



Mestrado em Direito Administrativo
Vertente de Contratação Pública

**DA ADMISSIBILIDADE DA CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL
E DA SUBCONTRATAÇÃO
E SUA AUTORIZAÇÃO PELO CONTRAENTE PÚBLICO NO CONTEXTO
DAS RELAÇÕES JURÍDICO-CONTRATUAIS ADMINISTRATIVAS**

Sara Younis Augusto de Matos

Sob a orientação da Professora Doutora Maria João Estorninho

2 de Julho de 2012

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola de Lisboa

Mestrado em Direito Administrativo
Vertente de Contratação Pública

**DA ADMISSIBILIDADE DA CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL
E DA SUBCONTRATAÇÃO
E SUA AUTORIZAÇÃO PELO CONTRAENTE PÚBLICO NO CONTEXTO
DAS RELAÇÕES JURÍDICO-CONTRATUAIS ADMINISTRATIVAS**

Sara Younis Augusto de Matos

Sob a orientação da Professora Doutora Maria João Estorninho

2 de Julho de 2012

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho corresponde ao «trabalho final de mestrado», referido no artigo 21.º do Regulamento dos Programas de Mestrado, aprovado em 15 de Junho de 2007, pelo Conselho de Direcção da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, no âmbito do Mestrado, orientado para o exercício profissional, em Direito Administrativo – vertente de Contratação Pública.

Aos meus pais e irmão, o meu obrigado pelo acompanhamento, incentivos e apoio que, como e desde sempre, me vêm dedicando.

À Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, desejo expressar o meu apreço e reconhecimento pelo programa e pelos conteúdos da Licenciatura e, bem assim, da fase lectiva deste Mestrado, que muito me enriqueceram, sendo de inteira justiça sublinhar as inexcedíveis qualidades humanas e nível científico e pedagógico de todos os Docentes que nela participaram. Muito obrigada.

Desejo agradecer à PLMJ – Sociedade de Advogados, R.L., onde, tendo como patrono o Professor Doutor Tiago Duarte, decorre o meu estágio de acesso à Advocacia, todos os contributos que aí recolhi e as facilidades que me foram concedidas para a elaboração deste trabalho.

À minha orientadora, a Senhora Professora Doutora Maria João Estorninho, dirijo um agradecimento muito especial e reconhecido, por ter aceitado orientar-me neste Estudo e pelo acompanhamento que lhe dedicou, bem como pela sua amabilidade e inteira disponibilidade.

Sara Younis Augusto de Matos

ÍNDICE

INTRODUÇÃO

- I. Razão de ordem9
- II. Sequência da exposição11

PRIMEIRA PARTE – Premissas: Da Admissibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação

- I. Distinção da cessão da posição contratual e da subcontratação13
- II. Compatibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação com o princípio da concorrência16
- III. Alcance / Falência do princípio da execução pessoal dos contratos24
- IV. Qual o modo normal de execução dos contratos administrativos?26

SEGUNDA PARTE – Regime jurídico da autorização do contraente público à cessão da posição contratual e à subcontratação

- I. Enquadramento temporal da emissão de acto autorizativo: no contrato ou na respectiva fase de execução30
- II. Forma da autorização33
- III. Consequência da inobservância dos requisitos necessários à emissão da autorização.....37

A.	Exigibilidade legal da autorização e utilização da forma verbal «depende» nos n.ºs 2 e 3 do artigo 318.º do Código dos Contratos Públicos	37
B.	Do carácter vinculado ou discricionário da autorização do contraente público à cessão da posição contratual e à subcontratação	43
C.	Da recusa de autorização à subcontratação prevista no artigo 320.º do Código dos Contratos Públicos	46
IV.	Limitação da subcontratação: o conteúdo normativo dos n.ºs 4 e 5 do artigo 318.º do Código dos Contratos Públicos	46
V.	Do silêncio do contraente público em face do pedido de autorização à cessão ou à subcontratação: inobservância do prazo fixado no n.º 3 do artigo 319.º do Código dos Contratos Públicos	52
	CONCLUSÕES	61
	BIBLIOGRAFIA	67

**DA ADMISSIBILIDADE DA CESSÃO DA POSIÇÃO CONTRATUAL
E DA SUBCONTRATAÇÃO E SUA AUTORIZAÇÃO PELO CONTRAENTE PÚBLICO
NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES JURÍDICO-CONTRATUAIS ADMINISTRATIVAS**

INTRODUÇÃO

I. Razão de Ordem

O presente trabalho versará sobre um aspecto do regime da cessão da posição contratual e da subcontratação no contexto da execução dos contratos administrativos, a saber, a autorização do contraente público nestas figuras, conforme o recorte jurídico-normativo com que o legislador do Código dos Contratos Públicos¹ o dotou.

Creemos, contudo, que não bastaria, nesta sede e no que a esta matéria respeita, uma análise da configuração normativa do regime da autorização do contraente público à cessão da posição contratual e à subcontratação no mencionado código, integrando, por isso, essa apenas uma parte deste trabalho, como de seguida se explicitará. Afigura-se-nos, na verdade, e à semelhança do que MOTA PINTO já apontava² relativamente ao Direito Civil, que esta temática se encontra «afectada por considerações de carácter puramente lógico-formal e por um quadro dogmático deficiente, ancorado na tradição, mantendo-se por um fenómeno de passiva aceitação», ainda que, desta feita, no Direito Administrativo.

Com esta observação em mente, temos que as razões que sustentam a escolha do presente tema como objecto de trabalho final de mestrado em Direito Administrativo, na vertente de Contratação Pública, são de variada ordem.

Desde logo, a filiação da cessão da posição contratual e da subcontratação nas relações jurídico-contratuais administrativas, integrando-se na teoria geral dos contratos administrativos, o que, dir-se-ia, bastaria para que comungasse da vasta elaboração

¹ Doravante abreviadamente designado como CCP.

² *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão), p. 65.

doutrinal, não só estrangeira, mas também nacional³, relativa à figura do contrato administrativo, e que não se verifica, pelo menos no tocante à doutrina portuguesa⁴.

Parece ter-se relegado o estudo destes meios jurídicos de circulação económica para segundo plano, porventura em virtude da sua natureza vincadamente civilística, onde conhecem grande desenvolvimento⁵. Entendemos, porém, que, se os institutos em análise foram dotados do competente regime jurídico num diploma legal de natureza administrativa, como o CCP⁶, cumpre-nos deixar a nossa análise do mesmo, apreciando e procurando densificar o teor normativo que desse se retira, na medida em que consideramos não ser o mesmo isento de dúvidas.

Aliada a esta razão de ordem marcadamente científica, e à própria opção pela focalização no acto autorizativo, está também uma preocupação de ordem mais utilitária, na medida em que a extensão deste trabalho é, nesta sede, limitada e não comportaria uma análise cabal à integralidade dos institutos da cessão da posição contratual e da subcontratação, tal como fixados no CCP. Não cuidaremos, ou, melhor dizendo, apenas *situadamente*, cuidaremos de aspectos que extravasem o objecto deste trabalho, ligado, como referido, à figura da autorização nos citados institutos⁷.

³ Sobre esta v., entre outros, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 9ª ed. (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1980, SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coleção Teses, Almedina, 1987, FERREIRA DE ALMEIDA, “Legalidade e estabilidade objectiva do contrato administrativo”, *Scientia Iuridica*, Tomo XXXVII, 1988, MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Almedina Coimbra, 1990, FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, com a colaboração de PEDRO MACHETE e LINO TORRAL, Volume II, Almedina, Coimbra, 2011, PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2003 e MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008.

⁴ Já noutros ordenamentos, as temáticas da cessão da posição contratual e da subcontratação no Direito Administrativo têm sido objecto de grande elaboração doutrinal, conforme adiante se dará conta.

⁵ V., entre outros, VAZ SERRA, “Cessão da Posição Contratual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 49, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 10.ª edição reelaborada, Almedina, 2006, pp. 833 e segs., PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª edição revista e actualizada, com a colaboração de M. HENRIQUE MESQUITA, Coimbra Editora, 1987, anotações aos arts. 424.º e segs., LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, volume II, 5.ª edição, Almedina, 2007, pp. 95 e segs., MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º volume, AAFDL, Lisboa, 1990 (reimpressão), p. 128.

⁶ Manifestando-se também aqui, como pondera PEDRO GONÇALVES, “Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo”, *Estudos de Contratação Pública – I*, CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, Coimbra Editora, 2008, p. 569, a solução de «aberta preferência de regulação das relações contratuais jurídicas administrativas por um regime de direito administrativo», patente na norma do artigo 280.º deste código.

⁷ Ainda que esses se integrem no regime jurídico da cessão da posição contratual e da subcontratação. Refiram-se, a título de exemplo, a questão das alterações societárias (art. 323.º), os aspectos ligados aos limites destas figuras, previstos no art. 317.º do CCP, aos seus efeitos entre as partes, ou aos direitos de *step in* e *step out* (art. 322.º), que, pela sua especificidade, não se conteriam nos limites deste trabalho, tendo, inclusive, sido já objecto de tratamento monográfico. V., entre outros, MARIA

Dando conta do actual cenário que, nas palavras de MOTA PINTO, se qualificaria como «um quadro dogmático deficiente», está ainda por justificar a actualidade e adequação da restante afirmação deste Autor que atrás destacámos.

Dizia o mesmo que esta temática é «afectada por considerações de carácter puramente lógico-formal», acusando ainda um «fenómeno de passiva aceitação» nesta, o que temos por inteiramente correcto. Senão, atente-se na assimilação da cessão da posição contratual e da subcontratação que vem sendo feita e passivamente aceite, resultando na regulação conjunta destas figuras, não cuidando o legislador de distinguir, pelo menos de forma acabada, os dois institutos, ponto que será retomado adiante. Igual destaque merece o facto de essa regulação resultar em formulações legais lacunares, generalizando o legislador do CCP onde deveria diferenciar; autonomizando pontos do regime, mas olvidando outros, em termos que procuraremos expor *infra*.

É, desde logo, precisamente uma razão de ordem científica a que nos leva a optar por este tema, procurando, com o presente trabalho, deixar, atenta a necessidade de ordem utilitária de observar os referidos limites, um pequeno subsídio não apenas para a compreensão da figura da autorização nos institutos da cessão da posição contratual e da subcontratação, mas, *a priori*, para a abordagem que entendemos melhor servir os princípios associados aos mesmos.

II. Sequência da Exposição

Justificada a escolha do tema, cumpre indicar a sequência da exposição adoptada.

Proceder-se-á, pois, do ponto de vista metodológico e nos termos expostos, a uma análise a ambas as figuras conjuntamente.

Quer-nos parecer, todavia, ser necessário esclarecer esta opção, sob pena de nos ser assacada – e, reconheça-se, fundadamente – alguma incoerência em criticar o regime legal uno com que o legislador do CCP dotou a cessão e a subcontratação e,

ATAÍDE CORDEIRO, *O Direito de Step-in em Project Finance*, trabalho de Mestrado da Faculdade de Direito e da Faculdade de Ciências Económicas e Empresariais da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2010 e GUILHERME BOMFIM MENDES, *"Step-in": concorrência, obrigatoriedade de licitação e ponderação*, trabalho de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011.

simultaneamente, sobre ele discorrer em termos igualmente unos. Deve-se tal opção a uma preferência por uma abordagem analítica às soluções do CCP, não só por entendermos que essa propicia uma maior linearidade da exposição, como ainda porque essa é, segundo cremos, a melhor forma de, quanto a nós, evidenciar e retirar a utilidade e sentido da normatividade destas e, quanto ao leitor, de as apreender.

Importa, antes de prosseguirmos, integrar esta matéria no seu pano de fundo. Pretendeu-se, consabidamente, com o mencionado código, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro⁸, estabelecer, por um lado, a disciplina aplicável à contratação pública, procedendo-se, desse modo, à transposição das Directivas Comunitárias n.ºs 2004/18/CE e 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004⁹, e, por outro, fixar o regime substantivo dos contratos administrativos¹⁰.

Este regime acolhe, como PEDRO GONÇALVES lembra, soluções que procuram articular, de forma coerente, a “lógica do *pactum*” (paridade contratual) com a “lógica da *função*” (da protecção do interesse público)¹¹, das quais a figura da autorização, tal como contida no regime dos institutos da cessão e da subcontratação, é um exemplo.

⁸ Cujas últimas modificações legislativas que registou foi introduzida pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, que aprovou o Orçamento do Estado para 2012.

⁹ Directivas essas relativas, respectivamente, à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitadas de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de aquisição de serviços e à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. Sobre estas v., entre outros, MARIA JOÃO ESTORNINHO, “A transposição das Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março, e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006.

¹⁰ Sublinham, a este respeito, LINO TORRAL e MARISA MARTINS FONSECA, “Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 524, que o CCP «pela primeira vez entre nós unitariamente estabelece a disciplina da contratação pública e da execução dos contratos administrativos». Assinalando, ainda, a recusa por uma «opção minimalista» em matéria de âmbito de aplicação do CCP», v. MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 342 e segs.

¹¹ “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, Julho/Agosto 2007, p. 37.

PRIMEIRA PARTE – Premissas

I. Distinção da cessão da posição contratual e da subcontratação

Esboçado, ainda que em traços gerais¹², o enquadramento normativo dos institutos, cujo regime perscrutaremos com os propósitos acima apontados, deter-nos-emos agora na sua distinção, na medida em que, aparentando, por um lado, encontrar-se essa relativamente estabilizada, podemos considerar, com ROZEN NOGUELLOU, que esta distinção não é ainda claramente «precisa» na doutrina¹³. E, por outro, porque, salvo o devido respeito, contrariamente ao que JORGE ANDRADE DA SILVA refere a propósito da anotação ao art. 316.º do CCP («o preceito distingue a *cessão da posição contratual* da *subcontratação*»)¹⁴, entendemos que em nenhum ponto do regime destas figuras procede o legislador a qualquer distinção, limitando-se a enunciá-las e dispor – em parte – dos respectivos regimes.

Não raramente estudadas em conjunto¹⁵, são largamente reconhecidos os denominadores comuns destas figuras.

Seja por implicarem uma *cadeia* de contratos¹⁶ e, desse modo, uma sucessão de contratos no tempo, uma vez que sempre requerem um contrato original (no caso da cessão) ou um contrato base ou principal (no que à subcontratação respeita), seja por, tanto no contrato cedido, como no subcontrato, se conservar, ainda que parcialmente¹⁷, o objecto dos referidos contratos anteriores (contrato original ou contrato base,

¹² Este enquadramento será retomado na Segunda Parte deste trabalho, em sede de análise do regime jurídico da autorização do contraente público à cessão da posição contratual e à subcontratação.

¹³ *La Transmission des Obligations en Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J), Bibliothèque de Droit Public, Tome 241, Paris, 2004, p. 105. O Autor assinala uma utilização indiferenciada dos conceitos de «*cession*» e «*sous-traitance*», referindo a propósito que «*une telle confusion terminologique se retrouve d'ailleurs chez de nombreux auteurs et la doctrine privatiste ne fait pas preuve d'une plus grande précision linguistique*». Sobre esta última, v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, Almedina, Coimbra, 2006 (reimpressão da edição de 1989), pp. 86 e segs, que assinala uma «tradicional equiparação» da cessão da posição contratual e da subcontratação.

¹⁴ *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, anotação ao art. 316.º, p. 732.

¹⁵ Facto incisivamente criticado por FRANCISCO SOSA WAGNER, *El Contrato Publico de Suministro*, 1.ª edição, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 171, ao referir que, em rigor, o subcontrato pouco tem que ver com a cessão e que, nas palavras do Autor, «*se suelen estudiar juntos por inercia*».

¹⁶ Expressão utilizada por FRANCK MODERNE, *La Sous-traitance des Marchés Publics – Essai sur une institution hybride*, Dalloz, Paris, 1995, p. 20.

¹⁷ JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 25.

respectivamente) FRANCK MODERNE adverte «*il de faut pas davantage confondre la sous-traitance el la cession de contrat*»¹⁸.

Concorrendo ainda para uma «assimilação» das citadas operações de transmissão de direitos e obrigações, reputada como muito frequente em Direito Administrativo¹⁹, destaca-se o facto de, em ambos os casos, um mesmo princípio estar em causa, a saber, o *princípio da execução pessoal dos contratos* e, bem assim, o de uma mesma solução²⁰ se estabelecer: a necessidade de se obter uma *autorização da Administração*.

Trata-se, contudo, de institutos diferentes, tanto pela sua natureza, como pelos seus efeitos jurídicos, não devendo, por isso, ser colocados no mesmo plano («*sur le même plan*»)²¹.

Atentando na *cessão da posição contratual*, refira-se, em primeiro lugar, que esta importa uma modificação subjectiva no contrato, na medida em que consubstancia uma «transferência *ex negotio*»²² por uma das partes contratuais (cedente) – com a autorização do outro contraente (cedido) – para um terceiro (cessionário), do complexo de posições activas e passivas criadas por um contrato. A cessão da posição contratual caracteriza-se, assim, «pela existência de dois contratos, de um lado, o mencionado contrato base em que as partes acordam prestações sinalagmáticas, do outro, o contrato instrumento em que um dos outorgantes daquele contrato sinalagmático transmite a terceiro^[23] o complexo de direitos e obrigações que lhe advieram daquele contrato»²⁴.

É, pois, nítido, que a referida modificação subjectiva operada num dos pólos da relação contratual básica não prejudica a identidade dessa relação, operando-se um fenómeno de «subingresso negocial dum terceiro na posição de parte contratual do cedente»²⁵, ou de «substituição de sujeitos»²⁶, pelo que, cedida a posição contratual, o

¹⁸ *Ob. Cit.*, p. 20.

¹⁹ Citou-se ROZEN NOGUELLOU, *ob. cit.*, pp. 105 e segs.

²⁰ Lembre-se, contudo, que esta conhece excepções, como a prevista no n.º 1 do art. 385.º do CCP, relativo ao contrato de subempreitada de obras públicas, conforme se desenvolverá adiante.

²¹ ROZEN NOGUELLOU, *ob. cit.*, p. 109.

²² MOTA PINTO, *ob. cit.*, pp. 71 e 72.

²³ Com o consentimento (ou, em conformidade com as normas jus-publicistas, com a autorização) de outro contraente, o contraente público,

²⁴ Esta definição é amplamente sufragada pela jurisprudência nacional. V., a título de exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 4 de Julho de 2001, proc. n.º 042560, que se citou, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de Junho de 2009, processo n.º 3595/06, disponíveis em www.dgsi.pt.

²⁵ MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 72.

cedente desliga-se da relação jurídica básica, que passa a vigorar e produzir efeitos apenas entre o cedido e o cessionário, nos mesmos termos em que vigorava entre o cedente e o cedido à data da cessão.

Já no que respeita à *subcontratação* e respectivo negócio em que se consubstancia – o subcontrato –, este é passível de ser definido, segundo PEDRO ROMANO MARTINEZ, como «o negócio jurídico bilateral subordinado a outro contrato (designado por contrato base ou contrato principal) e celebrado por uma das partes nesta última convenção com base nos direitos que da mesma lhe advêm»²⁷. Através deste contrato derivado, esta parte contratante encarrega, sem perder essa qualidade, um terceiro de executar parte ou a totalidade das prestações contratuais a que está obrigado; «não há substituição, mas sobreposição de sujeitos»²⁸, sublinha o mesmo Autor, opondo a cessão da posição contratual ao subcontrato.

Verifica-se, por isso, que, contrariamente à cessão, a subcontratação não implica qualquer alteração – seja ao nível dos sujeitos, seja quanto ao objecto – do contrato base, permanecendo, no quadro da relação jurídico-contratual principal, o co-contratante «plenamente responsável ante a Administração pela totalidade da obra, serviço ou fornecimento»²⁹, isto é, permanecendo como parte no contrato principal. Constitui-se, ao invés, um novo negócio jurídico derivado do contrato originário³⁰.

Compreende-se, pois, ao abrigo dos principais traços distintivos³¹ dos referidos institutos, de que se procurou deixar nota, o conteúdo da norma do art. 321.º do CCP, relativa à responsabilidade do co-contratante, nos termos da qual «nos casos de subcontratação, o co-contratante permanece integralmente responsável perante o

²⁶ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, Almedina, Coimbra, 1994, pp. 36 e 37. Tal entendimento é igualmente seguido pela generalidade da doutrina civilista e administrativista francesa, conforme assinala FRANCK MODERNE, *ob. cit.*, p. 21, referindo, a propósito «[l]a cession de contrat implique (...) une succession de cocontractants dans le cadre d'un même rapport contractuel».

²⁷ *O Subcontrato*, *cit.*, p. 20.

²⁸ *Idem*, p. 88.

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, volume I, 8.ª edição, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 757.

³⁰ A origem do subcontrato a que fizemos referência explica, ainda, uma outra distinção possível entre este e a cessão da posição contratual, bem sintetizada por JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *ob. cit.*, p. 27, ainda que a propósito do contrato de subempreitada, mas inteiramente transponível para o subcontrato, em geral, quando refere que «a cessão da posição contratual tem um carácter permanente, ao passo que a subempreitada tem um carácter precário e subordinado à vigência do contrato de empreitada do qual depende e cujas vicissitudes nela se repercutem».

³¹ Para além destas diferenças principais, de natureza eminentemente conceptual, outras há, relacionadas com os respectivos efeitos e regime jurídico, que extravasam o objecto do presente trabalho, nomeadamente a oponibilidade dos meios de defesa, o pagamento, ou o regime da responsabilidade. Sobre estas v., a título de exemplo, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, *cit.*, pp. 86 a 94.

contraente público pelo exacto e pontual cumprimento de todas as obrigações contratuais», já que não se verifica, na subcontratação, qualquer *sucessão* ou *substituição* de contraentes, como a operada ao abrigo da cessão, cuja fisionomia é, consabidamente, incompatível com a manutenção do cedente na relação contratual básica.

O que mal se compreende é o sentido de oportunidade do legislador ao prever, autonomamente, uma norma regulando a responsabilidade do co-contratante, assim como a do artigo precedente, o art. 320.º do mesmo Código³², ambas relativas apenas à subcontratação, não cuidando de introduzir normas homólogas para os casos de cessão da posição contratual, figura que, como veremos, parece ter sido, no CCP, tratada apenas de uma perspectiva avulsa.

Estabelecida, no essencial, uma distinção dos institutos em análise, prosseguiremos, antecipando desde já que esta está longe de se encontrar fechada, uma vez que, tanto a compatibilidade com os princípios com estas mais estreitamente ligados, como as suas diferentes razões de ser e exigências fornecem, ainda, importantes subsídios para a diferenciação dos mesmos.

II. Compatibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação com o princípio da concorrência

Tendo já deixado atrás uma referência ao alargado âmbito de aplicação do CCP³³, têm, não obstante, inteira aplicação neste contexto as considerações que a esse respeito tece RUI MEDEIROS, ao referir que «é, justamente, o princípio da concorrência que confere unidade de sentido às soluções do Código neste domínio», reconhecendo, ainda, existirem «inúmeras soluções consagradas ao longo do Código tributárias do mesmo princípio»³⁴. Cumpre-nos, neste ponto, indagar se o regime da cessão da posição contratual e da subcontratação se inclui nessas ou, sequer, se é compatível com o citado princípio.

³² Aspecto cuja análise retomaremos *infra*.

³³ V. nota 10.

³⁴ “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, Maio/Junho 2008, p. 3.

Antecipamos, no entanto, que, ainda que se tenha preferido, por comodidade de exposição, tratar conjuntamente os dois institutos, esta é uma questão que não tem, em ambos, o mesmo alcance, já que é a cessão do contrato, por excelência, o meio dirigido à circulação da relação contratual, pelo que a abordagem adoptada será, neste ponto, focalizada nesta figura.

Implicando esta operação com a qualidade de parte nos contratos públicos, esta tem repercussões notórias sobre a matéria da escolha do co-contratante da Administração, de que se ocupa o regime de formação dos contratos públicos (Parte II do CCP³⁵). E, se, quanto a este, «a “filosofia” do Código em matéria de regulamentação dos procedimentos pré-contratuais (...) foi a de que este acolhesse a máxima regulamentação possível»³⁶ dos mesmos, devendo a Administração «organizar um procedimento público e transparente destinado à escolha do co-contratante, que deverá ser o apresentante da melhor proposta, tendo em conta os critérios por ela tornados públicos»³⁷, impondo-se aqui como «regra básica a procedimentalização»³⁸, têm aqui inteiro cabimento as hesitações da doutrina³⁹, em face do princípio da concorrência.

Precisamente, questionam vários autores se: «*les contrats publics, soumis à mise en concurrence, sont-ils librement cessibles?*»⁴⁰ ou se «*la simple autorisation de la collectivité cocontractante est-elle suffisante ou faut-il appliquer le principe de mise en concurrence au niveau du choix du cessionnaire?*»⁴¹.

Entendemos que a resposta a semelhantes interrogações se alicerça, por um lado, na opção conceptual que se adopte em relação à cessão da posição contratual, que se explicitou no ponto anterior e, por outro, como se deduz da segunda questão, da própria previsão e imposição do acto autorizativo no quadro desta transferência voluntária da qualidade de parte contratual, ponto que será desenvolvido autonomamente adiante.

³⁵ Conforme resulta do n.º 2 do art. 1.º do CCP. Sobre esta norma, v., entre outros, GONÇALO G. TAVARES e NUNO M. DENTE, *Código dos Contratos públicos Comentado*, volume I – Regime da Contratação Pública, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 61 e segs.

³⁶ MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, Julho/Agosto 2007, p. 15.

³⁷ ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Direito da Contratação Pública – Uma Introdução em Dez Aulas*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 117.

³⁸ *Idem, ibidem*.

³⁹ A questão em análise tem motivado intensos debates doutrinários e jurisprudenciais em Espanha, França e Itália, de que procuraremos deixar nota.

⁴⁰ NIL SYMCHOWICZ, “Contrats administratifs et mise en concurrence – la question des cessions”, *AJDA L’Actualité Juridique – Droit Administratif*, Moniteur, Paris, 20 février 2000, p. 104.

⁴¹ FRANÇOIS DORE, “Le contentieux des cessions de contrats”, *Séminaire de contentieux économique* - M. Subra de Bieusse, p. 2.

Debruçando-nos sobre o primeiro aspecto, está em causa a concepção relativamente aos efeitos da cessão da posição contratual, a saber se esta importa a transmissão da posição contratual de uma parte num contrato para um terceiro, no quadro do mesmo contrato, ou se, contrariamente, essa operação implica um efeito novatório, isto é, se com essa se constitui uma nova relação contratual entre o cedido e o cessionário.

Adiantamos, desde já, por exigências de exposição subsequente, que, segundo entendemos, uma concepção tributária da eficácia novativa da substituição jurídica operada pela cessão da posição contratual coloca dificuldades inultrapassáveis de compatibilização com o princípio da concorrência.

Interpretando os efeitos deste instituto como importando uma extinção da relação contratual originária, constituída em conformidade com o regime de formação dos contratos públicos, e a constituição de um novo contrato (desta vez, entre o cedido e o cessionário), distinto do inicial, como se justificaria a ausência total de regulamentação da formação deste segundo contrato? Como se harmonizaria a citada «máxima regulamentação possível» do CCP, patente desde o momento mais embrionário da celebração de qualquer contrato⁴², e pelo regime jurídico aplicável à formação do mesmo com uma constituição de um novo contrato, sem que essa distorcesse a referida regulação da Parte II do Código? Não consubstanciaria essa uma verdadeira «fuga»⁴³ às amplas imposições legais relativas aos procedimentos adjudicatórios, destinadas a assegurar, entre outras, a publicidade, transparência, imparcialidade, concorrência e igualdade que subjazem à formação dos contratos públicos?

Se, no que respeita ao direito privado, MOTA PINTO ensina que «sendo, embora, a cessão da posição contratual (...) uma sucessão na relação contratual, nada impede as partes de estipularem uma verdadeira novação do contrato, no caso de substituição da parte contratual»⁴⁴, devendo, para tanto, manifestar o seu *animus novandi*, a formação e manifestação da vontade negocial das entidades publicas e,

⁴² Desde logo, com a decisão de contratar. Sobre este tópico, v. TIAGO DUARTE, “A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos: da idade do armário à idade dos porquês”, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 147 e segs.

⁴³ Expressão utilizada por MARIA JOÃO ESTORNINHO em *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, cit., p. 367 e, desde logo, na obra da mesma Autora, *A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1996.

⁴⁴ *Ob. cit.*, p. 156.

concretamente, das entidades adjudicantes, deve obedecer, por seu turno, a critérios jurídico-públicos. Toda a actividade administrativa se encontra, na verdade, sujeita ao princípio da legalidade e aos demais princípios gerais da actividade administrativa⁴⁵, tanto de índole constitucional, como os derivados do fenómeno de *europização do direito administrativo*⁴⁶, e da contratação pública, em particular, referindo-nos, neste ponto, aos princípios gerais da contratação pública⁴⁷.

Esta é uma matéria que, pela sua indissociabilidade, quer do direito da União Europeia originário, quer derivado, quer ainda do *soft law* da Comissão Europeia ou da interpretação e aplicação que desses realiza o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), possui contornos vastíssimos que exigiriam um tratamento *ex professo* que não se empreende de todo no presente trabalho. Propomo-nos, por isso, apenas evidenciar em que medida a cessão da posição contratual é compatível com o quadro principiológico⁴⁸ de que deixámos nota e, particularmente, com o princípio da concorrência.

Garantindo, na prática, o referido princípio, destacam-se, como sugerido anteriormente, os princípios da imparcialidade⁴⁹, da transparência⁵⁰ e da publicidade

⁴⁵ Sobre estes v., entre outros, FREITAS DO AMARAL, *ob. cit.*, pp. 39 e segs., MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Introdução e princípios fundamentais*, Tomo I, Dom Quixote, Lisboa, 2004, pp. 153 e segs., JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, Âncora Editora, Lisboa, 9.ª edição, 2007, pp. 67 e segs., PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 733 e segs., JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 554 e segs., J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume II, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 791 e segs.

⁴⁶ Expressão utilizada por VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 106. Sobre este tema v. SABINO CASSESE, “Le Basi Costituzionali”, *Trattato di Diritto Amministrativo - Diritto Amministrativo Generale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 160 e segs. e, entre nós, MIGUEL PRATA ROQUE, “O direito administrativo europeu – um motor da convergência dinâmica dos direitos administrativos nacionais”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 903 e segs.

⁴⁷ Sobre estes v. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 175 e segs.

⁴⁸ Reconhecendo a influência decisiva do direito da União Europeia nesta matéria, mas privilegiando a admissibilidade da cessão do contrato v. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pag. 24 («*difícilmente cabe pensar que pueda llegarse en algún momento a una interpretación tan extrema del principio de licitación pública que se niegue lisa y llanamente la admissibilidade de la cesión de contratos en el ámbito administrativo*»).

⁴⁹ Consagrado genericamente para a actividade da administração no art. 266.º, n.º 2, da Constituição e no art. 6.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

(tanto pelo dever de publicitar a intenção de contratar e as principais condições do contrato a celebrar, como as regras do procedimento, obrigando a uma definição clara dos critérios de adjudicação). Acresce que deve, ainda, a adjudicação realizar-se em conformidade com o princípio da tipicidade⁵¹ e «com base em critérios objectivos que assegurem o respeito dos princípios da não discriminação e da igualdade de tratamento e que garantam a apreciação das propostas em condições de concorrência efectiva»⁵².

É, pois, nítido que a particular intervenção dos citados princípios no domínio da contratação pública impõe, como assinala MARIA JOÃO ESTORNINHO⁵³, o cumprimento, pela entidade adjudicante, de um *iter* procedimental, desenhado para criar as condições para que esta possa formar a sua vontade, fazendo as melhores escolhas do ponto de vista do interesse público, pelo que, sublinhamos, estes autorizam apenas uma substituição de co-contratantes da Administração (operada por via da cessão do contrato), e não uma substituição de contratos, em que o novo contrato ficasse à margem destas imposições, em termos que serão retomados de seguida.

Apontadas as oscilações doutrinárias relativamente ao carácter translativo ou novativo da cessão da posição contratual, cumpre referir que essas se verificam no direito privado e, igualmente, na doutrina jus-publicista. Não é unânime a opção pelo efeito translativo da cessão da posição contratual, observando-se algumas contradições, de que procuraremos dar conta.

Refira-se, a título de exemplo, o entendimento de GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ⁵⁴ que, abordando esta temática, referem que a cessão do contrato implica, para todos os efeitos, a substituição da pessoa do contraente, de forma que o cessionário fica sub-rogado em todos os direitos e obrigações que correspondiam ao cedente e, ademais, que se trata de uma verdadeira novação do contrato por substituição de uma das partes («*propriamente hablando se trata de una*

⁵⁰ Expressamente elencado como um dos princípios da contratação pública, quer no art. 1.º, n.º 4, do CCP, quer no art. 2.º da Directiva 2004/18/CE e no art. 10.º da Directiva 2004/17/CE.

⁵¹ As entidades adjudicantes estão obrigadas a adoptar determinados procedimentos para a celebração dos contratos (os elencados no art. 16.º do CCP).

⁵² Nota preambular da Directiva 2004/18/CE.

⁵³ *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, *ob. cit.*, p. 359.

⁵⁴ *Ob. cit.*, p. 757. Semelhante opinião é perfilhada por CARRILLO DE ALBORNOZ, “La cesión de los contratos administrativos”, *Poder Judicial*, 2ª época, n.º 4, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Diciembre 1986, p. 157, referindo-se à cessão como «*una operación novatoria del negocio jurídico*».

verdadeira novación del contrato»). Também a posição de JEAN DUFAU⁵⁵ a este respeito nos parece contraditória, na medida em que, começando por apontar que a autorização à cessão dá origem a um novo contrato, que substitui o inicial, o que – para além da nossa discordância em relação à opção de fundo –, não nos mereceria censura, prosseguindo, todavia, o mesmo Autor: «*En conséquence le concessionnaire sera désormais tenu d'exécuter les obligations contractuelles et il pourra exercer tous les droits que le cédant tenait du contrat initial*»⁵⁶.

Assinalando estes Autores a sub-rogação do cessionário ou a possibilidade de este exercer os direitos que cabiam ao cedente, afigura-se-nos que tais considerações apenas são compatíveis com a ideia de um ingresso (do cessionário) continuador da relação anterior, não constitutivo, portanto, de uma nova relação contratual. Acrescente-se, ainda, que, salvo o devido respeito, sempre configuraria a primeira uma utilização imprópria do conceito de sub-rogação, ao qual é inerente o carácter translativo e, quanto às considerações de JEAN DUFAU, fica por explicar a que título – senão por uma transmissão da posição jurídica – o cessionário (sujeito de um novo contrato, segundo este Autor) exerceria os direitos que ao cedente cabiam no primitivo contrato.

Contrariamente à concepção dos citados Autores, revela-se amplamente difundida a opinião que defende a eficácia translativa da mutação de titular de posição contratual, no contexto da execução de um contrato administrativo.

Apona, assim, incisivamente, NIL SYMCHOWICZ que «*un contrat cédé n'est pas un nouveau contrat*»⁵⁷, introduzindo, bem assim, um dado fulcral relativamente à compatibilidade da subcontratação e da cessão com o princípio da concorrência⁵⁸. Fá-lo lembrando que não é o carácter «novo» do contrato que condiciona eventualmente essa compatibilidade, mas, particularmente, o conteúdo jurídico ou material das prestações que figurem nesse contrato.

⁵⁵ “Les Concessions de service public”, *AJDA L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, Moniteur, Paris, n.º 10, 1979, p. 79.

⁵⁶ V., a propósito, GASTON JÈZE, *Théorie générale des contrats de l'administration*, Tome II, Giard, Paris, 1934, p. 216 («*la cession autorisée aboutit à la conclusion d'un nouveau marché avec le nouvel entrepreneur*»), LAUBADÈRE, FRANCK MODERNE e PIERRE DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Tome II, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984, p. 36 («*l'autorisation équivaut à un nouveau contrat substitué au contrat initial*») ou JACQUES GHESTIN, “Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n.º 4, oct.-déc.1994, p. 778 [«*(...) accord de volontés entre le cédé et le concessionnaire, qui donne en fait naissance à un nouveau contrat distinct du contrat initial*»].

⁵⁷ “Contrats administratifs et mise en concurrence – la question des cessions”, *cit.*, p. 110.

⁵⁸ Particularmente, como referimos, da cessão.

Sublinhamos, por isso, que apenas na medida em que as condições de execução – materiais ou jurídicas – do contrato inicial se revelam (substancialmente) modificadas aquando da substituição de uma parte contratual é que se estará em face de um novo contrato. Aliás, como MOTA PINTO bem recorda, «não é necessário [para sairmos fora do campo da novação, e entrarmos no da sucessão] que tudo permaneça intocado na relação modificada, como se se ignorasse a modificação; basta que permaneça o suficiente para podermos falar duma identidade»⁵⁹.

Podemos, então, concluir que a questão que vimos desenvolvendo, relativa à compatibilidade da subcontratação e da cessão com o princípio da concorrência, tem sido abordada de forma que reputamos como viciada. É, com efeito, bastante conceptualista a tendência de um largo sector da doutrina de determinar se essa existe, ou não; se estaremos em presença de um novo contrato, ou não, à partida, em face das noções destes contratos e, especialmente, da cessão, em detrimento de a *buscar* nos respectivos conteúdos e configurações contratuais. Deve semelhante abordagem ser repensada e, sobretudo, recentrada, afigurando-se a verificação dessa compatibilidade não como um ponto de partida, mas como um ponto de chegada.

Observamos, por outro lado, que em matéria de concorrência – e novamente quanto à cessão –, estando ainda em causa uma modificação do contrato⁶⁰, essa não tem sido objecto de grande elaboração, especialmente contrapondo os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais desta aos relativos à modificação objectiva do contrato, matéria regulada no capítulo imediatamente anterior ao da cessão e subcontratação, no CCP. Este facto é claramente evidenciado pela própria configuração legal nesta matéria.

Estabeleceu, de facto, o legislador os limites à modificação objectiva, no art. 313.⁶¹, neste autonomizando, especificamente, a concorrência como um limite e fazendo-o de uma perspectiva preventiva. Já quanto à modificação subjectiva e subcontratação, não foi essa autonomizada nos mesmos termos, resumindo-se, nos termos do respectivo capítulo do CCP, a intervenção dos mesmos «limites»⁶² à verificação de «fortes indícios» de que estas operações resultem de actos, acordos, práticas ou informações susceptíveis de falsear as regras da concorrência.

⁵⁹ *Ob. cit.*, p. 160.

⁶⁰ Embora relativa à respectiva estrutura subjectiva.

⁶¹ Estabelecendo esta norma o princípio da intangibilidade do objecto do contrato e que essa não pode «configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência».

⁶² Epígrafe do art. 317.º do CCP.

Ainda que a análise dos citados limites e desta questão não possa ser, nesta sede, desenvolvida, refira-se, apenas, que, segundo cremos e como procurámos demonstrar, também a cessão e subcontratação suscitam problemas de compatibilização com o princípio da concorrência, pelo que a referida norma contida no art. 313.º deveria ter sido pensada e prevista para qualquer modificação do contrato, e não, como resulta do regime do CCP, ser privativa do da modificação objectiva⁶³. Assim procedeu o legislador do *Code des Marchés Publics* francês ao regular, no seu art. 20.⁶⁴ sobre os «*avenants*»⁶⁵, como actos que importam modificações aos contratos, estabelecendo, quanto a estes, limites que «*ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet*».

Revelador da atenção que esta matéria reclama, entre nós, é o facto de ter sido já apreciada pelo TJUE, seja por analogia, avultando, nesse caso, o paradigmático Acórdão *Pressetext*, de 19 de Junho de 2008⁶⁶, seja, directamente, no Acórdão *Wall AG* deste Tribunal, de 13 de Abril de 2010⁶⁷, cujas conclusões importa destacar.

Neste colocava-se a questão de saber se, autorizando o contrato base a mudança de subcontratante, na condição de a entidade adjudicante assim o consentir, e tendo sido o procedimento a ela associado respeitado, a substituição de subcontratante constitui, à luz da jurisprudência comunitária, uma alteração de um dos termos essenciais da concessão de serviços em causa.

Conclui o Tribunal que «[a] substituição de subcontratante, mesmo quando a faculdade de o fazer está prevista no contrato, pode, em casos excepcionais, constituir uma alteração desse tipo de um dos elementos essenciais do contrato de concessão quando o recurso a determinado subcontratante e não a outro tenha sido, atendendo às características próprias da prestação em causa, um elemento determinante da celebração do contrato». Adverte, por isso, que, «se o órgão jurisdicional de reenvio concluir pela

⁶³ Não queremos, contudo, sugerir que a protecção da concorrência dependeria, neste regime da cessão e da subcontratação, de expressa consagração legal do respectivo limite, a qual decorre, desde logo, dos princípios gerais de que atrás demos conta.

⁶⁴ Enquadrando-se esta norma na primeira parte deste código («*dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs*») e no título relativo a «*dispositions générales*».

⁶⁵ Sobre estes v. ETIENNE FATÔME, «*Les avenants*», e PHILIPPE LIMOUZIN-LAMOTHE, «*Les avenants: observations complémentaires*», *AJDA L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, n.º 10-20, octobre 1998.

⁶⁶ Proc. C-454/06, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>. Sobre este acórdão v., entre nós, PEDRO GONÇALVES, em «Acórdão *Pressetext*: modificação do contrato existente vs. adjudicação de novo contrato» *Cadernos de Justiça Administrativa*, Cejur, n.º 73, Janeiro/Fevereiro 2009, p. 18.

⁶⁷ Proc. C-91/08, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

existência de uma alteração de um dos elementos essenciais do contrato de concessão, há que adoptar, em conformidade com a ordem jurídica interna do Estado-Membro em causa, todas as medidas necessárias para restabelecer a transparência no processo, incluindo um novo processo de adjudicação». É, pois, patente a potencialidade lesiva das operações de subcontratação, inclusivamente autorizadas no contrato.

Por último, sublinhamos apenas que a solução fornecida pelo regime legal ínsito no CCP, pela jurisprudência, quer dos tribunais portugueses, quer do Tribunal de Justiça da União Europeia e pela mais relevante doutrina, nacional e estrangeira, apenas é conciliável com a ideia de que a identidade objectiva da relação contratual deve permanecer inalterada, não obstante a substituição de um dos contraentes. Apenas deste modo serão a subcontratação e a cessão do contrato compatíveis com o princípio da concorrência.

III. Alcance / Falência do princípio da execução pessoal dos contratos

O princípio da execução pessoal dos contratos encontra-se consagrado no art. 288.º do CCP, deste resultando que os contratos administrativos devem ser executados pelo co-contratante, com quem foram concluídos, não podendo esse transmitir a terceiros as responsabilidades assumidas perante o contraente público. Dispõe, contudo, o legislador que esse dever há-de ser apurado «sem prejuízo do disposto em matéria de cessão da posição contratual e de subcontratação».

Para o que neste contexto releva, esta norma evidencia que a sua utilidade e normatividade deverão ser procuradas no regime destas figuras, conformando, marcadamente, o art. 316.º o âmbito do princípio em análise. Fá-lo, designadamente, condicionando a sua admissibilidade aos casos em que «outra coisa não resultar da natureza do contrato». Cabe, assim, questionar o que se deve considerar incluído neste segmento legal. Que «natureza do contrato» estará aqui em causa?

Reporta-se essa à relação *intuitu personae* em que se fundou o contrato. Não cabendo neste ponto um desenvolvimento da noção de *intuitus personae*⁶⁸, refira-se que

⁶⁸ Assinalando que essa é uma «noção particularmente difícil, senão mesmo impossível de definir», v. ROZEN NOGUELLOU, *Ob. cit.*, p. 149. Sobre esta noção, v. MARIE-ELISABETH ANDRÉ, “L’intuitus personae dans les contrats entre professionnels”, *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz

essa se reconduz, frequentemente, às capacidades, à idoneidade, qualidades ou características do co-contratante que hajam sido determinantes na adjudicação. Apenas quando essas sejam patentes, isto é, apenas quando o contrato haja sido concluído tendo-as em consideração, estaremos perante casos em relação aos quais se deva excluir, nos termos das referidas disposições do CCP, a admissibilidade da cessão ou da subcontratação. O que, sem dúvida, abrangerá apenas um número tendencialmente circunscrito de contratos.

Revela-se, na verdade, o art. 316.º e o regime que aí se configura, bastante favorável⁶⁹ à cessão e à subcontratação, devendo clarificar-se, que a noção de *intuitus personae* é bastante delimitada e em nada se confunde com o princípio de execução pessoal dos contratos, o qual tem um âmbito e um sentido normativo próprio⁷⁰.

Verifica-se, por outro lado, que também a liberdade contratual das partes que, do citado art. 316.º se retira e sobre a qual nos referiremos *infra*, concorre para a expansão da cessão e da subcontratação, limitando o alcance da execução pessoal dos contratos. Poder-se-á, portanto, à luz do que se deixou dito, questionar sobre a falência do princípio sobre que nos referimos, na medida em que tanto o contrato, como totalidade, como as respectivas prestações, se tornam objecto do tráfico⁷¹.

Recusando a assimilação do princípio da execução pessoal dos contratos à relação *intuitu personae* que entre um contraente público e o seu co-contratante é passível de ser estabelecida, diríamos apenas – lançando mão de uma perspectiva fisiopatológica –, que a mencionada relação se qualifica, no melhor (ou mais

Litec, Paris, 1999 e DIDIER KRAJESTIK, Cour de Cassation, 1er civ., 06/06/00, “L’intuitus personae et la cession du contrat”, comentário, *Recueil Le Dalloz. Jurisprudence*, Paris, n.17, 26 avril 2001.

⁶⁹ Assinalando igual favorabilidade, desta feita, na jurisprudência francesa, v. MARIE-LAURE IZORCHE, “Information et cession de contrat”, *Recueil Dalloz Sirey*, n.º 40, Éditions Dalloz, Paris, 1996, p. 350, salientando a Autora «L’intuitus personae ne constitue pas un obstacle définitif à la cession de contrat, la jurisprudence s’engagerait (...) sur une voie encore plus favorable à la “circulation du contrat”»

⁷⁰ Exemplificativa desta prática de reconduzir o princípio de execução pessoal dos contratos ao *intuitus personae* é, salvo o devido respeito, a abordagem que GONÇALO G. TAVARES e NUNO M. DENTE, *Código dos Contratos públicos Comentado*, volume II – Regime Substantivo dos Contratos Administrativos, Almedina, Coimbra, 2011, p. 43 seguem na sua anotação ao art. 266.º. Igualmente sobrepondo estes conceitos, v. CARRILLO DE ALBORNOZ, “La cesión de los contratos administrativos”, *cit.*, p. 156, referindo o Autor «[t]anto la cesión como el subcontrato constituyen excepciones a la regla general del carácter personalísimo de los contratos administrativos, en cuya conclusión es fundamental consideración de las cualidades del contratista».

⁷¹ Lembram, inclusivamente, LAURENT RICHER et CHRISTINE BRÉCHON-MOULÈNES, “Chronique de legislation: marches de services”, *AJDA L’Actualité Juridique – Droit Administratif*, Moniteur, Paris, n.º 7/8 – 20 juillet/20 août 1998, p. 606, que, mesmo em sede de *intuitus personae*, esse «n’est pas incompatible avec la mise en concurrence».

sintomático) dos casos, como um quadro bastante *exacerbado* do citado princípio. Por outras palavras, esta traduz-se no princípio da execução pessoal dos contratos *levado às últimas consequências*. Que, não perdendo os seus caracteres essenciais, se afigura, quando equiparado à noção de *intuitus personae*, francamente matizado.

Por outro lado, parece-nos que a relatividade que o art. 316.º do CCP imprimiu ao princípio da execução pessoal dos contratos administrativos, parece colocar em crise a concepção que empresta um carácter excepcional à cessão ou à subcontratação.

IV. Qual o modo normal de execução dos contratos administrativos?

Exposta, ainda que em termos necessariamente sucintos, a nossa percepção sobre qual o posicionamento adequado, atendendo à economia do CCP, dos institutos da cessão da posição contratual e da subcontratação numa relação jurídico-contratual administrativa, estaremos, porventura, aptos a dar uma resposta à questão que se nos impõe: qual o *modo normal de execução* dos contratos administrativos?

A primeira observação que, a este propósito, deixaremos respeita à origem da expressão destacada a *itálico*, por nos suscitar, também ela, algumas reflexões. Deve-se essa a GEORGES FLECHEUX⁷², pronunciando-se relativamente a uma reforma do *Code des Marchés Publics*, sobre o regime da subcontratação, operada pelo Décret n.º 73-329, de 14 de Março de 1973.

Refere este Autor, para o que no contexto releva, que a reforma então empreendida se destinou a favorecer a subcontratação, que se torna um *modo normal de execução dos contratos públicos* («*qui devient un mode normal d'exécution des marchés publics*»), em conformidade com as necessidades da economia actual⁷³. Optámos por destacar a citada afirmação, essencialmente, pela sua extraordinária actualidade.

Deixada breve nota relativa à origem da questão sobre a qual nos debruçamos, dedicar-nos-emos, em seguida, a demonstrar a sua razão de ser e a actualidade a que aludimos.

⁷² “Le contrat de sous-traitance dans les marchés de travaux publics”, *La Semaine Juridique*, Editions Techniques, Paris, 1974, p. 2596.

⁷³ *Idem*, p. 2596.

Pela ordem de razões *supra* referida no anterior capítulo, ligada à relatividade que o art. 316.º do CCP imprimiu ao princípio da execução pessoal dos contratos administrativos, observamos que, se tradicionalmente se impunha uma percepção da subcontratação como uma excepção ao mencionado princípio, actualmente – como, então, há trinta e nove anos – «as necessidades da economia actual» ditam o contrário, sob pena de se ver instalado um completo desacordo entre os princípios contidos nos textos (nomeadamente, jurídicos) e a prática^{74 75}.

Inserindo-se o desenvolvimento da subcontratação num movimento mais vasto, como seja o do desenvolvimento de relações contratuais entre as empresas, a prática revela serem inúmeras as suas vantagens⁷⁶, como sejam a cooperação entre os operadores económicos, o desenvolvimento da respectiva especialização técnica e da inovação na prática empresarial, o aumento da economicidade, da eficiência e da produtividade.

Às vantagens associadas à subcontratação, de que se procurou dar conta, acresce, como CLÁUDIA VIANA observa, que esta prática contratual constitui um «meio privilegiado de fomentar a participação das Pequenas e Médias Empresas^[77] nos contratos de elevado valor económico que se celebram no mercado europeu»⁷⁸, como sejam os contratos públicos⁷⁹. Ora, para além das vantagens já evidenciadas associadas à manutenção de um tecido industrial e empresarial segmentado, as PME merecem, neste contexto, especial referência.

⁷⁴ Conforme observa GEORGES FLECHEUX, “Le contrat de sous-traitance dans les marchés de travaux publics”, *ob. cit.*, p. 2596. Apontando, igualmente, o carácter imprescindível da subcontratação, v. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *ob. cit.*, p. 90, «es innegable que la subcontratación goza de un importante arraigo en el ámbito de la contratación administrativa, pues la realidad práctica demuestra la imposibilidad de prescindir de esta figura».

⁷⁵ Já LAUBADÈRE, FRANCK MODERNE e PIERRE DELVOLVÉ, *ob. cit.*, apontam que «d’une manière générale, la notion d’exécution personnelle est mise en cause, en ce qui concerne l’exécution du contrat, à l’occasion des diverses circonstances susceptibles d’entraîner un changement dans la personne du cocontractant», verificando-se que é, justamente, apenas de uma maneira geral que semelhante entendimento se deve, presentemente, manter.

⁷⁶ V., no mesmo sentido, MARIA M. LEITÃO MARQUES, *A subcontratação na Comunidade Económica Europeia*, n.º 18, Oficina do CES, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Abril de 1990, pp. 3 e segs.

⁷⁷ PME, na sua expressão abreviada, à qual recorreremos doravante.

⁷⁸ *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 506.

⁷⁹ Neste sentido, v., entre outros, FRANCISCO SOSA WAGNER, *ob. cit.*, p. 172, MERCEDES FUERTES LÓPEZ, *El contratista y el subcontratista ante las administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 59 e segs.

Cientes deste quadro económico e respectivas exigências de competitividade, é, pois, evidente que a efectivação de um mercado interno⁸⁰ serve de pano de fundo da política europeia de contratação pública e que a criação de condições fundamentais de igualdade dos agentes económicos no acesso aos contratos públicos é indissociável dessa. É, por isso, imperativo «facilitar o acesso das PME aos contratos públicos»⁸¹.

Não sendo este o local adequado para se proceder a um exame exaustivo – que, para ser preciso, redundaria em análise estatística – sobre esta matéria, merecem, todavia, realce algumas conclusões retiradas dos estudos que se vêm ocupando deste tópico. Em todos a mesma finalidade: o reforço, a promoção e o favorecimento das PME e, estreitamente conexas com esta, da subcontratação, como *veículo* ou instrumento de acesso aos contratos públicos.

Note-se, inclusivamente, que esta lógica foi já expressada nas Directivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, em particular nos respectivos considerandos 32 e 43, com igual formulação, nos termos dos quais se dispõe que «[a] fim de favorecer o acesso das pequenas e médias empresas aos concursos públicos, é conveniente prever disposições em matéria de subcontratação».

Refira-se, de igual modo, que segundo um estudo realizado em 2009⁸², cerca de 3,7 milhões de PME estão envolvidas, na União Europeia, em subcontratos, sendo este número representativo de 17% de todas as PME da União Europeia, dispondo, por isso, o Código europeu de boas práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos que é necessário dar maior visibilidade às oportunidades de subcontratação. Assinala, para o efeito, este «código» publicado pela Comissão que, para contratos de grande dimensão⁸³, a subcontratação pode proporcionar às PME boas oportunidades, sobretudo nos casos em que podem fornecer mais-valia sob a forma de produtos ou serviços inovadores ou especializados⁸⁴. Ora, evidenciam, precisamente, resultados retirados das mais recentes *Fact Sheets* do Small Business Act (SBA)⁸⁵, análises

⁸⁰ Que se pretende ser assente numa economia social de mercado aberta e de livre concorrência, bem como altamente competitiva.

⁸¹ Expressão retirada do título do *Código europeu de boas práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos*, da autoria da Comissão Europeia, datado de 25 de Junho de 2008, Bruxelas, ao qual nos referiremos *infra*.

⁸² *EU SMEs and subcontracting - Final report*, cit., p. 13.

⁸³ Nos quais as PME não estão em posição de assumir o papel de adjudicatário nem de apresentar uma proposta conjunta com outras PME.

⁸⁴ *Código europeu de boas práticas*, cit., p. 12.

⁸⁵ Produzidas anualmente as *Fact Sheets* do Small Business Act Integradas no SME Performance Review, contendo dados de 2010-2011.

estatísticas que visam medir o desempenho dos Estados-Membros na aplicação dos *Small Business Principles*, que, no que toca aos indicadores de inovação («*skills and innovation*»), Portugal regista uma taxa de crescimento acima da média europeia. Concretamente, destes resulta que, relativamente à percentagem de PME «*introducing products or processes*», Portugal supera a média europeia por 13 pontos percentuais, situando-se a média portuguesa nos 47,73%, e a média europeia nos 34,18%⁸⁶.

Deixando uma brevíssima nota da relevância das PME na economia nacional e europeia e na contratação pública, observamos, no entanto, que, conforme se assinala no SBA, as PME ainda se deparam com obstáculos quando participam na contratação pública, que representa 16% do PIB da União Europeia. E estes verificam-se, em parte, pela constatação de que «as administrações públicas optam pela facilidade e adjudicam certos contratos a grandes empresas com experiência comprovada, e não a jovens empresas inovadoras»⁸⁷.

Naturalmente que a realidade a que por ora nos reportamos – a contratação pública – comporta uma fenomenologia que extravasa em muito o âmbito deste trabalho, nesta se incluindo, primariamente, o posicionamento de uma PME como co-contratante de um contraente público, num contrato *principal*, e não como parte num contrato *derivado* desse, realidade inerente à subcontratação. Consideramos, todavia, ser, neste domínio, transversal a qualquer papel das PME nos contratos públicos uma «mudança de cultura»⁸⁸, seja das entidades adjudicantes, como lembra a Comissão Europeia, seja, acrescentaríamos nós, do próprio legislador.

Recusamos, por isso, qualquer abordagem à subcontratação, e colaboração intersubjectiva que lhe subjaz, que parta de uma percepção da mesma como uma «excepção» ao princípio da execução pessoal dos contratos administrativos. E, retomando a afirmação que deu o mote a estas reflexões, diríamos que, se a subcontratação é, enfim, um meio directo de as pequenas e médias empresas acederem aos contratos públicos então, pelas exigências e variadas razões aduzidas, deve ser encarada, nos termos legais, como um *modo normal de execução dos contratos públicos*.

⁸⁶ Também noutro indicador de inovação [*«SMEs introducing marketing or organizational innovations (% of SMEs)»*] Portugal regista o resultado de 43,84%, superando, igualmente, a média europeia (39,09%), *SBA Fact Sheet PORTUGAL 2010/11, cit.*, p. 9.

⁸⁷ *Small Business Act, cit.*, p. 12.

⁸⁸ *Código europeu de boas práticas, cit.*, p. 14.

SEGUNDA PARTE – Regime jurídico da autorização do contraente público à cessão da posição contratual e à subcontratação

I. Enquadramento temporal da emissão de acto autorizativo: no contrato ou na respectiva fase de execução

Foram já deixadas referências esparsas à necessidade de se obter uma autorização do contraente público, seja no contexto de uma cessão da posição contratual, seja – em termos gerais⁸⁹ – no caso da subcontratação. Não surpreende, por isso – senão, porventura, pela seu carácter incisivo –, a afirmação de MAURICE-ANDRÉ FLAMME, ainda que apenas reportada à figura da cessão, «*[p]as de cession sans autorisation*»⁹⁰.

Atentando, por ora, no âmbito da autorização às citadas figuras, a primeira consideração que cumpre deixar é que a autorização pode ser genérica ou dirigida a uma situação singular⁹¹: se e na medida em que o co-contratante originário da Administração houver sido autorizado a subcontratar ou a ceder o contrato quando, como e com quem entender, estar-se-á perante uma autorização genérica; se, por outro lado, a Administração se limita a permitir a celebração de um subcontrato ou de uma cessão do contrato com certa entidade, configurará essa permissão, por seu turno, uma autorização singular. Merece, todavia, referência o facto de se poderem criar situações intermédias⁹², como sejam a de se conceder uma autorização para subcontratar ou ceder o contrato quando e como o co-contratante entender, mas só com determinada entidade, ou, ainda, a de se conceder uma autorização para subcontratar ou ceder o contrato dentro de certos limites, mas já com quem se entender.

Conjugando o que se deixou referido com o âmbito da autorização, tal como plasmado no respectivo regime jurídico do CCP, verificamos que aí se fixam, fundamentalmente, dois regimes, em função do momento em que a emissão do acto

⁸⁹ Excepção feita ao regime do contrato de subempreitada de obras públicas, previsto no art. 385.º do CCP, ao abrigo do qual se dispõe que, nos termos e com as limitações aí fixadas, a subcontratação no decurso da execução deste contrato não carece de autorização do dono da obra.

⁹⁰ *Traité Théorique et Pratique des Marchés Publics*, Tome Deuxième, Bruylant, Bruxelles, 1969, p. 12.

⁹¹ Conforme assinala, em relação à figura do subcontrato, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, cit., p. 115.

⁹² *Idem*, p. 116.

autorizativo se suscita: no próprio contrato (art. 318.º), ou no decurso da sua execução (art. 319.º). Ambos apresentam, no entanto, diversos pontos de conexão, a que faremos referência.

Registe-se, em primeiro lugar, no que ao teor normativo do art. 318.º do CCP respeita⁹³, que este consubstancia, segundo cremos, uma autorização genérica, ainda que *temperada*, seja pela exigência de, no contrato, dever identificar-se a entidade a quem, em momento posterior, o co-contratante pensa ceder a sua posição contratual ou subcontratar prestações contratuais, seja pela exigência contida no n.º 6 do mesmo artigo, que dispõe que «[a] autorização estabelecida no contrato não dispensa a observância, no momento da cessão ou da subcontratação, dos limites e requisitos previstos, respectivamente, no artigo anterior e nos números anteriores». Reportam-se estes aos limites à cessão e à subcontratação pelo co-contratante estabelecidos no art. 317.º e cujo desenvolvimento não cabe no âmbito deste trabalho⁹⁴ e aos pressupostos contidos nos n.ºs 2 e 3 do mesmo art. 318.º, de que cuidaremos adiante.

Optámos por destacar o n.º 6 deste artigo na medida em que este evidencia traços distintivos deste regime de autorização no contrato. Do prisma do contraente público, é patente que, ainda nos casos em que a cessão ou a subcontratação sejam – expressa e genericamente – autorizadas no contrato, estas operações se encontram, ainda, dependentes da sua aprovação *in concreto*, em face de cada subcontrato ou contrato de cessão. Semelhante poder leva PEDRO ROMANO MARTINEZ a apontar⁹⁵ que este «permite ao primeiro contraente (...) “vetar” a pessoa do subcontratante»⁹⁶, ou do cessionário, acrescentaríamos, neste contexto. Desta norma resulta, por seu turno, para o co-contratante, como JORGE ANDRADE DA SILVA indica, «o dever de, previamente, comunicar ao contraente público a sua intenção de [à cessão ou subcontratação] proceder, para que aquele proceda à averiguação sobre a verificação dos pressupostos para isso previstos no contrato e nos limites legais»⁹⁷.

⁹³ Particularmente o n.º 1 do referido preceito, segundo o qual «o contrato pode autorizar a cessão da posição contratual e a subcontratação a entidades nele identificadas».

⁹⁴ Cfr. nota 7. Sobre a aplicabilidade dos limites previstos no art. 317.º e, nomeadamente, sobre a extensão, às partes dos contratos de cessão e subcontratação, das causas de impedimento previstas no art. 55.º, *ex vi* a al. b) do n.º 1 do mencionado art. 317.º, v. MERCEDES FUERTES LÓPEZ, *ob. cit.*, pp. 73 e segs.

⁹⁵ Ainda que relativamente a contratos de locação ou de empreitada e reportando-se, em particular, à figura do subcontrato.

⁹⁶ *O Subcontrato, cit.*, p. 116.

⁹⁷ *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado, cit.*, anotação ao art. 318.º, p. 738.

Debruçando-nos agora sobre o regime da autorização à cessão e à subcontratação no decurso da execução do contrato, que do art. 319.º se extrai, e que, em face do exposto e em traços gerais, se reconduz a uma autorização singular, este é bem revelador da conexão com o regime acima descrito relativo à emissão do acto autorizativo no contrato.

Registamos, com efeito, que o n.º 2 deste art. 319.º remete para o art. 318.º, em termos de, à excepção das exigências neste último contidas, apenas compreensíveis no contexto da formação do contrato e que são na norma em análise afastadas da remissão⁹⁸, se terem por inteiramente aplicáveis os pressupostos aí estabelecidos.

Nos termos destes, constatamos que, conforme decorre do CCP e como GONÇALO G. TAVARES e NUNO M. DENTE observam⁹⁹, para que o contraente possa autorizar a cessão da posição contratual, seja no contrato, seja na sua execução, é necessário que o co-contratante previamente o requeira, apresentando todos os documentos de habilitação¹⁰⁰ relativos ao potencial cessionário que sejam exigidos ao cedente na fase de formação do contrato. E, nos casos em que a adjudicação tiver sido precedida de uma fase de qualificação de candidatos¹⁰¹, deve o cedente demonstrar o preenchimento por parte do cessionário dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira aí exigidos.

Do mesmo modo, e no que se refere à subcontratação, resulta do art. 318.º e da remissão do art. 319.º para essa norma, que, para que esta seja autorizada (no contrato, ou já na sua execução)¹⁰², é necessário que o co-contratante apresente ao contraente público os documentos de habilitação do potencial subcontratado, nos mesmos termos do exigido àquele na fase de formação do contrato. Acresce, igualmente, que se o contrato houver subordinado a autorização da subcontratação à avaliação das

⁹⁸ Referimo-nos, nomeadamente, à segunda parte da alínea *b*) do n.º 3 do art. 318.º do CCP, relativo aos casos em que o co-contratante recorra à capacidade de potenciais subcontratados, para efeitos de qualificação na fase de formação do contrato.

⁹⁹ *Código dos Contratos públicos Comentado*, volume II, *cit.*, p. 106.

¹⁰⁰ Conforme decorre do art. 81.º e segs. do CCP.

¹⁰¹ Nos termos dos arts. 167.º a 188.º do CCP, não cabendo, todavia, a análise deste regime nos limites deste trabalho.

¹⁰² V., no mesmo sentido, VIEIRA DE ALMEIDA & ASSOCIADOS, coordenação de M. ESTEVES DE OLIVEIRA, PAULO PINHEIRO, R. ESTEVES DE OLIVEIRA, TIAGO AMORIM e CATARINA PINTO CORREIA, *Código dos Contratos Públicos e legislação complementar, Guias de Leitura e Aplicação*, Almedina 2008, pp. 542 e 543, apontando que «os requisitos da concretização da autorização contratual em matéria de habilitação e de capacidade técnica e financeira do cessionário (...) são os mesmos que se tivessem exigido pré-contratualmente ao cedente».

capacidades técnica e financeira, ou de uma delas, deve ser demonstrado o preenchimento dos respectivos requisitos mínimos por parte do subcontratado.

Traçados os contornos da emissão do acto autorizativo, afigura-se-nos bastante nítida, como procurámos demonstrar, a ligação entre ambos, ainda que mediada pelo que qualificaríamos como um diferente grau de intensidade. Concretizando, diremos que, tanto na autorização que figura, desde logo, no contrato, como a que apenas na sua execução é solicitada, existe um *controlo*, por parte do contraente público, sobre a capacidade – entendida, aqui, em sentido amplíssimo – do potencial cessionário ou subcontratado, a qual deve ser demonstrada em conformidade com o que se deixou referido.

Semelhante controlo pode ser suscitado na sequência de uma proposta fundamentada e instruída com todos os documentos comprovativos da verificação dos *supra* referidos requisitos (ao abrigo do art. 319.º); podendo também sê-lo após uma autorização genérica, «no momento da cessão ou da subcontratação»¹⁰³, traduzindo-se, neste caso, num controlo *a posteriori* e, portanto, menos intenso, tendente a verificar a efectiva observância dos requisitos e pressupostos já apreciados, aquando da inclusão da autorização no contrato.

Também o carácter prévio às operações de cessão ou subcontratação, subjacente à emissão de um e outro actos autorizativos, evidencia a mencionada conexão entre ambos, para a qual concorre, ainda, a exigência de fundamentação nos respectivos pedidos de autorização do contraente público¹⁰⁴.

II. Forma da autorização

A primeira consideração que, a propósito da forma que o acto autorizativo do contraente público deve revestir, podemos deixar, é a de que, salvo alguns indícios sobre essa contidos no CCP, este nada dispõe, pelo menos expressamente, sobre a mesma; a segunda, essencial para a circunscrição do interesse do seu apuramento, é a de

¹⁰³ Retira-se esta formulação do n.º 6 do art. 318.º.

¹⁰⁴ Ainda que essa surja apenas referida a propósito da autorização na fase de execução (no n.º 2 do art. 319.º), não entendemos pretender ser essa privativa deste regime. Justifica-se, segundo cremos, a sua autonomização no seio desta norma, e não na anterior, por ser, neste caso, a primeira vez que se suscita a necessidade de obtenção de autorização.

que a sua determinação apenas se coloca, em boa verdade, quanto à autorização dada pelo contraente público na fase de execução do contrato.

Assim, no que respeita ao acto autorizativo a emitir nos termos do art. 318.º, «a questão não se põe porque ela deve constar do contrato»¹⁰⁵, o qual deve ser reduzido a escrito, conforme resulta do art. 94.º do CCP.

Debruçando-nos sobre as diversas soluções de direito comparado, refira-se que se dispõem, no ordenamento jurídico espanhol, dois regimes diferenciados para a cessão e para a subcontratação, sendo que, quanto a esta última, nem é o acto autorizativo que subjaz à sua efectivação. Esta encontra-se, assim, apenas sujeita a uma comunicação à Administração¹⁰⁶, devendo o co-contratante fazê-la indicando, antecipadamente e por escrito, a sua intenção de celebrar subcontratos.

Já quanto à cessão, dispõe, por seu turno, a al. a) do n.º 2 do art. 209.º da *Ley de Contratos del Sector Público* que a autorização à cessão deverá ser expressa, sendo esse carácter expreso uma imposição legal «*para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros*».

Esta é, note-se, uma solução normativa bem estruturada, conforme observa GARCÍA-TREVIJANO GARNICA ao referir, ainda que ao abrigo do diploma anterior a este de 2007, «(...) *el legislador ha querido adoptar las mayores cautelas para que quede constancia sobre si existió en realidad el consentimiento preciso*»¹⁰⁷, cautelas de que o legislador português não cuidou no CCP. Verifica-se, com efeito, como constata este autor espanhol, que «*al exigirse que se otorgue de manera expresa se está queriendo excluir otras formas de exteriorización de la voluntad, como es el prestado de manera tácita, implícita o presunta*»¹⁰⁸.

São, como se deduz desta *ratio* da lei espanhola, e como veremos *infra*, nítidas as consequências ao nível da insegurança e incerteza jurídicas associadas à omissão do legislador português de previsão semelhante. Saliente-se, por outro lado, que a opção legislativa portuguesa possui virtualidades associadas a uma maior flexibilidade na actuação da Administração, precisamente onde essa é determinante: nas relações jurídico-contratuais.

¹⁰⁵ Citou-se JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, cit., anotação ao art. 318.º, p. 737.

¹⁰⁶ Conforme decorre da al. b) do n.º 2 do art. 210.º da *Ley 30/2007, de 30 de Octubre*.

¹⁰⁷ *Ob. cit.*, pp. 58 e segs.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 59.

Não se divisando, para além dos indícios que do CCP se retiram¹⁰⁹, qualquer exigência legal a respeito da forma da autorização à cessão ou à subcontratação cumpre indagar se têm aqui cabimento as considerações que PEDRO ROMANO MARTINEZ tece a propósito da forma que deve revestir o consentimento ao subcontrato, no direito civil. Refere este Autor que esse consubstancia uma «declaração de vontade recipienda, [que] pode ser expressa ou tácita e, em princípio, não carece de forma especial»¹¹⁰.

Este entendimento compreende-se à luz do princípio geral em matéria de formalismo negocial que se aplica nos contratos de direito privado: o princípio do consensualismo ou da liberdade de forma, previsto no art. 219.º do Código Civil, sendo, por isso a sua aplicabilidade nesta sede algo prejudicada. Na verdade, a regra é, nos termos do art. 122.º do CPA, a oposta, devendo os actos administrativos ser praticados por escrito¹¹¹, pelas exigências de segurança e certeza nas relações jurídico-contratuais administrativas e pelos interesses de que já deixámos nota subjacentes à imposição da autorização. São esses de tal modo nucleares que o legislador comina com a nulidade «os actos que careçam em absoluto de forma legal», autonomizando essa invalidade na al. f) do n.º 2 do art. 133.º.

Cumprе, todavia, questionar se a «natureza ou as circunstâncias do acto» – formulação constante do referido art. 122.º para afastar a exigência nele contida – não importariam a admissibilidade de autorizações tácitas. Não nos parece, ainda assim, que essa natureza ou circunstâncias sejam «impostas» ao contraente público para legitimar a inexigibilidade de forma escrita.

Verifica-se, adicionalmente, que «ter [a autorização] de ser expressa e não meramente tácita ou implícita e ter de ser dada por escrito, é importante, já que, se assim for, significa que enquanto não existir uma autorização formalizada nestes termos, a cessão ou subcontratação não produzem os respectivos efeitos jurídicos»¹¹². Essa *importância* é nítida especialmente em face da concepção que temos sobre a

¹⁰⁹ Paradigmaticamente, a formulação dos n.ºs 2 e 3 do art. 319.º (cuja análise será adiante retomada), referindo JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, cit., p. 737, que este n.º 2 «deixa claramente concluir que pressupõe a forma escrita».

¹¹⁰ *O subcontrato*, cit., p. 115.

¹¹¹ V., no mesmo sentido, FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 335, assinalando que o carácter escrito se traduz num princípio fundamental do procedimento administrativo.

¹¹² JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, cit., anotação ao art. 318.º, p. 737.

natureza do acto autorizativo, mas devemos, contudo, lembrar que a prática nem sempre se compadece com critérios rigorosamente lógicos e formais.

Vem-se, assim, acolhendo, nomeadamente, no direito francês, uma importação das soluções de matriz civilística quanto à forma que deve revestir a autorização. Admite-se, aí, que essa manifestação de vontade do contraente público se deduza de factos que, com toda a probabilidade, a revelam ou seja, enfim, «*non équivoque*», retirando-se «*d'un comportement sans ambiguïté de l'administration*»¹¹³, tendo sido este o posicionamento do Conseil d'État a este respeito.

Ainda que esta solução seja acolhida pela jurisprudência, esta não deixa, porém, de ser objecto de críticas, concretamente e como, de resto, se adivinha, sobre o que se deve entender por «*comportement non ambigu*». JÉRÔME MICHEL e MARIANNE CESSAC assinalam, a propósito, que se está perante uma noção subjectiva precisamente aí onde se procura «*tout la sécurité et l'efficacité juridique*»¹¹⁴.

Acusam, todavia, os mesmos Autores que a abordagem jurisprudencial a este aspecto evidencia uma «*certitude principale*»: a de que «o consentimento da Administração pode resultar de comportamentos e de actos positivos (correspondência, ordens de serviço, por exemplo) sem que um formalismo particular possa ser exigido»¹¹⁵, razão para dizer que, independentemente da bondade desta solução, pelo menos há alguma *certeza*...

De qualquer modo, cabe-nos, ademais, fazer notar que, ainda que a nossa jurisprudência venha a ponderar a produção de efeitos de uma autorização manifestada tacitamente, um aspecto será incontornável: o da necessária recusa de legitimidade ao contraente público, a quem sejam imputáveis comportamentos concludentes (ao ponto de esses se subsumirem numa autorização), na invocação da invalidade do contrato de cessão ou subcontratação (por falta de autorização). Consubstanciaria semelhante conduta, a final, uma situação de abuso de direito, e, em concreto, de *venire contra factum proprium*.

¹¹³ V., neste sentido, ROZEN NOGUELLOU, *Ob. cit.*, pp. 164 e 165, LAUBADÈRE, FRANCK MODERNE e PIERRE DELVOLVÉ, *ob. cit.*, p. 26 e JEAN DUFAU, “Les Concessions de service public”, *cit.*, p. 78, entre outros.

¹¹⁴ “Cession de contrat et silence de la personne publique”, *AJDA L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, Moniteur, Paris, n.º 20/2008, 9 juin 2008, p. 1074.

¹¹⁵ *Idem, ibidem*.

III. Consequência da inobservância dos requisitos necessários à emissão da autorização

Explicitados os limites e requisitos que devem ser observados e preenchidos, a propósito da emissão do acto autorizativo do contraente público, procederemos, neste capítulo, à análise de algumas questões subjacentes a este regime de contornos aparentemente simples, mas que nos suscita várias dúvidas.

Desde logo, pelo recorte jurídico-normativo da exigibilidade de uma autorização e das respectivas consequências da sua não outorga (A). Interrogar-nos-emos, ademais, sobre consequências que se retiram da funcionalização – ínsita nos corpos das normas dos n.ºs 2 e 3 do art. 318.º – da emissão da autorização ao preenchimento dos requisitos enunciados, a qual se retira da utilização, pelo legislador, da expressão «depende», isto é, sobre o carácter vinculado ou discricionário da referida autorização à cessão da posição contratual e à subcontratação (B), não olvidando, igualmente, a resolução fragmentária deste aspecto, traçada pelo legislador do CCP, contida no seu art. 320.º (C).

A. Exigibilidade legal da autorização e utilização da forma verbal «depende» nos n.ºs 2 e 3 do artigo 318.º do Código dos Contratos Públicos

O ponto do regime do acto de autorização que ora nos propomos analisar contém, em si mesmo, várias interrogações.

Desde logo, de que *depende* a autorização? A resposta a esta questão revela-se, pelo menos de forma aparente, de quase imediata resposta. Por agora, diríamos que essa depende, pelo menos, da observância dos limites do art. 317.º e do preenchimento dos requisitos elencados nos n.ºs 2 e 3 do art. 318.º, sendo que, quanto a esta, assinalaremos apenas que a sua análise será retomada adiante, pelo que para lá remetemos.

Outra questão, sendo esta absolutamente central, é a de saber o que se encontra dependente (ou, de outra forma, o que *depende*) da observação dos limites e requisitos enunciados, para outorga da autorização? E, essa *dependência* refere-se à produção de efeitos – eficácia – em sentido amplo, reporta-se à produção dos mesmos efeitos, mas,

desta feita, em relação a determinada pessoa ou, por sua vez, à validade da operação de cessão ou de subcontratação?

Refira-se, em primeiro lugar, que a expressão do CCP «depende» (e as questões que a esta subjazem) revestem, quanto a nós, um verdadeiro efeito irradiante, sendo aplicável à concessão da autorização, não só no contrato (onde se encontra prevista), mas também na sua fase de execução. De qualquer modo, assinale-se que também o n.º 1 do art. 319.º dispõe sobre essa exigibilidade ao estabelecer que a cessão e a subcontratação «carecem de autorização do contraente público». Comum a ambas as normas é, antecipamos, a forma descomprometida com que o legislador optou por regular esta autorização, a qual em nada se conforma com o seu papel fulcral na produção de efeitos dos contratos em que o legislador a previu.

Propomo-nos, portanto, ensaiar uma resposta para este aspecto, que, ainda que se retire do referido art. 318.º, implica com a questão fundamental da exigibilidade legal do acto de autorização para a concretização das operações em análise e as consequências de esse não ser outorgado, nomeadamente ao nível das relações entre cedente e cessionário ou subcontratado. Trata-se, pois, de apurar que papel se deve emprestar a este acto na existência e produção de efeitos da cessão e da subcontratação, particularmente, uma vez celebrados estes contratos¹¹⁶ e, indissociável desta, determinar que consequências extrair da sua não outorga, seja a que título for (recusa do contraente público, inobservância, pelo potencial cessionário ou subcontratado, dos limites e requisitos exigíveis, ou, bem assim, a sua falta de demonstração, pelo co-contratante, etc.).

A questão da determinação das consequências que à falta de autorização devem ser associadas evidencia, quanto a nós, fortes conexões com o direito civil, dispondo-se, como sabemos, no Código Civil e em sede de cessão da posição contratual¹¹⁷, em «consentimento».

Assim, seja quanto ao consentimento do contraente cedido, seja quanto à autorização do contraente público cedido, discute-se se um e outro destes actos se devem considerar elementos integrantes dos contratos para que se encontram legalmente

¹¹⁶ Coloca-se esta interrogação, esclareça-se, particularmente na hipótese de a autorização não se encontrar contida no contrato base.

¹¹⁷ Destacamos o regime da cessão, preferencialmente ao dos diversos subcontratos previstos (como o art. 1061.º do CC, relativo à sublocação), por ser esse mais próximo da autorização, em sede de relações jurídico-contratuais administrativas.

previstos ou se serão apenas elementos exteriores destes. Esta concepção é, sublinhe-se, determinante no apuramento das consequências da falta do consentimento ou da autorização, sendo que, quanto a estas, a generalidade da doutrina pronuncia-se advogando a invalidade¹¹⁸.

Destaque-se, contudo, em sentido inverso o entendimento de ROZEN NOGUELLOU¹¹⁹ a propósito do contrato de cessão, que, identificando bem a questão – ligada, como referimos, à natureza jurídica da intervenção do cedido – defende, não obstante, que «a autorização não pode ser considerada como um elemento de validade da operação da cessão, em si mesma». Sustentando esta posição pela possibilidade de a autorização não ser concomitante ao contrato sobre o qual recai, o autor entende que a intervenção do contraente se aproxima a uma ratificação e, em qualquer caso, que é exterior ao contrato («*la validité du contrat de cession ne dépend nullement de l'autorisation, laquelle lui est extérieure*»). Assim, o citado autor propugna uma inoponibilidade dos efeitos da cessão relativamente ao cedido que não a haja autorizado, assinalando que o cedente permanece, por isso, inteiramente responsável pela execução do contrato que o une ao contraente público.

Como sugerimos, afigura-se-nos artificial esta posição e, fundamentalmente, inoperativa. Sendo, na verdade, o intento prático das partes, numa cessão, a respectiva transmissão da posição contratual e, com essa, a completa exoneração do cedente, quer nos parecer, no mínimo, artificial defender que esse contrato é válido e deverá produzir efeitos, mas não os seus efeitos principais: o subingresso do cessionário na relação contratual, desligando-se o cedente dessa. Curiosamente, assinale-se que o próprio autor citado parece estar ciente desta incongruência, ao referir, de forma comprometida «*[l]e contrat de cession est sans doute valide sans l'autorisation du cédé, mais il ne présent aucun intérêt pour les parties puisqu'il ne peut pas être exécuté*»¹²⁰.

Assim, e no âmbito das relações jurídico-contratuais administrativas, adiantamos, desde já, que, em conformidade com as noções de cessão e de subcontrato,

¹¹⁸ Assim, v. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, refundido e actualizado, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 455, MOTA PINTO, *ob. cit.*, p. 474, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, reimpressão da 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2004, p. 401 e, implicitamente, CHRISTOPHE JAMIN e MARC BILLIAU, “Cession conventionnelle du contrat: la portée du consentement du cédé”, *Recueil Dalloz. Chronique*, n.º 14 (9 avril 1998), pp. 145, referindo que o consentimento «é necessário e faz parte da cessão», MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 128, qualificando a cessão como «evento trilateral».

¹¹⁹ *Ob. cit.*, pp. 168 e 169.

¹²⁰ *Idem, ibidem.*

os respectivos efeitos, o intento das partes e a configuração normativa do CCP, se deve considerar, com JORGE ANDRADE DA SILVA, que «a autorização é, compreensivelmente, elemento integrador da cessão [e, acrescentamos, da subcontratação]», as quais não poderão considerar-se válidas sem este elemento. Tratam-se, efectivamente, de negócios plurilaterais em formação que, apenas com a autorização do contraente público, se devem considerar perfeitos.

Detendo-nos sobre a subcontratação, acrescentaríamos que, embora não consubstancie uma modificação subjectiva da relação contratual entre o contraente público e o co-contratante e semelhante solução da invalidade da mesma seja passível de ser perspectivada como demasiado severa, essa deve ter-se por justificada, pelo menos com base nos dados legais disponíveis.

Independentemente das críticas que sobre semelhante opção possam ser aduzidas, entendemos que essa se justifica, com efeito, como uma decorrência do regime unitário estabelecido no CCP para este contrato e para a cessão. Não tendo o legislador cuidado de diferenciar, em termos cabais, os regimes destas figuras, verifica-se este código não deixou, quanto a este aspecto, margem para destacar consequências de uma operação, face à outra. De igual modo, se o legislador estabeleceu, diferenciada e autonomamente, o regime do contrato de subempreitada, uma espécie de subcontrato, dispondo que essa não carece de autorização, é nítido que o podia ter feito também em sede de subcontrato e, não o tendo feito, cabe ao intérprete retirar daí as consequências necessárias.

Saliente-se, ademais, que esta solução se afigura acertada¹²¹, na medida em que, como referimos, o papel do subcontratado não é necessariamente tão lateral como o que tendencialmente se lhe é apontado, cabendo-lhe, não raramente, a execução de prestações próprias do co-contratante, nos termos do contrato base.

Deixado expresso o nosso entendimento no sentido de se considerarem inválidos quaisquer contratos de cessão da posição contratual ou subcontratos que o contraente público não haja autorizado, cumpre indagar sobre que espécie de invalidade estará aqui em causa. Lembramos, todavia, que esta questão suscita uma outra, de carácter prévio, que se reporta à natureza jus-publicista ou privatística de um contrato de cessão ou de

¹²¹ Como JEAN-BERNARD AUBY incisivamente refere, «contrariamente ao que diz a sabedoria do povo, os amigos dos nossos amigos não são sempre nossos amigos (*«les amis de nos amis ne sont pas toujours nos amis»*). Os co-contratantes dos nossos co-contratantes, são para nós de todo alheios», *«Les cocontractants de nos cocontractants...»*, *Droit Administratif*, n.º 7 – juillet 2004, p. 3.

um subcontrato, celebrados pelo co-contratante do contraente público com outro privado.

Não cabe, porém, na economia deste trabalho, uma análise detalhada deste tema, seja pelas limitações que nos são impostas, seja porque nele se convocam elaborações doutrinárias e jurisprudenciais seculares. Desde logo, as relativas à natureza do contrato administrativo e qualificação dos contratos que vimos estudando e, por seu turno, não menos vastas, as ligadas à teoria das invalidades do negócio jurídico ou do acto e contrato administrativos. Deixaremos, por isso, a este propósito, apenas duas breves notas.

A primeira, para assinalar que tendo vindo estes contratos a ser considerados pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, como contratos de direito privado, há já algum segmento da doutrina a defender, particularmente no que se refere ao contrato de subempreitada¹²², que esse deve ser considerado contrato administrativo, não obstante seja celebrado entre particulares (o empreiteiro e o subempreiteiro)¹²³, posição esta para a qual propendemos, essencialmente por estar em causa uma actuação no exercício de funções materialmente administrativas.

A segunda nota respeita à qualificação da invalidade que consideramos dever ligar-se à ausência de autorização. Há muito que, em sede de cessão do contrato, no direito civil, MOTA PINTO sustenta que esse é nulo e não produz nenhum efeito¹²⁴, o que se compreende à luz da regra geral de invalidade, contida no art. 294.º do Código Civil.

A não outorga da autorização implica, pois, que a transmissão da posição de parte se não possa operar, por falta de um requisito insuprível¹²⁵ ou, à luz do direito administrativo, porventura, por falta de um elemento essencial, convocando-se, se se entender que é de um contrato administrativo que se trata, a norma do n.º 2 do art. 284.º do CCP, e, por remissão, a do n.º 1 do art. 133.º do CPA.

¹²² Derivado de um contrato de empreitada de obras públicas.

¹²³ V., neste sentido, PEDRO MELO, “O direito das obras públicas”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. VI, sob a coordenação de PAULO OTERO e PEDRO GONÇALVES, Almedina, 2012, pp. 443-562 e JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *ob. cit.*, pp. 77 e segs. V., contudo, em sentido contrário, acórdão do Tribunal de Conflitos, de 09.12.2010, proc. n.º 020/10), disponível em www.dgsi.pt/jsta.

¹²⁴ *Ob. cit.*, p. 474.

¹²⁵ Citou-se ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 401.

Esta equivalência regulatória justifica-se, tanto mais que à figura da autorização no contexto de relações jurídico-contratuais administrativas é imanente o que PEDRO GONÇALVES qualificou de «lógica da *função*»¹²⁶, pelo que o controlo da capacidade¹²⁷ de um potencial cessionário ou subcontratado, que por via deste acto administrativo é feito pelo contraente público, deve reputar-se como essencial à própria existência e produção de efeitos da solicitada cessão de contrato ou subcontratação.

Finalmente, note-se, conforme sugerido, que o que ficou dito a respeito da cessão da posição contratual vale, pela unicidade de regimes com que o CCP dotou estas figuras, para o subcontrato celebrado sem autorização do contraente público.

Concluindo, quanto aos termos e limites legalmente fixados para a cessão ou para a subcontratação, nos quais se inclui, naturalmente, a respectiva autorização, pelo contraente público, cumpre mencionar que a sua inobservância é qualificada, pelo próprio legislador, como uma situação de grave violação das obrigações assumidas pelo co-contratante, da qual deixaremos apenas referência, por extravasar o âmbito deste trabalho.

Referimo-nos, em concreto, ao n.º 1 do art. 333.º do CCP, onde se prevêem os fundamentos – vinculados, sublinhe-se – da resolução sancionatória do contrato pelo contraente público. Inclui, assim, o legislador os casos de cessão ou subcontratação realizadas com inobservância dos termos e limites legais ou contratuais como fundamento para esta forma de extinção do contrato, na al. *d*) do mencionado n.º 1 do art. 333.º.

Essa hipótese é, todavia, bastante circunscrita, devendo constituir uma medida de *última ratio*, na medida em que semelhante alteração na estrutura subjectiva do contrato pode prejudicar a boa execução do contrato e, conseqüentemente, o interesse público que com este se visa satisfazer. Assim, para que essa previsão de resolução se preencha é necessário que «a exigência pelo co-contratante da manutenção das obrigações assumidas pelo contraente público contrarie o princípio da boa fé».

¹²⁶ PEDRO GONÇALVES “A relação jurídica fundada em contrato administrativo”, *cit.*, p. 37.

¹²⁷ Expressão aqui utilizada em sentido amplo.

B. Do carácter vinculado ou discricionário da autorização do contraente público à cessão da posição contratual e à subcontratação

As hesitações doutrinárias neste domínio explicam-se em razão da ambiguidade dos textos legais e da ausência de jurisprudência sobre o mesmo, que concretize se se deve imputar um carácter excludente à exigência legal de cumprimento dos limites e requisitos aqui em causa, já analisados. E, estas hesitações se centram-se na questão de saber se a concessão da autorização depende apenas da observância dos limites e requisitos já mencionados, isto é, se essa exclui qualquer outra apreciação, por parte do contraente público, que não se funde nos mesmos, ou se, pelo contrário, ainda lhe subjaz alguma discricionariedade decisória.

No que à subcontratação respeita, dá o legislador do CCP como resolvida, e com alguma linearidade, a questão que nos vem ocupando, ao dispôr expressamente, no art. 320.º, sobre a recusa de autorização à subcontratação, de que nos ocuparemos seguidamente, razão pela qual nos permitimos questionar, mais uma vez, porque não o poderia ter feito, igualmente, em relação à figura da cessão da posição contratual. Afigura-se-nos, com efeito, incompreensível a opção legislativa, aqui bem patente, de regulação fragmentária destes regimes.

Centrar-nos-emos na apreciação do carácter vinculado ou discricionário da autorização do contraente público à cessão da posição contratual. Quanto a esta, refira-se primeiramente que, ainda que o legislador a tenha, como apontámos, afastado na regulação que sobre este aspecto dispõe, tal não impede o intérprete de procurar retirar do respectivo teor normativo consequências que lhe sejam extensivas.

É, desde logo, patente que independentemente do entendimento que em relação ao carácter vinculado ou discricionário da autorização se perfilhe os n.ºs 2 e 3 do art. 318.º e o art. 320.º contêm fortes indícios de que esse se deverá colocar apenas em termos laterais, face à observância dos limites e preenchimento dos requisitos exigíveis para a concretização das operações em análise. A haver alguma discricionariedade na outorga da autorização, pelo contraente público, essa deverá ser, invariavelmente, entendida como um *plus* em relação ao estreito cumprimento dos citados limites e requisitos. Esta conclusão aplica-se, seja em sede de autorização à cessão, como decorre do art. 317.º e dos n.ºs 2 e 3 do art. 318.º, seja a propósito da subcontratação, conforme se deduz do art. 320.º e das normas para que este preceito remete.

Delimitado o âmbito da vinculação ou discricionariedade do contraente público, e prosseguindo na análise e extracção do conteúdo normativo do art. 320.º do CCP assinalamos, agora, que um parâmetro adicional e, igualmente, modelador da discricionariedade decisória desta entidade é, neste preceito, introduzido.

Prende-se este com a verificação de um «fundado receio de que a subcontratação envolva um aumento de risco de incumprimento das obrigações emergentes do contrato». O que desta norma se deduz é que se, em sede de subcontratação, onde, como lembram GONÇALO G. TAVARES e NUNO M. DENTE «a margem de discricionariedade é diminuta»¹²⁸ o legislador cuidou de prever semelhante parâmetro, então, por maioria de razão, esse deverá ser extensível à autorização à cessão do contrato.

Sê-lo-á, assim, porque ainda que surja contido na norma do art. 320.º, restrita à subcontratação, justamente onde se pretenderia circunscrever a possibilidade de recusa de autorização a esta operação, este confere uma larga discricionariedade decisória ao contraente público.

Cabendo-lhe, com efeito, aferir da verificação dos vários conceitos aí compreendidos, como seja, o que se deve entender por «aumento», quer-nos parecer que este parâmetro é susceptível de ter efeitos perversos, porventura não desejados pelo legislador, se não for rigorosamente aplicado (e, simultaneamente, se essa aplicação não for rigorosamente controlada)¹²⁹. Possibilitando recusas de autorização, desde logo, à subcontratação, onde entendeu o legislador limitar essa prerrogativa, este parâmetro é, pois, inteiramente aplicável à recusa de autorização à cessão.

Tendo deixado referências esparsas a *indícios*, *limites*, *parâmetros*, e a própria abordagem que, neste ponto, seguimos é, à partida, reveladora do entendimento que quanto à questão sobre que nos debruçamos temos.

Partindo da individualização de limites e requisitos exigíveis, insista-se que esse entendimento não se reconduz, naturalmente, a uma total vinculação na concessão da autorização, tanto mais que essa nem em sede de subcontratação foi prevista; já o enquadramento que fomos deixando da possível discricionariedade associada a este acto

¹²⁸ *Código dos Contratos públicos Comentado*, volume II, *cit.*, p. 109.

¹²⁹ Esclareça-se, quanto a este aspecto, que não se critica a bondade desta previsão normativa.

evidencia, por seu turno, que, mesmo à luz de uma omissão legal neste sentido, ela não é total.

Semelhante posição vem sendo defendida pela generalidade da doutrina, destacando-se, entre outros, GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ¹³⁰ que assinalam (ainda que não ao abrigo da lei espanhola actualmente vigente) que a lei não esclarece se a autorização tem carácter vinculado (regulado) ou discricionário, acentuando, ainda, que será, no entanto, difícil negar a existência de componentes de discricionariedade.

Já JÉRÔME MICHEL e MARIANNE CESSAC perfilham, à luz do direito francês, e referindo-se, em particular, à cessão do contrato, um entendimento bastante restritivo relativamente à discricionariedade decisória na outorga da respectiva autorização, referindo, concretamente «*une autorisation de cession de contrat ne peut notamment être refusée que pour un motif tiré de l'appréciation des garanties professionnelles et financières du nouveau titulaire*»¹³¹.

Finalmente, saliente-se que, independentemente da perspectiva que se tenha sobre uma possível discricionariedade ou vinculação na emissão do acto autorizativo, é indiscutível a ilegalidade da recusa de autorização sem fundamento¹³². Ainda que não nos possamos pronunciar desenvolvidamente sobre este aspecto, refira-se que ela consubstanciaria, com efeito, uma omissão de uma formalidade essencial, como seja a do dever de fundamentação dos actos administrativos¹³³, previsto nos arts. 124.º a 126.º do CPA – concretamente uma violação da al. c) do n.º 1 do mencionado art. 124.º deste Código –, na medida em que a referida recusa qualificar-se-ia como um acto de indeferimento.

¹³⁰ *Ob. cit.*, p. 758.

¹³¹ “Cession de contrat et silence de la personne publique”, *cit.*, pp. 1073 a 1076.

¹³² No mesmo sentido, em sede de direito civil, v. *O Subcontrato, cit.*, p. 116.

¹³³ Sobre este dever v., paradigmaticamente, VIEIRA DE ANDRADE, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, Almedina, Coimbra, 2003.

C. Da recusa de autorização à subcontratação prevista no artigo 320.º do Código dos Contratos Públicos

O artigo 320.º responde, conforme assinalámos, imediata e inequivocamente à questão da determinação do carácter vinculado ou discricionário da autorização do contraente público, sendo, contudo, restrito à subcontratação.

No que a esta norma respeita, o que imediatamente se destaca (e, quanto a nós, se questiona) é o sentido de oportunidade do legislador na opção pela sua integração neste regime, que vimos analisando, do CCP. Precisamente, ao dispor, autonomamente, sobre a recusa de autorização à subcontratação, o legislador deixa evidente a omissão da regulamentação legal homóloga para a cessão do contrato.

Ora, tendo presente o que atrás se deixou dito, sublinharíamos, apenas, que a única justificação que vislumbramos para a previsão desta norma, por um lado, e para a sua circunscrição à subcontratação, por outro, funda-se nos seus traços distintivos e na sua natureza, à luz de quanto ficou exposto.

IV. Limitação à extensão da subcontratação: O conteúdo normativo dos n.ºs 4 e 5 do artigo 318.º do Código dos Contratos Públicos

O n.º 4 do art. 318.º do Código dispõe que «o contrato pode proibir a subcontratação de determinadas prestações contratuais ou de prestações cujo valor acumulado exceda uma percentagem do preço contratual», limitação que já decorria, ainda que genericamente, do art. 316.º atrás analisado, na medida em que a admissibilidade da própria figura da subcontratação é, nos termos deste, condicionada à inexistência de estipulação contratual em sentido inverso ou à natureza do contrato.

Observamos, ainda, que a norma citada e, concretamente, a sua segunda parte, foi, pelo legislador, concretizada em matéria de contrato de subempreitada, no n.º 2 do art. 383.º, aí se estatuinto uma proibição ao co-contratante da Administração (o empreiteiro) de subcontratar prestações contratuais de valor total superior a 75% do valor contratual. Não sendo este o local adequado para se empreender uma análise cabal deste regime especial, importa, contudo, perscrutar a *ratio* desta norma em particular, e,

simultaneamente, da correspectiva norma do regime geral dos contratos administrativos, o n.º 4 do art. 318.º.

Antecipamos, porém, que estes preceitos têm naturezas distintas, sendo o art. 318.º, n.º 4, contrariamente ao n.º 2 do art. 383.º, uma norma permissiva, conforme se retira da sua formulação – «o contrato pode proibir» –, fazendo depender o seu conteúdo da liberdade contratual das partes e, concretamente, da sua liberdade de fixação do conteúdo do contrato. E, quanto à segunda, afigura-se-nos ser essa eminentemente proibitiva¹³⁴, não sendo, por seu turno, a sua estatuição condicionada ao exercício da liberdade de estipulação dos contratantes e podendo, inclusivamente, fundamentar, nos termos do art. 386.º do CCP, uma oposição do dono da obra à autorização^{135 136}.

Retomando a questão da razão de ser subjacente a uma limitação da subcontratação ou da respectiva extensão, atendendo, em especial, ao que atrás se deixou dito quanto ao modo normal de execução dos contratos administrativos, diremos, em primeiro lugar, que essa é mais notória em sede do regime especial do contrato de subempreitada.

Em coerência com a natureza do preceito normativo que fixa um limite máximo de valor dos trabalhos susceptíveis de serem executados em subempreitada, verificamos que, neste tipo contratual, estão, desde logo, em causa questões de política geral da construção civil e obras públicas, que extravasam os contornos de cada relação contratual, associando-se, não raramente, à utilização de mão-de-obra barata, sendo tal custo obtido através da violação de normas laborais e de direitos fundamentais¹³⁷.

¹³⁴ Dispõe, efectivamente o n.º 2 do art. 383.º «não pode o empreiteiro subcontratar prestações» (sublinhado nosso).

¹³⁵ Contrariando-se, desde modo, o princípio geral do contrato de subempreitada, segundo o qual, na fase de execução do contrato, o dono da obra não poderá opor-se à escolha do subempreiteiro pelo empreiteiro de obras públicas. Que, lembre-se, já resultava do n.º 6 do art. 265.º do Regime Jurídico de Empreitada de Obras Públicas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março (RJEOP).

¹³⁶ V., igualmente, JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, cit., em anotação ao art. 386.º, p. 907, ao referir que, no caso vertente, «o dono da obra não só pode como *deve* opor-se à subcontratação ou não a autorizar» e JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *ob. cit.*, p. 48, apontando, ainda na vigência do RJEOP, mas com inteira actualidade nesta matéria, que «o estabelecimento do conteúdo do contrato de subempreitada já não depende exclusivamente da vontade do empreiteiro, mas das disposições do RJEOP [CCP, actualmente], as quais conferem ao dono de obra a possibilidade de, em certos casos, não aceitar a subempreitada, bem como o poder de controlar a respectiva legalidade e de intervir, junto do empreiteiro, em caso de violação das referidas disposições [entre as quais a do n.º 3 do art. 265.º do RJEOP]».

¹³⁷ Como reportam JOSÉ M. DE OLIVEIRA ANTUNES e ANABELA COSTA POUSEIRO, *ob. cit.*, pp. 11 e segs, o recurso à subcontratação neste sector representa em muitos casos apenas uma actividade especulativa, traduzindo-se na subadjudicação total de trabalhos, sem qualquer “apport” por

Reveladora desta realidade é, como observa JORGE ANDRADE DA SILVA, a obrigação, que do n.º 2 do art. 386.º resulta para o dono da obra, de comunicação da referida oposição ou recusa de autorização da subempreitada ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., enquanto instituto regulador da actividade da construção, mediação e angariação imobiliária¹³⁸.

Já no que respeita à norma do n.º 4 do art. 318.º, o que observamos é que, em boa verdade, e coerentemente com a respectiva natureza (a que acima aludimos), essa não consubstancia qualquer limite à extensão da subcontratação, aí se relegando para as partes – ou, bem assim, para a entidade adjudicante (em sede de programa do concurso ou caderno de encargos) – a composição do conteúdo da sua relação contratual, conformando-o à luz do objecto e das prestações contratuais em causa.

No direito comparado, a limitação à extensão da subcontratação é mais afirmativa, prevendo-se, nos ordenamentos espanhol, francês e italiano que apenas uma parte da execução das prestações contratuais é passível de ser subcontratada, inviabilizando-se, deste modo, a subcontratação total. Solução que, no ordenamento jurídico nacional, é restrita ao contrato de subempreitada, conforme se assinalou.

Concretizando, em Espanha, dispõe a actual *Ley de Contratos del Sector Público*, no seu artigo 210.º, epígrafado de «*subcontratación*», que o co-contratante da Administração poderá subcontratar a *realização parcial da prestação contratual*¹³⁹. Deixam-se, subsequentemente, referências a esta possibilidade, quer impondo, na al. a) do n.º 2 da mesma disposição, que as entidades adjudicantes «*deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar*»¹⁴⁰, quer, a propósito da obrigação de comunicação ao contraente público da intenção de se celebrarem subcontratos, devendo, nesse caso, o co-contratante assinalar «*la parte de la prestación que se pretende subcontratar*»¹⁴¹, como resulta da al. b) do n.º 2 do mesmo art. 210.º. Estabelece-se, ainda, neste preceito, um outro requisito¹⁴², nos termos do qual a extensão da subcontratação será limitada pelo valor fixado no caderno de encargos, fixando-se

parte do contratante, tendo como objectivo defraudar a realidade dos preços, contribuindo para a violação das regras da sã concorrência.

¹³⁸ Conforme se deduz do Decreto-Lei n.º 144/2007, de 27 de Abril, que aprovou a sua orgânica.

¹³⁹ Expressão utilizada no n.º 1 do citado artigo 210.º («*realización parcial de la prestación*»).

¹⁴⁰ Sublinhado nosso.

¹⁴¹ *Idem*.

¹⁴² Dispõe, com efeito, a alínea e) do n.º 2: «*[l]as prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podran exceder del porcentaje que se fije en el pliego de clausulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un limite especial, el contratista podra subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por ciento del importe de adjudicacion*».

subsidiariamente (isto é, na eventualidade de não constar esse limite), como valor máximo permitido, a percentagem de 60% do valor do contrato adjudicado.

Em França, o *Code des Marchés Publics* (CMP) apenas dispõe, ainda que implicitamente, que a subcontratação não pode ser total, conforme se alcança pela formulação legal do seu art. 112.º, nos termos da qual o adjudicatário «*peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché (...)*», sendo esta limitação objecto de largas críticas pela doutrina, nomeadamente se contraposta à liberdade que o Conseil d'État empresta à operação de cessão da posição contratual, pelo co-contratante. Assinala, a este propósito, ALDO SEVINO, ainda que ao abrigo da legislação anterior ao CMP, «*ce n'est pas le moindre des paradoxes que de relever la possibilité qui est aujourd'hui offerte à une entreprise titulaire de céder, sur simple autorisation de l'administration, la totalité d'un marché, alors qu'elle est dans l'incapacité juridique de sous-traiter la totalité du même marché*»¹⁴³.

Já no ordenamento italiano, o *Codice dei Contratti Pubblici* e o respectivo Regolamento di Esecuzione ed Attuazione¹⁴⁴ autorizam a subcontratação, nomeadamente no n.º 2 do art. 118.^{o145} do primeiro (com a epígrafe «*subappalto e attività che non costituiscono subappalto*») e no art. 170.º do segundo («*subappalto e cottimo*»), devendo esta operação respeitar, todavia, limites expressos. Têm esses uma natureza quantitativa, reportando-se a um máximo de 30%, tanto para os contratos de *lavori*, como para os de *servizi e forniture*¹⁴⁶. Observam, neste contexto, ALBERTO MASSERA e MARTA SIMONCINI que extensão da subcontratação, em concreto, os referidos limites deverão, ainda, em moldes semelhantes aos regimes jurídicos enunciados, «*essere definiti di volta in volta dall'amministrazione aggiudicatrice nel*

¹⁴³ «Le paradoxe de la cession des marchés publics», *AJDA L'Actualité Juridique – Droit Administratif*, Moniteur, Paris, n.º 39, 17 novembre 2003, p. 2077. No mesmo sentido, v. FRANÇOIS DORE, «Le contentieux des cessions de contrats», *cit.*, p. 3, acrescentando, reportando-se ao mesmo paradoxo, que «(...) *Cela est d'autant plus étonnant que dans le cadre d'un sous-traité le cocontractant de la collectivité conserve la responsabilité de l'exécution du contrat, il est maintenu dans ses obligations et ses droits, et ne perd pas purement et simplement, comme c'est le cas pour la cession, sa qualité de partie au contrat*».

¹⁴⁴ Aprovado pelo Decreto n.º 207, de 5 de Outubro de 2010.

¹⁴⁵ Alterado pelo Decreto Legislativo n.º 152, de 11 de Setembro de 2011.

¹⁴⁶ Esse valor deverá ser apurado, todavia, de forma distinta, consoante se trate do primeiro tipo contratual, caso em que esse se reporta a uma «*categoria prevalente*» ou dos contratos de prestação de serviços ou fornecimento, dispondo, quanto a estes o citado n.º 2 do art. 118.º que «*tale quota è riferita all'importo complessivo del contratto*».

bando pubblico. Inoltre, i candidati devono indicare nelle loro offerte le parti del contratto che intendono subaffidare»¹⁴⁷.

Prosseguindo a análise da limitação à extensão da subcontratação, traçada pelo Código dos Contratos Públicos, deter-nos-emos agora sobre o n.º 5 do art. 318.º, que estabelece que as proibições fixadas no contrato (ao abrigo da liberdade conferida pelo n.º 4) não podem ter como efeito restringir, limitar ou falsear a concorrência, no que se refere, em particular, à subcontratação, limitando a possibilidade de recurso à capacidade técnica de terceiros para efeito de qualificação do co-contratante.

Esta norma compreende-se à luz da permissão genérica contida nas directivas relativas aos contratos públicos¹⁴⁸ de um operador económico recorrer às capacidades económica, financeira e técnica de outras empresas, independentemente da natureza jurídica dos laços que o ligam a essas empresas, encontrando-se, desse modo, em condições de provar que possui as capacidades ou qualificações exigidas pela entidade adjudicante.

Acresce que a relevância desta previsão legal foi, inclusivamente, reconhecida no Código Europeu de Boas Práticas para facilitar o acesso das PME aos contratos públicos¹⁴⁹. Neste se assinala, com efeito, que disposições (como as inseridas nas directivas, a que fizemos referência, e o n.º 5 do art. 318.º, que delas decorre) e práticas a essas associadas «facilitam, evidentemente, a constituição de agrupamentos de PME independentes que possam participar, como proponentes ou candidatos, em processos de adjudicação de contratos públicos de grande dimensão, sobretudo no caso de contratos complexos que impliquem uma variedade de competências».

É, ainda, importante ter em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça nos casos em que um operador económico utilize as capacidades económicas, financeiras ou técnicas de outras entidades, independentemente da natureza jurídica da ligação entre ele e essas entidades, a fim de respeitar os critérios de selecção ou, no contexto dos sistemas de qualificação, para apoiar a sua proposta¹⁵⁰.

¹⁴⁷ “Fondamenti dei Contratti Pubblici in Italia – Report Annuale – 2011 – Italia”, *Ius Publicum Network Review*, Fevereiro de 2011, disponível em <http://www.ius-publicum.com>.

¹⁴⁸ Concretamente, nos n.ºs 2 e 3 do art. 47.º, n.ºs 3 e 4 do art. 48.º e n.º 1, 3.º parágrafo, do art. 52.º da Directiva 2004/18/CE e ainda n.ºs 4 e 5 do art. 53.º e n.ºs 5 e 6 do art. 54.º da Directiva 2004/17/CE.

¹⁴⁹ *Cit.*, p. 9.

¹⁵⁰ Citou-se o considerando n.º 51 da Directiva 2004/17/CE.

Merece, desde logo, destaque o acórdão «*Holst Italia*», do Tribunal de Justiça, de 2 de Dezembro de 1999¹⁵¹, onde se decidiu, a propósito da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992¹⁵², que esta deve ser interpretada no sentido de permitir a um prestador que, para provar que satisfaz as condições económicas, financeiras e técnicas de participação num concurso destinado a celebrar um contrato público de serviços, invoque as capacidades de outras entidades, qualquer que seja a natureza jurídica das relações que com elas mantém, na condição de poder provar que tem efectivamente à disposição os meios dessas entidades necessários para a execução do contrato.

Igualmente relevante neste contexto é o acórdão «*Siemens AG*», do Tribunal de Justiça, de 18 de Março de 2004¹⁵³, onde, a propósito da apreciação da conformidade de uma cláusula¹⁵⁴ que proibia «o recurso à subcontratação de partes essenciais do contrato»¹⁵⁵, este Tribunal considerou ser admissível a limitação, pela entidade adjudicante, ao recurso à subcontratação, reiterando, deste modo, o entendimento firmado no acórdão «*Holst Italia*», acima mencionado.

Destacando-se da demais jurisprudência comunitária, o Tribunal de Justiça colocou, nesta decisão, como pedra de toque para a aferição da legalidade da subcontratação, a possibilidade de o operador económico demonstrar que preenche os critérios de selecção, através da invocação das capacidades de terceiros com os quais tencione subcontratar¹⁵⁶. Conclui, com efeito, este Tribunal, que «uma pessoa que invoque as capacidades técnicas e económicas de terceiros aos quais tenciona recorrer se o contrato lhe for adjudicado apenas pode ser afastada se não conseguir demonstrar que dispõe efectivamente dessas capacidades».

Verificamos, finalmente, que se, por um lado, foi devidamente enquadrada, neste acórdão, a possibilidade de se introduzirem limites à subcontratação, essa se compreende quando se coloque na fase de execução do contrato. Justifica-se que seja, aí, limitado o recurso à subcontratação, na medida em que a entidade adjudicante não tenha a possibilidade de avaliar as capacidades dos subcontratantes. Desta decisão

¹⁵¹ Proc. n.º C-176/98, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁵² Relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços.

¹⁵³ Proc. n.º C-314/01, também disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁵⁴ Integrante do anúncio do concurso aberto pela contraparte da Siemens AG Österreich, a Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger.

¹⁵⁵ Acórdão «*Siemens AG*», *cit.* p. 2602.

¹⁵⁶ Sobre este acórdão, v. CLÁUDIA VIANA, *ob. cit.*, p. 510 e segs.

decorre, em última instância, que qualquer limitação à subcontratação deverá ser delimitada.

Compreende-se, assim, à luz do exposto e como foi atrás explicitado, que o regime de autorização à subcontratação no decurso da execução do contrato, previsto no art. 319.º do CCP, seja decalcado do regime de emissão da autorização na fase de formação do contrato, sendo inserida no mesmo.

V. Do silêncio do contraente público em face do pedido de autorização à cessão ou à subcontratação: Inobservância do prazo fixado no n.º 3 do artigo 319.º do Código dos Contratos Públicos

Encontra-se estabelecido, no CCP e na doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras, o princípio segundo o qual a cessão do contrato e, salvo regimes especiais, a subcontratação, devem ser autorizadas pelo contraente público. Este comporta, contudo, uma incerteza, que decorre dos casos em que o contraente público se abstém de responder aos pedidos de autorização, formulados pelo seu co-contratante, sendo que os textos legais não esclarecem sobre o que se deve deduzir do seu silêncio.

Observamos, com efeito, que o n.º 3 do art. 319.º do CCP fixa apenas um prazo de 30 dias para o contraente público se pronunciar sobre a proposta do seu co-contratante a ele dirigida¹⁵⁷, visando essa a obtenção da respectiva autorização. Nada dispõe esta norma sobre as consequências da inobservância desse prazo, não sendo sequer líquido se as há. Procuraremos, por isso, determinar que interpretação e que solução se deverão emprestar aos casos de ausência de resposta do contraente público a estas solicitações, a saber, se daí decorrerão efeitos jurídicos.

Em causa está, como se adivinha, a determinação da produção de um acto tácito de deferimento, gerado uma vez esgotado o decurso do prazo legal fixado para o contraente público decidir, após solicitação do seu co-contratante, nos termos do n.º 2 do art. 319.º, e sendo essa matéria, indiscutivelmente, da sua competência.

¹⁵⁷ Que deve ser, como impõe o n.º 2 do referido preceito legal, fundamentada, evidenciando o cumprimento de todos os requisitos exigíveis para a autorização da cessão ou da subcontratação.

Têm aqui aplicação os arts. 108.º, 109.º e, transversalmente, o art. 9.º do CPA¹⁵⁸, onde resulta a regra geral¹⁵⁹ de que, salvo nos casos a que se referem a previsões dos n.ºs 1 e 3 do art. 108.º, onde se incluem os casos específicos em que a lei preveja a formação de deferimentos tácitos, «o silêncio da instância decisória competente sobre pretensão formulada por particular (...) gera o seu indeferimento, *retius*, a faculdade de o interessado presumir indeferida tal pretensão»^{160 161}.

Cabe, portanto, indagar se, no caso da autorização à cessão ou à subcontratação, se verificam as condições legais atrás sugeridas de produção de um acto tácito, seguindo-se, de perto, neste segmento expositivo, o ensino de FREITAS DO AMARAL¹⁶².

Subjacente ao n.º 3 do art. 319.º do CCP, a propósito do qual esta questão se coloca, encontra-se uma solicitação por um interessado (o co-contratante), na pronúncia do contraente público relativamente a um caso concreto, qual seja o de uma proposta, contendo os dados legalmente exigíveis relativos a um potencial cessionário ou subcontratado, elaborada nos termos atrás explicitados. Igualmente indiscutível é o facto de ser o contraente público, na qualidade de parte do contrato base¹⁶³, competente para apreciar a matéria sobre a qual é solicitada a autorização, tendo a esse respeito, nos termos do preceito em análise e do art. 9.º do CPA, um dever legal de decidir.¹⁶⁴

Às condições enunciadas acresce, como premissa da questão ora em apreço, que tenha decorrido o prazo legalmente fixado (de 30 dias) para o contraente público decidir, sem que este se tenha pronunciado expressamente sobre a proposta apresentada. Sobre esta condição, é, porventura, necessário clarificar que, podendo a autorização à cessão ou à subcontratação suscitar-se aquando da formação do contrato, aí constando,

¹⁵⁸ *Ex vi* do n.º 3 do art. 280.º do CCP.

¹⁵⁹ Criticando duramente a opção legislativa de estabelecer esta regra geral, v. ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2008, pp. 298 e segs.

¹⁶⁰ M. ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª edição actualizada, revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 1997, p. 489.

¹⁶¹ Pronunciando-se contrariamente à própria existência da figura subjacente, do indeferimento tácito ou do acto tácito negativo, com a entrada em vigor do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), v. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 152 e segs., não cabendo, contudo, neste contexto, a discussão deste tema.

¹⁶² *Curso de Direito Administrativo, cit.*, pp. 367 e segs.

¹⁶³ Cujas estrutura subjectiva seria, pelas possíveis operações visadas, modificada ou impactada.

¹⁶⁴ Esse é, com efeito, nítido na formulação legal do art. 319.º, n.º 3 do CCP, «[o] contraente público deve pronunciar-se» (sublinhado nosso).

ou na respectiva fase de execução, esta questão da observância, ou não, do prazo fixado para o contraente público sobre essa decidir coloca-se exclusivamente em sede de execução do contrato, conforme se deduz da inserção sistemática da norma do n.º 3 do art. 319.º e da própria epígrafe deste preceito.

Finalmente, para a produção de um acto tácito, é ainda, necessário que a lei atribua expressamente ao silêncio do contraente público um significado jurídico, sendo que, como oportunamente assinalámos, não prevê o CCP a formação de um acto tácito de deferimento, ou seja, não prevê este código que o co-contratante possa, esgotado o mencionado prazo, considerar autorizada a cessão ou a subcontratação.

De igual modo, afigura-se-nos altamente discutível que o referido efeito jurídico decorra do art. 108.º do CPA, por várias razões que explicitaremos em seguida. Cumpre, no entanto, adiantar que a temática dos actos tácitos tem uma tradição e elaboração doutriniais e jurisprudenciais, cuja explanação não se compatibiliza com os limites deste trabalho, pelo que a abordagem será, neste aspecto, eminentemente focalizada, não se cuidando de temas conexos.

Refira-se, primeiramente, que a autorização à cessão ou à subcontratação não se encontra entre o elenco de casos para os quais o n.º 3 do citado art. 108.º prevê o deferimento tácito, concretizando a cláusula ínsita no n.º 1 do mesmo preceito reportada aos casos «dependentes de aprovação ou autorização de órgão administrativo». Quanto a esta última, poder-se-ia discutir, como fazem MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM¹⁶⁵, se se trata de uma cláusula geral, e se caberia, então, apurar se este é um caso em que o exercício de um direito – a subcontratar ou a ceder o contrato –, dependa de autorização. Respondendo-se afirmativamente, questionar-se-ia, subsequentemente, se, não sendo a decisão proferida no prazo legal, semelhante autorização se deveria considerar concedida. Contendo, de facto, o art. 108.º do CPA uma previsão legal da formação de um acto tácito de deferimento em termos aparentemente genéricos, parece configurar, como observa MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, «o estabelecimento de uma *presunção legal*, mediante a qual a lei atribui à passividade do órgão competente perante os requerimentos dos interessados o significado legal tipicizado de deferir a pretensão»¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Discorrendo sobre o deferimento tácito como «figura geral» e sobre a qualificação dos casos subsumíveis no n.º 1 do art. 108.º, *ob. cit.*, p. 483.

¹⁶⁶ *Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares, cit.*, pp. 152 e 153.

Entendemos, porém, que a resposta às questões que neste contexto se suscitariam se encontra prejudicada, na medida em que, acompanhando o mesmo autor, consideramos que, ao contrário do que da referida norma parece resultar, «a formação de deferimento tácito só tem lugar nos tipos de procedimentos em que, mediante previsão expressa, lei especial o preveja»¹⁶⁷, o que, neste caso, não se verifica.

Ainda que assim não se entenda, cumpre esclarecer que, segundo cremos, a referida previsão normativa do citado n.º 1 do art. 108.º, à qual subjaz a qualificação do acto de subcontratar ou de ceder o contrato como o exercício de um direito, sempre se reputaria dificilmente preenchida. Observamos, não obstante, que são bem patentes, neste ponto, as diferenças¹⁶⁸ entre as operações de cessão e de subcontratação, colocando-se, quanto a nós, com maior acuidade a possibilidade de apenas esta última consubstanciar um direito¹⁶⁹.

Destacam-se, para tanto, diversos aspectos do regime do CCP, como sejam, o favorecimento à subcontratação decorrente do art. 316.^{o170} e dos n.ºs 4 e 5 do art. 318.º, o carácter expressamente vinculado da autorização a esta operação, que, conforme analisado, se retira do art. 320.º e, bem assim, o regime especial do contrato de subempreitada (art. 385.º, n.º 1), prevendo a desnecessidade de sujeição da realização deste tipo contratual a autorização do contraente público.

Quanto a este último aspecto, saliente-se, contudo, que dele se pode extrair a conclusão, *a contrario sensu*, de que se o legislador o previu em sede de contrato de subempreitada (e não em sede de regime geral da subcontratação nos contratos administrativos), essa opção evidenciaria que as especificidades associadas a este contrato sustentariam uma diferente natureza dos poderes que lhe subjazem. Têm, por isso, inteiro cabimento as considerações que, a respeito do poder de subcontratar no direito civil, tece PEDRO ROMANO MARTINEZ, ao questionar se a previsão de um poder de subcontratar num tipo contratual indicia que o mesmo seja extensível a outras hipóteses subcontratuais¹⁷¹. Entendemos, porém, ser questionável a importação para o contexto das relações jurídico-contratuais administrativas da conclusão que este autor

¹⁶⁷ *Idem*, p. 153.

¹⁶⁸ V. *supra*, capítulo I da Primeira Parte.

¹⁶⁹ Em sentido contrário, v. Acórdão do CE «*Préfet du Puy-de-Dôme*», 22 Juin 1998, em particular, a intervenção do Commissaire du Gouvernement Bergeal, defendendo que o co-contratante do contraente público disporia, no caso, «*d'un certain droit, voire même (...) un droit certain, à obtenir l'autorisation de cession*».

¹⁷⁰ Ainda que esse abranja igualmente a cessão do contrato.

¹⁷¹ *O Subcontrato, cit.*, pp. 112 e segs.

formula de que «em relação a todas as hipóteses subcontratuais, se poderá sempre falar de um “poder de subcontratar”»¹⁷².

Do mesmo modo, não acompanhamos, sem sérias hesitações, neste ponto, JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, quando, a propósito do contrato de subempreitada, estabelece uma equivalência entre a possibilidade de se celebrar este tipo de contratos e o direito de o empreiteiro o fazer. Suscita-nos, salvo o devido respeito, este entendimento duas objecções.

Por um lado, observamos que este Autor parece assimilar conceitos distintos, como sejam o de liberdade e o de direito. Fundando-se na inexigibilidade de autorização à subempreitada¹⁷³, e no princípio de liberdade de subempreitar que daí retira¹⁷⁴, refere que «esta liberdade de subempreitar confere ao empreiteiro o direito de celebrar contratos de subempreitada de obras públicas»¹⁷⁵, aí estabelecendo um nexó que não temos por verificado, assimilando a liberdade de subempreitar e o respectivo direito de semelhante conteúdo.

Acresce, por outro lado, que este Autor sustenta a existência do referido direito a partir da noção tradicionalmente difundida de autorização¹⁷⁶, revelando, todavia, perspectivá-la de forma unívoca, desconsiderando que outros actos permissivos há (inclusivamente denominados de «autorização») com conteúdo e efeitos diversos, como seja a figura da autorização constitutiva¹⁷⁷.

Finalmente, cumpre esclarecer que com este excuro sobre o direito a subcontratar não pretendemos afastar, definitivamente, a sua existência, mas somente evidenciar que essa não se afigura, no nosso ordenamento¹⁷⁸, absolutamente demonstrada, sobretudo nos casos em que a subcontratação envolve o cumprimento de

¹⁷² *Idem*, p. 113.

¹⁷³ Privativa, como sabemos, deste contrato.

¹⁷⁴ Também em termos não isentos de críticas, na medida em que, conforme o referido nos capítulos III e IV da Primeira Parte deste trabalho, a autorização do contraente público não suprime o princípio de liberdade de subcontratar.

¹⁷⁵ *Ob. cit.*, p. 44.

¹⁷⁶ V., entre outros, MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Actividade administrativa*, Tomo III, Dom Quixote, Lisboa, 2007, pp. 91 e 99, JOÃO CAUPERS, *ob. cit.*, p. 196, FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 288, definindo estes autores a autorização como «o acto pelo qual um órgão da Administração permite a alguém o exercício de um direito ou de uma competência preexistente».

¹⁷⁷ Reporta-se esta a certas actividades de controlo preventivo, como assinala ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra*, Ano de 1977-78, p. 114.

¹⁷⁸ Em França, estabelece-se, inclusivamente, como veremos, relativamente à subcontratação, a formação de deferimento tácito, perante o silêncio do contraente público.

prestações próprias do co-contratante. Que este tem, a este respeito, uma nítida posição jurídica activa face ao contraente público é inegável; mas se essa não se traduz apenas numa faculdade que a esse sujeito assiste é já mais duvidoso.

Retomando o tema do silêncio do contraente público e considerando-se, como procurámos evidenciar, afastada a hipótese de formação de deferimento tácito pelo regime do CPA, refira-se, ainda, que a possibilidade de se presumir deferida a autorização à cessão ou à subcontratação esbarraria na necessidade de o contraente público controlar a verificação dos pressupostos e requisitos exigíveis ao potencial cessionário ou subcontratado, nos termos do n.º 2 do art. 319.º.

Mal se compreenderia, com efeito, a imposição legal de apresentação de proposta fundamentada e instruída com todos os documentos comprovativos da verificação dos referidos requisitos e a concessão da autorização pelo mero decurso do tempo (que, aliás, é bastante curto), sem que a mesma proposta fosse apreciada e o contraente público pudesse comprovar a aptidão e idoneidade dos potenciais cessionário ou subcontratado. A solução da recusa do deferimento tácito é, assim, a mais coerente com a utilidade e normatividade do controlo, pelo contraente público, dos requisitos legalmente exigidos para a cessão e subcontratação.

Esta possibilidade chocaria particularmente, como atrás afirmado, no caso da cessão¹⁷⁹, por essa implicar uma modificação subjectiva, desligando-se o cedente da relação contratual.

Adicionalmente, sublinhamos que se legislador pretendesse conferir ao silêncio do contraente público, face ao pedido de autorização que vimos analisando, um significado jurídico de deferimento tê-lo-ia previsto, expressa e diferenciadamente, no CCP¹⁸⁰.

Da perspectiva do direito comparado, refira-se, primeiramente quanto ao ordenamento jurídico espanhol, que este contém, como atrás indicámos, dois regimes diferenciados para a cessão e para a subcontratação. Destes resulta, quanto à cessão, concretamente, da al. a) do n.º 2 do art. 209.º da *Ley de Contratos del Sector Público*, que a autorização à cessão deverá ser expressa, sendo esse carácter expresso uma imposição legal «*para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones*

¹⁷⁹ Apontando, no direito espanhol, a inexistência de um direito pré-existente do co-contratante a ceder o contrato, v. FRANCISCO SOSA WAGNER, *ob. cit.*, p. 169.

¹⁸⁰ Como fez com a previsão de um prazo legal para decidir de 30 dias, distinto, como sabemos, do prazo geral de 90 dias, e em termos semelhantes ao que fez o legislador francês, no CMP.

a *terceros*». Já a subcontratação é, por seu turno, apenas sujeita a uma comunicação à Administração¹⁸¹, devendo o co-contratante fazê-la indicando, antecipadamente e por escrito, a sua intenção de celebrar subcontratos.

No direito francês, o CMP contém uma solução para a questão do silêncio, dispondo no n.º 4 do seu art. 114.^{o182} sobre o valor do silêncio da Administração face a um pedido de «aceitação» formulado pelo co-contratante, sendo, todavia, essa circunscrita à *sous-traitance*, conforme se deduz da inserção sistemática deste preceito no citado capítulo II do Título IV («*exécution des marchés*»), onde se encontram as disposições relativas à *sous-traitance*.

Já no que respeita à cessão, sendo o seu regime, essencialmente, fruto de elaboração jurisprudencial, colocam-se, neste ordenamento, as mesmas dúvidas relativamente ao valor do silêncio, conforme observam JÉRÔME MICHEL e MARIANNE CESSAC¹⁸³ «*le principe selon lequel la cession d'un contrat administratif doit être autorisée soulève en pratique bien des incertitudes lorsque la personne publique s'abstient de répondre à la demande de son cocontractant, ni les textes ni la jurisprudence ne précisant ce qu'il faut déduire d'un tel silence*». Questiona-se, assim, também neste ordenamento, a possibilidade de aplicação do regime legal equivalente ao nosso regime geral de decisões tácitas (fixado no CPA) previsto na *Loi n.º 2000-312 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations* e, concretamente, nos seus arts. 21.º e segs., sendo, todavia duvidosa a inclusão das relações contratuais no âmbito de aplicação deste diploma¹⁸⁴.

Comum ao ordenamento francês e, bem assim, ao português é, finalmente, a questão de saber se, por convenção (entenda-se, no contrato base), as partes podem, ao abrigo da sua liberdade de estipulação, atribuir um valor declarativo ao silêncio do contraente público. Coloca-se essa com particular acuidade nos casos em que o valor declarativo associado ao silêncio seja derogatório do regime regra do indeferimento

¹⁸¹ Conforme decorre da al. b) do n.º 2 do art. 210.º da citada *Ley 30/2007, de 30 de octubre*.

¹⁸² Assim, dispõe este preceito «*Le silence du pouvoir adjudicateur gardé pendant vingt et un jours à compter de la réception des documents mentionnés aux 2 et 3 vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement*».

¹⁸³ «*Cession de contrat et silence de la personne publique*», *cit.*, pp.1073 a 1076.

¹⁸⁴ Desde logo, a referência a «*citoyens*» e «*administrations*» afigura-se de difícil compatibilização com as relações contratuais administrativas, apontando, ainda, JÉRÔME MICHEL e MARIANNE CESSAC, «*Cession de contrat et silence de la personne publique*», *cit.*, p. 1075, que os debates parlamentares sobre esta parecem traduzir a vontade do legislador regular as relações «*de guichet*» entre administrações e administrados e não as relações entre partes de um contrato, sem, contudo, excluirmos estas últimas do seu âmbito de aplicação, pelo menos de forma expressa.

tácito. Reportam-se estes às hipóteses em que as partes estipulassem que, o co-contratante deveria pedir autorização ao contraente público para ceder o contrato ou subcontratar, e caso este não se pronunciasse sobre essa solicitação dentro de certo prazo, a operação visada se poderia considerar autorizada. Não tendo sido, ainda, a presente questão apreciada pela jurisprudência ou pela doutrina¹⁸⁵, esta impõe-se atento o regime nacional de direito civil relativo ao silêncio como meio declarativo, fixado no art. 218.º do Código Civil¹⁸⁶.

Refira-se, ademais, que caberá, ainda, indagar sobre a compatibilidade de semelhante estipulação (sendo essa de deferimento tácito) com a regra geral de conteúdo oposto e que do art. 109.º do CPA se retira de, esgotado o prazo para decidir, se dever considerar indeferida a pretensão¹⁸⁷. Deve-se entender que deste preceito se extrai uma regra imperativa ou, pelo contrário, que essa consubstancia uma disposição supletiva (derrogável por previsão contratual)?

Em resposta, entendemos que, contrariamente ao que parece resultar do art. 108.º e como decorre da letra do art. 109.º e dos traços de excepcionalidade com que a previsão da formação de deferimento tácito foi legalmente configurada, essa só tem lugar nas situações expressamente previstas pelo legislador.

Em sentido inverso, merece, contudo, destaque a posição dos citados autores franceses¹⁸⁸, considerando estes, ainda que em termos dubitativos, admissível, no ordenamento jurídico francês, uma *derrogação contratualmente consentida* do princípio geral de indeferimento tácito ou «*rejet d'une demande*», sustentando-se, essencialmente, em três ordens de razões. Atendendo ao escopo da Lei n.º 2000-312 du 12 avril 2000, cujo carácter imperativo é aqui questionado, referem, desde logo, estes autores que esta tem por objecto a protecção dos administrados nas suas relações jurídicas com a Administração. Sublinham, também, tendo presente esta primeira consideração, não vislumbrar a razão pela qual uma *derrogação contratualmente consentida* deverá ser *descartada* em prol de uma regra menos favorável ao interlocutor da pessoa colectiva pública. Finalmente, invocam a verificação, nomeadamente ao abrigo de contratos de concessão, de numerosas derrogações ao referido princípio geral.

¹⁸⁵ Deixando, não obstante, uma referência singela a este tema, v. GONÇALO G. TAVARES e NUNO M. DENTE, *Código dos Contratos públicos Comentado*, volume II, *cit.*, p. 108.

¹⁸⁶ Aplicável *ex vi* o n.º 3 do art. 280.º do CCP.

¹⁸⁷ V., no mesmo sentido, mas reportando-se ao direito francês, JÉRÔME MICHEL e MARIANNE CESSAC, “Cession de contrat et silence de la personne publique”, *cit.*, pp. 1075 e 1076.

¹⁸⁸ “Cession de contrat et silence de la personne publique”, *cit.*, p. 1075.

Concluindo, saliente-se que se nos afiguram pertinentes as considerações de que deixámos nota, não autorizando, no entanto, o regime legal vigente em matéria de silêncio do contraente público face a um pedido de autorização a sua aplicação no direito nacional, sendo que apenas em sede de revisão do CPA se poderia suscitar a sua relevância e potencial aplicabilidade.

Ponderando a possibilidade de uma derrogação contratualmente fixada do regime regra do deferimento tácito, ainda se pode, porventura, questionar se a expressão do art. 316.º do CCP «na falta de estipulação contratual» se reporta à estipulação contratual relativa à admissibilidade da cessão da posição contratual e da subcontratação ou ao respectivo regime. Isto é, terá a citada expressão legal o sentido de abranger as concretas disposições dos contratos base que conformem a fisionomia destas figuras (prevendo, suponha-se, um valor de deferimento tácito ao silêncio perante uma solicitação de autorização), ou refere-se essa, apenas, à previsão, pelas partes, da possibilidade de se virem a celebrar subcontratos ou de se vir a ceder a posição contratual?

Respondendo-se afirmativamente à primeira hipótese, reputar-se-ia esse sentido como maximalista. Não cremos, porém, que tenha sido esse o intento do legislador ao referir-se ao dispor sobre o «âmbito», entenda-se, da cessão da posição contratual e da subcontratação (como primeiro preceito do capítulo VI do CCP, que destas figuras se ocupa).

Refira-se, por outro lado, que, por tentadora que seja a possibilidade de interpretar esta expressão legal à luz da habitual noção de liberdade de estipulação, decorrente do princípio de direito civil da liberdade contratual¹⁸⁹, e associada à faculdade que às partes assiste de «fixar livremente o conteúdo dos contratos» que entendam celebrar, a letra do art. 316.º do CCP não o permite. Este preceito é, aliás, bastante nítido, não autorizando interpretação diversa da que, neste, dispõe, por um lado, o legislador sobre a admissibilidade destas figuras e, por outro, que essa é condicionada. Desta norma retira-se, com efeito, que, ainda que as partes não tenham previsto as possibilidades de se subcontratar ou ceder o contrato essas devem ser, por força da mesma, «admitidas», sendo-o, todavia, «nos termos do disposto nos artigos seguintes». De onde resulta que o CCP autoriza estas figuras, mas sob condição de o

¹⁸⁹ Fixado no art. 405.º do Código Civil.

respectivo regime corresponder ao seu conteúdo normativo ou, sendo fixado contratualmente, conformar-se com o mesmo¹⁹⁰.

Sublinhe-se, pois, com PEDRO ROMANO MARTINEZ, que, seja no contexto do direito privado, seja no âmbito das relações contratuais administrativas «só excepcionalmente – em hipóteses dificilmente imagináveis – se poderá atribuir ao silêncio o valor de uma autorização para subcontratar»¹⁹¹ e, por maioria de razão, acrescentaríamos, para ceder o contrato.

CONCLUSÕES

Já formuladas, no corpo do presente trabalho, é tempo de extrair as seguintes conclusões:

1. A cessão da posição contratual e a subcontratação possuem vários denominadores comuns, como sejam o da relação que mantêm com o princípio da execução pessoal dos contratos e o da sua admissibilidade se encontrar condicionada à concessão de uma autorização pelo contraente público, verificando-se um tratamento conjunto, ou assimilação, destas figuras no CCP;
2. Constituem, no entanto, institutos diferentes, tanto pela sua natureza, como pelos seus efeitos jurídicos;
3. A admissibilidade destas operações no contexto das relações jurídico-contratuais administrativas implica a ponderação da respectiva compatibilização com o princípio da concorrência, particularmente no que respeita à cessão;
4. Essa compatibilização resolve-se, por um lado, à luz da concepção que se adopte relativamente aos efeitos da cessão (eficácia novatória ou

¹⁹⁰ Decorrendo esse do próprio código ou das demais disposições legais aplicáveis, como sejam as citadas disposições do CPA.

¹⁹¹ *O Subcontrato, cit.*, p. 115.

translativa) e, por outro, pela exigibilidade legal da obtenção de uma autorização;

5. Apenas uma concepção tributária da eficácia translativa da cessão é, no direito português, compatível com o quadro principiológico em que se deve fundar a actuação de um contraente público;
6. A compatibilidade da cessão com o princípio da concorrência deve ser, de todo o modo, *recentrada*, na medida em que ela se deverá determinar em face do concreto conteúdo jurídico-material das condições de execução do contrato, aquando a cessão, devendo, para tanto, essas manter-se substancialmente inalteradas;
7. Acresce, face ao referido em 3., que a potencialidade lesiva da subcontratação foi já reconhecida pelo TJUE;
8. O conteúdo normativo do princípio da execução pessoal dos contratos deve ser apurado pela interpretação conjugada dos arts. 288.º e 316.º do CCP;
9. O art. 316.º restringe, neste domínio, o alcance do citado princípio aos casos em que a «natureza do contrato» o imponha, concretamente, pela relação *intuitus personae* em que se haja fundado a celebração do contrato, sendo, por isso e pela relevância da liberdade contratual das partes aí contida, largamente favorável à cessão e à subcontratação;
10. As necessidades da economia actual (desde logo, a crescente complexidade técnica das tarefas e competitividade do mercado) impõem uma aposta na subcontratação, a que se associam inúmeras vantagens;
11. A subcontratação é, primacialmente, um meio privilegiado de fomentar a participação das PME nos contratos públicos, as quais se reputam como o motor da economia europeia, razão pela qual deve ser favorecida, como as tem sido reconhecido pelas instâncias europeias;

12. Deve, por isso, ser recusada qualquer abordagem à subcontratação, e colaboração intersubjectiva que lhe subjaz, que parta de uma percepção da mesma como uma «excepção» ao princípio da execução pessoal dos contratos administrativos, já que pelas exigências da economia actual e vantagens que lhe são reconhecidas, ela deve ser considerada como um *modo normal de execução dos contratos públicos*;
13. No que respeita ao enquadramento temporal da autorização à cessão e à subcontratação no CCP, fixam-se aí dois regimes, em função do momento em que a emissão do acto autorizativo se suscita: no próprio contrato (art. 318.º) – no que se qualifica como autorização genérica *temperada* pelos requisitos legalmente impostos –, ou no decurso da sua execução (art. 319.º), reconduzindo-se, nesse caso, a uma autorização singular ou de natureza intermédia;
14. Têm, não obstante, ambos os regimes diversos pontos de conexão, pela necessária observância dos mesmos limites e cumprimento dos mesmos requisitos legais, que não os exclusivos da fase de formação do contrato e pelo controlo, por parte do contraente público, sobre a *capacidade* do potencial cessionário ou subcontratado e as exigências de fundamentação nas solicitações de autorização;
15. Relativamente à forma da autorização, sublinha-se que os actos administrativos devem, ao abrigo do art. 122.º do CPA, ser praticados por escrito, cominando-se com a nulidade «os actos que careçam em absoluto de forma legal» [art. 133.º, n.º 2, f)];
16. Parece resultar, por isso, prejudicada a possibilidade de a autorização ser concedida tacitamente, na medida em que, enquanto não existir uma autorização formalizada por escrito, a cessão ou a subcontratação não produzem os respectivos efeitos jurídicos, o que, ainda assim, se considera uma solução demasiado rígida;
17. Assim, se, como em outros ordenamentos, se ponderar a produção de efeitos de uma autorização manifestada tacitamente, um deles será

incontornável: o da necessária recusa de legitimidade ao contraente público, a quem sejam imputáveis comportamentos concludentes (ao ponto de esses se subsumirem numa autorização), na invocação da invalidade do contrato de cessão ou subcontratação (por falta de autorização), já que semelhante conduta consubstanciaria, a final, uma situação de abuso de direito, e, em concreto, de *venire contra factum proprium*;

18. A expressão «depende» contida nos n.ºs 2 e 3 do art. 318.º do CCP implica com a exigibilidade legal da autorização e com a existência e produção de efeitos da cessão e da subcontratação realizados sem ela, concretamente com a questão de saber se esses contratos serão ineficazes, inoponíveis ao contraente público que não haja autorizado, ou se serão inválidos;
19. A autorização, como no Direito Civil quanto ao consentimento, deve considerar-se um elemento integrante dos citados contratos e não apenas um elemento exterior aos mesmos;
20. Em conformidade com as noções de cessão e de subcontrato, os respectivos efeitos, o intento das partes e a configuração normativa do CCP neste ponto, estes contratos não se poderão considerar válidos sem a autorização;
21. É questionável a *espécie de invalidade* que a falta de autorização consubstanciará, divergindo essa consoante a natureza que se associe à cessão e à subcontratação, no contexto de relações jurídico--contratuais administrativas;
22. Sustenta-se, no Direito Civil, corresponder essa à nulidade por falta de um requisito insuprível, pelo que, à luz do direito administrativo, se se entender que estão em causa contratos administrativos, poder-se-ia tratar da falta de um elemento essencial, convocando-se, a norma do n.º 2 do art. 284.º do CCP, por remissão, a do corpo do n.º 1 do art. 133.º do CPA;

23. Quanto ao carácter vinculado ou discricionário da autorização do contraente público, esse deverá ser, invariavelmente, percebido como um *plus* em relação ao estreito cumprimento, pelo co-contratante (e potencial cessionário ou subcontratado) dos citados limites e requisitos, os quais o contraente público deverá controlar intensamente;
24. A norma contida no art. 320.º soluciona fragmentariamente a questão referida na conclusão anterior, traduzindo um exemplo do regime lacunar com que o legislador do CCP dotou a cessão e a subcontratação. Esta é privativa da subcontratação, mas modela, igualmente, por maioria de razão, a discricionariedade na outorga da autorização à cessão;
25. Os n.ºs 4 e 5 do artigo 318.º do CCP dispõem sobre a limitação à extensão da subcontratação. Sendo a primeira permissiva, não consubstancia qualquer limite à extensão da subcontratação, aí se relegando para as partes a composição do conteúdo da sua relação contratual, sendo que, apenas em sede de subempreitada se fixa um limite à extensão deste contrato (art. 383.º, n.º 2);
26. Quanto ao n.º 5 do art. 318.º, este compreende-se à luz da permissão genérica contida nas directivas relativas aos contratos públicos de um operador económico recorrer às capacidades económica, financeira e técnica de outras empresas, com vista à demonstração de que possui as capacidades ou qualificações exigidas pela entidade adjudicante, e da conformação desta matéria dada pelo TJUE;
27. Questiona-se se, uma vez esgotado o decurso do prazo legal de 30 dias fixado no n.º 3 do art. 319.º, para o contraente público decidir sobre uma solicitação de autorização, pelo seu co-contratante, estará em causa a produção de um acto tácito de deferimento;
28. Para essa se verificar é necessário que a lei atribua expressamente ao silêncio do contraente público um significado jurídico, sendo que não prevê o CCP a formação de um acto tácito de deferimento, isto é, que o

co-contratante possa, esgotado o mencionado prazo, considerar autorizada a cessão ou a subcontratação;

29. Esse significado não resulta dos arts. 108.º e 109.º do CPA, pelo que a hipótese de formação de deferimento tácito deve considerar-se afastada;
30. Esta solução é a mais coerente tanto com a utilidade e normatividade do controlo, pelo contraente público, dos requisitos legalmente exigidos para a cessão e subcontratação, como com o silêncio do legislador a este respeito;
31. Uma derrogação contratualmente fixada do regime regra do indeferimento tácito previsto no CPA também deve ser afastada da liberdade de estipulação do conteúdo dos contratos, na medida em que o CCP autoriza estas figuras, mas sob condição de o respectivo regime corresponder ao seu conteúdo normativo ou, sendo fixado contratualmente, conformar-se com o mesmo.

BIBLIOGRAFIA.

ADRIANO VAZ SERRA, “Cessão da Posição Contratual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 49;

ALBERTO MASSERA e MARTA SIMONCINI, “Fondamenti dei Contratti Pubblici in Italia – Report Annuale – 2011 – Italia”, *Ius Publicum Network Review*, Fevereiro de 2011;

ALDO SEVINO, “Le paradoxe de la cession des marchés publics”, *AJDA L’Actualite Juridique – Droit Administratif*, Moniteur, Paris, n.º 39, 17 novembre 2003 ;

ANDRÉ DE LAUBADÈRE, FRANCK MODERNE e PIERRE DELVOLVÉ, *Traité des Contrats Administratifs*, Tome II, Librairie Générale du Droit et de Jurisprudence, Paris, 1984 ;

ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2008;

ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, “La cesión de los contratos administrativos”, *Poder Judicial*, 2ª época, n.º 4, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Diciembre 1986;

ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º volume (reimpressão), AAFDL, Lisboa, 1990;

CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, (reimpressão), colecção teses, Almedina, Coimbra, 2003;

CHRISTOPHE JAMIN e MARC BILLIAU, “Cession conventionnelle du contrat: la porté du consentement du cédé”, *Recueil dalloz. Chronique*, n.º 14 (9 avril 1998) ;

CLÁUDIA VIANA, *Os Princípios Comunitários na Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2007;

DIDIER KRAJESTIK, Cour de Cassation, 1er civ., 06/06/00, “L'intuitus personae et la cession du contrat”, comentário, *Recueil Le Dalloz. Jurisprudence*, Paris, n.17, 26 avril 2001;

DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, com a colaboração de PEDRO MACHETE e LINO TORGAL, Volume II, Almedina, Coimbra, 2011;

Direcção-Geral das Empresas e da Indústria da Comissão Europeia, *SBA Fact Sheet PORTUGAL 2010/11*, de 4 de Outubro de 2011, estudo que acompanha a implementação do *Small Business Act (SBA)*;

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, volume I, 8.ª edição, Editorial Civitas, Madrid, 1998;

EIM Business & Policy Research e o Ikei Research and Consultancy, *-EU SMEs and subcontracting - Final report*;

ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Editorial Civitas, Madrid, 1997;

FRANCK MODERNE, *La Sous-traitance des Marchés Publics – Essai sur une institution hybride*, Dalloz, Paris, 1995;

FRANÇOIS DORE, “Le contentieux des cessions de contrats”, *Séminaire de contentieux économique* - M. Subra de Bieusse;

FRANCISCO SOSA WAGNER, *El Contrato Publico de Suministro*, 1.ª edição, Editorial Civitas, Madrid, 1996;

GASTON JÈZE, *Théorie générale des contrats de l'administration*, Tome II, Giard, Paris, 1934;

GEORGES FLECHEUX, “Le contrat de sous-traitance dans les marchés de travaux publics”, *La Semaine Juridique*, Editions Techniques, Paris, 1974;

GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos públicos Comentado*, volume I – Regime da Contratação Pública, Almedina, 2009;

GONÇALO GUERRA TAVARES e NUNO MONTEIRO DENTE, *Código dos Contratos públicos Comentado*, volume II – Regime Substantivo dos Contratos Administrativos, Almedina, Coimbra, 2011;

GUILHERME NUNES DA COSTA BOMFIM MENDES, “*Step-in*”: *concorrência, obrigatoriedade de licitação e ponderação*, trabalho de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2011;

INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, refundido e actualizado, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002;

ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Direito da Contratação Pública – Uma Introdução em Dez Aulas*, Almedina, 2009;

JACQUES GHESTIN, “Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n.º 4, oct.-déc.1994;

JEAN-BERNARD AUBY, *Droit Administratif*, n.º 7 – juillet 2004;

JEAN DUFAU, “Les Concessions de service public”, *AJDA L’Actualite Juridique – Droit Administratif*, Moniteur, Paris, n.º 10, 1979;

JÉRÔME MICHEL e MARIANNE CESSAC, “Cession de contrat et silence de la personne publique”, *AJDA L’Actualite Juridique – Droit Administratif*, Moniteur, Paris, n.º 20/2008, 9 juin 2008;

JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, Âncora Editora, Lisboa, 9.^a edição, 2007;

JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, reimpressão da 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2004;

J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, volume II, 4.^a edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;

JORGE ANDRADE DA SILVA, *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*, 3.^a edição, Almedina, 2010;

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *O Dever da Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 2003;

JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2002;

JOSÉ MANUEL DE OLIVEIRA ANTUNES e ANABELA COSTA POUSEIRO, *Subempreitadas de Obras Públicas e Subcontratação*, Quid Juris?, Lisboa, 2001;

JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Colecção Teses, Almedina, 1987;

JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA, “Legalidade e estabilidade objectiva do contrato administrativo”, *Scientia Iuridica*, Tomo XXXVII, 1988;

LAURENT RICHER et CHRISTINE BRÉCHON-MOULÈNES, “Chronique de legislation: marches de services”, *AJDA – L’Actualite Juridique – Droit Administratif*, Moniteur, Paris, n.º 7/8 – 20 juillet/20 août 1998;

LINO TORGAL e MARISA MARTINS FONSECA, “Contributo para um regime de contratação de concessões de obras e de serviços públicos na sequência de propostas não solicitadas (*unsolicited proposals*)”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;

MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo II, 9.^a edição, (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1980;

MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Introdução e princípios fundamentais*, Tomo I, Dom Quixote, Lisboa, 2004;

MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral – Actividade Administrativa*, Tomo III, Dom Quixote, 2007;

MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos – Direito Administrativo Geral*, Tomo III, Dom Quixote, 2008;

MARGARIDA OLAZABAL CABRAL, “Procedimentos clássicos no Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, Julho/Agosto 2007;

MARIA ATAÍDE CORDEIRO, *O Direito de Step-in em Project Finance*, trabalho de Mestrado da Faculdade de Direito e da Faculdade de Ciências Económicas e Empresariais da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2010;

-MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Direito Europeu dos Contratos Públicos – Um Olhar Português*, Almedina, Coimbra, 2006;

MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo Contrato Administrativo*, Livraria Almedina Coimbra, 1990;

MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, colecção teses, Almedina, Coimbra, 1996;

MARIA JOÃO ESTORNINHO, “A transposição das Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, de 31 de Março, e a elaboração de um Código dos Contratos Públicos”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 58, Julho/Agosto 2006;

MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, “A subcontratação na Comunidade Económica Europeia”, n.º 18, *Oficina do CES*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Abril de 1990;

MARIE-ELISABETH ANDRÉ, “L’intuitus personae dans les contrats entre professionnels”, *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz Litec, Paris, 1999;

MARIE-LAURE IZORCHE, “Information et cession de contrat”, *Recueil Dalloz Sirey*, n.º 40, Éditions Dalloz, Paris, 1996;

MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares*, Almedina, Coimbra, 2012;

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo*, 2.ª edição actualizada, revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 1997;

MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA e RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Concursos e outros Procedimentos de Adjudicação Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2011;

MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 10.ª edição reelaborada, Almedina, 2006;

MERCEDES FUERTES LÓPEZ, *El contratista y el subcontratista ante las administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997;

MIGUEL PRATA ROQUE, “O direito administrativo europeu – um motor da convergência dinâmica os direitos administrativos nacionais”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, volume II, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010;

NIL SYMCHOWICZ, “Contrats administratifs et mise en concurrence – la question des cessions”, *AJDA L’Actualite Juridique – Droit Administratif*, Moniteur, Paris, 20 février 2000;

PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003;

PEDRO GONÇALVES, “A relação Jurídica fundada em contrato administrativo”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 64, Julho/Agosto 2007;

-PEDRO GONÇALVES, “Acórdão Presetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato – Ac. do TJCE de 19.6.2008, P. C-454/06”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, Janeiro/Fevereiro 2009;

PEDRO GONÇALVES, *O Contrato Administrativo – Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*, Almedina, Coimbra, 2003;

PEDRO GONÇALVES, “Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo”, *Estudos de Contratação Pública – I*, CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, Coimbra Editora, 2008;

PEDRO MELO, “O direito das obras públicas”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol. VI, sob a coordenação de PAULO OTERO e PEDRO GONÇALVES, Almedina, 2012;

PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, Almedina, Coimbra, 2006 (reimpressão da edição de 1989);

PHILIPPE LIMOUZIN-LAMOTHE, “Les avenants: observations complémentaires”, *AJDA L’Actualite Juridique – Droit Administratif*, n.º 10-20, octobre 1998 ;

ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, *Direito Administrativo, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra*, Ano de 1977-78;

ROZEN NOGUELLOU, *La Transmission des Obligations en Droit Administratif*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (L.G.D.J), Bibliothèque de Droit Public, Tome 241, Paris, 2004;

RUI MEDEIROS, “Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 69, Maio/Junho 2008;

SABINO CASSESE, “Le Basi Costituzionali”, *Trattato di Diritto Amministrativo - Diritto Amministrativo Generale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000;

SBA Fact Sheet PORTUGAL 2010/11, de 4 de Outubro de 2011;

TIAGO DUARTE, “A decisão de contratar no Código dos Contratos Públicos: da idade do armário à idade dos porquês”, *Estudos de Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;

VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise – Ensaio sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 2.^a edição, Almedina, 2009;

VIEIRA DE ALMEIDA & ASSOCIADOS, coordenação de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PAULO PINHEIRO, RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, TIAGO AMORIM e CATARINA PINTO CORREIA, *Código dos Contratos Públicos e legislação complementar, Guias de Leitura e Aplicação*, Almedina 2008;

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 22.05.2003 (Proc. n.º 03B3912) (SANTOS BERNARDINO), disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.06.2009 (Proc. n.º 3595/06), (MOREIRA ALVES), disponível em www.dgsi.pt/jstj;

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 20.01.2010 (Proc. n.º 05/09) (PAIS BORGES), disponível em www.dgsi.pt/jsta;

Acórdão do Tribunal de Conflitos, de 09.12.2010 (Proc. n.º 020/10), (COSTA REIS), disponível em www.dgsi.pt/jsta;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 15.10.1996, da 2.ª subsecção do Contencioso Administrativo, (ADELINO LOPES), publicado no *Diário da República*, Apêndice de 15.04.1999, volume I;

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 04.07.2001, da 3.ª subsecção do Contencioso Administrativo (Proc. n.º 042560), (COSTA REIS), disponível em www.dgsi.pt/jsta;

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 2 de Dezembro de 1999 (Proc. n.º C-176/98) – Acórdão *Holst Italia* – disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.;

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 18 de Março de 2004 (Proc. n.º C-314/01) - Acórdão «*Siemens AG*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.;

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 19 de Junho de 2008 (Proc. C-454/06) - Acórdão *Pressetex* - disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.;

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 13 de Abril de 2010 (Proc. C-91/08) – Acórdão *Wall AG*, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.