte em outro contrato, sem deste se desvincular e com base na posição jurídica que daí lhe advém, estipula com terceiro, quer a utilização, total ou parcial, de vantagens de que é titular, quer a execução total ou parcial, de prestações a que está adstrito”⁸⁰. Por conseguinte, depreende-se que o contrato de subempreitada constitui-se como um contrato derivado, adstrito a um contrato ulterior, o CEOP⁸¹, assinalando-se a existência de uma dependência funcional do primeiro em relação ao segundo⁸².

Ao nível do direito interno, deparamo-nos, tanto no Direito Civil, como no Direito dos Contratos Públicos, com duas definições distintas de contrato de subempreitada⁸³. Estabelece-se no art.1213.º, do CC, que o contrato de subempreitada é o “contrato pelo qual um terceiro se obriga para com o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou a parte dela”. Por outro lado, embora a aceção de subempreitada

⁷⁵ Dias, 2016, pp.14–15.

⁷⁶ Dias, 2016, p.14.

⁷⁷ Magalhães, 2016, p.30.

⁷⁸ Costa, 2022, p.11.

⁷⁹ Costa, 2022, p.11.

⁸⁰ Martinez, 2006, p.188.

⁸¹ Esquível, 2002, p.14.

⁸² Ac. Tribunal da Relação de Guimarães, de 23/11/2017, Proc. n.º 2876/14.5T8BRG.

⁸³ Esquível, 2002, p.15.

estivesse estipulada no RJEOP⁸⁴, o CCP não previu nenhuma definição expressa de subempreitada.

Destarte, em grosso modo, a subempreitada de obras públicas e a subempreitada de obras privadas “comungam e assentam em pressupostos idênticos” na medida em que, são ambas antecedidas de um contrato de empreitada e dependem, igualmente, da existência de um negócio jurídico posterior, dependente do primeiro contrato, o contrato de subempreitada⁸⁵.

Releva evidenciar que, os conceitos presentes nas duas regulamentações, apresentam campos de aplicação divergentes pelo que, o contrato de subempreitada de obras públicas só pode ser aplicado às situações em que esteja em causa um CEOP, do qual o primeiro provém, acontecendo exatamente o mesmo, relativamente ao contrato de subempreitada de obras privadas e o contrato de empreitada de obras privadas⁸⁶. Sumariamente, dado que “o objeto do contrato de subempreitada tem de coincidir, ainda que parcialmente, com o objeto do contrato principal do qual depende a sua existência, o campo de aplicação do primeiro acaba (...) por ser determinado pelo campo de aplicação do contrato principal”⁸⁷. Deste modo, o campo de aplicação do CEOP resulta da compatibilização dos dispostos nos n.ºs 1 e 2, do art.343.º, do CCP, só podendo o contrato prévio a um contrato de subempreitada de obras públicas, ser, logicamente, um CEOP.

Ao nível do Direito Europeu, embora a Diretiva 2014/24/UE mencione, no art.71.º, a figura da subcontratação, no âmbito do CEOP, não apresenta uma noção de subempreitada.

Consequentemente, surgem questões relativas à natureza jurídica do contrato de subempreitada, quando celebrado no âmbito de um CEOP. Como é sabido, estes dois contratos são “distintos e individualizados” pelo que, se entende que estes “não se fundem num único negócio jurídico”⁸⁸, ainda que estejam “funcionalmente ligados” entre si⁸⁹.

Em comentário ao RJEOP, Jorge Andrade da Silva afirmava que estaríamos perante “dois contratos de empreitada de natureza diferente: um de natureza pública,

⁸⁴ Cf. art. 266.º, n.º1, do RJEOP: “Para efeitos do presente diploma, subempreitada é o contrato de empreitada emergente, mediata ou imediatamente, de um contrato administrativo de empreitada de obras públicas”.

⁸⁵ Esquível, 2002, p.18.

⁸⁶ Esquível, 2002, p.16.

⁸⁷ Esquível, 2002, p.16.

⁸⁸ Martinez, 2007, p.374.

⁸⁹ Graça, 2022, p.84.

celebrado entre o dono da obra e o empreiteiro subcontratante; outro, de natureza privada, celebrado entre este público e o empreiteiro subcontratado”⁹⁰. Este defende que o

*facto das partes contratantes serem entidades privadas não é, só por si, motivo para estar afastar a possibilidade de estar perante um contrato de direito público. Mas também é verdade que do facto daquela regulamentação se inserir num diploma legal que tem por objeto um contrato público, não decorre, necessariamente, que aquele contrato de subempreitada passe a ser, só por isso, um contrato público, apesar de ter por objeto trabalhos inseridos numa empreitada de obras públicas.*⁹¹

No que se refere à natureza jurídica do CEOP, tal como já foi referido, aludimos ao facto de este ser qualificado como um contrato administrativo, “conclusão que decorre do disposto na al.a), do n.º1, do art.280.º, do CCP”⁹², encontrando-se, expressamente, previsto no art.343.º, do CCP. Neste sentido, parece-nos pertinente a questão colocada, quanto à coincidência de qualificação dos dois contratos como administrativos, na medida em que o contrato de subempreitada é celebrado na sequência de um CEOP⁹³.

Aprofundada a questão referente à relação estabelecida entre o empreiteiro e o subempreiteiro, no contexto de um contrato de subempreitada, este último assume a condição de “empreiteiro do empreiteiro”⁹⁴, designando-se este subcontrato como uma “empreitada de segunda mão”⁹⁵. Para além disso, a relação mencionada anteriormente é, “relativamente independente e autónoma” em relação ao vínculo estabelecido entre o dono da obra e o empreiteiro, no CEOP⁹⁶, associando-se, à subempreitada, o desenvolvimento de novas relações obrigacionais entre as partes do contrato, ao passo que, as relações já existentes entre o dono da obra e o empreiteiro se conservam⁹⁷.

João Filipe Graça considera pertinente fazer referência ao princípio da relatividade das relações obrigacionais⁹⁸, segundo o qual, “numa relação contratual, vinculam-se apenas pessoas determinadas (relação *inter partes*) que são os sujeitos da

⁹⁰ Silva, 2006, p.765.

⁹¹ Silva, 2006, p.763.

⁹² Graça, 2022, p.83.

⁹³ Graça, 2022, p.84.

⁹⁴ Martinez, 2006, p.36.

⁹⁵ Martinez, 2006, p.36.

⁹⁶ Graça, 2022, p.84.

⁹⁷ Lima & Antunes Varela, 1968 p.557.

⁹⁸ Cf. art.406.º, do CC.

relação obrigacional”⁹⁹, encontrando correspondência, no direito administrativo, no art.288.º, do CCP, onde se estipula o mesmo princípio, relativamente às relações contratuais administrativas¹⁰⁰. Assim, compreende-se que, no contrato de subempreitada, sendo o empreiteiro e o subempreiteiro os sujeitos desta relação, não exista qualquer vínculo contratual direto entre o subempreiteiro e o dono da obra¹⁰¹.

Ao argumento apresentado junta-se o facto de nos contratos de subempreitada, não estar implicado qualquer contraente público, na aceção do art.3.º, do CCP, sendo, por isso, defendido pela jurisprudência¹⁰², a impossibilidade de qualificação deste contrato enquanto contrato administrativo¹⁰³. Daqui João Filipe Graça conclui que a subempreitada deverá ser qualificada como um contrato de natureza privada, sustentando que

*a natureza administrativa do contrato de empreitada de obras públicas não se comunica ao contrato de subempreitada, desde logo por força do princípio da relatividade das relações obrigacionais, entendimento que não é alterado, mesmo nos casos em que existe uma remissão, prevista nos contratos de subempreitada, para a integração dos casos omissos, para as disposições que regulam o contrato de empreitada de obras públicas no CCP.*¹⁰⁴

3. Limites à Subempreitada de Obras Públicas

Estabelece o Considerando 1, da Diretiva 2014/24/UE, que a sua finalidade primordial, é assegurar, na adjudicação dos contratos públicos, o respeito pelos princípios determinados no TFUE, designadamente, os Princípios da Livre Circulação de Mercadorias, da Liberdade de Estabelecimento, da Livre Prestação de Serviços, bem com os princípios que resultam destes, tais como, os Princípios da Igualdade de Tratamento, do Reconhecimento Mútuo, da Não Discriminação, da Transparência e da Proporcionalidade, de maneira a garantir que os contratos públicos sejam abertos à concorrência. Compreende-se o destaque que o Princípio da Concorrência assume no Direito da Contratação Pública, reconhecendo-se, de igual modo, o impacto que a fixação de limites à subcontratação e, em particular, à subempreitada de obras públicas,

⁹⁹ Graça, 2022, p.84.

¹⁰⁰ Graça, 2022, p.85.

¹⁰¹ Graça, 2022, p.85.

¹⁰² Cf. Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, de 7/11/2013, Proc. n.º6385/04.2TVLSB.L2-6; Ac. Tribunal da Relação do Porto, de 30/5/2017, Proc. n.º108145/16.2YIPRT.P1; Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, de 20/2/2024, Proc. n.º17865/23.0YIPRT.C1.

¹⁰³ Graça, 2022, p.85.

¹⁰⁴ Graça, 2022, p.85.

poderá ter na concorrência, podendo culminar, em última instância, na restrição da mesma.

A concorrência configura-se como um “princípio cardinal” da contratação pública¹⁰⁵, constituindo-se como meio de materialização do princípio da “igualdade de chances e de tratamento dos operadores económicos” e da “economicidade na aplicação dos recursos públicos”¹⁰⁶.

O princípio da concorrência assente na “*primazia da igualdade*” impõe que todos os operadores económicos, aquando da adjudicação de um contrato público, tenham um tratamento igualitário, de modo que tenham acesso às mesmas condições jurídicas de participação num procedimento¹⁰⁷. Para Pedro Gonçalves este princípio “funciona como um cânone que adstringe a entidade adjudicante a adotar procedimentos de adjudicação abertos a todos os operadores económicos interessados (*igualdade de acesso*), impondo-lhe ainda a obrigação de tratar igualmente os participantes (*igualdade de tratamento*)”¹⁰⁸ aquilo que, a jurisprudência europeia, define como a imposição de “assegurar uma concorrência efetiva”¹⁰⁹.

No que concerne ao princípio da economicidade, tendo como pretensão a “*proteção do interesse público financeiro*”, este exige a “atribuição dos contratos em procedimentos abertos à concorrência”, sendo esta abertura “o ponto de partida para se alcançar o ‘best value for money’ ”¹¹⁰. Neste sentido, garantir uma concorrência efetiva “já não é apenas um dever resultante de uma vinculação ao princípio da igualdade, mas também uma exigência vinculada ao princípio da economicidade, da procura da melhor proposta e do melhor contrato”¹¹¹.

3.1 Na parte geral do CCP: art. 317.º e seguintes

Considerando a conexão do princípio da concorrência com a “efetivação de um mercado interno” enquanto “pano de fundo da política europeia da contratação pública”¹¹², depreende-se a necessidade de promoção do acesso das PME aos contratos

¹⁰⁵ Gonçalves, 2023, p.71.

¹⁰⁶ Gonçalves, 2023, p.74.

¹⁰⁷ Gonçalves, 2023, p.72.

¹⁰⁸ Gonçalves, 2023, p.72.

¹⁰⁹ Gonçalves, 2023, p.73.

¹¹⁰ Gonçalves, 2023, p.73.

¹¹¹ Gonçalves, 2023, p.74.

¹¹² Matos, 2020a, p.136.

públicos, sendo a subcontratação “um meio privilegiado de fomentar a participação nos contratos de elevado valor económico que se celebram no mercado europeu”¹¹³.

Neste sentido, parece-nos impossível abordar a matéria dos limites específicos da subempreitada de obras públicas sem revisitar o estabelecido no regime geral do CCP, no domínio das restrições subcontratação.

Assim, é de aludir ao art.317.º que, conjuntamente com os “*limites legais “absolutos” e expressos*”¹¹⁴ do art.316.º, dizem respeito às situações em que a subcontratação é vedada.

Primeiramente, a alínea a), do n.º1, do art.317.º, do CCP, estabelece a proibição do recurso à subcontratação “quando a escolha do cocontratante tenha sido determinada por ajuste direto”, procurando “dar resposta às prestações objeto do contrato concretamente em causa” escolhidas pelo procedimento de ajuste direto, configurando-se este “limite intuitivo quanto à limitação que impõe em matéria de subcontratação, porquanto essa se centra na infungibilidade do cocontratante, que motivou, por sua vez, a sua contratação individual”¹¹⁵. No que concerne às alíneas b) e c), do mesmo preceito, que encontram correspondência nos n.ºs 5 e 6, do art.71.º, da Diretiva 2014/24/UE, estas estabelecem uma restrição,

*não se permitindo que um operador que se encontrava legalmente impedido de celebrar o contrato em causa ou em relação ao qual se imputem, por hipótese – bastando, aparentemente, para o efeito (apenas) fortes indícios – práticas suscetíveis de falsear as regras de concorrência, possa vir a ter parte numa relação jurídico-contratual administrativa*¹¹⁶.

Finalmente, não podemos deixar de analisar o n.º4, do art.318.º, do CCP, que “mantém a porta aberta à possibilidade do contrato proibir a subcontratação de determinadas prestações contratuais ou de prestações cujo valor acumulado exceda uma percentagem do preço contratual¹¹⁷”, estando este preceito “de mãos dadas com a norma imediatamente subsequente”¹¹⁸, que estabelece que esta proibição não pode ter por efeito restringir, limitar ou falsear a concorrência assegurada pelo determinado no CCP, no que respeita à fase de execução dos contratos, nem pode, de igual modo, restringir a

¹¹³ Viana, 2007, p.506.

¹¹⁴ Magalhães, 2016, p.38.

¹¹⁵ Matos, 2020a, p.145.

¹¹⁶ Matos, 2020a, p.145.

¹¹⁷ Nobre, 2024, p.126.

¹¹⁸ Matos, 2020a, p.146.

possibilidade de recurso à capacidade técnica de terceiras entidades, que sejam determinantes para efeitos de qualificação do cocontratante.

A partir da leitura desta norma, e seguindo o ponto de vista de Sara Augusto de Matos, é legítimo questionar-nos se esta disposição poderá configurar uma faculdade genérica conferida, pela lei, às entidades adjudicantes. Nesta sequência, surge, conseqüentemente, a dúvida de como se poderá compatibilizar esta norma com o limite imposto no preceito subsequente, segundo o qual tal proibição não poderá ter como fim restringir, limitar ou falsear a concorrência já que, admitir a possibilidade de proibição do recurso à subcontratação pode ser entendida, por si só, como uma restrição à concorrência¹¹⁹. A autora referida anteriormente responde afirmativamente a esta questão, admitindo que o “legislador nacional conferiu uma *carta-branca* às entidades adjudicantes quanto à introdução de restrições à subcontratação”¹²⁰.

3.2 Limites específicos à Subempreitada de Obras Públicas: art.383.º, do CCP

Atualmente, é claro o papel essencial atribuído às subempreitadas de obras públicas nas políticas públicas de concorrência uma vez que, “permite abrir consideravelmente as portas a um universo de operadores económicos que, não fora esta possibilidade, se encontrariam irremediavelmente afastados da possibilidade de participação na execução de contratos de obras públicas de grande envergadura”¹²¹. Ademais, as medidas de combate à pandemia COVID-19 e a Guerra na Ucrânia, que levaram ao aumento dos custos das matérias-primas, bem como a constrangimentos no fornecimento das mesmas, indispensáveis na execução dos CEOP, afetaram, diretamente, o mercado de construção, agravando a crise e evidenciando a relevância da subcontratação¹²².

São apontadas inúmeras razões para fundamentar imposição de tetos máximos à subempreitada de obras públicas. Primordialmente, é associado a este setor de atividade uma incerteza e apreensão, em matéria de subcontratação, já que esta figura, quando utilizada de forma fraudulenta, pode configurar-se, tão simplesmente, como uma atividade especulativa¹²³, levando a

¹¹⁹ Matos, 2020a, p.146.

¹²⁰ Matos, 2020a, p.146.

¹²¹ Costa, 2022, p.12.

¹²² Costa, 2022, p.12.

¹²³ Costa, 2022, p.15.

*situações de subadjudicação total de trabalhos, com ganho de percentagens e sem qualquer “apport” por parte do contratante e as meras adjudicações de mão-de-obra, ou seja, a cedência de trabalhadores sem que isso corresponda a interesse económicos válidos. Bem pelo contrário, têm como objetivo defraudar a realidade dos preços, contribuindo para uma degradação das regras de sã concorrência*¹²⁴.

Neste sentido, compreende-se que a limitação do recurso à subempreitada de obras públicas esteja relacionada com a “utilização de mão-de-obra barata, sendo tal custo obtido através da violação de normas laborais e de direitos fundamentais”¹²⁵.

Numa outra perspetiva, a fixação deste limite quantitativo sustenta-se no princípio da execução pessoal dos contratos¹²⁶ e sua harmonização com a qualificação do CEOP enquanto contrato *intuiti personae*.

Relativamente à discussão quanto à qualificação do CEOP, Pedro Martinez sustenta que “a empreitada não é, na maior parte das vezes, considerada como contrato *intuiti personae*, porque o interesse do dono da obra é satisfeito desde que obtenha o resultado, independentemente da pessoa que o executa”¹²⁷. Por outro lado, Jorge Andrade da Silva, baseando-se no princípio da execução pessoal dos contratos, sustenta que a subempreitada configura-se como uma exceção à regra da execução contratual¹²⁸. Este afirma que a colocação de um limite à parte da obra sujeita a subempreitada pretende evitar que, tal como acontece noutros países, o empreiteiro possua apenas a função de “coordenar a atividade dos vários subempreiteiros que executam a obra”¹²⁹, o que poderá levar a um desvirtuamento da natureza *intuitu personae* do CEOP^{130 131}.

No ordenamento jurídico português, é no setor das empreitadas de obras públicas onde se observa a previsão das “restrições mais duras à subcontratação”¹³².

No que concerne aos normativos que regulam o contrato de subempreitada de obras públicas, é nos arts. 383.º a 386.º, do CCP, que se instituiu, contrariamente ao disposto no regime geral da subcontratação¹³³, um princípio de liberdade de

¹²⁴ Antunes & Costa Pouseiro, 2001, p.25.

¹²⁵ Matos, 2020a, p.149.

¹²⁶ Art.288.º, do CCP: “Sem prejuízo do disposto em matéria de cessão da posição contratual e de subcontratação, incumbe ao co-contratante a exata e pontual execução das prestações contratuais, em cumprimento do convencionado, não podendo este transmitir a terceiros as responsabilidades assumidas perante o contraente público”.

¹²⁷ Martinez, 2006, p.51.

¹²⁸ Silva, 2021 p.1013.

¹²⁹ Martinez, 1994, p.116–117.

¹³⁰ Silva, 2021, pp.1014–1015.

¹³¹ Francisca Costa corrobora este entendimento (Cf. Costa, 2022, p.14).

¹³² Matos, 2020a, p.147.

¹³³ Cf. art.319.º, n.º1, do CCP: “Na fase de execução do contrato é admitida a subcontratação desde que autorizada pelo contraente público.”

subempreitar, não se impondo a necessidade de aquisição de uma autorização prévia do dono da obra para a celebração de um contrato de subempreitada, ainda que este regime estabeleça, de igual modo, alguns limites a esta “*liberdade de subempreitar*”¹³⁴. É, especificamente, no art.383.º, do CCP que se encontra regulada a matéria dos limites às subempreitadas de obras públicas.

Cumprir referir que, através do DL n.º 54/2023, de 14 de julho, procedeu-se à alteração do CCP, em particular, em matéria de limites às subempreitadas de obras públicas, sendo que, para efeitos de organização, iremos abordar, primeiramente, os limites estipulados até à revisão, de modo a compreender a linha jurisprudencial nacional e europeia, que parecem estar na base desta alteração, para depois a explorarmos detalhadamente.

3.2.1 Limites Qualitativos

Até à aprovação do DL n.º 54/2023, os n.ºs 1 a 3, do art.383.º, do CCP, estipulavam limites qualitativos e quantitativos às subempreitadas de obras públicas “mediante o estabelecimento de causas de *impedimento* e a exigência de *requisitos mínimos de capacidade técnica e de capacidade financeira*, assim como *limites quantitativos* ao conjunto de prestações que podem ser objeto de subcontratação”¹³⁵.

Inclui-se, neste tipo de limites, a “exigência das habilitações adequadas à execução das prestações a executar”¹³⁶, presente nas alíneas a) e b), do n.º1, do art.383.º, do CCP. Esta disposição institui a obrigatoriedade das entidades que pretendam executar trabalhos como subempreiteiros deterem os certificados profissionais impostos por lei, designadamente, os alvarás de construção ou títulos de títulos e registos atestados pelo IMPIC.

Nesta sequência, importa fazer alusão ao RJAC, que define a subcontratação como “a entrega, mediante contrato, de uma empresa de construção a outra da execução dos trabalhos que lhe foram adjudicados pelo dono da obra”¹³⁷, devendo o seu regime ser harmonizado com esta Lei¹³⁸. Consequentemente, o art.20.º, deste diploma, restringe a possibilidade de subcontratação a “empresas de construção que estejam devidamente habilitadas para o exercício da atividade”, sendo, previamente, definido no art.5.º, que o

¹³⁴ Costa, 2022, p.13.

¹³⁵ Costa, 2022, p.11.

¹³⁶ Costa, 2022, p.13.

¹³⁷ Cf. art.3.º, alínea r), do RJAC.

¹³⁸ Graça, 2022, p.7.

exercício da atividade de empreiteiro de obras públicas depende de alvará ou certificado atribuído pelo IMPIC.

Ainda no que diz respeito a estes limites, importa fazer menção ao art.385.º, do CCP, em especial, ao n.º2, enquanto exceção à liberdade de subempreitar¹³⁹. Este preceito, contrariamente ao disposto no n.º1, da mesma norma, determina que, caso as particularidades das obras requeiram uma especial qualificação técnica do empreiteiro, o contrato pode sujeitar a subcontratação, na fase de execução contratual, a autorização prévia do dono a obra, sendo que, as peças de procedimento devem “especificar os trabalhos que revestem esta particular exigência técnica, fundamentando as razões da mesma, e apenas podendo a autorização do dono da obra ser recusada por razões ligadas à ausência de capacidade técnica do futuro subcontratado (sem prejuízo dos fundamentos previstos no art.386.º, n.º1)”¹⁴⁰. Acresce que, a fundamentação em causa deverá estar “intrinsecamente ligada às especificidades particulares do contrato de empreitada em causa, não se bastando com a mera exigência formal de fundamentação, mas antes requerendo a substanciação de um interesse público que seja sindicável externamente”¹⁴¹, sob pena da recusa de autorização não ser considerada.

3.2.2 Limites Quantitativos

Antes da revisão de 2023, o art.383.º, n.º2, previa uma restrição quantitativa, definindo, em termos abstratos, um limite enquanto “teto máximo”¹⁴² que o empreiteiro dispõe para subcontratar num CEOP. Assim, este preceito designava que “não pode o empreiteiro subcontratar prestações objeto do contrato de valor total superior a 75% do preço contratual, acrescido ou deduzido dos preços correspondentes aos trabalhos complementares ou a menos e à reposição do equilíbrio financeiro a que haja lugar no âmbito do contrato em causa.”

Cumpre-nos, desde já, proceder à compatibilização do n.º2, do art.383.º com o n.º4, do art.318.º, do CCP, aferindo-se que, o regime do contrato de subempreitadas de obras públicas, é mais restrito, em matéria de limites e sua extensão¹⁴³.

Decorrente da leitura destas normas, depreende-se que, o art.383.º, n.º2, é uma “norma eminentemente proibitiva, não sendo, por seu turno, a sua estatuição

¹³⁹ Costa, 2022, p.13.

¹⁴⁰ Costa, 2022, p.13.

¹⁴¹ Costa, 2022, p.13.

¹⁴² Costa, 2022, p.14.

¹⁴³ Matos, 2020a, p.149.

condicionada ao exercício da liberdade de estipulação dos contratantes¹⁴⁴”, contrariamente ao convencionado no regime geral, onde se estipula que “o contrato pode proibir”, dispondo as partes de liberdade contratual para dispor ou não tal restrição.

No que tange à imposição deste limite máximo, acrescido ou deduzido dos preços correspondentes aos trabalhos complementares ou a menos e à reposição do equilíbrio financeiro do respetivo contrato¹⁴⁵, Jorge Andrade da Silva admite que esta percentagem é “de todo aleatória¹⁴⁶”, admitindo Paulo Linhares Dias que a solução não é “boa”, tratando-se de um valor que “parece excessivo”¹⁴⁷.

Não obstante, “em sentido contrário ao sentimento (...) de “suspeição” face à subcontratação¹⁴⁸, foi surgindo a conceção que tal solução não seria viável, reputando-se a “supressão de um limite fixado abstratamente e sem nenhum fundamento de nexos causal com a empreitada cujas prestações se pretendia contratar, (...) pugnando pela liberdade de este ser fixado em cada caso, no caderno de encargos em função das especificidades da própria obra”¹⁴⁹.

Ainda que se compreenda a desconfiança espelhada no regime legal das subempreitadas de obras públicas, em matéria de limites, esta “dificilmente é consentida pelo direito da União Europeia”¹⁵⁰, na medida em que, desde logo, a Diretiva 2014/24/UE, no normativo referente à subcontratação¹⁵¹, nada refere sobre o estabelecimento de uma limitação quantitativa de valor dos trabalhos passíveis de serem objeto de subempreitada. Acresce que, levanta-se a dúvida relativamente à conciliação das disposições do CCP com o DUE e, em especial, atendendo à jurisprudência do TJUE, que iremos explorar em seguida, que tem vindo a debater, largamente, a restrição de limites percentuais à subempreitada de obras públicas.

3.2.3 Limites na Jurisprudência do TJUE: conformidade do CCP com o DUE

Tal como tem vindo a ser aludido, compreende-se que a finalidade de base das Diretivas Europeias da Contratação Pública, consubstancia-se na “necessidade de ser

¹⁴⁴ Matos, 2020a, p.148.

¹⁴⁵ Cf. art.383.º, n.º2, do CCP.

¹⁴⁶ Silva, 2021, p.1015.

¹⁴⁷ Dias, 2016, p.20.

¹⁴⁸ Costa, 2022, p.15.

¹⁴⁹ Costa, 2022, p.15.

¹⁵⁰ Matos, 2020a, p.150.

¹⁵¹ Art.71.º, da Diretiva 2014/14/UE.

assegurada a participação mais ampla possível dos concorrentes em concursos públicos¹⁵²”, sendo esta ideia concretizada no convencionado no n.º1, do art.63.º, da Diretiva 2014/24/UE¹⁵³, que estabelece a possibilidade de recorrer às capacidades de terceiros, sendo a subcontratação um dos meios utilizados, por excelência, para garantir a concretização desse propósito. A este respeito, Sara Augusto de Matos reitera que o “direito primário e derivado europeu apontam, inequivocamente (ainda que não de modo expresso), no sentido de que, apesar de estar rodeada de cautelas, a subcontratação deve ser incentivada”¹⁵⁴, sendo esta conclusão enfatizada pela jurisprudência europeia.

Importa referir, de novo, que o art.71.º, da Diretiva 2014/14/UE, “não faculta qualquer diretriz inequívoca quanto à extensão a conferir a este negócio jurídico, pelo que apenas uma interpretação sistemática à luz do Tratado e dos Princípios aí vertidos e, bem assim, de demais disposições da Diretiva, é possível ensaiar uma resposta”¹⁵⁵.

São várias as decisões da jurisprudência do TJUE dedicadas a esta temática já que, ainda que a Diretiva não estabeleça nenhuma limitação, são diversos os ordenamentos jurídicos que impõem, na sua legislação interna, restrições à mesma, tal como sucedia no CCP. Adiantamos, desde já que, o TJUE tem vindo a revelar-se “sucessiva e categoricamente contrário a restrições de limiar fixo e abstrato impostas pelos Estados-membros nas suas legislações internas”¹⁵⁶, reconhecendo que o recurso à capacidade de terceiros deve ser entendido como uma “regra geral” e um “direito”, que só deve ser limitado em circunstâncias excepcionais.¹⁵⁷

Uma das questões primordiais discutida na generalidade dos acórdãos, que têm por objeto os limites às subempreitadas de obras públicas, é a compatibilidade de disposições de direito interno, que fixam restrições quantitativas percentuais, de forma

¹⁵² Graça, 2022, p.77.

¹⁵³ Estabelece o art.63.º, n.º1, da Diretiva 2014/24/UE que “No que respeita aos critérios relativos à situação económica e financeira referidos no artigo 58.º, n.º3, e aos critérios relativos à capacidade técnica e profissional referidos no artigo 58.º, n.º4, um operador económico pode, se necessário e para um contrato determinado, recorrer às capacidades de outras entidades, independentemente da natureza jurídica do vínculo que tenha com elas. Porém, no que respeita aos critérios relativos às habilitações literárias e qualificações profissionais referidas no Anexo XII, Parte II, alínea f), ou à experiência profissional relevante, os operadores económicos só podem recorrer às capacidades de outras entidades quando estas últimas assegurem a execução de uma empreitada de obras ou o fornecimento de serviços para os quais são exigidas essas capacidades. Quando pretenda recorrer às capacidades de outras entidades, o operador económico deve provar à autoridade adjudicante que irá dispor dos recursos necessários, por exemplo através da apresentação de uma declaração de compromisso dessas entidades para o efeito.”

¹⁵⁴ Matos, 2020b, p.114.

¹⁵⁵ Matos, 2020b p.113.

¹⁵⁶ Costa, 2022, p.15.

¹⁵⁷ Caranta & Sanchez-Graells, p.761.

abstrata, à subcontratação, com o DUE, uma vez que, este “se mostra, em princípio, absolutamente favorável a um livre recurso à subcontratação em sede de execução de contratos públicos”¹⁵⁸. Por outro lado, o TJUE discute a admissão de limites qualitativos à subcontratação¹⁵⁹, surgindo, especificamente, uma questão quanto à restrição à subcontratação, relativamente às prestações que são entendidas pela entidade adjudicante como “essenciais” ou que se consideram “principais” na obra e que, por isso, segundo o princípio da execução pessoal, deveriam ser realizados pelo cocontratante.

À luz da Diretiva 2004/18/CE, é de aludir ao Ac. *Wroclaw*¹⁶⁰, no qual, no âmbito de um concurso limitado para a adjudicação de um contrato público, o caderno de encargos previa uma cláusula que determinava que “o operador económico deve executar, pelos seus próprios meios, no mínimo 25% dos trabalhos abrangidos pelo contrato”¹⁶¹, admitindo-se esta estipulação ao abrigo do Direito Polaco, que contém uma norma que admite que a entidade adjudicante pode definir qual a parte do contrato que não pode ser objeto de subcontratação¹⁶².

Neste sentido, debatia-se a admissibilidade de uma cláusula que impusesse uma restrição à subcontratação, face ao art.25.º, da Diretiva 2004/18/EU¹⁶³. O TJUE mencionou que, para além do preceito referido anteriormente, o art.48.º, n.º3, da mesma Diretiva¹⁶⁴ “consagra a possibilidade de os proponentes recorrerem à subcontratação para a execução de um contrato e isto, de forma, em princípio ilimitada”¹⁶⁵, tendo sido já sustentado, no Ac. *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigiano*¹⁶⁶, que a Diretiva em análise admite o recurso à subcontratação sem prever limites a esta figura. Em síntese, o Tribunal acabou por concluir pela admissibilidade de uma limitação quantitativa à subcontratação, sem “qualquer fundamento atendível (e devidamente justificado)”¹⁶⁷, imposta numa cláusula no caderno de encargos, devido à sua incompatibilidade com o Direito da União Europeia, justificando tal decisão no facto de “se tratar de um limite percentual fixado de forma abstrata e sem atender à possibilidade de verificação da

¹⁵⁸ Costa, 2022, p.16.

¹⁵⁹ Graça, 2022, p.67.

¹⁶⁰ Processo C-406/14, de 14/7/2016.

¹⁶¹ Cf. Parágrafo 17 do Ac. *Wroclaw*.

¹⁶² Cf. Parágrafo 13 do Ac. *Wroclaw*.

¹⁶³ Corresponde ao art.71.º, n.º2, da Diretiva 2014/24/UE, relativo à subcontratação.

¹⁶⁴ Corresponde ao art.63.º, da Diretiva 2014/24/UE, relativo ao recurso às capacidades de outras entidades.

¹⁶⁵ Matos, 2020a, p.129.

¹⁶⁶ Processo C-94/12, de 10/10/2013.

¹⁶⁷ Costa, 2022, p.16.

capacidade dos potenciais subcontratados ou à natureza porventura essencial das tarefas que não poderiam ser objeto de subcontratação”¹⁶⁸.

A questão aferida no Ac. *Wroclaw* já tinha sido, previamente, tratada no Ac. *Siemens e ARGE Telekom*¹⁶⁹, à data, de acordo com a Diretiva 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de dezembro de 1989¹⁷⁰. Nesta decisão, o TJUE concluiu, tendo em consideração que a Diretiva em causa não se opunha a uma “proibição ou uma restrição do recurso à subcontratação de partes essenciais do contrato quando, precisamente, a entidade adjudicante não pôde verificar as capacidades técnicas e económicas dos subcontratados no momento do exame das propostas e da seleção do proponente que apresentou a proposta mais vantajosa”¹⁷¹, que a subcontratação não pode ser limitada quando tenha havido hipótese de aferir as capacidades referidas¹⁷². Nesta sequência, Sara Augusto de Matos salienta que tal decisão evidenciou uma “funcionalização da proibição ou restrição do recurso à subcontratação para assegurar a execução (direta) pelo cocontratante de “*partes essenciais do contrato*”¹⁷³.

Numa perspetiva com contornos diferentes, embora ainda no âmbito dos limites à subcontratação, aludimos ao Ac. *Borta*¹⁷⁴, no qual, no âmbito de um processo de adjudicação de uma empreitada de obras públicas, que tinha por objeto a renovação dos cais do porto marítimo nacional de Klaipéda¹⁷⁵, se debate a compatibilidade do DUE com o art.24.º, n.º5, da lei dos contratos públicos da Lituânia, que estipula que, quando se recorra à subcontratação, num CEOP, o adjudicatário fica obrigado à realização da obra principal, delineada como tal pela entidade adjudicante. Atendendo ao facto de o contrato em análise apresentar um interesse transfronteiriço certo¹⁷⁶, a questão foi analisada, de acordo com os Princípios Gerais do TFUE, em particular, os arts. 49.º e 56.º, discutindo-se se a norma lituana não constitui um “entrave injustificado à

¹⁶⁸ Costa, 2022, p.15.

¹⁶⁹ Processo C-314/01, de 18/3/2004 no qual se discutia a admissibilidade, de acordo com o Direito da União Europeia, de uma cláusula que dispunha que a subcontratação de partes do contrato era unicamente autorizada até ao limite máximo de 30% e desde que o proponente ou grupo de proponentes conservasse as prestações características do contrato (cf. Parágrafo 16 do Ac. *Siemens e ARGE Telekom*).

¹⁷⁰ Diretiva que coordenava as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras de fornecimento, à data da decisão, com as alterações introduzidas pela Diretiva 92/50/CEE.

¹⁷¹ Cf. Parágrafo 45 do Ac. *Siemens e ARGE Telekom*.

¹⁷² Matos, 2020a, p.131.

¹⁷³ Matos, 2020a, p.131.

¹⁷⁴ Processo C-298/15, de 5/4/2017.

¹⁷⁵ Cf. Parágrafo 17, do Ac. *Borta*.

¹⁷⁶ Cf. Parágrafo 45, do Ac. *Borta*.

liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços”¹⁷⁷. O TJUE reiterou ainda que a subcontratação é suscetível de “favorecer o acesso das pequenas médias empresas aos contratos públicos”¹⁷⁸ e, uma vez que, o normativo de direito interno concreto impede os operadores económicos de “subcontratar a terceiros toda ou parte das obras qualificadas de “principais” pela entidade adjudicante ou oferecer os seus serviços enquanto subcontrates para essa parte das obras”¹⁷⁹, tal norma seria “suscetível de proibir, perturbar e tornar menos atrativa a participação de operadores económicos estabelecidos noutros Estados-Membros no processo de adjudicação ou na execução de um contrato público”¹⁸⁰. Em síntese, o TJUE entendeu que os artigos do TFUE em discussão “devem ser interpretados no sentido que se opõem a uma disposição de uma regulamentação nacional, como o art.24.º, n.º5, da lei dos contratos público, que prevê que, em caso de recurso a subcontratantes para a execução de um contrato de empreitada de obras públicas, o adjudicatário é obrigado a realizar ele próprio a obra principal definida como tal pela entidade adjudicante”¹⁸¹.

O Ac. *Borta* trouxe à colação o Princípio da Proporcionalidade, enquanto critério para avaliação da possibilidade de se admitirem restrições à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, “considerando que as mesmas se podem considerar justificadas caso prossigam interesses objetivos legítimos de interesse geral desde que respeitem o princípio da proporcionalidade”¹⁸². Deste modo, as normas de direito interno passíveis de perturbar, proibir ou tornar menos atrativa o exercício dessas liberdades fundamentais, devem cumprir quatro requisitos para, segundo o princípio a proporcionalidade, serem conformes o Direito da União, designadamente: “(i) aplicarem-se de modo discriminatório, (ii) justificarem-se por razões imperiosas de interesse geral, (iii) serem adequadas para garantir a realização do objetivo que prosseguem e (iv) não ultrapassarem o que é necessário para atingir esse objetivo”¹⁸³. Neste caso concreto, o Tribunal defendeu que, ainda que a execução correta da obra se constitua como um objetivo legítimo, a norma em causa “vai além do que é necessário para atingir (tal) objetivo”¹⁸⁴.

¹⁷⁷ Cf. Parágrafo 46, do Ac. *Borta*.

¹⁷⁸ Cf. Parágrafo 48, do Ac. *Borta*.

¹⁷⁹ Cf. Parágrafo 49, do Ac. *Borta*.

¹⁸⁰ Cf. Parágrafo 49, do Ac. *Borta*.

¹⁸¹ Cf. Parágrafo 61, do Ac. *Borta*.

¹⁸² Matos, 2020a, p.133.

¹⁸³ Matos, 2020b, pp.118–119.

¹⁸⁴ Cf. Parágrafos 53 e 54, do Ac. *Borta*.

O TJUE considerou que o art.24.º, n.º5, do Código dos Contratos Públicos da Lei Lituana, tinha um “carácter geral e abstrato”, não permitindo uma “apreciação caso a caso pela referida entidade, substanciando o que se reputou como uma “*proibição geral*””¹⁸⁵ dado que, este normativo proibia “genericamente o recurso à subcontratação para as obras qualificadas de principais pela entidade adjudicante”¹⁸⁶.

Não podíamos deixar de referir o Caso *Vitali Spa*¹⁸⁷, no qual, no contexto de um concurso limitado para a adjudicação de uma obra de ampliação numa autoestrada, a empresa *Vitali Spa* foi excluída do procedimento de adjudicação, por ter ultrapassado o limite de 30% em matéria de subcontratação, conforme estava disposto, em regulamentação interna, particularmente, no art.105.º, n.º2, do Decreto Legislativo n.º50/2016¹⁸⁸. Neste sentido, o Tribunal Italiano apresentou dúvidas quanto à compatibilidade dos arts.49.º e 56.º, do TFUE, o art.71.º da Diretiva 2014/24/UE e o Princípio da Proporcionalidade¹⁸⁹, com o limite quantitativo previsto no Direito Italiano, debatendo-se se os princípios de Direito da União, bem como a disposição da Diretiva, se opunham à aplicação da disposição em causa¹⁹⁰.

Neste caso, a decisão do TJUE teve, nitidamente, “influência da anterior jurisprudência do TJUE neste domínio”¹⁹¹, especificamente, do Ac. *Wroclaw*, aferindo-se que uma “restrição quantitativa do subcontrato já considerada incompatível com a Diretiva 2004/18/CE (...) também se afigura incompatível com a Diretiva 2014/24/UE”¹⁹². O TJUE veio a concluir que a Diretiva 2014/24/UE deve ser entendida “no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional (...) que limita a 30% a parte do contrato que o proponente pode subcontratar terceiros”¹⁹³, não se admitindo a introdução de limites quantitativos percentuais definidos de forma abstrata, sendo, ainda, de referir que

*não só a Diretiva 2014/24/UE (assim como a Diretiva 2004/18/UE) não prevê a possibilidade de se introduzirem restrições quantitativas à subcontratação de modo genérico, como resulta ainda do considerando (78) da primeira um princípio de incentivo a uma maior participação das pequenas e médias empresas (“PME”) nos contratos públicos, servindo a subcontratação como um meio para o efeito*¹⁹⁴.

¹⁸⁵ Matos, 2020a, p.133.

¹⁸⁶ Cf. Parágrafo 54, do Ac. *Borta*.

¹⁸⁷ Processo c-63/18, de 26/9/2019.

¹⁸⁸ Cf. Parágrafo 12, do Ac. *Vitali Spa*.

¹⁸⁹ Cf. Parágrafo 15, do Ac. *Vitali Spa*.

¹⁹⁰ Cf. Parágrafo 19, do Ac. *Vitali Spa*.

¹⁹¹ Matos, 2020a, p.127.

¹⁹² Matos, 2020a, p.128.

¹⁹³ Cf. Parágrafo 45, do Ac. *Vitali Spa*.

¹⁹⁴ Matos, 2020a, p.128.

O Caso *Vitali Spa* revelou-se fundamental para um melhor entendimento dos argumentos que podem servir de fundamento, aos Estados-Membros, para sustentar a legalidade das normas que impõem restrições à subcontratação. A este propósito, o Governo Italiano justifica tal limitação pelo facto da subcontratação se configurar como um instrumento para a “concretização de intenção criminosas”¹⁹⁵ pelo que, a luta contra o fenómeno de infiltração da criminalidade organizada nos contratos públicos devia ser considerado como um “objetivo legítimo suscetível de justificar a restrição das regras fundamentais e dos princípios gerais o Tratado FUE que se aplicam no âmbito dos procedimentos de adjudicação dos contratos enunciados”¹⁹⁶.

Recorrendo, mais uma vez, ao Princípio da Proporcionalidade, o TJUE admitiu que o argumento utilizado pelo Governo Italiano era válido, “tanto mais que tal objetivo se ancora em valores acolhidos pelo art.36.º do mesmo Tratado, entre os quais a ordem pública e a segurança pública”¹⁹⁷. Porém, o Tribunal julgou que a restrição em causa “vai além do que é necessário para alcançar esse objetivo”¹⁹⁸ dado que, tal como já se havia concluído no Ac. *Borta*, a proibição imposta, de forma geral e abstrata, aplica-se “independentemente do setor económico afetado pelo contrato em causa, da natureza da obra ou a identidade dos subcontratantes”¹⁹⁹, não sendo possível, igualmente, ser feita uma avaliação de cada caso, individualmente, pela entidade adjudicante.

Por fim, reportamos o Ac. *Tedeschi*²⁰⁰ que, além de corroborar a jurisprudência percorrida ao longo deste estudo, no que concerne às restrições à subcontratação, introduz, pela primeira vez, o “balanceamento” de determinadas condições sociais a atender no contexto da contratação pública²⁰¹. Este Ac. versa sobre um litígio, a propósito de um procedimento de concurso aberto para a adjudicação de um contrato público de serviços de limpeza, no qual o concorrente classificado em segundo lugar veio questionar a legalidade do ato de adjudicação atinente ao concurso, alegando que a parte do contrato que o adjudicatário pretendia subcontratar correspondia a mais de 30% do montante total do contrato, violando o disposto no Direito Italiano²⁰², afirmando

¹⁹⁵ Cf. Parágrafo 32, do Ac. *Vitali Spa*.

¹⁹⁶ Cf. Parágrafo 37, do Ac. *Vitali Spa*.

¹⁹⁷ Matos, 2020b, p.116.

¹⁹⁸ Cf. Parágrafo 38, do Ac. *Vitali Spa*.

¹⁹⁹ Cf. Parágrafo 40, do Ac. *Borta*.

²⁰⁰ Processo C-402/18, de 27/11/2019.

²⁰¹ Matos, 2020b, p.120.

²⁰² Cf. Parágrafo 14, do Ac. *Tedeschi*.

ainda que, a proposta aceite contrariava, de igual forma, a regulamentação italiana²⁰³ na medida em que, tinha admitido que a “remuneração das empresas subcontratadas fosse inferior em mais de 20% em relação aos preços unitários que resultavam da adjudicação”²⁰⁴.

Neste contexto, tal como ocorreu em *Borta e Wroclaw*, discutiu-se a conformidade de uma norma de direito interno restritiva da subcontratação²⁰⁵ com o DUE, tendo-se concluído na linha do fixado em Jurisprudência anterior, reprovando-se a proibição do recurso à subcontratação “de forma geral e abstrata, por referência a uma percentagem fixa – isto é, *cega* – do valor do contrato em causa”²⁰⁶. Assim, afere-se a predominante objeção do TJUE à “generalidade, abstração e automatismo na aplicação”²⁰⁷ de preceitos como os retratados nas decisões apreciadas neste estudo.

A respeito da segunda questão, a restrição em causa é colocada de um prisma diferente, desde logo porque não se trata de uma limitação à parte do contrato que pode ser sujeita à subcontratação, como sucede nos restantes casos, mas sim de uma limitação referente à redução dos preços aos subcontratados, que, nos termos da lei interna, não poderia exceder os 20%. O Tribunal interpreta, novamente, tal limitação “centrando-se no respetivo carácter imperativo, e enfatizando a sua generalidade e abstração, à semelhança do que havia feito em sede da “*limitação dos 30%*”²⁰⁸.

Destarte, na decisão pesam diferentes ponderações de carácter social, referindo-se, por um lado, a já conhecida promoção das PME e o papel crucial da subcontratação na satisfação deste objetivo e, por outro, a proteção salarial dos operadores subcontratados²⁰⁹. Porém, o TJUE sustenta que, apesar da disposição poder ser favorável aos trabalhadores, a título imediato, poderia levar, futuramente, a um desencorajamento do recurso à subcontratação²¹⁰.

Assim, este considerou que tal limitação ia além do necessário para assegurar o objetivo da proteção dos trabalhadores²¹¹, aludindo a uma série de outras medidas não

²⁰³ Estabelecia o art.118.º, n.º4, do Decreto-Legislativo n.º163 que aprovou o Código dos Contratos de Empreitadas de Obras Públicas, dos Contratos Públicos de Fornecimento e de Serviços: “O adjudicatário deve praticar, relativamente às prestações adjudicadas em subcontratação, os mesmos preços unitários que resultam de adjudicação, sem poder aplicar reduções superiores a [20%]”.

²⁰⁴ Cf. Parágrafo 14, última parte, do Ac. *Tedeschi*.

²⁰⁵ Matos, 2020b, p.121.

²⁰⁶ Matos, 2020b, p.121.

²⁰⁷ Matos, 2020b, p.122.

²⁰⁸ Matos, 2020b, p.123.

²⁰⁹ Matos, 2020b, pp.124–125.

²¹⁰ Matos, 2020b, p.125.

²¹¹ Parágrafos 64 e 65, do Ac. *Tedeschi*.

tão restritivas adequadas à prossecução da mesma finalidade²¹². Concluindo, Sara Augusto de Matos sintetiza a fundamentação deste Ac., afirmando que o

*TJUE se revela apostado em arredar qualquer medida restritiva deste negócio jurídico que, embora fundada em objetivos legítimos, possa beliscar um outro objetivo, assimilado por este Tribunal a um bem maior, qual seja o de garantir a abertura dos contratos públicos à mais ampla concorrência possível*²¹³.

Mais recentemente, releva mencionar o Ac. *Caruter Srl contra S.R.R Messina Provincia SCpA e outros*²¹⁴ que, no contexto de um procedimento para a adjudicação, por lotes, de remoção, recolha e transporte de tratamento de resíduos sólidos urbanos²¹⁵, questiona a compatibilidade do DUE²¹⁶ com a conjugação das disposições que determinam a possibilidade de aproveitar as capacidades de terceiros integrados na associação temporária de empresas, desde que a empresa responsável por esta “cumpra a maioria dos requisitos de admissão e execute a maioria das prestações comparativamente aos outros operadores económicos”²¹⁷. Partindo do art.63.º, da Diretiva 2014/24/UE, o Tribunal afere que a regulamentação italiana propõe um “requisito mais rigoroso”²¹⁸ do que a Diretiva, que apenas concede à entidade adjudicante a faculdade de exigir que determinadas tarefas críticas sejam realizadas por um dos participantes do agrupamento de operadores económicos²¹⁹. Desta forma, uma norma que impõe que a empresa responsável pelo agrupamento efetue diretamente a maioria das tarefas “com exclusão de todas as outras empresas que nele participam”²²⁰ “vai para lá do permitido pela Diretiva”, contrariando o objetivo pelo DUE, nesta matéria, de assegurar a maior abertura possível da concorrência, promovendo a participação das PME²²¹.

3.2.4 Limites na Jurisprudência do TdC

Em oposição à visão exposta pelo TFUE, o TdC apresenta uma posição que merece a nossa apreciação e crítica, destacando-se, os Acórdãos n.º26/2020, de 30 de

²¹² Matos, 2020b, p.126.

²¹³ Matos, 2020b, p.128.

²¹⁴ Processo C-642/20, de 28/4/2022.

²¹⁵ Cf. Parágrafo 10, do Ac. *Caruter Srl*.

²¹⁶ Art.63.º, da Diretiva 2014/24/UE e arts. 49.º e 56.º, do TFUE.

²¹⁷ Cf. Parágrafo 10, do Ac. *Caruter Srl*.

²¹⁸ Parágrafo 37, do Ac. *Caruter Srl*.

²¹⁹ Cf. Parágrafos 36 e 37, do Ac. *Caruter Srl*.

²²⁰ Parágrafo 43, do Ac. *Caruter Srl*.

²²¹ Parágrafo 42, do Ac. *Caruter Srl*.

junho de 2020 e n.º8/2022, de 22 de fevereiro²²², nos quais, a desconfiança face à subcontratação, no âmbito do CEOP, funciona, novamente, como justificação à instituição de limites qualitativos e quantitativos às subempreitadas.

Em traços gerais, em ambos os casos, questiona-se, a viabilidade do aproveitamento da capacidade de terceiros, pelo adjudicatário, quando se recorre à subcontratação, interrogando-se, igualmente, acerca da possibilidade deste se socorrer de alvará ou certificado de empreiteiros de subcontratados, para efeitos de participação em procedimento e, posterior, execução da obra.

Em primeiro lugar, o Ac. n.º26/2020, em virtude da recusa de visto a um CEOP, designou dois tipos de limites à subcontratação, especificamente, um limite qualitativo associado à “legitimação técnica e profissional para adjudicar certos trabalhos e do recurso à habilitação de terceiros”²²³, que se consubstancia numa proibição do recurso à subcontratação do “núcleo central da empreitada traduzida nos trabalhos mais expressivos da mesma, quando a empresa adjudicatária não está habilitada para execução dos mesmos”²²⁴ e um limite quantitativo, cuja finalidade é “garantir que a empresa responsável pela execução da obra assegure, por meios próprios, a realização de, pelo menos, 25% dos trabalhos de empreitada”²²⁵, nos termos do n.º2, do art.383.º, do CCP.

Quanto ao limite qualitativo, o TdC recorre ao art.8.º, do RJAC, cuja estatuição fixa “sem prejuízo do disposto nos artigos 19.º e 20.º”, a exigência de a empresa de construção responsável pela obra ser detentora de habilitação, devendo possuir subcategoria em classe que cubra o valor global daquela, referente aos seus trabalhos mais expressivos. O Tribunal recorre à aceção dada pelo IMPIC, definindo este tipo de trabalhos como aqueles que “caracterizam a empreitada e determinam a sua natureza, correspondendo em geral ao valor mais elevado, no âmbito da mesma”²²⁶. Não obstante, importa dar conta que o IMPIC não detém competências regulamentares na contratação pública, configurando-se a escolha do Tribunal de recorrer à “densificação (...) do art.8.º, da lei n.º 41/2015, de 3 de junho (...) por via de uma interpretação avançada por uma entidade administrativa”²²⁷, no mínimo, original, sustentando João Filipe Graça,

²²² Mais recentemente, aludimos, ao Ac. do TdC n.º 4/2023, de 31/1/2023 que, na mesma matéria, reitera as conclusões apresentadas nos Ac. referenciados.

²²³ Parágrafo 2, do Sumário, do Ac. TdC n.º 8/2022.

²²⁴ Ponto 30, do Ac. do TdC n.º 26/2020.

²²⁵ Ponto 31, do Ac. do TdC n.º 26/2020.

²²⁶ Ponto 25, do Ac. do TdC n.º 26/2020.

²²⁷ Graça, 2022, p.65.

que a posição adotada pelo Tdc, “mais não corresponde (...) do que à subsunção ao conceito de “trabalhos/tarefas críticas”^{228 229}.

Acresce que o art.20.º, desta lei, estabelece regras, em matéria de subcontratação, prevendo a admissibilidade do recurso à subcontratação, bem como a possibilidade das empresas subcontratantes aproveitarem as habilitações das empresas subcontratadas. Posto isto, na sua argumentação, o Tribunal, considerando que da conjugação destes dois preceitos resulta um limite qualitativo, procede a uma “imaginativa interpretação”²³⁰ da mesma, afirmando que a intenção do legislador era estatuir que poderá haver recurso à subcontratação dos trabalhos mais expressivos da obra pela empresa responsável, desde que esta detenha habilitação para a sua execução²³¹.

No que respeita aos limites quantitativos, afirma o TdC que o objetivo do preceito do CCP²³², que determina que apenas se pode subcontratar até 75% dos trabalhos da empreitada, é evitar que o empreiteiro assuma o papel de “mero intermediário ou prestador de serviços e não como um verdadeiro empreiteiro, o que poria em causa o princípio do *intuitus personae* associado à execução de empreitadas de obras públicas”²³³.

Neste Ac., aludiu-se, de igual forma, ao convencionado na Portaria n.º 372/2017, de 14 de dezembro, mormente, o art.3.º, n.º2²³⁴, assumindo o TdC que a possibilidade de aproveitamento, pelo subcontratante, das qualificações do subempreiteiro, “apenas vale para os trabalhos de especialidades que complementam a empreitada, mas não para os trabalhos determinantes ou mais expressivos da mesma”²³⁵.

Em suma, o Tribunal inferiu que “a parte central da empreitada deve ser assegurada pelo empreiteiro principal, que é igualmente responsável perante a entidade adjudicante pela boa execução da totalidade do contrato”, podendo os trabalhos de especialidade “ser executados por outras empresas de construção, que assumem a posição de subempreiteiros no contrato”²³⁶.

²²⁸ Graça, 2022, p.66, nota de rodapé 13.

²²⁹ Cf. art.63.º, n.º2, da Diretiva 2014/24/UE.

²³⁰ Costa, 2022, p.18.

²³¹ Cf. Ponto 30, do Ac. do TdC n.º 26/2020.

²³² Art.383.º, n.º2, do CCP.

²³³ Ponto 31, do Ac. do TdC, n.º 26/2020.

²³⁴ Estabelece que: “Para efeitos de comprovação das habilitações referidas no número anterior, o adjudicatário pode socorrer-se dos alvarás ou certificados de empreiteiros de obras públicas de subcontratados, mediante a apresentação de declaração através da qual estes se comprometam, incondicionalmente, a executar os trabalhos correspondentes às habilitações constantes”.

²³⁵ Ponto 39, do Ac. do TdC n.º 26/2020.

²³⁶ Ponto 41, do Ac. do TdC n.º 26/2020.

Já no Ac. n.º8/2022, no âmbito de um processo de fiscalização prévia, debate-se a apresentação, por parte do adjudicatário, de alvará de subempreiteiro, ao invés de alvará próprio que cubra, no caso, o valor global das propostas para os vários lotes em questão²³⁷. Deste modo, o TdC reitera as premissas preliminarmente explanadas “tentando argumentar, porém, de forma mais profunda, uma justificação para a existência de *limites qualitativos* no que diz respeito à possibilidade de se socorrer a subempreiteiro para suprir a falta de habilitações, por parte do adjudicatário”²³⁸.

Fundamentalmente, a questão suscitada do Ac. foi facilmente solucionada, na medida em que o adjudicatário não dispunha de “habilitação com classe que cobrisse o valor global para cada lote”²³⁹ pelo que, não detendo alvará para a realização dos trabalhos mais expressivos, não poderia socorrer-se de alvará de subcontratado²⁴⁰, sendo “irrelevante que a adjudicatária e a subcontratada possuam as habilitações exigidas e necessárias para o desenvolvimento dos trabalhos especializados em função dos respetivos valores parcelares”²⁴¹.

Entendendo-se a importância dos requisitos de capacidade técnica e financeira na participação num concurso público, enquanto meio de “assegurar que apenas apresentarão proposta idónea as entidades que beneficiem de um conjunto de situações, qualidades, características ou outros elementos de facto que, à partida, garantam uma adequada execução do contrato a celebrar”²⁴² e, sendo a habilitação “reveladora de uma determinada capacidade técnica (e em alguns casos, também financeira) do adjudicatário”²⁴³ pode parecer, à primeira vista, compreensível, o argumento utilizado pelo TdC quando admite o direito de invocar as capacidades de outras entidades²⁴⁴ de forma não ilimitada, “sob pena de colocar em causa as razões que ditam a necessidade de capacitação técnica e qualificação (*rectius*, habilitação) do cocontratante e a natureza *intuitu personae* do contrato de empreitada”²⁴⁵.

Para legitimar esta posição, o Tribunal invoca o art. 60.º, n.º4, do CCP, o art.3.º da Portaria n.º 372/2017, bem como os arts. 8.º e 20.º, do RJAC. Este procede à conciliação dos dois últimos preceitos, aferindo que se deduz, da sua leitura, que “deve

²³⁷ Graça, 2022, p.69.

²³⁸ Graça, 2022, p.69.

²³⁹ Ponto 19, do Ac. do TdC n.º 8/2022.

²⁴⁰ Cf. Pontos 17 e 18, do Ac. do TdC n.º 8/2022.

²⁴¹ Ponto 43, do Ac. do TdC n.º 8/2022.

²⁴² Ponto 23, do Ac. do TdC n.º 8/2022.

²⁴³ Ponto 29, do Ac. do TdC n.º 8/2022.

²⁴⁴ Cf. arts. 63.º e 71.º, da Diretiva 2014/24/UE e arts.168.º, n.º4 e 318.º, n.º5, do CCP.

²⁴⁵ Ponto 32, do Ac. do TdC n.º 8/2022.

ser exigida a subcategoria respeitante aos trabalhos mais expressivos”, devendo esta ser de classe que cubra o valor global da obra, exigindo-se “habilitação noutras classes e subcategorias relativas às restantes obra e trabalhos a executar”²⁴⁶, podendo, neste caso, haver aproveitamento das habilitações de terceiros, quando tenha havido recurso à subcontratação²⁴⁷.

Numa outra perspetiva, João Filipe Graça, afirma que uma interpretação adequada do art.8.º, deve ter como premissa que este preceito é uma “*preposição jurídica incompleta*”²⁴⁸, que institui que, “de acordo com a ressalva que nela mesma se estatui, essa regra aplica-se *sem prejuízo* do que se dispõe nos artigos 19.º e 20.º do mesmo diploma; a ressalva legal faz toda a diferença, e não pode naturalmente ser ignorada”²⁴⁹. No mesmo sentido, Batista Machado sustenta que a utilização do operador linguístico “sem prejuízo” é indicativa, em regra, “que a norma a que faz referência, seja ela anterior ou posterior, tem primazia sobre a que se vai enunciar ou que esta não afasta o regime daquela”²⁵⁰. Sucintamente, entende-se que a estatuição deste normativo

*apenas opera fora dos casos do disposto no artigo 19.º e no artigo 20.º, da mencionada lei. E isto porque o n.º3, do artigo 20.º, da Lei n. 41/2015, de 3 de junho, determina o direito de o adjudicatário aproveitar as habilitações detidas pelas empresas subcontratadas, pelo que esta regra impõe-se à do artigo 8.º, por remissão desta.*²⁵¹

Partindo do regime do CCP, Francisca Costa partilha esta opinião, rejeitando a interpretação referida, colocando dúvidas à força dos argumentos do TdC²⁵², apresentando, à consideração, a proibição disposta no n.º3 do art.383.º, do CCP, que estabelece como “derrogação à regra da limitação à possibilidade de subempreitar justamente o caso em que o empreiteiro necessita, para poder aceder a determinado procedimento pré-contratual, da capacidade técnica de terceiros”²⁵³. No mesmo sentido, João Filipe Graça refere uma “colisão inadmissível”²⁵⁴ entre a interpretação do art.8.º consubstanciada na jurisprudência do TdC e a regulamentação, em matéria de subcontratação no CEOP, reportando a um “princípio fundamental de contratação

²⁴⁶ Cf. Ponto 39, do Ac. do TdC n.º 8/2022.

²⁴⁷ Cf. Ponto 39, do Ac. do TdC n.º 8/2022.

²⁴⁸ Graça, 2022, p.72.

²⁴⁹ Gonçalves, 2023, p.656.

²⁵⁰ Batista Machado, 2012, p.107.

²⁵¹ Graça, 2022, p.73.

²⁵² Costa, 2022, p.19.

²⁵³ Costa, 2022, p.20.

²⁵⁴ Graça, 2022, p.74.

pública”²⁵⁵ que estabelece uma “proibição de restringir a participação de potenciais concorrentes por razões de limitações de habilitações”²⁵⁶. Baseando-se na correlação destes preceitos, concluiu pela possibilidade de recurso a alvará de subcontratado para suprir a falta deste, sem qualquer limitação, não havendo nenhuma exigência quanto à realização, pelo adjudicatário dos “trabalhos mais expressivos”, nem quanto à necessidade de este deter alvará de empreiteiro para a realização dos mesmos²⁵⁷.

O TdC vai mais além do discutido no primeiro Ac., questionando a compatibilidade da exigência deste “pressuposto de qualificação (habilitação) mínima ou essencial da entidade adjudicante”²⁵⁸ com o princípio da concorrência do Direito Europeu, particularmente, no disposto nos art.63.º e 71.º, da Diretiva 2014/24/UE²⁵⁹, trazendo, igualmente, à colação, o Ac. *Borta*. Partindo de algumas disposições da Diretiva de 2014²⁶⁰, em matéria de condições de habilitação técnica, profissional ou de atividade profissional, o Tribunal corrobora o seu juízo, assumindo a existência de “algumas cláusulas limitativas da liberdade contratual e de concorrência”²⁶¹, em matéria de habilitação técnica, profissional ou de atividade industrial, concluindo que o entendimento proferido

*não prejudica a faculdade de subcontratar nem a liberdade de concorrência, antes exige, na aludida ponderação legal e normativa, que as condições de habilitação genérica à prestação da atividade de construção civil e de obras públicas estejam reunidas pela adjudicatária como habilitação a contratar, sob pena de qualquer empresa sem a mínima especialidade e capacitação técnica se apresentar à contratação pública neste domínio, basta que apresente uma mera delegação nos créditos de habilitação alheios*²⁶².

No que respeita ao Ac. *Borta*, o Tribunal indica uma “diferença essencial”²⁶³ entre o caso em análise e a decisão do TJUE, na medida em que, neste último, a lei interna proíbe a subcontratação da parte “principal” da obra, tendo sido considerada contrária ao DUE, violando os arts. 49.º e 56.º, do TFUE e, no caso do TdC, ainda que haja uma exigência de qualificação para os trabalhos mais expressivos, “o adjudicatário continua livre de subcontratar a execução da obra que lhe foi adjudicada, mesmo na parte

²⁵⁵ Através da conjugação do n.º2, do art.81.º, do n.º3, do art.383.º, do n.º5, do art.318.º, do CCP, com o n.º2, do art.3.º, da Portaria 372/2017 e com o n.º3. do art.20.º, do RJAC.

²⁵⁶ Graça, 2022, pp.75–76.

²⁵⁷ Graça, 2022, p.76.

²⁵⁸ Ponto 44, do Ac. do TdC n.º 8/2022.

²⁵⁹ Ponto 45, do Ac. do TdC n.º 8/2022.

²⁶⁰ Tais como, art.27.º, n.º1, art.58.º, n.ºs1, 2 e 4, art.60.º, n.º1 e art.63.º, n.ºs1 e 2, da Diretiva 2014/24/UE.

²⁶¹ Ponto 47, do Ac. do TdC n.º 8/2022.

²⁶² Ponto 52, do Ac. do TdC n.º 8/2022.

²⁶³ Ponto 56, do Ac. do TdC n.º 8/2022.

correspondente”²⁶⁴ a estes trabalhos, concluindo que, contrariamente ao que sucede em *Borta*, tal não se configura como uma limitação injustificada²⁶⁵.

No entanto, João Filipe Graça considera que, atendendo à Jurisprudência do TJUE, a posição adotada pelo TdC é “profundamente contraditória e insustentável”²⁶⁶, subvertendo toda a “jurisprudência do TJUE que nega limitações à subcontratação com base em disposições nacionais gerais e abstratas, mesmo quando os argumentos para legitimar as referidas limitações são suportados na necessidade de combater corrupção, fraude e participação em organizações criminosas”²⁶⁷.

4. A alteração legislativa do DL n.º 54/2023: eliminação completa dos limites à subempreitada?

Foi através do DL n.º 54/2023, de 14 de julho, que se concretizou a 14.ª alteração ao CCP, procedendo-se a um alinhamento do regime geral da contratação pública, relativo às empreitadas de obras públicas, com a Diretiva 2014/24/UE e com o DUE, tendo a alteração incidido nos limites objetivos, destacando-se a eliminação do limite percentual dos n.ºs 2 e 3, do art.383.º, do CCP.

Assim, o regime da subcontratação no CEOP estabelecia um limite definido abstratamente, assente numa determinada percentagem, “independentemente da possibilidade de verificação da capacidade de qualquer (potencial) entidade subcontratada (subempreiteiro) e sem menção de ao carácter essencial das prestações em questão”²⁶⁸.

Depreende-se que, em matéria de extensão à subcontratação, o CCP não concedia orientações jurídicas claras ou, pelo menos, “num sentido unívoco quanto à latitude a emprestar à subcontratação”²⁶⁹. Ademais, atendendo à linha jurisprudencial expressa nas decisões do TJUE, bem como ao sustentado por alguma doutrina, em matéria de limites, compreende-se que se configurava “imperativa uma mudança de paradigma no regime do CCP dedicado à subcontratação”²⁷⁰.

²⁶⁴ Ponto 60, do Ac. do TdC n.º 8/2022.

²⁶⁵ Cf. Ponto 68, do Ac. do Tdc n.º 8/2022.

²⁶⁶ Graça, 2022, p.72.

²⁶⁷ Graça, 2022, p.80.

²⁶⁸ Matos, 2020a, p.151.

²⁶⁹ Matos, 2020b, p.113.

²⁷⁰ Matos, 2020a, p.151.

Por um lado, entende-se que a desconfiança associada a este negócio jurídico “partilhada entre múltiplos legisladores europeus”²⁷¹, que justifica a imposição de limites como forma de prevenção de “fenómenos de especulação, bem como de *dumping social*”²⁷², manifesta-se, quer através de previsão de imperativos de ordem pública, visando prevenir proliferação da criminalidade organizada, quer como “natural derivação”²⁷³ do princípio geral da execução pessoal dos contratos. No entanto, enfatizamos que o TJUE no Ac *Vitali Spa* decidiu-se pela inadmissibilidade de uma norma que impunha uma restrição à subcontratação de 30% do contrato e em *Wroclaw* considerou que uma restrição à subcontratação de 75% dos trabalhos incluídos no contrato, limite igual ao imposto no nosso regime, era desconforme o DUE²⁷⁴.

Neste seguimento, em relação aos limites assentes no regime geral, parece pertinente aludir a uma possível desconformidade com o DUE, da 2ª parte, do n.º4, do art.318.º, dado que estabelece uma limitação geral e abstrata, definida com base numa determinada percentagem do preço contratual, contrariando o sufragado nas várias decisões do TJUE, nesta temática²⁷⁵. No que tange à possibilidade de proibição de “determinadas prestações contratuais”²⁷⁶, esta pode encontrar justificação no art.63.º, da Diretiva 2014/24/UE, que impõe que algumas “tarefas críticas” sejam desempenhadas pelo cocontratante, competindo às entidades adjudicantes a especificação destas na fundamentação da restrição, devendo tratar-se de uma “descrição qualitativa das tarefas ou prestações críticas (...), atendendo ao respetivo conteúdo”²⁷⁷ e não numa “restrição percentual fixada de modo genérico e indiscriminado”²⁷⁸.

Nesta sequência, pode constatar-se que “bem diferente de uma limitação *taxativa* e *automática*, imposta pela lei de forma *transversal* a todos os contratos, como se previa no revogado n.º2, do art.383.º”²⁷⁹, o DUE e o CCP, admitem a estipulação de limites à subcontratação de toda ou parte da obra, nas peças do procedimento e no contrato, desde que, cumprindo o princípio da proporcionalidade, estes se reservem à prossecução de objetivos legítimos de interesse geral²⁸⁰.

²⁷¹ Matos, 2020a, p.124.

²⁷² Nobre, 2024, p.124.

²⁷³ Matos, 2020a, p.125.

²⁷⁴ Matos, 2020a, p.151.

²⁷⁵ Gonçalves, 2023, p.682.

²⁷⁶ Cf. art.318.º, n.º4, 1ª parte, do CCP.

²⁷⁷ Matos, 2020a, p.158.

²⁷⁸ Matos, 2020a, p.158.

²⁷⁹ Nobre, 2024, p.126.

²⁸⁰ Nobre, 2024, p.126.

Face à perspectiva do TdC pode questionar-se se a pretensão do legislador na eliminação do limite quantitativo à subcontratação, “não irá ser “consumida” pela posição do Tribunal sobre os “limites qualitativos”, que na prática vão acabar por impossibilitar uma subcontratação plena (...), quando o empreiteiro não seja “titular de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global da obra, respeitante aos trabalhos mais expressivos”²⁸¹.

Atendendo a esta Jurisprudência e, em virtude da revogação em análise, pode deduzir-se que “deixando de estar legalmente obrigado a realizar uma determinada percentagem das prestações objeto do contrato”²⁸², pode o empreiteiro subcontratar parte ou toda a obra, desde que este detenha habilitação para realizar os trabalhos mais expressivos. Nesta linha, a pretensão desta alteração centra-se na necessidade de concordância entre o sistema legal português e o DUE, suscitando-se a questão de saber se, a alteração em causa, vai excluir a aplicação dos limites efetivados pelo TdC²⁸³.

Márcio Nobre centra-se na questão da desconfiança face à subcontratação, e, em harmonia com o defendido, a respeito da inexistência de qualquer limite qualitativo, proveniente da interpretação do art.8.º e do art.20.º, do RJAC, refere que, a posição do Tribunal se sustenta na prossecução do seu objetivo fundamental de evitar práticas especulativas, advogando que, a supressão do limite de 75%, que permite, atualmente, a subcontratação total da obra, poderá levar a fenómenos de maior especulação, do que a eventualidade de uma entidade, não possuindo alvará para a execução dos trabalhos mais expressivos, subcontratar toda a empreitada, já que tal ocorre “por opção, e não porque necessita de recorrer a tal capacidade de outros operadores económicos para participar no procedimento”²⁸⁴.

Na esteira deste autor, extrai-se que, a eliminação do limite quantitativo, deve excluir, de igual forma, a subsistência do limite qualitativo, derivado da interpretação da conjugação dos preceitos do RJAC, feita pelo TdC, entendendo tal revogação como um “sinal muito claro”²⁸⁵ da rejeição de interpretações que possam colocar restrições ao acesso, aos contratos públicos, pelos operadores económicos.

²⁸¹ Graça, 2023, p.9.

²⁸² Nobre, 2024, p.127.

²⁸³ Nobre, 2024, p.127.

²⁸⁴ Nobre, 2024, p.128.

²⁸⁵ Nobre, 2024, p.128.

Conclusão

Concretizado este percurso, reconheceu-se a pertinência desta discussão, no escopo dos contratos públicos, para a total percepção da “margem de conformação contratual”²⁸⁶ detida pelas entidades adjudicantes, quanto à flexibilização e extensão admitidas à subcontratação, no CEOP, no nosso CCP, face ao fixado no DUE.

O DUE progrediu numa direção “favorável ao livre recurso à subcontratação”²⁸⁷, destacando-se isto na sua Jurisprudência, que se debruçou sobre problemáticas como o aproveitamento da capacidade de terceiros, a extensão do recurso à subcontratação, bem como a “sua *ratio* de promoção da concorrência”²⁸⁸. Assim, em traços gerais, afirmamos que o DUE segue “uma regra de tendencial *proibição da proibição à subcontratação*”²⁸⁹, através da “introdução de tetos à subcontratação, por referência a certa percentagem do preço contratual”²⁹⁰ e da faculdade conferida legalmente à entidade adjudicantes de proibir a subcontratação de determinadas prestações contratuais, tal como, estabelecido no n.º2, do art.383.º e no n.º4, do art.318.º, do CCP, considerando estas medidas restritivas da concorrência.

Ademais, esta discussão apela ao princípio da proporcionalidade, sendo de admitir alguns objetivos que podem legitimar a adoção de limites às subempreitadas, tais como a correta execução do contrato²⁹¹, devendo atender-se a elementos como o “setor económico afetado pelo contrato em causa, a natureza das obras e as qualificações dos subcontratantes”²⁹² na ponderação da admissibilidade das mesmas²⁹³. Outrossim, as restrições, se necessárias, não devem ser determinadas pelo legislador, mas pela entidade adjudicante, “à luz de um circunstancialismo específico e fundamentado (e já não de modo abstrato e indiscriminado)”²⁹⁴.

O regime português apresentava uma “intrínseca suspeição”²⁹⁵ que se espelhava na previsão destas restrições abstratas e automáticas, à subempreitada de obras públicas. Nesta sequência, depreende-se que a constante associação da subcontratação a fenómenos de corrupção ou especulação como justificação à estipulação de limites “é

²⁸⁶ Matos, 2020b, p.112.

²⁸⁷ Nobre, 2024, p.124.

²⁸⁸ Matos, 2020b, p.115.

²⁸⁹ Sanchez, 2023, p.7.

²⁹⁰ Matos, 2020b, p.118.

²⁹¹ Cf. Ac. *Borta*, Parágrafos 51–55.

²⁹² Ac. *Borta*, Parágrafo 55.

²⁹³ Matos, 2020a, pp.152–153.

²⁹⁴ Matos, 2020a, p.153.

²⁹⁵ Costa, 2022, p.23.

tentar equiparar, no ordenamento jurídico português, a existência de ocorrências vivenciadas por outros Estados-membros, mas que tantas vezes são objeto de crítica na Jurisprudência do TJUE²⁹⁶. Esta desconfiança parece não se justificar, pois já existem mecanismos implementados na contratação pública, que procuram resolver estas preocupações²⁹⁷, tais como a “possibilidade de exclusão de propostas (...) não sérias e incongruentes (...) com risco da incorreta ou deficiente execução do contrato”²⁹⁸, prevendo-se, desde logo, no regime geral²⁹⁹, a proibição de recurso à subcontratação quando haja fortes indícios desta provir de práticas suscetíveis de falsear a concorrência.

Atendendo à conceção europeia de defesa da máxima concorrência entre operadores económicos, e acompanhando a doutrina defensora da inexistência de um limite qualitativo à subempreitada, resultante dos arts.8.º e 20.º, do RJAC, entendemos que interpretações restritivas da jurisprudência como a expressada pelo TdC não devem obstaculizar o recurso favorável à subcontratação³⁰⁰.

Em suma, compreende-se a necessidade atinente à alteração de 2023, que procedeu à revogação do art.383.º, n.ºs 2 e 3, do CCP, a fim de garantir conformidade do CCP com o DUE, em matéria de limites. Apesar da posição do TdC, partilhamos a perspetiva de que a supressão do limite quantitativo confirma a intenção do legislador de afastar disposições que restrinjam a concorrência, excluindo a possibilidade de o Tribunal defender um limite qualitativo resultante da conjugação dos preceitos do RJAC previamente aludidos³⁰¹. No entanto, cremos que a restrição imposta no regime geral, no art.318.º, n.º4 do CCP, também poderia ter sido objeto de revisão³⁰² na medida em que, esta não se parece compaginar com a posição de rejeição geral do DUE à fixação de um limite percentual genérico às subempreitadas de obras públicas³⁰³.

²⁹⁶ Graça, 2022, p.69.

²⁹⁷ Costa, 2022, p.23.

²⁹⁸ Costa, 2022, p.23.

²⁹⁹ Art.317.º, n.º1, alínea c) do CCP.

³⁰⁰ Graça, 2022, p. 64.

³⁰¹ Nobre, 2024, p.128.

³⁰² Cf. Gonçalves, 2023, p.682.

³⁰³ Matos, 2020b, p.121.

Referências Bibliográficas

- Albuquerque, P., & Raimundo, M. (2013). *Direito das Obrigações - Contratos em Especial* (Vol. II). Edições Almedina.
- Almeida Pinto, E. de, Garcia, A. Á., & Dias Ribeiro, J. (2022). *Diretiva 2014/24/UE comentada e Transposição para o Código dos Contratos Públicos - Nótulas, Com Jurisprudência do TJUE*. Rei dos Livros.
- Antunes, J. M., & Costa Pouseiro, A. (2001). *Subempreitadas de obras públicas e subcontratação*. Quid Iuris.
- Batista Machado, J. (2012). *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 20ª Edição. Edições Almedina.
- Brito, M. L. (2021). Modificação subjetiva do contrato no CCP. In C. Amado Gomes, R. Pedro, M. Caldeira, & T. Serrão (Coord.) *Comentários ao Código dos Contratos Público*, Vol. II, 4ª Edição (pp. 557–596). AAFDL Editora.
- Caranta, R., & Sanchez-Graells, A. (ed.) (2021). *European Public Procurement*. Edward Elgar Publishing.
- Carvalho, R. (2018). Principais novidades do regime substantivo dos contratos – invalidades e modificações objetivas e subjetivas. *Ebook - “Coleção Formação Contínua” em Contratação Pública*.
- Costa, F. M. (2022). Os limites às subempreitadas ou as limitações do artigo 383.º do Código dos Contratos Públicos, *Revista de Direito Administrativo*, n.º especial 3, 11–23.
- Dias, P. L. (2016). A execução dos contratos da Diretiva 2014/24/UE. *Revista dos Contratos Públicos*, 12, 7–26.
- Esquível, J. L. (2002). *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas*. Edições Almedina.
- Garcia, A. Á., de Almeida Pinto, E., & Dias Ribeiro, J. (2022). *Diretiva 2014/24/UE comentada e Transposição para o Código dos Contratos Públicos - Nótulas, Com Jurisprudência do TJUE*.
- Gonçalves, P. (2023). *Direito dos Contratos Públicos*. Edições Almedina.

- Graça, J. F. (2022). *Comentários sobre Contratação Pública*. Edições Almedina.
- Graça, J. F. (2023). Fim das Limitações no Recurso às subempreitadas de Obras Públicas à luz da Jurisprudência do Tribunal de Contas?" *Newsletter, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação*, 17 (Julho 2023).
- Lima, P. de, & Antunes Varela, J. (1968). *Código Civil Anotado - Vol. II*. Coimbra Editora.
- Lopes, L. (2010). Alguns Aspectos do Contrato de Empreitada de Obras Públicas no Código dos Contratos Públicos. Em P. Gonçalves (Org.) *Estudos de Contratação Pública – II* (pp. 346–359). Coimbra Editora.
- Lopes, L. (2014). *O Contrato de Empreitada de Obras Públicas no Direito Europeu e no Direito Comparado*. In L. Lopes, *Empreitada de obras públicas – O modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público (em especial, o equilíbrio económico-financeiro)* (pp. 25–321). Coleção Teses de Doutoramento. Edições Almedina
- Magalhães, A. M. (2016). Traços essenciais do Regime Jurídico da Subcontratação contemplado nas "Novas" Diretivas da União Europeia sobre Contratação Pública - Notas Breves Acerca do Presente e do Futuro da "Subcontratação Pública" no Ordenamento Jurídico Interno. *Revista dos Contratos Públicos*, 12, 27–73.
- Martinez, P. R. (1994). *O contrato de empreitada*. Edições Almedina
- Martinez, P. R. (2006). *O subcontrato*. Edições Almedina.
- Martinez, P. R. (2007). *Direito das obrigações (Parte especial) – Contratos*. Edições Almedina.
- Matos, S. A. (2020a). A desconfiança face à subcontratação em sede de contratos públicos e a sua conformidade com o Direito da União Europeia: comentário ao Caso Vitali Spa. *Revista de Contratos Públicos*, 22, 123–158.
- Matos, S. A. (2020b). As fronteiras da subcontratação no contexto de relações jurídico-contratuais administrativos: avanços o recuo? Reflexões em torno de subsídios jurisprudenciais recentes. In M. A. Raimundo (Org.), *Concorrência e sustentabilidade: Dois Desafios para a Contratação Pública. Actas das II Jornadas de Direito dos Contratos Públicos* (pp. 109-138). AAFDL.

- Melo, P. (2012). O Direito das Obras Públicas. In P. Otero, & P. Gonçalves (coord.) *Tratado de Direito Administrativo Especial - Volume VI* (pp. 443–556). Edições Almedina.
- Nobre, M. A. (2024). Limites à subempreitada de obras públicas: alguma novidade ou mais do mesmo? *Revista de Direito Administrativo*, 19, 121–129.
- Pereira, P. M., & Machado, C. (2016). Modificação e Recisão do Contrato. *Revista dos Contratos Públicos*, 12, 75–104.
- Raimundo, M. (2022). *Direito dos Contratos Públicos - Regime substantivo* (Vol. II). AAFDL Editora.
- Sánchez, P. F. (2023) A flexibilidade no recurso à subcontratação para a ampliação do acesso aos mercados públicos, *Revista de Contratos Públicos*, 32, 5–30.
- Silva, J. A. (2006). *Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas*. Edições Almedina.
- Silva, J. A. (2010). *Dicionário dos Contratos Públicos*. Edições Almedina.
- Silva, J. A. (2021). *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado, 9ª edição revista e atualizada*. Edições Almedina.
- Sousa, M. R., & Salgado, A. (2009). *Direito Administrativo Geral - Atividade Administrativa, Tomo II*. Publicações D. Quixote.
- Tavares, G. G. (2022). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos, 2ª edição*. Edições Almedina.
- Viana, C. (2007). *Os princípios comunitários na contratação Pública*. Coimbra Editora.

Jurisprudência

Do Tribunal de Justiça de União Europeia

Acórdão *Siemens e ARGE Telekom*, de 18 de março de 2004, do Tribunal de Justiça de União Europeia (Processo C-314/01).

Acórdão *Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigiano*, de 10 de outubro de 2013, do Tribunal de Justiça da União Europeia (Processo C-94/12).

Acórdão *Wroclaw*, de 14 de julho de 2016, do Tribunal de Justiça de União Europeia (Processo C-406/14).

Acórdão *Borta*, de 5 de abril de 2017, do Tribunal de Justiça de União Europeia (Processo C-298/15).

Acórdão *Vitali Spa* de 25 de setembro de 2019, do Tribunal de Justiça de União Europeia (Processo C-63/18).

Acórdão *Tedeschi e Consorzio Stabile Istant Service* de 27 de novembro de 2019, do Tribunal de Justiça de União Europeia (Processo C-642/20).

Acórdão *Caruter Srl contra S.R.R Messina Provincia SCpA e outros*, de 28 de abril de 2022, do Tribunal de Justiça de União Europeia (Processo C-298/15).

Do Tribunal de Contas

Acórdão n.º 26/2020, de 30 de junho de 2020, do Tribunal de Contas, na 1ª Secção, em plenário, no âmbito do Processo n.º 2071/2019.

Acórdão n.º 8/2022, de 22 de fevereiro de 2022 do Tribunal de Contas, na 1ª Secção, no âmbito do Processo n.º 1838/2021.

Do Tribunal da Relação

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de novembro de 2013, Processo n.º 6385/04.2TVLSB.L2-6.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30 de maio 2017, Processo n.º 108145/16.2YIPRT.P1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23 de novembro de 2017, Processo n.º 2876/14.5T8BRG.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de fevereiro de 2024, Processo n.º 17865/23.0YIPRT.C1.