

**TRANSMISSÃO DE DIREITOS E POSIÇÕES CONTRATUAIS,
INCLUINDO VÍNCULOS LABORAIS, AFECTOS À CONCESSÃO**
TRANSMISSION OF RIGHTS AND CONTRACTUAL POSITIONS,
INCLUDING EMPLOYMENT CONTRACTS, ASSOCIATED WITH
CONCESSION CONTRACTS

MIGUEL ASSIS RAIMUNDOⁱ

Lisbon Public Law Research Centre - Instituto de Ciências Jurídico-
Políticas
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Portugal
ORCID 0000-0002-6720-8418

Resumo: O presente artigo debruça-se sobre um tema central na economia e no bom funcionamento das concessões: a gestão do tema da transmissão de direitos e posições contratuais afectos à concessão, que normalmente sucede no final da sua vigência, mas pode também ocorrer, em situações específicas, em momentos intermédios da vigência do contrato (como sucede nos casos em que haja *sequestro* da concessão e seu retorno posterior à esfera do concessionário). A decisão sobre quais os bens e direitos que se transmitem, ou que não se transmitem, obedece a critérios de garantia da continuidade da concessão (e do chamado “estabelecimento da concessão”), protecção da autonomia na gestão e exploração desse activo, e protecção da concorrência (designadamente, nos momentos em que a concessão é submetida novamente à concorrência para um novo período de gestão), havendo, em alguns casos, ainda outros interesses a considerar (como a segurança no emprego, no caso da transmissão dos vínculos laborais). Alguns dos problemas surgidos neste contexto merecem tratamento na lei, embora por vezes suscitem dúvidas de interpretação, ou se possa mesmo questionar se, por acção ou omissão, o legislador terá adoptado as melhores soluções.

Palavras-chave: contrato de concessão, transmissão de direitos, cessão da posição contratual, continuidade, subcontratação, contratos de trabalho

Abstract: The paper approaches a central topic in the functioning of concession contracts: the issue of the transmission of rights and contracts associated with the concession, which normally takes place at the end of its term, but might also occur, in specific situations, in intermediate moments (as with the temporary assumption of the concession by a third party and subsequent return to the sphere of the concessionaire). The decision on which rights are transmitted, or not, protects the continuity of the concession (and the so-called “concession assets”), the autonomy in managing and exploring that asset, the protection of competition (namely, when the concession is tendered for a new term), and also other interests (such as security of employment, in the case of the transmission of employment contracts). Some of the problems which arise in this context are the object of legal solutions, sometimes not totally clear, and in other cases we might even question the solutions provided by the law.

Keywords: concession contracts, transmission of rights, transmission of contracts, continuity, subcontracting, employment contracts

Introdução e sequência

Estando mais ou menos estabilizadas algumas áreas do direito dos contratos públicos marcadas, durante algumas décadas, pela agitação – a plena incorporação dos regimes de formação de contratos públicos, ou, no campo do regime substantivo dos contratos administrativos, a magna questão dos critérios de qualificação dos contratos ou o âmbito dos poderes de conformação da relação contratual – o foco dos estudos neste ramo do direito dirige-se agora, compreensivelmente, para temáticas diferentes, de natureza mais operacional e técnica, muitas delas ligadas à execução dos contratos e perpepcionadas como centrais para os contratos públicos poderem atingir os objectivos a que tendem. Nesse movimento, convergem não apenas este grau de maturidade atingido por muitas questões gerais do direito dos contratos públicos (o que não significa unanimidade, note-se, mas propriamente *consolidação* e *clareza* das grandes linhas e dos problemas subsistentes), mas também a feição actual do direito administrativo, que é hoje um direito de feição pragmática, voltado para os resultados, preocupado com a sua própria eficácia.

Estas características reflectem-se na “agenda de investigação” actual nas áreas de direito dos contratos públicos. Um conjunto de questões de grande importância prática, e que coloca difíceis questões teóricas, prende-se com o momento da *transição* entre contratos públicos. As questões tradicionais do direito dos contratos públicos – protecção da concorrência, salvaguarda do interesse público, continuidade dos serviços públicos e garantia dos direitos dos utentes desses serviços – suscitam problemas particulares neste momento, na procura do equilíbrio adequado entre essas divergências. Sente-se também o influxo ou renovação das questões a partir de questões que, sempre tendo estado presentes, se colocam com particular acuidade ou intensidade nos dias de hoje – sirva de exemplo a questão da transmissão dos vínculos dos trabalhadores afectos à concessão, que ganha uma dimensão particular a partir do momento em que, por força de direito da União Europeia, essa transmissão se torna obrigatória, obrigando a avaliar as suas consequências neste domínio (designadamente, sobre a concorrência, e sobre a delicada e muito regulada equação financeira da concessão).

O presente artigo visa reflectir sobre diversas dessas questões, a partir do ângulo de análise das hipóteses de transmissão de posições jurídicas, incluindo posições contratuais, no tipo contratual em que tradicionalmente mais se faz sentir o imperativo de continuidade da actividade que é objecto do contrato: o contrato de concessão. Temos em vista, sobretudo, os contratos de concessão de serviços e de obras, previstos e regulados nos artigos 407.º e seguintes do Código dos Contratos Públicos (CCP), mas também em múltiplos diplomas avulsos, como é tradição no nosso direito. Em todo o caso, algumas das considerações aqui incluídas são igualmente aplicáveis, parece-nos, às concessões dominiais (concessões de exploração e de uso privativo do domínio público), pois os interesses a regular têm, em muitos casos, semelhanças importantes (como é mais visível nos paralelos que podem traçar-se entre as concessões de exploração do domínio público e as concessões de obras e serviços), verificando-se mesmo que muitas

concessões de obras e serviços incluem componentes de exploração ou utilização de bens dominiais¹.

No que concerne à sequência do presente estudo, começaremos por apresentar um enquadramento da fase final dos contratos de concessão e das questões particulares que aí se colocam, dando também nota de alguns princípios relevantes nessa sede (1.). Seguiremos depois com a análise de alguns aspectos do regime da concessão traçado no CCP (com pontuais referências a outros regimes) que aludem à transmissão de posições jurídicas e contratos (ou posições contratuais) associadas às actividades da concessão (2.). Abordaremos, depois, a situação particular da transmissão das relações laborais (3.). Terminamos com a apresentação de algumas reflexões conclusivas (4.).

1. Particularidades do momento final dos contratos de concessão

1.1. Entre continuidade e autonomia na exploração da concessão

1. O final da vigência de um contrato de concessão pode dar origem a uma de três situações: (i) o objecto da concessão é internalizado pelo concedente, em cuja esfera continua a ser executado; (ii) a concessão é transmitida a um terceiro, que passa a explorar o bem ou serviço em causa; ou (iii) o objecto da concessão deixa de ser executado, operando-se, neste último caso, o desmantelamento da concessão.

Exceptuando a situação referida em (iii), menos comum (Guellier, Bonnard, 2021: 61), e em que se compreende que não haja preocupação com a continuidade no modo de execução da concessão, as outras duas situações convocam, com muita intensidade, a questão da *transmissão* dos vários bens e direitos que integram o chamado *estabelecimento da concessão*, isto é, a universalidade de bens e direitos que garantem a continuidade da exploração da concessão (Guellier, Bonnard, 2021: 61).

Com efeito, constitui um aspecto determinante para o interesse público, na grande maioria das concessões, que a transmissão da concessão entre diferentes sujeitos jurídicos se faça com adequadas garantias de continuidade na prestação do serviço ou na disponibilização da obra aos seus utentes, dadas as significativas perturbações para a vida social que podem decorrer de interrupções em muitas dessas infraestruturas ou serviços.

Assim, a relevância das actividades veiculadas através dos contratos administrativos de colaboração em geral e das concessões de obra e serviço em particular faz com que surja um interesse juridicamente relevante naquilo a que podemos chamar a *protecção* do contrato, isto é, na criação de institutos tendentes a fornecer garantias adicionais de permanência e resiliência do contrato face a eventos com potencial de transformação do consenso entre as partes. Isso é bem visível nos grandes institutos emblemáticos que formaram o que desde muito cedo se chamou o “regime

¹ Em geral, sobre as distinções e relações entre os tipos contratuais mencionados, veja-se Moniz (2008: 831-892); Pação (2021: 339-419); Miranda *et al.* (2022, anotação [da responsabilidade de Ana Gouveia Martins] ao artigo 30.º: 207 ss).

geral dos contratos administrativos”, como são o poder de modificação unilateral do contrato administrativo, ou a já referida teoria da imprevisão².

Isto explica que tenha sido especialmente a propósito de actividades que eram realizadas mediante contrato administrativo – assumindo aí destaque a figura da concessão, sem enjeitar outros tipos contratuais associados à prestação de serviços ao público – que começaram a ser autonomizados os chamados *princípios do serviço público*, entre os quais sempre foi integrado o princípio da continuidade.

Com efeito, deveu-se a Louis Rolland, nos anos 30 do século XX, uma primeira síntese, feita a partir da análise da jurisprudência administrativa francesa, de três princípios (ou “leis”) do serviço público, entre as quais, a par da *igualdade* perante o serviço público e da *mutabilidade*, se encontrava a *continuidade* do serviço público (Foulquier, 2011: 95). Nesta altura, já o Conselho de Estado francês havia apontado o princípio da continuidade como princípio fundamental, em acórdão de 1913 (*Synd. Nat. des chemins de fer de France et des colonies*) (Eckert, 2021: 69)³. As “leis de Rolland” eram aplicadas pelos tribunais, mesmo na ausência de normas expressas, pois eram configuradas como princípios gerais de direito (Foulquier, 2011: 95). A evolução subsequente foi no sentido de um reconhecimento cada vez mais consolidado na ordem jurídica francesa, primeiro por decisões jurisprudenciais, que inclusivamente chegaram ao reconhecimento do valor constitucional do princípio da continuidade (Eckert, 2021: 69; Guellier, Bonnard, 2021: 63), até culminar, em 2018, com a sua inclusão explícita entre os princípios essenciais do direito dos contratos administrativos codificados no artigo L.6 do *code de la commande publique* francês.

Uma evolução em tudo semelhante ocorreu no direito português, com a importante diferença de a consagração genérica, em norma positiva, do princípio da continuidade ter precedido em cerca de 10 anos o que sucedeu em França: com efeito, foi o artigo 429.º, n.º 1, alínea a), do CCP, que veio dispor, em 2008, que “[n]a exploração de uma actividade de serviço público, o concessionário está sujeito”, entre outros, aos princípios de “continuidade e regularidade”. Não se tratou, aí, de qualquer inovação substancial, pois esse princípio era já afirmado, sem quaisquer dúvidas, como um aspecto essencial do regime da concessão de serviço público, e, por transferência de sentido, do próprio serviço público como um todo. Também entre nós se reconhece o valor constitucional do princípio da continuidade dos serviços públicos, como manifestação do princípio da continuidade do exercício da função administrativa (Otero, 1995: 648-651)⁴.

2. Por outro lado, e até certo ponto, em sentido potencialmente divergente ou mitigador da ordem de considerações que se prende com a continuidade, existe um interesse em assegurar *autonomia* na futura gestão do serviço ou obra concedidos e em separar de forma nítida as responsabilidades do anterior concessionário face às da entidade (quer seja o concedente, quer

² Cf., para referências gerais sobre o tema, Gonçalves (2010: 5-49), e Sourzat (2019).

³ Diversas destas primeiras decisões sobre o princípio da continuidade emergiram em matéria de direito à greve, desde sempre um dos pontos de principal tensão entre as exigências de continuidade e outros direitos ou interesses merecedores de tutela do direito.

⁴ Veja-se ainda, sobre o princípio em apreço, a obra fundamental de Pini (2020).

seja outro concessionário) que assumir o objecto anteriormente concedido. Aqui, o interesse a observar é o de garantir que a transmissão da concessão se faz *sem limitações indevidas* à autonomia de gestão da concessão depois do momento da transmissão.

No que a este aspecto concerne, trata-se de assegurar que o objecto da concessão retorna à esfera do concedente, ou é transmitido para o novo concessionário, sem ónus ou limitações introduzidas pelo concessionário anterior, que impeçam estes novos gestores de imprimirem à concessão as orientações que entendem ser as mais adequadas, ou de obterem da concessão a totalidade do rendimento que ela lhes pode proporcionar. Desta forma, também se consegue uma separação nítida das responsabilidades entre as diferentes entidades, aspecto igualmente importante da perspectiva das várias entidades envolvidas nesta passagem.

3. Tudo isto que se diz sobre o momento da extinção da concessão também se aplica, *mutatis mutandis*, a certas vicissitudes que podem ocorrer durante a vigência da concessão, mas que igualmente convocam uma questão de alteração (nesse caso, temporária) da titularidade de contratos, obrigações e deveres. É o que sucede em situações como a do *sequestro* da concessão, em que ocorre uma assunção temporária da mesma por parte do concedente, ou com o exercício de direitos de *step-in* por parte de terceiros, designadamente entidades financiadoras do projecto⁵. Pode dizer-se que, nesses casos, é ainda mais evidente a delicadeza da situação face ao imperativo de continuidade do serviço ou obra concedidos, pois estas situações multiplicam, com pouco tempo de intervalo, os movimentos de assunção e entrega da concessão (o concedente ou titular do direito de *step-in* assumem a concessão, e depois, num período de tempo maior ou menor, mas sempre com vocação para ser breve, têm de a transmitir novamente ao concessionário). Neste tipo de contexto, como se compreende, é provavelmente mais crítico ainda do que em situações normais assegurar que os direitos titulados pelo concessionário podem ser temporariamente exercidos por quem assume transitoriamente a concessão.

1.2. As diferentes situações em presença

4. É a necessidade de conjugar toda a complexa rede de interesses acima indicados que explica que, tradicionalmente em sede do *clausulado* deste tipo de contratos, e actualmente também em sede de *regulação legal* dos contratos de concessão de obra e de serviço, no CCP e em outros diplomas, se preste muita atenção à questão da transmissão – ou não transmissão – de relações contratuais, obrigações e direitos associados à concessão. Trata-se de um aspecto em que o direito português não está sozinho: é comum encontrar também, no direito comparado, normas específicas sobre a subcontratação no âmbito das concessões, inclusive a propósito do momento da transição entre contratos, reconhecendo-se a particularidade das questões que se colocam a este propósito (Fantini, 2019: 62-64).

⁵ Sobre essas duas vicissitudes, no quadro do regime do CCP, mas com valia geral, veja-se o que se escreveu em Assis Raimundo (2022a: 312 ss. [sequestro] e 234 ss. [*step-in*]), e referências aí citadas.

A variedade das situações que podem estar em causa aconselha que se façam algumas distinções, sobretudo com propósitos expositivos.

Assim, pode estar em causa, em primeiro lugar, a transmissão de direitos e obrigações a título separado ou autónomo, e isso quer se trate de direitos reais, direitos de crédito. Exemplos deste tipo são a transmissão de direitos reais sobre bens que integram a concessão, no âmbito de cláusulas que operam essa transmissão (a que alude o artigo 425.º, n.º 4, do CCP), ou a transmissão dos “projectos, planos, plantas e outros elementos”, incluindo “elementos adquiridos ou criados” no desenvolvimento da concessão, a que se refere o artigo 417.º do CCP.

Numa outra categoria de situações, pode ocorrer uma vicissitude que tenha por objecto toda uma posição contratual, que sofre uma alteração de titular. Com efeito, é comum, no âmbito das concessões, que este tipo de situação ocorra, e isso quer de forma transitória, quer definitiva. Um exemplo de modificação transitória dos sujeitos de uma relação contratual (não especificamente nas concessões, mas *tipicamente* nesses contratos) previsto na lei é dado pelo artigo 322.º, n.º 4, do CCP, o qual estabelece que em caso de exercício do direito de *step-in* que consista na cessão da posição contratual do co-contratante para as entidades financiadoras ou outra entidade por elas indicada, ocorre a transmissão “automática” da posição contratual do co-contratante nos subcontratos por si celebrados para a entidade destinatária do *step-in*, “transmitindo-se novamente para o co-contratante no termo do período de intervenção, se aplicável”. De facto, a transmissão de subcontratos é uma parte fundamental do tema que aqui se aborda, já que a complexidade e especialização de algumas concessões fazem com que esses subcontratos sejam frequentes, para realizar as mais diversas actividades. No entanto, não são apenas os subcontratos, em sentido estrito, que podem estar em causa, mas outros contratos auxiliares do objecto da concessão (como contratos de fornecimento). Alguns regimes concessórios prevêem mesmo este tipo de colocação mais ampla do problema, sendo paradigmático desta abordagem o disposto em sede de concessão de sistemas de abastecimento de água, saneamento e resíduos urbanos⁶.

Neste âmbito em que falamos da cessão de contratos ou posições contratuais, há um subconjunto que também tem merecido atenção particular, desde logo, a nível das soluções normativas: falamos das relações de natureza laboral. Na verdade, a evolução das preocupações com a segurança no emprego fez também com que se pusesse em causa a tradicional regra de não transmissão de *contratos de trabalho* após o termo da concessão; actualmente, por força de disposições imperativas de direito do trabalho, pode existir a transmissão obrigatória da posição de empregador nesses contratos para quem assuma a gestão do estabelecimento da concessão, impondo-se tais regras, mesmo, ao princípio constitucional segundo o qual o acesso à função pública se faz, em regra, por via de concurso público⁷.

⁶ Com efeito, o artigo 58.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 69/2023, de 21 de Agosto, dispõe o seguinte: “Até um ano antes do termo da concessão, o concedente deve indicar ao concessionário quais as relações jurídicas conexas com a continuidade da prestação do serviço, nomeadamente laborais, de empreitada, de locação, de fornecimento de serviços, de aprovisionamento e de financiamento que pretende assumir após aquele termo”.

⁷ Cf. a menção ao ponto em Assis Raimundo (2022a: 324-326), com referências.

A dogmática da transmissão de posições contratuais associada a contratos de concessão assenta, assim, na compreensão do tipo de relação que se estabelece entre o contrato de concessão e os contratos em que o concessionário é parte e que estão, de algum modo, relacionados com o exercício das actividades da concessão. Todo o tema que analisamos se cifra, no fundo, na identificação e aplicação de critérios de *demarcação* entre, por um lado, as relações contratuais que se extinguem no termo da concessão ou ficam a onerar exclusivamente a esfera jurídica do concessionário cessante, e, por outro lado, as relações contratuais que continuam a vigorar, mas agora na esfera jurídica de quem lhe sucede na qualidade de concessionário ou na esfera jurídica da administração concedente. As diferentes configurações dessas relações entre contrato de concessão e contratos dele dependentes ou a ele associados constituem o objecto das secções seguintes, nas quais trataremos, em primeiro lugar, da hipótese mais geral dos subcontratos e outros contratos auxiliares, e em segundo lugar, do caso específico dos contratos em matéria laboral.

2. Sobrevigência e transmissão de contratos derivados de uma concessão: enquadramento e caracterização gerais de uma realidade pouco estudada

2.1. Subcontratação e outros contratos auxiliares na execução de concessões

a) Subcontratação: caracterização geral

5. A compreensão da categoria geral dos contratos derivados ou auxiliares de uma concessão deve iniciar-se com uma menção ao subcontrato. O subcontrato é uma figura geral do direito dos contratos, não existindo, neste plano conceptual e teórico, diferenças relevantes consoante nos encontremos perante subcontratação no âmbito de contratos de direito privado ou de direito público⁸. Em obra monográfica sobre o tema, ainda hoje uma referência incontornável, Pedro Romano Martinez – recentemente falecido e a quem aqui prestamos homenagem – definiu o subcontrato como “um negócio jurídico bilateral subordinado a um outro contrato, dito base ou principal, e celebrado por uma das partes nesta última convenção, com base nos direitos que da mesma lhe advêm” (Martinez, 2006: 20)⁹.

Como explicava então o referido Autor, o subcontrato não era habitualmente tratado como uma categoria abstracta e unitária, sendo mais comum o tratamento de específicos “subcontratos”, de que se destacam, no campo jus-privatístico, o subarrendamento (Martinez, 2006: 17) e a subempreitada (Carvalho Fernandes, 1998: 79-102; Albuquerque, Assis Raimundo, 2013: 333 ss.), esta última também muito relevante no campo do

⁸ Neste sentido, Esquivel (2002: 24).

⁹ Esta é a definição “de trabalho” com que o Autor inicia a obra. No final, é apresentada outra definição, que em boa verdade, não afasta a primeira, apenas a particulariza. A definição final é a de p. 188: o subcontrato é o “negócio jurídico bilateral, pelo qual um dos sujeitos, parte em outro contrato, sem deste se desvincular e com base na posição jurídica que daí lhe advêm, estipula com terceiro, quer a utilização, total ou parcial, de vantagens de que é titular, quer a execução, total ou parcial, de prestações a que está adstrito”.

direito público¹⁰. Justifica-se, contudo, esse tratamento unitário: já se poderia afirmar isso a partir de uma perspectiva exclusivamente de dogmática jurídica – pois há um conjunto de problemas comuns às várias formas de subcontratação, nem sempre resolvidos pelo legislador, e o tratamento unitário ajuda a fornecer soluções – mas pode dizer-se que, pelo menos no campo jurídico-público, e especificamente no campo do direito *dos contratos públicos*, a referência à subcontratação como uma figura de âmbito geral se impõe de modo particular, desde logo porque ela é tratada como uma categoria genérica pelo direito *européu* dos contratos públicos, como se verá adiante. Na mesma senda, é ainda de assinalar que também o Código dos Contratos Públicos (CCP) dedica alguns preceitos à subcontratação (artigos 316.º a 318.º e 319.º a 321.º-A), precisamente no capítulo *das disposições gerais* aplicáveis aos contratos administrativos, sendo este um dos aspectos em que o CCP se apresenta mais actualizado do que o Código Civil, que continua sem dispor de regime *geral* aplicável aos subcontratos¹¹.

6. A essência do subcontrato, as razões da sua diferenciação dogmática e também de regime jurídico, assentam, assim, na ideia de *dependência* do subcontrato face ao contrato base ou principal.

Esta relação de dependência começa por se explicar do ponto de vista das *funções* que os subcontratos desempenham. A principal razão para a existência de subcontratos é a forma como permitem estabelecer relações de cooperação entre sujeitos que são partes em diferentes contratos, mas que realizam acções que de certo modo estão articuladas. Por isso se pode dizer que “[c]oexistem, assim, duas relações de cooperação: a do contrato base e a do subcontrato”, permitindo que “uma parte num dos contratos, retire vantagens da intervenção de terceiro, por sua vez parte no outro negócio jurídico [...]” (Martinez, 2006: 21-22). Fala-se, com o mesmo sentido, na existência de uma sobreposição de contratos, ou na criação de uma relação contratual paralela (Hoepffner, 2020: 552). Esta “colaboração intersubjectiva proporciona, por um lado, um incremento da especialização técnica e, por outro, uma utilização mais intensa dos bens” (Martinez, 2006: 22).

Esta última observação, referente à mais intensa (e, por isso, potencialmente mais eficiente) utilização dos bens que é potenciada pelo recurso à subcontratação encontra diversos exemplos no âmbito do contrato administrativo de concessão. A celebração de subcontratos relativos ao objecto da concessão não só é comum, como constitui mesmo uma das formas mais importantes de rentabilização da concessão, sendo exemplo disso os casos das áreas de exploração comercial, que, não por acaso, merecem referência específica na lei (cf. artigo 428.º do CCP). Infra-estruturas e serviços desse tipo, situados no perímetro da concessão, são tipicamente objecto de um contrato celebrado entre o concessionário e um terceiro, por meio do qual este utiliza essa parte da área da concessão para

¹⁰ Entre nós, veja-se, desde logo, Esquivel (2002), e mais recentemente Assis Raimundo (2022a: 295 ss.) e referências aí citadas. Na doutrina estrangeira, de forma desenvolvida e ainda hoje com grande pertinência, não obstante a evolução do quadro normativo, Cianflone, Giovannini (2012: 1368 ss).

¹¹ Note-se, em todo o caso, que a nosso ver ainda é procedente a afirmação de que a figura do subcontrato no direito público não mereceu ainda um estudo global e de conjunto – neste sentido, Ubaud-Bergeron (2011: 118).

realizar actividades que, sendo da esfera empresarial desse terceiro e beneficiando-o directamente, também são do interesse dos utentes da concessão e por isso também contribuem para satisfazer os interesses visados pelo próprio concedente com a celebração do contrato base (a concessão) e para a eficiente rentabilização dos bens imóveis que suportam a subconcessão, que são da titularidade do próprio Estado. O subcontrato serve, assim, também para evitar o *subaproveitamento* dos bens (Martinez, 2006: 23). Este mesmo exemplo também demonstra a observação de Romano Martinez referente à *especialização* como objectivo normalmente visado com a subcontratação: por meio da autonomização de uma parte da área da concessão e sua exploração por outro sujeito, diferente do concessionário, este último acaba por se poder concentrar nas missões que constituem o cerne do contrato de concessão – a disponibilização da infraestrutura viária aos utentes em perfeitas condições de funcionamento – e deixar tarefas diferenciadas (como a gestão das áreas de serviço ou outros serviços aos utentes) para agentes económicos que se dediquem de modo profissional a essas tarefas¹². Não é que o concessionário se *desinteresse* da existência e adequado funcionamento dessas tarefas – não só porque, como concessionário, tem de as garantir perante o concedente, mas também porque retira delas parte das suas próprias receitas – mas consegue, desta forma, melhorar a eficiência na organização dos factores de produção.

7. A doutrina identifica as *características típicas* do subcontrato, que servem os propósitos identificados.

Assim, a subcontratação está tipicamente associada a um contrato de base de execução duradoura (Martinez, 2006: 95), já que nos contratos de execução instantânea, não se oferecem, em regra, oportunidades relevantes para a existência de subcontratos (sendo que nos parece esta uma característica apenas tendencial).

Numa outra característica, a nosso ver, meramente tendencial, o subcontrato e o contrato de base partilham o mesmo tipo contratual¹³. Em regra, será assim, mas não custa admitir subcontratos de tipo diferente¹⁴, sendo o caso mais evidente aquele em que o contrato base seja um contrato atípico, com prestações de diferentes tipos contratuais.

Mesmo que se admita (como admitimos) que o subcontrato possa não ser exactamente do mesmo *tipo contratual* do contrato base, requisito essencial, parece, é o da *identidade (parcial) de objecto* entre ambos, isto é, o universo das prestações do subcontrato corresponderá a uma fracção do universo das prestações do contrato base, ou à totalidade, na hipótese de

¹² Assim, em geral, Martinez (2006: 22).

¹³ Aqui não acompanhamos, pois, inteiramente, a análise de Martinez (2006: 98-99), que considera que a afirmação indicada no texto não admite excepções. Note-se que o Autor não nega a possibilidade de existirem contratos emergentes de um contrato base, mas com tipos contratuais diferentes; chama-lhes, porém, subcontratos “impróprios”, embora admita que a estes se aplicarão, “em larga medida, as regras do subcontrato em sentido próprio”.

¹⁴ Dubreuil (2018: 374), no mesmo sentido, nota que os subcontratos têm muitas vezes uma diferente natureza jurídica do contrato base (a situação que esse Autor refere como demonstração é a de que o contrato base pode ter natureza jurídico-pública, enquanto o subcontrato muitas vezes terá natureza jurídico-privada).

subcontratação total; mas não mais¹⁵. O subcontrato, contrariamente à cessão da posição contratual, não importa uma *alteração de titularidade* do contrato de base (cf., v.g., Melo, 2023: 618; Fantini, 2019: 50; Hoepffner, 2020: 553-554, o que explica um ponto pacífico da figura, que é a plena manutenção da responsabilidade do co-contratante do contrato base pela execução desse contrato perante a sua própria contraparte (Cianflone, Giovannini, 2012: 1386; Melo, 2023: 619; Gonçalves, 2010: 277 [referindo-se à subconcessão]; Hoepffner, 2020: 557)¹⁶.

Há uma relação de precedência *lógica* e, por conseguinte, *jurídica*, do contrato base face ao subcontrato, e o mais habitual é que o subcontrato seja celebrado na vigência do contrato base, embora nem sempre tenha de existir uma precedência *cronológica*, já que o subcontrato pode ser celebrado antes do contrato base, tendo-o em vista, no que será então um negócio sujeito a condição (Martinez, 2006: 102; Cianflone, Giovannini, 2012: 1383).

Como decorrência dessa precedência lógica e jurídica do contrato base face ao subcontrato, fala-se na existência de uma relação de *subordinação, dependência* ou *accessoriedade* deste último face ao primeiro (Martinez, 2006: 103; Cianflone, Giovannini, 2012: 1383; Fantini, 2019: 49; Graça, 2021: 658, com indicação jurisprudencial). Essa relação é referida como de “estrita dependência em relação ao contrato principal, não só na fase genética, como também na fase funcional”, em que o contrato base “exerce uma influência determinante no subcontrato” (Martinez, 2006: 103). Isto terá como consequência que, em regra, as vicissitudes do contrato principal irão repercutir-se no subcontrato (Martinez, 2006: 103; Cianflone, Giovannini, 2012: 1384), embora, em nosso entender, se deva fazer algumas ressalvas a este entendimento, em especial, a ressalva de que para uma vicissitude se repercutir sobre o subcontrato, terá de tratar-se de matéria que efectivamente tenha efeitos *na específica parte em que o objecto do contrato principal e o subcontrato são sobrepostos ou mutuamente implicados*, já que é fácil pensar em vicissitudes que possam afectar certas prestações do contrato principal, mas não afectar qualquer prestação do subcontrato (por este não abranger aquelas prestações afectadas)¹⁷. A influência das vicissitudes do contrato principal no subcontrato é *unilateral*, isto é, só ocorre nesse sentido, e não no oposto: as vicissitudes que afectam o subcontrato não se repercutem sobre o contrato principal (Martinez, 2006: 107, 196; Fantini, 2019: 49).

A dependência que se estabelece entre o contrato base e o subcontrato leva a doutrina a qualificar esta situação como uma verdadeira *união ou coligação de contratos* (Martinez, 2006: 197)¹⁸. A dependência entre

¹⁵ Assim, no essencial, Martinez (2006: 100-101). No mesmo sentido, Cianflone, Giovannini (2012: 1383); Fantini (2019: 48); Hoepffner (2020: 551, 552); Ubaud-Bergeron (2019: 344).

¹⁶ Entre nós, isto resulta tradicionalmente do artigo 800.º do Código Civil, e está hoje expressamente afirmado, quanto à subcontratação nos contratos administrativos, no artigo 321.º do CCP. Como nota também Hélène Hoepffner (*loc. cit.*), hoje as próprias directivas de contratação pública se referem à manutenção da responsabilidade do co-contratante inicial perante a entidade adjudicante.

¹⁷ Imagine-se uma situação de impossibilidade parcial definitiva do contrato base por alteração das características do terreno, quanto a algumas prestações que não tinham sido objecto do subcontrato.

¹⁸ Cf. também Marion Ubaud-Bergeron (2011: 338).

contratos, em todo o caso, não impede que haja autonomia entre eles, isto é, eles não perdem a sua individualidade (Martinez, 2015: 229; Graça, 2021: 659); por isso o subcontrato fica sujeito às suas próprias cláusulas nas relações entre o co-contratante principal (também chamado “intermediário”) e o subcontratado (Cianflone, Giovannini, 2012: 1385)¹⁹.

b) *Subcontratação no universo jurídico-público*

8. A subcontratação é uma realidade com importância inequívoca no âmbito dos contratos públicos, e há muito que é referenciada e admitida, designadamente, em relação a diversos tipos de contratos base: além do caso muito saliente da subempreitada de obras públicas, já referido, a subcontratação é uma realidade relevante no fornecimento de bens móveis e prestação de serviços e, também, nas concessões de obra e serviço público (Esquível, 2002: 24).

Do ponto de vista do direito da União Europeia, é notório que se tem dedicado à subcontratação uma atenção bastante significativa²⁰. Isso sucede porque se encara a subcontratação como algo de positivo e que merece ser incentivado: o recurso a subcontratação contribui para maiores possibilidades de acesso (indirecto) das pequenas e médias empresas ao universo dos contratos públicos; a subcontratação permite uma melhor e mais fácil gestão de obras com grande dimensão, complexidade e especialização; além disso (e relacionado com isso), o direito europeu permite que os candidatos e concorrentes aos procedimentos pré-contratuais recorram às qualidades e capacidades técnicas e financeiras dos seus subcontratados para efeitos do cumprimento de requisitos concursais, pelo que a subcontratação – em termos teóricos – contribui para aumentar o número de operadores económicos que apresentam propostas ou candidaturas nos procedimentos pré-contratuais (Matos, 2020; Sánchez, 2023; Graça, 2021; González-Varas Ibáñez, 2020: 917; Hoepffner, 2020: 551; Dubreuil, 2018: 371). Em alguns ordenamentos, assiste-se até, por estas razões, a normas que *impõem*, em alguns casos, a subcontratação (Hoepffner, 2020: 559; Dubreuil, 2018: 371).

9. Não obstante o incentivo à subcontratação manifestado no ordenamento jurídico, actualmente muito influenciado pelo direito europeu, os específicos interesses em presença no âmbito dos contratos regulados pelo direito público também originam normas especiais que regulam os casos em que se pode ou não recorrer à celebração de subcontratos, estando essas normas associadas à protecção da concorrência e em geral dos interesses públicos servidos pela existência de procedimentos de selecção do co-

¹⁹ Parece-nos correcta a síntese de Dubreuil (2018: 374): para *alguns aspectos*, o subcontrato é autónomo face ao contrato base, mas para *outros aspectos*, está intimamente ligado ao contrato base.

²⁰ Cf., hoje, os artigos 42.º da Directiva 2014/23, 71.º da Directiva 2014/24 e 88.º da Directiva 2014/25.

A relevância do tema é manifestada em diversos estudos que o têm abordado: veja-se, na doutrina nacional, Magalhães (2016: 27-73); Matos (2020: 123-158); Matos (2021: 109-138); Graça (2021); Sánchez (2023: 5-29).

Veja-se também Craven (2016: 295-317), e a anotação de Indén ao artigo 71.º da Directiva 2014/24 em Steinicke, Vesterdorf (2018: 755-764).

contratante (Assis Raimundo, 2022a: 236 ss.). Recorde-se que o direito dos contratos públicos se preocupa com a manutenção das condições da concorrência tal como foram publicitadas e tidas em consideração durante o procedimento de formação do contrato. Por isso, a generalidade dos tratamentos doutrinários da subcontratação no âmbito dos contratos administrativos começa por referir a ideia tradicional da afirmada natureza *intuitu personae* destes contratos, que se traduz numa *limitação de partida* à subcontratação neste sector (Esquível, 2022: 22-23). Trata-se de algo que, na essência, ainda encontra correspondência nas opções do legislador: veja-se, entre nós e actualmente, a existência de um *dever de execução pessoal* dos contratos administrativos (artigo 288.º do CCP), do qual o legislador ressalva, precisamente, o disposto em matéria de subcontratação (e cessão da posição contratual)²¹, ressalvas que, aliás, não podem deixar de conduzir a uma certa relativização do princípio da execução pessoal, conforme destacado por doutrina mais recente (Ubaud-Bergeron, 2011: 337). Regimes semelhantes também são comuns em outros ordenamentos próximos do nosso²².

Assim, não obstante as virtualidades da subcontratação, também pode existir intenção de manipular a figura com o intuito de defraudar a concorrência, o que explica a proibição genérica de fazer isso mesmo, hoje colocada como limite geral à subcontratação [artigo 317.º, n.º 1, alínea c), do CCP]. Além disso, a particular centralidade que assume a subcontratação para a boa execução dos contratos – recorde-se que a subcontratação consiste numa execução de parte das prestações do contrato base pelo subcontratado – faz com que, por influência do legislador europeu, se preveja hoje que os subcontratados também não podem incorrer nos impedimentos que afectam os demais operadores económicos [artigo 317.º, n.º 1, alínea b), e 318.º, n.º 3, alínea a), do CCP]²³.

Num outro aspecto geral a que já se aludiu, a subcontratação não pode ser utilizada de modo a torpear o sentido da escolha feita num procedimento pré-contratual anterior. Uma manifestação desta ideia prende-se com os casos de escolha do co-contratante pelas suas específicas qualidades: se o co-contratante foi escolhido por ajuste directo numa situação em que só

²¹ Sobre o sentido desta disposição, Assis Raimundo (2022a: 47-48). Antes do artigo 288.º, a doutrina não deixava de salientar o dever de execução pessoal, a partir dos princípios gerais e da *praxis* dos contratos administrativos – cf., no âmbito das concessões, Gonçalves (1999: 276).

²² A propósito do direito francês, também se referem ao princípio da execução pessoal, derivado do carácter *intuitu personae*, Hoepffner (2020: 551); Dubreuil (2018: 370); era um ponto já afirmado por Gastón Jèze. Destacando, em face do CCP italiano de 2016, que a subcontratação era apresentada pelo legislador como excepcional, veja-se Fantini (2019: 47). Como o Autor refere, essa colocação da subcontratação como excepcional não se adequa totalmente à visão do direito europeu sobre a matéria.

²³ Estas normas, bem como a do artigo 318.º, n.º 3, alínea b), adiante referido, convergem todas num objectivo tradicional da regulação da subcontratação em contexto jurídico-público, que é a de impedir que por meio deste instituto, os trabalhos que constituem o objecto de um contrato público sejam realizados “por empresas técnica e moralmente inidóneas” – cf. Cianflone, Giovannini (2012: 1369), a propósito da subempreitada (com linguagem algo datada; naturalmente que não se trata de um problema “moral” em sentido próprio; não obstante, a ideia de falta de idoneidade continua a ser importante). Discutindo a questão mais contemporaneamente, em face de jurisprudência europeia que tem abordado as questões dos impedimentos dos subcontratados, veja-se Assis Raimundo (2022b: 401); Sánchez (2023: 23 ss.); González-Varas Ibáñez (2020: 923).

podia ser convidada uma entidade, também não é permitida a subcontratação, no que diz respeito às prestações contratuais que se prendem com essa exclusividade, ou seja, nas prestações que justificaram o convite a uma única entidade [artigo 317.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, do CCP].

Repare-se que o exemplo acabado de dar se prende com contratos celebrados mediante um procedimento pré-contratual sem concorrência e publicidade. No entanto, a discussão é mais ampla, e coloca-se também quanto a contratos celebrados na decorrência de procedimentos com publicidade e concorrência. Assim, se um operador económico participa num procedimento com exigências específicas (requisitos de qualificação) em matéria de capacidade técnica e financeira, essas exigências também terão de ser asseguradas quanto ao subcontratado [artigo 318.º, n.º 3, alínea b), do CCP]. Uma outra questão na mesma linha é a que se prende com a *mudança* de subcontratados durante a execução do contrato base, quando os mesmos foram indicados na candidatura ou proposta e a sua presença contribuiu para a selecção do adjudicatário. Nestas condições, não é de excluir que a mudança de subcontratado possa ser considerada como uma *modificação ao contrato* (ou realidade equiparada), havendo então que indagar se se apresenta como uma modificação *substancial* que não seja permitida, já que, como se sabe, as alterações a contratos em execução constituem um dos domínios em que, sobretudo por força (actualmente) do direito da União Europeia, há que assegurar o respeito pelas condições da concorrência.

Por fim, outra manifestação da relevância particular que assume a subcontratação no universo dos contratos regulados pelo direito público é o facto de surgirem diversas normas que chegam a regular com bastante detalhe aspectos como a forma e o conteúdo dos subcontratos, sendo o exemplo mais representativo o da subempreitada de obras públicas (artigos 383.º-386.º do CCP) (Assis Raimundo, 2022a: 295-296; Graça, 2021: 656-657; Silva, 2023: 1083 ss.).

c) *Subcontratação, subconcessão, contratos auxiliares*

10. A subcontratação não é, porém, a única forma de contratação associada à execução de um contrato base. Existem outras modalidades de subcontratação com autonomia, ou outras modalidades que, não podendo já considerar-se subcontratos, têm, ainda assim, uma relação de conexão com a execução de um contrato principal. Compreender essas diferentes figuras é importante, não apenas para efeitos teóricos, mas potencialmente para efeitos de regime, já que por vezes os clausulados e até as normas legais aplicáveis à regulação da concessão tratam, autonomamente, estas diferentes realidades: por exemplo, como vimos, há normas especialmente aplicáveis aos subcontratos (em sentido próprio), as quais não serão aplicáveis aos demais contratos auxiliares.

Assim, procurando dar passos seguros, podemos dizer que parece inegável que não são todos os contratos com terceiros que um co-contratante celebra para efeitos de cumprir o seu próprio contrato que podem ter a qualificação de subcontratos (Melo, 2023: 619; Ubaud-Bergeron, 2011: 344; e no quadro específico das concessões, Gonçalves, 1999: 276). Assim, já foi afirmado que a subcontratação apenas abrange a “transferência para um terceiro de parte das prestações relacionadas com o objecto principal do contrato base, com o seu *núcleo duro*” (Melo, 2023: 619). Outros autores não exigem a referência ao objecto principal, destacando simplesmente que para que haja subcontrato a única exigência é que este *partilhe do objecto* do

primeiro, critério que levará, em muitos casos, ao mesmo resultado (Ubaud-Bergeron, 2011: 344)²⁴. Qualquer que seja o critério definitivo utilizado, dele decorre sempre que, separadamente do universo dos subcontratos, há um outro universo de contratos, que o co-contratante pode celebrar no contexto do cumprimento, por si, de um contrato público, e que serão simples contratos “acessórios ou auxiliares” do contrato principal, constituindo “meros *instrumentos* que o contraente principal (o co-contratante) utiliza para o coadjuvar no cumprimento” do contrato público (Melo, 2023: 619) – a doutrina dá como exemplos destes contratos auxiliares, entre outros, os que tenham por objecto serviços de contabilidade, *marketing*, limpeza ou segurança e vigilância (Melo, 2023: 619). A distinção pode ser difícil em situações de fronteira²⁵.

11. Esta discussão geral intersecta-se com uma outra, agora no âmbito das concessões. O tema da subcontratação ganha uma colocação mais significativa quando nos aproximamos do contexto particular da execução de contratos administrativos que pressupõem uma associação duradoura de um particular à gestão autónoma de certos bens ou serviços públicos ou de interesse público, situação de que é paradigma o contrato de concessão. A situação do contrato de concessão oferece, tradicionalmente, um conjunto de questões que se ligam de modo importante com o instituto dos subcontratos, quer durante a execução do contrato (com questões como, por exemplo, o nível de desempenho e a responsabilidade dos subcontratados na execução do contrato), quer de forma concentrada no momento *final* da vigência da concessão.

Do ponto de vista conceptual, é importante distinguir, a propósito do fenómeno da subcontratação nas concessões, três realidades: (i) as situações de *subconcessão*; (ii) as demais situações de *subcontratação emergente de um contrato de concessão*; e ainda (iii) os contratos auxiliares celebrados pelo concessionário²⁶, sendo que esta última categoria já se situa fora da subcontratação.

²⁴ De facto, este critério afigura-se apto a fazer a distinção. Pense-se no caso do empreiteiro que celebra com um terceiro um contrato para que este lhe forneça (ao empreiteiro) tijolos que ele utiliza na obra a que está obrigado perante o dono da obra. Sem dúvida que o contrato de empreitada *pressupõe* a incorporação de tijolos na obra, mas não se pode dizer que o objecto da empreitada inclua, como obrigação do empreiteiro, o *fornecimento (entrega) de tijolos ao dono da obra*. O dono da obra não pretende adquirir os bens (tijolos), mas uma obra na qual eles estão incorporados; não há qualquer interesse do dono da obra em receber tijolos autonomamente. Por isso, o contrato de fornecimento de tijolos ao empreiteiro não é, tecnicamente, um subcontrato (no mesmo sentido, falando em geral nos contratos de fornecimento de materiais de construção ao empreiteiro, Richer, Lichère, [2021: 618]). Isto não significa, naturalmente, que o contrato de fornecimento de tijolos não possa ter alguns aspectos em que está dependente do contrato de empreitada.

²⁵ Como exemplo de uma situação de fronteira que poderá suscitar interrogações, Richer, Lichère (2021: 618), dão o caso dos “elementos de uma construção pré-fabricada”.

²⁶ Traçando exactamente esta distinção, Fantini (2019: 63).

Naqueles dois primeiros casos [(i) e (ii)], estamos perante subcontratos derivados da concessão²⁷, sendo a diferença a de que, no primeiro caso, as prestações que são subcontratadas permitem identificar, no próprio subcontrato, os elementos típicos de um contrato de concessão idêntico ao contrato base. Na subconcessão acontece sempre uma transferência total ou parcial de poderes, missões ou competências inerentes à concessão de base Gonçalves (1999: 278); Ubaud-Bergeron (2011: 345). As situações do segundo tipo, a nosso ver, ainda são subcontratos, porque impõem ao subcontratado o exercício de parte das prestações da concessão base ou permitem-lhe o aproveitamento das suas vantagens, de uma forma que assume um nexó funcional e de dependência face ao contrato base, mas sem que o subcontrato presente, ele próprio, as notas características de uma concessão²⁸.

Como é evidente, pode existir alguma dificuldade de traçar em concreto as fronteiras entre um verdadeiro subcontrato emergente de uma concessão, e a simples celebração, pelo concessionário, de contratos auxiliares ou instrumentais ao cumprimento do objecto da concessão, que já não constituem subcontratos²⁹. O critério de distinção tem de ser procurado na identificação (ou não), no contrato em apreço, das notas que permitem

²⁷ Deste modo, a subconcessão é um tipo de subcontrato – assim, Gonçalves (1999: 277 e nota 356); Ubaud-Bergeron (2011: 345); Richer, Lichère (2021: 619).

²⁸ Pense-se num contrato em que o subcontratado prestasse uma parte do serviço a que o concessionário está obrigado numa concessão de serviços, mas mediante uma remuneração fixa, ou seja, sem que o subcontratado assumira risco de exploração, que permanecerá todo no concessionário. Seria o caso, por hipótese, de um concessionário de serviços de transporte ferroviário contratar a um terceiro serviços de transporte de passageiros em autocarro, para fazer transbordos entre dois pontos em cujo percurso esteja interrompido o serviço ferroviário (no caso de o contrato de concessão incluir a obrigação de assegurar esses transbordos). Teremos então um *subcontrato de prestação de serviços* que é derivado de um contrato de concessão e que está notoriamente associado ao seu cumprimento, consistindo numa prestação directa do serviço de transporte aos passageiros (ou seja, não é uma actividade auxiliar). Não parece que haja qualquer motivo para recusar tal situação e a respectiva qualificação como *subcontrato*, muito embora não se esteja perante uma *subconcessão*. Quando muito, pode existir uma dificuldade prática em distinguir esta situação daquela em que o concessionário simplesmente celebre contratos auxiliares para cumprir a concessão, como se refere no texto. Referindo expressamente que a subconcessão (nesse caso, de serviço público, mas a afirmação também vale para as de obra pública) pressupõe a transferência do risco de exploração, Richer, Lichère (2021: 645); e também Eckert (2021: 727).

²⁹ Notando o ponto, Fantini (2019: 63).

considerá-lo um contrato *derivado* (em sentido técnico) do contrato base^{30,31}, isto porque o subcontrato é sempre um contrato derivado³².

2.2. Dependência entre contrato base e subcontrato e transmissão de posições contratuais

a) Sentido geral da dependência entre contrato base e subcontrato

12. A doutrina afirma diversas consequências da ideia, acima referida, de dependência do subcontrato face ao contrato base. Tendo em conta o objecto do presente estudo, interessam-nos, sobretudo, os aspectos que se prendem com o destino do subcontrato em caso de *extinção* do contrato principal.

Assim, não custa reconhecer aquela que é certamente a regra geral a aplicar nos casos de subcontratação: a extensão (temporal) dos direitos e deveres emergentes do subcontrato não pode ultrapassar a extensão (temporal) dos

³⁰ É também o que decorre de Fantini (2019: 63).

³¹ O debate a que se alude no texto tem um equivalente próximo na distinção, feita por muita doutrina francesa, entre os casos de *sous-contrat* e os de *sous-traitance* - cf., sobre isto, Hoepffner (2020: 552-554). A designação de *sous-contrat* é aí reservada para os casos em que o subcontrato tem a *mesma natureza e objecto do contrato base*, ou seja, a subconcessão é o *sous-contrat* da concessão, a subempreitada é o *sous-contrat* da empreitada, etc. Desta figura se distinguiria a *sous-traitance*, que é definida como a situação em que o co-contratante entrega a terceiro a execução de algumas prestações do contrato, ficando, porém, pessoalmente responsável pelas mesmas. Como se pode ver, esta noção de certo modo *restritiva* do subcontrato faz-se eco da distinção de Pedro Romano Martinez entre "subcontrato" e "subcontrato impróprio" que analisámos acima. Sucede, contudo, que (de modo semelhante ao que sucedia com Pedro Romano Martinez) a própria doutrina francesa acaba por reconhecer que a *sous-traitance* é "por vezes assimilada" à subcontratação, o que aliás decorre logo da definição que dela é dada, que em nada se distingue da demais subcontratação; chegando mesmo a dizer-se que a *sous-traitance* é apenas um "sous-contrat particulier", ou seja, uma forma especial de subcontrato - utilizando estas exactas expressões, Hoepffner (2020: 553), embora mantendo a ideia de uma distinção (que parece, assim, essencialmente formal ou conceptual). Mais: a mesma Hoepffner (2020: 553) reconhece que as directivas europeias de contratação pública, ao tratar do tema da subcontratação, não fazem esta distinção e incluem na figura aquilo que no direito francês se considera *sous-traitance*, opção que a referida Autora considera uma "ambiguidade" e que ilustra com o artigo 42.º da Directiva 2014/23, cuja epígrafe, na versão francesa, é *sous-traitance* (em português, fala-se em "subcontratação", em inglês em "subcontracting"). Na verdade, o que o direito europeu parece confirmar é, precisamente, que vigora um conceito amplo de subcontrato, que não se limita aos subcontratos que tenham, eles próprios, uma qualificação exactamente igual à do contrato base. Outros autores franceses parecem já revelar uma ultrapassagem da distinção marcada entre as duas figuras, pois tratam-nas de forma essencialmente unitária - é o caso, v.g., de Dubreuil (2018: 370 ss.).

³² O que não significa, note-se, que os contratos auxiliares não possam, eles próprios, estabelecer, no seu clausulado, formas de dependência face ao contrato base que manifestem essa dependência. O que sucede é que o subcontrato tem sempre essa característica, enquanto o contrato auxiliar pode não a ter (e normalmente não terá).

direitos e deveres de que o contratante de base é titular por força do contrato principal (Martinez, 2006: 104); o subcontrato é um contrato derivado, celebrado pelo co-contratante inicial com base na posição jurídica que detém no contrato principal (Martinez, 2006: 188; Cianflone, Giovannini, 2012: 1384). As máximas de que “o acessório segue o principal” e de que “ninguém pode transferir mais direitos do que aqueles que tem” são invocadas nesta sede (Martinez, 2006: 104-105). Isto tem como consequência que uma vicissitude extintiva que afecte o contrato principal, como a resolução ou a declaração de invalidade, também levará à extinção do subcontrato, discutindo-se apenas se isso ocorre de uma forma que considera que a mesma consequência é aplicada ao subcontrato (i.e, se o contrato base é resolvido, o subcontrato também se considera resolvido), ou se em tais casos o que ocorre é a *caducidade* do subcontrato, designadamente por impossibilidade de cumprimento (Martinez, 2006: 105-106. Cf. igualmente Cianflone, Giovannini, 2012: 1384-1385; Hoepffner, 2020: 558).

Note-se, porém, que as considerações anteriores são feitas em abstracto e não entram em linha de conta com outros factores, designadamente, a especialidade de situações que pode levar a soluções diferentes, quer resultantes de normas legais especiais, quer resultantes da vontade das partes expressa em cláusulas contratuais, no contrato base, no subcontrato ou em ambos.

Na verdade, nada parece excluir, em tese geral, a possibilidade de as partes no contrato base pretenderem regular de forma mais desenvolvida, precisa e conforme aos seus interesses o destino dos subcontratos em caso de vicissitudes do contrato base (incluindo a sua extinção); e a prática contratual, nos contratos de concessão administrativa e não só, mostra que é isso que muitas vezes sucede.

A doutrina também equaciona situações deste tipo, em que as partes podem conformar, por efeito da sua vontade, os efeitos que a extinção de um contrato tem sobre outro contrato que tem por pressuposto o primeiro. Mais uma vez, deve-se a Pedro Romano Martinez uma colocação especialmente clara e certa deste problema, ao estudar os efeitos da cessação no caso de contratos coligados (como se viu acima, é essa a qualificação que o mesmo Autor também dá ao contrato base e subcontrato). Assim, o referido Autor admite que mesmo na coligação de contratos “funcional” (isto é, aquela em que a dependência entre os contratos se mantém nas diversas fases da “vida” dos mesmos) (Martinez, 2017: 230), “podem as partes acordar no sentido de a extinção de um contrato não afectar a vigência do outro” (Martinez, 2017: 234). O exemplo que dá é expressivo, por dar boa nota do que pode ser o tipo de interesses das partes que pode justificar a continuidade de um subcontrato em caso de extinção do contrato base:

“Imagine-se um contrato de subempreitada em que o subempreiteiro se obriga a fazer um determinado número de portas para a casa que o empreiteiro está a construir na sequência de um contrato de empreitada; em princípio, se o contrato de empreitada for resolvido, extingue-se o contrato de subempreitada, mas pode resultar do acordo com o subempreiteiro que, extinto o contrato base, subsista a relação derivada (já não como subempreitada), pois o empreiteiro irá aproveitar as portas noutra construção” (Martinez, 2017: 235).

O exemplo transcrito ilustra bem o ponto geral segundo o qual, sendo embora o subcontrato um contrato derivado, pode existir interesse em que o mesmo subsista para lá da vigência do contrato base, e as partes podem traduzir esse interesse em cláusulas contratuais (ou até a lei dar-lhe expressão em normas do mesmo teor). Como resulta da ressalva feita por Pedro Romano Martinez, se tal suceder, o subcontrato já não subsistirá como *subcontrato*, mas sim como contrato único, isto é, o que ocorrerá em tais casos é um conjunto de vicissitudes que passa, simultaneamente, pela cessação da relação contratual de base, modificação do subcontrato (que deixa de ser contrato derivado) e cessão da posição contratual. E se o exemplo transcrito acima mostra uma situação em que o subcontrato se mantém entre o intermediário e o (antigo) subcontratado, outros casos há em que a parte que “sai” da relação é esse intermediário, e o antigo subcontrato se mantém e converte, como contrato único, mas agora tendo como partes os sujeitos que se encontravam nos “extremos” da antiga relação trilateral: o sujeito que era o comitente inicial do contrato base e o sujeito que era o anterior subcontratado. A própria lei consagra situações deste tipo: é o que sucede no artigo 1090.º do Código Civil em sede de *subarrendamento*, nas situações, aí previstas, em que o senhorio pode “substituir-se ao arrendatário, [...] considerando-se resolvido o primitivo arrendamento e passando o subarrendatário a arrendatário directo” (n.º 1).

b) Equilíbrio entre continuidade e autonomia do novo gestor: no CCP

13. É esta diversidade de soluções, tendo em conta as diferentes situações, que encontramos no regime aplicável aos contratos derivados de contratos de concessão. Os contratos de concessão ilustram bem as considerações e hipóteses que acabamos de referir, já que em diversos casos os contratos ou a lei permitem explicitamente a sobrevigência de subcontratos para lá da vigência da concessão e respectiva transmissão para o concedente ou o concessionário seguinte (como se verá melhor *infra*). É o que sucede em especial nas concessões de obra ou de serviço público, nas quais, como vimos, a necessidade de assegurar uma *transição* adequada entre dois contratos de concessão, ou entre uma concessão e a assunção da obra ou serviço pelo concedente, levam a que seja frequente (ou até, potencialmente, *a solução-regra*) (Hoepffner, 2020: 558) que a extinção de uma concessão seja acompanhada da transmissão ou subsistência de alguns contratos (entre eles, subcontratos) ou obrigações que tiveram a sua origem na intervenção do concessionário. Pode dizer-se que as normas vigentes testemunham precisamente este quadro de interesses, já que aquilo que surge como notória é a busca de conciliação entre a exigência de continuidade da concessão e a preservação da autonomia das opções do novo gestor do serviço, como já notámos anteriormente.

Com efeito, é o que decorre do modo como o problema aqui versado está tratado pelo CCP. O regime do Código não pode considerar-se como um regime desenvolvido e concentrado relativo à extinção e/ou transição entre contratos de concessão. A criação de um tal regime seria, aliás, uma direcção na qual, numa futura revisão do Código, se poderia e deveria avançar (não apenas para a concessão, mas também para ela). Em todo o caso, o CCP apresenta algumas normas dispersas que, implícita ou explicitamente, tratam de diferentes aspectos relevantes para este tema geral (cf. Assis Raimundo, 2022a: 305-306, 319 e 322-324).

Assim, o artigo 419.º do CCP trata dos bens (e direitos) afectos à concessão, que, em conjunto, compõem o chamado “estabelecimento da concessão”,

realidade que integra bens de diferentes titularidades e regimes (artigo 419.º, n.º 2, do CCP). É por referência à integração no estabelecimento da concessão, ou à genérica recondução a bens ou direitos necessários ao seu exercício, que a lei regula vários casos em que bens ou direitos advenientes de contratos celebrados pelo concessionário podem ser (ou, em alguns casos, *têm de ser*) transmitidos. O regime legal permite identificar uma *gradação de intensidade* com que se prevê a transmissão, decorrente de aspectos como a maior ou menor centralidade dos bens para o exercício da concessão, a maior ou menor previsibilidade da cessação do contrato, ou a existência de outros interesses relevantes a tutelar.

Neste sentido, em sede de *resgate* da concessão (que constitui, como se sabe, uma forma de cessação antecipada desses contratos), dispõe-se que o concedente “assume automaticamente os direitos e obrigações do concessionário directamente relacionados com as actividades concedidas desde que constituídos em data anterior à da notificação” do resgate (artigo 422.º, n.º 3, do CCP), previsão de grande alcance e que, naturalmente, pode redundar na assunção (imperativa, neste caso) de subcontratos, saindo o concessionário da relação contratual. Também se prevê a possibilidade de o concedente suceder na posição contratual do concessionário em contratos em que este tenha tomado de aluguer bens e equipamentos afectos à concessão, em caso de sequestro, resgate ou resolução da concessão (artigo 419.º, n.º 7, do CCP), em disposição cuja parte final se faz eco donexo funcional, acima referido, entre concessão e contratos derivados, ao estabelecer-se que o prazo desses contratos de aluguer não deve ser superior ao da vigência da concessão.

Fora dos casos a que acabamos de referir-nos, vigora o artigo 425.º do CCP, sobre os “efeitos da extinção do contrato no termo previsto”. Nestes casos, atento o facto de estarmos perante uma extinção antecipável por ambas as partes, a lei preocupa-se em tornar claro o “corte” entre as responsabilidades do concessionário e as do concedente, enunciando a regra de que “não são oponíveis ao concedente os contratos celebrados pelo concessionário com terceiros para efeitos do desenvolvimento das actividades concedidas” (artigo 425.º, n.º 1). A regra, pois, sem surpresas, é, neste caso, a da não sobrevigência/transmissão dos subcontratos celebrados pelo concessionário.

Não obstante, mesmo neste contexto geral de cessação “programada” da concessão há disposições que expressa ou implicitamente permitem, ou até impõem, mesmo nestes casos, a transmissão de direitos ou mesmo de contratos: isso sucede com “os direitos de propriedade intelectual sobre os estudos e projectos elaborados para os fins específicos das actividades integradas na concessão, bem como os projectos, planos, plantas, documentos e outros elementos referidos no [artigo 317.º, n.º 1]”, que são “transmitidos gratuitamente e em regime de exclusividade ao concedente no termo do prazo de vigência do contrato” (artigo 425.º, n.º 2, do CCP). Esta disposição pode ter impacto em contratos com terceiros, incluindo subcontratados, o que resulta expressamente do n.º 2 do artigo 317.º (e por isso mesmo o n.º 2 é ressalvado no n.º 1 do artigo 425.º). Além disso, o n.º 4 do artigo 425.º refere-se à possibilidade de “bens do concessionário afectos à concessão” serem transferidos para o concedente, em caso de previsão contratual nesse sentido; devendo ainda mencionar-se a previsão, na lei, da possibilidade de *expropriação* de bens não abrangidos por cláusula de transmissão.

c) Transmissão de contratos derivados como solução nos regimes especiais de concessão

14. O CCP não esgota, porém, de modo algum, o universo dos regimes relevantes para a compreensão do tema que aqui consideramos. O contrato de concessão é historicamente objecto de muita regulação de fonte legal que constitui lei especial. Não só existem numerosos regimes jurídicos sectoriais, em áreas como os transportes, os serviços de águas e saneamento, a recolha de resíduos ou a produção e distribuição de energia, ou em geral a gestão do domínio público, que regulam, para esses sectores ou áreas, aspectos dos contratos de concessão, como ainda hoje se verifica com muita frequência a aprovação por diploma legal das bases de concretas concessões, o que constitui uma forma de consagrar especificidades e ultrapassar dúvidas que poderiam ser geradas no confronto com regras de feição geral.

Na verdade, numerosos exemplos de regimes sectoriais, ou contratos de concessão cujas bases foram aprovadas por diploma legal, consagram situações em que contratos derivados, associados à concessão, se transmitem para o concedente ou para terceiros no termo da concessão. Acresce que algumas destas bases de concessões foram aprovadas, ou alteradas e republicadas, já na vigência do próprio Código dos Contratos Públicos, o que tem inequívoca relevância para a compreensão sistemática do regime do Código, que se apresenta, no fundo, como um regime supletivo. Vale a pena elencar alguns desses regimes mais representativos.

15. Um sector em que os regimes legais aplicáveis às concessões estabelecem a transmissão de relações contratuais associadas à concessão já foi acima referido: é o dos serviços de abastecimento de água, saneamento e resíduos. Aí se prevê expressamente, de modo amplo, como vimos, a possibilidade de transmissão dessas relações contratuais (artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 194/2009, de 20 de Agosto, aplicável aos serviços municipais de águas, saneamento e recolha de resíduos).

Porém, um exemplo ainda mais impressionante de sobrevigência e transmissão de contratos derivados de uma concessão neste sector encontra-se nas bases da concessão da exploração e gestão dos sistemas multimunicipais de tratamento e de recolha selectiva de resíduos urbanos, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 96/2014, de 25 de Junho.

As referidas bases apresentam uma regulação bastante detalhada do momento do termo da concessão (Base LII). De facto, enquanto muitas bases ou contratos de concessão se limitam a prever, a esse respeito, uma cláusula sucinta referente à extinção dos efeitos do contrato após o termo, deixando por regular os complexos problemas associados, a Base LII enfrenta esses mesmos problemas ao longo de 11 números. Não por acaso, é numa cláusula deste tipo que surge um regime especialmente detalhado – e, a nosso ver, bem conseguido – relativo à transmissão de contratos relativos à concessão após o seu termo. A análise que empreendemos levou-nos mesmo a formular a hipótese de que é exactamente quando o legislador e/ou as partes em contratos de concessão se dispõem a regular de forma cuidada o momento final da concessão que se apercebem que em muitos casos, o interesse público na gestão da concessão aconselha fortemente a transmissão, para o concedente ou para o novo gestor da concessão, de contratos celebrados pelo anterior concessionário.

No que aqui nos importa, a Base LII, depois de regular diversos efeitos do termo da concessão e da correspondente transmissão do serviço³³, dispõe que “[n]o termo da concessão, transferem-se para a entidade transmissória dos bens a que se referem os números anteriores os direitos e as relações jurídicas referidos no n.º 3 da base XI susceptíveis de se prolongar para além do termo da concessão, nos termos previstos nos números seguintes”. A Base XI, que tem por epígrafe “bens e direitos afectos à concessão”, depois de referir, no n.º 1, os bens móveis e imóveis que integram o estabelecimento da concessão, e no n.º 2, os direitos de propriedade intelectual, refere no n.º 3 o seguinte: “[c]onsideram-se ainda afectos à concessão, desde que directamente relacionados com a actividade concessionada, nos termos da base II, os demais bens e direitos de qualquer natureza e as relações jurídicas que se encontrem em cada momento conexas com a continuidade da exploração da concessão, nomeadamente laborais, de empreitada, de locação e de prestação de serviços”. A assunção dos contratos pela nova gestora do serviço não é obrigatória (à excepção das relações laborais), como se retira dos n.ºs 9 e 10 da Base LII, que conferem a essa entidade “o direito de, sem quaisquer custos, recusar a continuidade das relações jurídicas afectas à concessão”, para o que a concessionária deverá, durante o penúltimo ano de vigência do contrato, notificar a entidade que irá assumir a gestão para, num prazo de 180 dias, exercer aquele direito.

Resulta desta regulação, a nosso ver, uma boa conciliação de todos os interesses em presença. A estas soluções está subjacente, em primeiro lugar, o pressuposto, que parece adequado, de que os contratos que a concessionária celebra são, em princípio, necessários para o desempenho adequado do serviço e que o serviço será menos perturbado se eles se mantiverem. O facto de se partir deste pressuposto contribui, certamente, para a fluidez, qualidade e rentabilização da concessão em toda a sua duração, pois a concessionária não será levada a diminuir o seu grau de investimento ao aproximar-se o seu final³⁴, nem os seus co-contratantes terão tanto receio de verem a sua posição posta em causa no termo da concessão. Poderá, contudo, a nova gestora do serviço entender que os contratos relacionados com a concessão não são do seu interesse, caso em que, com antecedência adequada, deve fazê-lo saber à concessionária, que nesse caso terá um tempo razoável para, com os seus co-contratantes, operar a cessação dos contratos no termo da concessão. Em relação aos contratos que a nova gestora entenda manter, os mesmos transferem-se no termo da concessão.

Trata-se, sem dúvida, de uma regulação relevante para ilustrar as virtualidades que podem estar associadas à sobrevigência de contratos após o termo da concessão e que por isso justificam que as partes recorram a esse mecanismo no contexto de contratos de concessão.

16. No sector das concessões (e subconcessões) rodoviárias, encontramos também múltiplas previsões que prevêm expressamente a transmissão de contratos derivados de concessões para o concedente, no final do prazo da

³³ Nesta cláusula não se admite outra solução que não a transmissão da gestão do serviço para alguma outra entidade, pois o serviço é de existência obrigatória e não pode ser interrompido.

³⁴ Deixando atrasar ou não realizando, por exemplo, empreitadas necessárias que incidam sobre os bens imóveis que constituem suporte da concessão, por receio de que essas empreitadas ficassem inacabadas no termo da concessão, com os prejuízos e perturbações inerentes.

concessão, na regulação legal de diversos contratos. Essas situações ocorrem em contratos derivados com diversos objectos, incluindo normalmente, de forma explícita, os subcontratos relacionados com as áreas de exploração comercial.

É o que se encontra, designadamente, na concessão das travessias do Tejo (Ponte Vasco da Gama e Ponte 25 de Abril)³⁵; concessão das auto-estradas da Beira Interior³⁶; concessão de auto-estradas na Zona Norte³⁷; concessão das auto-estradas da Beira Litoral/Beira Alta³⁸; concessão das auto-estradas

³⁵ Decreto-Lei n.º 168/94, de 15 de Junho, que “aprova as bases da concessão da concepção, do projecto, da construção, do financiamento, da exploração e da manutenção da nova travessia sobre o rio Tejo em Lisboa, bem como da exploração e da manutenção da actual travessia”, relevando a Base XLII.

³⁶ Decreto-Lei n.º 335-A/99, de 20 de Agosto, que aprova as bases da concessão da concepção, projecto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados, designada por Beira Interior, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 214-A/2015, de 30 de Setembro.

Releva a Base XLI, em concreto o seu n.º 2 (um dos preceitos alterados em 2015, note-se). A redacção dessa Base, com a epígrafe “Extinção dos contratos respeitantes a Áreas de Serviço”, é a seguinte: 1 - Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, no Termo da Concessão caducam automaticamente quaisquer contratos celebrados pela Concessionária com terceiros relativos à exploração das Áreas de Serviço, ficando esta inteiramente responsável pela cessação dos seus efeitos e não assumindo o Concedente quaisquer responsabilidades nesta matéria. 2 - A Concessionária obriga-se a ceder gratuitamente ao Concedente a posição contratual para si emergente dos contratos referidos no número anterior, se o Concedente assim o exigir com uma antecedência mínima de 120 dias sobre o Termo da Concessão. 3 - No caso de resgate da Concessão, o Concedente assume os direitos e obrigações emergentes dos contratos em vigor respeitantes à exploração das Áreas de Serviço.”

³⁷ Decreto-Lei n.º 248-A/99, de 6 de Julho, que atribui ao consórcio AENOR - Auto-Estradas do Norte, S. A., a concessão da concepção, projecto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados na zona norte de Portugal e aprova as bases de concessão, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 109/2015, de 18 de Junho. No caso, é relevante a Base XLII.

³⁸ Decreto-Lei n.º 142-A/2001, de 24 de Abril, que atribui à sociedade LUSOS CUT - Auto-estradas das Beiras Litoral e Alta, S. A., a concessão da concepção, projecto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de auto-estradas e conjuntos viários associados, designados por Beira Litoral/Beira Alta, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 111/2015, de 18 de Junho.

Neste caso, a Base XLIII regula o tema da extinção dos contratos referentes à Área de Serviço, em termos que apresentam, aliás, algumas cambiantes interessantes, cujo propósito evidente é o de tornar mais transparente e clara a transmissão dos contratos.

A referida Base XLIII dispõe como segue: “1 - Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, no Termo da Concessão caducam automaticamente, e em razão daquele termo, quaisquer contratos celebrados pela Concessionária com quaisquer terceiros relativos à exploração das Áreas de Serviço, ficando esta inteiramente responsável pelas consequências legais e contratuais dessa caducidade e não assumindo o Concedente quaisquer responsabilidades nesta matéria. 2 - O Concedente pode exigir à Concessionária, até 120 dias antes do Termo da Concessão, que esta lhe ceda gratuitamente a posição contratual para si emergente dos contratos referidos no número anterior. 3 - No caso previsto no número anterior, os contratos referidos no n.º 1 subsistem para além do Termo da Concessão. 4 - Em caso de resgate ou de resolução do Contrato de Concessão, o Concedente assume os direitos e as obrigações emergentes dos contratos referidos no n.º 1 que estejam em vigor à data do resgate

do Grande Porto³⁹; concessão das auto-estradas da Zona Oeste⁴⁰; ou concessão das auto-estradas do Algarve⁴¹. Diversos destes regimes consagram um nível de detalhe assinalável, regulando diversos aspectos “procedimentais” da transmissão e assim resolvendo problemas comuns nesta sede, podendo mesmo constituir um paradigma para outros casos semelhantes. Assim, algumas destas cláusulas impõem, por exemplo, a identificação transparente e antecipada das relações contratuais a transferir; a imposição de os subcontratos conterem cláusulas de transmissão e/ou a aprovação prévia dos subcontratos, de modo a assegurar que os terceiros estão totalmente vinculados à transmissão; a ressalva da não transmissão de alguns créditos ou obrigações decorrentes do contrato a transferir; ou prazos de pré-aviso razoáveis para o exercício do direito à transmissão (ou à oposição à transmissão), para que todos os intervenientes saibam de antemão o destino daquela relação contratual derivada quando sobrevier o termo da concessão.

Cláusulas em tudo semelhantes têm também sido inseridas nos contratos de subconcessão da exploração de auto-estradas adjudicados pela Estradas de Portugal (depois Infraestruturas de Portugal) nos termos do modelo de gestão dessas vias rodoviárias aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/2007, de 13 de Novembro, que passa, como é sabido, pela atribuição àquela entidade de uma concessão legal, adjudicando depois essa entidade os contratos de subconcessão. Podem indicar-se, a este respeito, as subconcessões das

ou da resolução, com excepção dos resultantes de reclamações que contra a Concessionária estejam pendentes e daquelas que, embora apresentadas após o resgate ou a resolução do Contrato de Concessão, se refiram a factos que lhes sejam anteriores. 5 - Os contratos referidos no n.º 1 devem conter cláusula que contenha a expressa anuência dos terceiros em causa à cessão da posição contratual prevista no n.º 2 e o reconhecimento do efeito que nesses contratos tem o resgate ou a resolução do Contrato de Concessão, indicados no número anterior.”

³⁹ Decreto-Lei n.º 189/2002, de 28 de Agosto, que aprova as bases da concessão da concepção, projecto, construção, aumento do número de vias, financiamento, exploração e conservação de lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados, designada por concessão SCUT do Grande Porto, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 110/2015, de 18 de Junho. A Base XLIII é a relevante, sendo em quase tudo igual à da concessão Beira Litoral/Beira Alta, que transcrevemos na nota anterior.

⁴⁰ Decreto-Lei n.º 393-A/98, de 4 de Dezembro, que atribui ao consórcio Auto-Estradas do Atlântico - Concessões Rodoviárias de Portugal, S. A., a concessão da concepção, projecto, construção, financiamento, exploração e conservação de lanços de auto-estrada na zona Oeste de Portugal e aprova as bases da concessão, alterado, por último, pela Lei n.º 34/2015, de 27 de Abril. Neste caso, é importante a Base XLI, com o conteúdo típico encontrado também na maioria das outras bases de concessão deste tipo.

⁴¹ Decreto-Lei n.º 55-A/2000, de 14 de Abril, que aprova as bases da concessão da concepção, projecto, construção, financiamento, exploração e conservação dos lanços de auto-estrada e conjuntos viários associados, designada por Algarve, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 214-C/2015, de 30 de Setembro. Trata-se, neste caso, da Base XLIII, em tudo semelhante às já indicadas.

auto-estradas do Baixo Tejo⁴²; das auto-estradas do Douro Interior⁴³; ou da Auto-Estrada Transmontana⁴⁴, todas com cláusulas padrão prevendo a possibilidade de transmissão para o concedente de contratos celebrados pelo concessionário com terceiros, mormente relativos às áreas de serviço, no final do prazo da concessão e, por conseguinte, a sua vigência para lá desse termo.

17. Podem também ser apontados outros exemplos menos desenvolvidos ou explícitos, mas que em todo o caso, manifestam a presença de diferentes formas de regulação da mesma realidade a que vimos aludindo, pois não parecem excluir a possibilidade de subsistência e transmissão de contratos em vigor.

Casos desta natureza encontram-se, designadamente, no regime das concessões do serviço de movimentação de cargas portuárias⁴⁵; ou das concessões das actividades de transporte de gás natural através da Rede Nacional de Transporte de Gás; de armazenamento subterrâneo de gás

⁴² Cf. a cláusula 47.ª do contrato de subconcessão do Baixo Tejo, disponível em utap.gov.pt (o contrato foi celebrado inicialmente em 2009, e posteriormente renegociado; o contrato publicado é a versão resultante da renegociação e não tem data, mas é, pelo menos, de 2019). Trata-se de uma versão ainda mais trabalhada e desenvolvida das cláusulas que têm constado em todos os contratos deste sector quanto aos contratos relativos às Áreas de Serviço. Além disso, o referido contrato prevê também, quanto aos contratos de projecto (cláusula 66.ª), que a extinção da subconcessão comporta a sua extinção imediata, mas ressalva “o disposto no presente contrato de subconcessão” e os “acordos que o concedente tenha estabelecido ou venha a estabelecer directamente com as respectivas contrapartes” (cláusula 66.4).

⁴³ Cf. a cláusula 47.ª do contrato de subconcessão reformado relativo às auto-estradas do Douro Interior, disponível em utap.gov.pt (o contrato publicado não está datado, mas é pelo menos de 2008). Este contrato também inclui uma cláusula relativa aos contratos de projecto com o mesmo teor da referida na nota anterior (cláusula 63.4).

⁴⁴ Cf. a cláusula 47.ª do respectivo contrato de subconcessão reformado, disponível em utap.gov.pt (o contrato publicado não está datado, mas tem carimbo de visto do Tribunal de Contas de Julho de 2010).

⁴⁵ Cf. o Decreto-Lei n.º 324/94, de 30 de Dezembro, cuja Base XV (decurso do prazo), n.º 3, prevê: “O contrato de concessão prevê obrigatoriamente os termos e modos pelos quais se procederá à reversão e entrega dos bens, à transferência para a concedente da titularidade de eventuais direitos detidos pela concessionária sobre terceiros e que se revelem necessários para a continuidade da prestação dos serviços concedidos e, em geral, à tomada de quaisquer outras medidas tendentes a evitar a interrupção da prestação do serviço público”. Este tipo de cláusula é frequente, e como se vê, embora aqui entrem situações puras e simples de transmissão de direitos (como a propriedade), a redacção da cláusula não exclui de forma clara que alguns dos “direitos detidos pela concessionária sobre terceiros” e que sejam necessários para a continuidade dos serviços possam ser direitos emergentes de contratos celebrados com terceiros e que se encontrem em vigor no momento do termo da concessão (por exemplo, contratos de locação, ou de prestação de serviços). A mesma Base XV (desta vez com epígrafe “extinção da concessão”) se encontra, mais recentemente, no Decreto-Lei n.º 231/2006, de 24 de Novembro, que aprovou as bases de uma concessão deste tipo.

natural; de recepção, armazenamento e regaseificação de gás liquefeito em terminais de Gás Natural Liquefeito; e de distribuição de gás⁴⁶.

18. Destes regimes resulta a possibilidade de subcontratos cuja duração inicial exceda o da concessão. Tal possibilidade não é referida dessa forma, mas deduz-se, por inferência lógica, a partir do que estes regimes e bases de concessões dispõem. Tipicamente, os regimes permitem que o concedente *exija* ao concessionário a passagem, para aquele, da posição contratual em subcontratos (incluindo subconcessões) relativos à concessão. Tendo em conta que a cessão da posição contratual pressupõe necessariamente que o contrato cedido esteja em vigor no momento em que a cessão opera, e também considerando que destes regimes de transmissão explicitamente resulta que o contrato *continuará* para lá da concessão, isso significa, logicamente, que se permite que o contrato inicial, no momento da cessão da concessão base (que coincide com o momento da cessão), tivesse duração indeterminada, ou tivesse uma duração certa superior à da vigência do contrato de concessão (quer dizer, que exceda essa vigência)⁴⁷, que são as formas pelas quais um contrato pode *continuar* após o termo da concessão.

As razões que justificam uma tal solução – que, como se verá, está expressamente admitida no direito francês, por exemplo – prendem-se com o intuito de rentabilizar plenamente o objecto da concessão, que pode passar por ter de admitir uma vigência mais alargada, para gerar interesse dos agentes económicos que pretendam investir no espaço da (sub)concessão. Compreende-se perfeitamente, sob todos os pontos de vista – não apenas o do concessionário, mas também o do concedente e ainda o dos utentes da obra ou serviço concedidos – que perante a

⁴⁶ Todas aprovadas em anexo ao Decreto-Lei n.º 62/2020, de 28 de Agosto. Neste caso, trata-se das Bases XLI, n.º 2 e XLII, n.º 2 (indicaremos apenas as bases da concessão de transporte de gás natural; todas as demais têm a mesma redacção). Dispõem: “A extinção da concessão opera a transmissão para o concedente de todos os bens e meios a ela afectos, nos termos previstos nas presentes bases e no contrato de concessão, bem como dos direitos e das obrigações inerentes ao seu exercício, sem prejuízo do direito de regresso do concedente sobre a concessionária pelas obrigações por esta assumidas que sejam estranhas à actividade da concessão ou que hajam sido contraídas em violação da lei ou do contrato de concessão ou, ainda, que sejam obrigações vencidas e não cumpridas.” e “No contrato de concessão são previstos os termos e os modos pelos quais se procede, em caso de extinção da concessão, à transferência para o concedente da titularidade de eventuais direitos detidos pela concessionária sobre terceiros e que se revelem necessários para a continuidade da prestação dos serviços concedidos e, em geral, à tomada de quaisquer outras medidas tendentes a evitar a interrupção da prestação do serviço público concessionado.” Como se pode ver, de um modo semelhante ao que vimos na nota de rodapé anterior, também aqui não se alude explicitamente à transmissão de *contratos* para o concedente, mas refere-se a transmissão de “bens e direitos (...) afectos” à concessão e dos “direitos e obrigações inerentes ao seu exercício”, o que não permite excluir a assunção da posição contratual do concessionário em contratos em vigor – pelo contrário, dir-se-ia que as formulações utilizadas têm amplitude suficiente para acolher essa realidade. Uma tal regulação não pode ser acusada de excessiva permissividade quanto à assunção de contratos existentes, porquanto se prevê nas próprias cláusulas que o concessionário poderá acabar por ser responsável perante o concedente se assumiu obrigações “estranhas à actividade da concessão ou que hajam sido contraídas em violação da lei ou do contrato de concessão”.

⁴⁷ Incluindo-se aqui os casos em que o subcontrato tenha sido renovado ou prorrogado no momento imediatamente anterior ao final da concessão.

hipotética situação de, faltando três, quatro ou cinco anos para o final de uma concessão, e suscitando-se um possível projecto de valorização de um espaço da concessão indo ao encontro das necessidades dos utentes, mas que, porém, necessite de oito ou nove anos para se conseguir a amortização do investimento, o concessionário solicite, e o concedente autorize⁴⁸, a celebração de um contrato com essa duração de oito ou nove anos, que acabará por se estender para lá da concessão inicial. A alternativa a tal solução, como se vê, seria manter em *subaproveitamento* uma parte do espaço da concessão durante o tempo remanescente da concessão, o que não beneficiaria nem o concessionário, nem o concedente, nem os utentes da infra-estrutura ou serviço. A maximização da utilidade económica e social do bem faz-se, por um lado, em benefício dos utentes da concessão (é o interesse prioritário), correspondendo o acréscimo de novas valências à aplicação do típico imperativo das concessões que se refere à evolução tecnológica e mutabilidade das exigências do serviço⁴⁹; e, por outro lado, em benefício do concessionário, o que acaba por constituir um benefício pelo menos indirecto para os utentes e para o concedente (ao contribuir para a rentabilidade da concessão e, por isso, para o seu bom funcionamento geral), sendo que os contratos de concessão, muitas vezes, também garantem que esse benefício potencial para o concessionário, tendo um certo impacto positivo na economia do contrato, seja “transformado” em *benefício económico directo* para o concedente⁵⁰.

19. A possibilidade de transmissão de contratos pode ainda ser equacionada de uma outra perspectiva, que também merece atenção: a de uma hipotética *futura* concessão, ou transição entre concessionários na gestão da mesma infra-estrutura. Com efeito, deve ser notado que qualquer contrato associado à concessão que seja transmitido vai ser transmitido para o novo gestor da obra ou serviço. Poderia mesmo perguntar-se se não seria perturbadora a possibilidade de uma subconcessão (ou outro subcontrato) poderem transitar de um concessionário para o concedente e depois para um novo concessionário de gestão da obra ou serviço público, escolhido por um novo procedimento pré-contratual, ou até directamente entre o concessionário cessante e o novo concessionário. Facilmente se verifica que o novo concessionário pode ter interesse em entrar na concessão com os seus próprios meios (e contratados).

Contudo, não parece que tal situação constitua um verdadeiro problema, encontrando solução adequada no quadro legislativo actual. Na verdade, configura uma situação perfeitamente normal aquela em que uma área de concessão é levada a concurso com direitos já constituídos e incidentes

⁴⁸ Este aspecto é importante: os regimes de transmissão de subcontratos (ou pelo menos dos subcontratos e subconcessões determinantes para as actividades concedidas) exigem, habitualmente, a autorização do concedente para a celebração do subcontrato, o que é muito relevante como forma de assegurar a defesa do interesse público.

⁴⁹ Esta é uma característica geral da concessão ligada à satisfação de tarefas públicas, que habitualmente surge referida a propósito de figuras como o poder de modificação unilateral por motivo de interesse público – cf., por exemplo, Gonçalves (1999: 256).

⁵⁰ Este aspecto é também destacado pela doutrina francesa a propósito do mecanismo, já analisado *supra*, do artigo L3132-3 do *code la commande publique*: como refere Collin (2022: 67), os “frutos” da valorização imobiliária promovida por esse mecanismo beneficiam, por esta via, quer os utentes, quer o concedente.

sobre essa área, sendo exigido ao novo concessionário que respeite tais direitos, ou, até, que assuma a posição contratual do concedente nos contratos em vigor. Existem regimes jurídicos actualmente em vigor, relativos à celebração de concessões, que prevêm expressamente como uma das condições, a incluir no caderno de encargos do procedimento pré-contratual respectivo, a transmissão, ao futuro concessionário, de posições contratuais em contratos relacionados com a concessão existentes no momento do lançamento do concurso⁵¹. No fundo, trata-se de direitos pré-existentes, que o novo concessionário tomará como um dado adquirido e terá de respeitar. É uma situação também sobejamente conhecida, *mutatis mutandis*, no âmbito das concessões dominiais⁵². Além disso, a partir do momento em que o novo concessionário passa a ser o titular da relação contratual,

d) Sobrevigência e transmissão de contratos derivados da concessão no direito comparado – o caso francês

20. O direito francês é um daqueles que não desconhece a realidade a que temos vindo a aludir. Esse ordenamento merece atenção, pela abrangência com que surge tratada, na jurisprudência, na lei e na doutrina, a figura da concessão.

A este respeito, cabe notar que a doutrina francesa apresenta a regra da cessação dos subcontratos com a cessação do contrato base como uma “regra” ou “princípio”, mas pontuado por “excepções” (Hoepffner, 2020: 558). Assim, é uma afirmação pacífica na jurisprudência administrativa francesa e na doutrina, mesmo recentes, que quando o contrato base tem por objecto um “serviço público” (no sentido amplo da dogmática do direito público francês), “a pessoa colectiva à qual compete garantir a continuidade do serviço público substitui-se de pleno direito ao seu anterior co-contratante para a execução dos contratos celebrados com os utentes *ou com outros terceiros para a execução do serviço*” (destaque nosso), excepto

⁵¹ É o que sucede, designadamente, no já referido regime jurídico dos serviços municipais de águas, saneamento e resíduos urbanos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 194/2009, que no seu artigo 38.º, n.º 1, dispõe o seguinte: “Sem prejuízo do disposto no Código dos Contratos Públicos, do caderno de encargos deve constar: [...] g) As posições contratuais do concedente que são transmitidas para o concessionário relativas à prestação do serviço a concessionar”. Como se vê, nesse caso prevê-se que a transmissão ocorra do concedente para o concessionário; mas nenhuma diferença essencial parece existir na transmissão do concessionário actual para o novo concessionário.

⁵² É comum, em sede de concessões dominiais, que detentores de diferentes títulos jurídicos de utilização do domínio público (por exemplo, diferentes concessões de uso privativo) tenham de articular-se entre si, sendo que, em alguns destes casos, podemos mesmo estar perante dependências diferentes do domínio público, cuja proximidade ou contiguidade não obsta a essa diferença nem à atribuição de faculdades dominiais a entidades diferentes. Um exemplo é o do atravessamento do espaço aéreo sobrejacente às vias rodoviárias por redes de energia (admitindo a qualificação destas como dominial, o que é discutido, mas não é central para a compreensão do exemplo): são duas dependências dominiais diferentes, geridas por entidades diferentes, que simplesmente terão de respeitar os direitos recíprocos. Veja-se, sobre esta situação, Neves (2015: 199-239). Outro exemplo que pode ser dado é o do domínio público aeroportuário (cuja gestão está hoje atribuída à concessionária do serviço público aeroportuário) e do espaço aéreo sobrejacente a esse domínio, que com ele não se confunde e cuja gestão está repartida por diferentes entidades públicas, designadamente, a empresa pública responsável pela navegação aérea.

se os contratos em causa comportarem obrigações “anormalmente assumidas” (ressalva que abrange, em suma, as obrigações cujo conteúdo ou extensão sejam estranhos ao objecto da concessão, adequadamente interpretado) (Hoepffner, 2020: 558, com referências. Cf. também Eckert, 2021: 708; Guellier, Bonnard, 2021: 63). Daqui se retira um corolário geral aplicável precisamente às subconcessões: “em caso de resolução (*résiliation*) de um contrato de concessão de serviço público, as subconcessões eventualmente celebradas deverão ser automaticamente cedidas à autoridade concedente (e não feitas cessar)” (Hoepffner, 2020: 558). Temos, por conseguinte, nestes casos, a *inversão* da regra geral de cessação dos subcontratos em caso de cessação do contrato base, o que ocorre, naturalmente, em atenção às particularidades dos contratos que constituem suporte de actividades sujeitas a imposição de continuidade. Ainda que este último corolário relativo às concessões tenha uma base jurisprudencial que parte de casos relativos à cessação antecipada de uma concessão e se dirija primacialmente a fazer valer o carácter de um *poder-dever imperativo* da continuidade dos subcontratos (isto é, independente da vontade dos sujeitos privados envolvidos e até da vontade do próprio concedente) (Eckert, 2021: 708-709; Guellier, Bonnard, 2021: 63), não pode negar-se a sua relevância para a questão que nos ocupa, até pela sua articulação com os dados jus-positivos que referiremos já de seguida e com a amplitude que a doutrina confere à autonomia das partes na regulação do destino dos contratos derivados da concessão mesmo no caso da sua cessação normal pelo termo do prazo.

Com efeito, além do contributo da sobrevigência de contratos celebrados pelo concessionário para assegurar a continuidade da obra ou serviço concedidos para lá do final da concessão base, há que destacar, de forma autónoma, que este instituto se apresenta, também, como uma forma de reforçar e diversificar o financiamento das infraestruturas públicas. É exactamente assim que são justificadas diversas normas que, no ordenamento francês, permitem explicitamente a celebração, pelo co-contratante da administração em contratos de parceria público-privada ou delegação de serviços públicos (conceito que, na terminologia francesa, inclui as concessões), de contratos de locação (*baux*) ou de constituição de direitos reais, incidentes sobre os imóveis abrangidos pela concessão, com uma duração que excede a do contrato (concessão) base (Hoepffner, 2020: 551; Guellier, Bonnard, 2021: 65; Collin, 2020: 67).

Esse regime foi aprovado por diplomas de 2008 e 2009 que alteraram a legislação reguladora daqueles contratos⁵³. A sua sede legal foi depois alterada com a reforma do direito francês da contratação pública em 2015-2016, logo seguida pela aprovação do actual *code de la commande publique* de 2018. É este último código que agora inclui o artigo L3132-3, inserido numa secção que tem por título “ocupação dominial e bens da concessão”, e que mantém a mesma solução⁵⁴. Essa disposição permite, com efeito, de forma expressa, a celebração de tais contratos “com duração que exceda a do contrato de concessão”, com transmissão da posição contratual do concessionário para o concedente após o final da concessão (Eckert, 2021:

⁵³ Tratou-se do artigo 14.º da *loi n.º 2008-735 du 28 juillet 2008*, que alterou a *Ordonnance n.º 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat* e do artigo 21.º da *loi n.º 2009/179 du 17 février 2009*, que alterou o artigo L1411-2 do *code général des collectivités territoriales*.

⁵⁴ Traçando esta evolução, Eckert (2021: 707).

708; Guellier, Bonnard, 2021: 62)⁵⁵. A doutrina fornece vários exemplos de utilização deste mecanismo, entre os quais se conta a atribuição, pelo concessionário, de títulos que permitem a construção e exploração de espaços comerciais associados ao equipamento que forma o objecto principal da concessão (Collin, 2020: 67).

Parece-nos pertinente notar que nestes casos, além da tradicional referência à *continuidade da actividade concedida* como fundamento para a continuidade dos subcontratos, é destacada a relevância para efeitos de *financiamento e remuneração do concessionário*. A celebração de um contrato que permita a um terceiro rentabilizar parte da concessão constitui, naturalmente, uma fonte de receita para o concessionário e, por essa via, concorre para o equilíbrio económico-financeiro da concessão, pois os contratos relativos a espaços de utilização comercial dentro do perímetro da concessão tendem a ser contratos lucrativos, que *compensam* as “partes” ou tarefas deficitárias da concessão (Collin, 2020: 67). Isto é visível, aliás, na preocupação, também referida pela doutrina francesa, de assegurar que o concedente também colhe benefícios dessa rentabilização⁵⁶, preocupação essa que também encontra eco entre nós⁵⁷. Mas se é assim, há que reconhecer que em termos de viabilidade económica e consequente apetência do mercado para entrar em contratos dessa natureza, pode bem dar-se o caso de o mercado não ter interesse em contratos que sejam celebrados por períodos curtos e/ou que fiquem sujeitos ao risco de cessarem antecipadamente pela cessação do prazo de vigência da concessão, pela incerteza que tal cria quanto aos investimentos que o próprio subcontratado irá realizar. Foi sem dúvida o reconhecimento deste dado de “realismo económico” que levou o legislador francês a permitir esses contratos de locação e constituição de direitos reais menores com duração superior à da concessão, o que está bem expresso na justificação dada aquando da discussão parlamentar do diploma de 2009 que esteve na origem do regime actualmente vigente⁵⁸.

⁵⁵ É a seguinte a redacção do artigo L3132-3 (em tradução da nossa responsabilidade): “O concessionário pode ser autorizado, com o acordo expresso da autoridade concedente, a celebrar contratos de locação ou de constituição de direitos reais com duração que exceda a do contrato de concessão. As autorizações conferidas pela autoridade concedente, assim como as locações e direitos reais que daí resultem, constituem elementos acessórios ao contrato de concessão e com a cessação do prazo deste, são transferidos para a autoridade concedente”. Para confronto, deixamos o texto original: “Le concessionnaire peut être autorisé, avec l'accord expressément formulé de l'autorité concédante, à conclure des baux ou droits réels d'une durée excédant celle du contrat de concession. Les autorisations données par l'autorité concédante, ainsi que les baux et droits réels qui en résultent, constituent des accessoires au contrat de concession et sont, à l'issue de la durée du contrat, transférés à l'autorité concédante.”

⁵⁶ Com efeito, este tipo de preocupação aparece de forma recorrente na discussão sobre a figura dos subcontratos em contexto jurídico-público, não apenas nas concessões de obra e serviço, mas também nas concessões dominiais – veja-se Ubaud-Bergeron (2011: 117-118).

⁵⁷ Veja-se o regime do artigo 412.º, n.ºs 2 e 3, do CCP, que também preconiza a partilha com o concedente de benefícios de “outras actividades” desenvolvidas ou permitidas pelo concessionário.

⁵⁸ Guellier, Bonnard (2021: 65), transcrevem um trecho dessa discussão, onde se diz que a impossibilidade de celebrar contratos de duração superior à da concessão “pode constituir um travão à celebração destes contratos ou à sua renovação e, por conseguinte, à valorização pelo concessionário dos seus investimentos”.

Do regime actualmente em vigor retira a doutrina a conclusão de que, sem prejuízo de a “solução-regra” ser a de que o concessionário não pode concluir contratos com duração que exceda a da concessão, e o concedente não tem o dever genérico de assumir contratos em que fosse parte o co-contratante, as partes podem, ao abrigo da sua autonomia contratual (e, por conseguinte, sempre com controlo por parte do concedente), determinar a sorte dos contratos emergentes da concessão, inclusivamente, prevendo a sua transmissão para o concedente após o termo normal do prazo da concessão (Guellier, Bonnard, 2021: p. 62).

3. Transmissão de relações laborais - breve nota

21. Conforme já se referiu anteriormente, a transmissão das relações laborais é tradicionalmente um dos domínios nos quais tem lugar a transmissão de posições contratuais. Neste campo, às já referidas questões da continuidade e prossecução do interesse público acrescenta-se a incidência dos princípios e valores típicos do direito do trabalho e da sua preocupação com a protecção dos direitos laborais, com ênfase para a segurança no emprego. A questão coloca-se em todos os contratos que se suportam sobre uma unidade económica funcionalmente autónoma (um estabelecimento), o que é o caso da concessão⁵⁹.

A concessão é uma forma de colaboração na qual existe autonomia do concessionário na sua própria organização, competindo a este recrutar e mobilizar os trabalhadores e outros colaboradores para o cumprimento do contrato. De todo o modo, neste caso, o direito dos contratos públicos encontra-se com o direito do trabalho (entendido de forma transversal). Isto ocorre essencialmente devido ao influxo do direito da União Europeia, que pretende assegurar a protecção dos trabalhadores em contexto de estruturas de meios funcionalmente autónomas (estabelecimentos) em que se presta trabalho subordinado, quando haja transmissão dessas unidades económicas entre diferentes sujeitos. Esta protecção, que ocorre em homenagem da estabilidade da posição do trabalhador, faz-se por meio de regras imperativas das quais resulta a transferência dos trabalhadores (isto é, a transmissão da posição de empregador nos respectivos contratos de trabalho), o que ocorre *mesmo no caso de estruturas de meios afectas à execução de contratos administrativos*. Neste sentido, e depois de diversas dúvidas sobre os limites da aplicação das disposições do Código do Trabalho aplicáveis em caso de transmissão de estabelecimento aos contratos celebrados com entidades públicas, a Lei n.º 18/2021, de 8 de Abril, veio regular um aspecto importante: a transição, para as entidades adjudicantes, de trabalhadores das entidades privadas que prestem serviços para aquelas entidades adjudicantes, no final de contratos de colaboração.

A alteração legislativa incidiu sobre o Código do Trabalho, designadamente os preceitos relativos à transmissão de contratos de trabalho no contexto das normas sobre transmissão de estabelecimento (cf., em especial, o artigo 285.º do referido Código). Apesar de a alteração incidir sobre aquela codificação de direito laboral privado, o nexó com a contratação pública é explicitamente referido, já que se fala, nas normas introduzidas em 2021, em

⁵⁹ Sobre o tema, veja-se Gonçalves (2021: 188-205) (em escrito no essencial correspondente à sua lição de agregação, proferida em Novembro de 2019); e também Neves (2021: 435-465); Pires, Cravo (2021: 5-45).

“adjudicação de contratação de serviços que se concretize por concurso público ou por outro meio de seleção, no setor público e privado” (cf. a nova redacção dada ao artigo 285.º/10, do Código do Trabalho).

Podendo ser discutido o real efeito inovador deste regime, pelo menos em parte, face ao que já vinha sendo entendido sobre a matéria, inclusivamente por força de decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia, há que reconhecer que este é um regime pleno de consequências, e que terá de ser considerado pelos agentes económicos, nos momentos extremos da vida do contrato: na hora de assumirem uma concessão (altura em que poderão ser forçados a assumir relações laborais pré-existentes), e na hora do final do contrato (altura em que poderão ser forçados a transmitir, ou, em alternativa, a assumir, relações laborais que continuem).

A necessidade de ponderação sobre o tema aplica-se sobretudo aquando da decisão de, aproximando-se a cessação de um contrato, (continuar a) externalizar certa actividade, ou internalizá-la após a cessação do contrato (o que significará a obrigação de assumir trabalhadores com relações laborais que, o mais das vezes, relevam do direito laboral privado). Este último ponto suscita, aliás, importantes questões, ponderadas por Pedro Costa Gonçalves, versando, por um lado, acerca do conflito entre as disposições europeias de protecção dos trabalhadores e a previsão constitucional (artigo 47.º, n.º 2, da CRP) do acesso à função pública, em regra, por via de concurso (já com intervenção do Tribunal de Justiça, num importante caso de afirmação do primado do direito europeu sobre direito constitucional interno). Já num plano mais relacionado com a gestão de contratos públicos (e com particular pertinência na concessão), pode notar-se a conveniência (ou necessidade) de, aproximando-se a data de cessação do contrato, o contraente público assumir uma particular posição de vigilância ou intervenção sobre os recursos humanos que vão sendo afectados à execução do contrato, de modo a prevenir as situações em que o co-contratante, pelo seu comportamento nas fases finais de execução de um contrato de colaboração, pretendesse transferir um número desmedido de trabalhadores para o contraente público, com notório prejuízo para a sustentabilidade e racionalidade do efectivo de recursos humanos do sector público (Gonçalves, 2021). O tema tem, ainda, importantes ligações à fase de *formação* do contrato, designadamente quanto à questão do nível de informação veiculada pela entidade adjudicante, durante o procedimento pré-contratual, quanto aos trabalhadores cujas relações laborais podem vir a ser transmitidas para o adjudicatário⁶⁰.

4. Conclusão

22. O tema da transmissão de direitos e posições contratuais associadas à execução de contratos de concessão está marcado pela necessidade de conciliação permanente entre os interesses das partes em diferenciar as respectivas responsabilidades e preservar a sua autonomia de gestão e organização empresarial, e o interesse público e dos utentes da concessão em que esta seja gerida com garantias de continuidade, regularidade e

⁶⁰ Questão especialmente focada por Pires, Cravo (2021: 26 ss.), que admitem mesmo a mobilização do regime do erro (e, portanto, a invalidade do próprio contrato) em defesa da posição do adjudicatário, nos casos em que não tenha existido informação suficiente. Anote-se, lateralmente, que esta é mais uma manifestação do sistema de vasos comunicantes entre formação e execução do contrato.

qualidade, a que se juntam outros interesses diferenciados, mas também merecedores da tutela do direito (como os que se prendem com a tutela dos direitos dos trabalhadores, ou a simples intenção de maior rentabilização possível do património). Estes objectivos, em parte, passam (ou podem passar) pela organização da transmissão de direitos e relações contratuais associadas, do concessionário para o concedente ou para o concessionário que irá passar a encarregar-se da infra-estrutura ou serviço, e isso quer se trate de subcontratos (incluindo subconcessões), de outros contratos associados ou de contratos de trabalho.

Entre a lei geral (o CCP), os regimes legais sectoriais ou especiais que regulam específicas concessões, as bases de concessões aprovadas por diploma legal, e algumas indicações do direito comparado, temos um significativo manancial de instrumentos e soluções nesta matéria, testemunhando que a transmissão de bens e direitos, incluindo posições contratuais, é uma figura que pode dizer-se comum, e crescentemente diferenciada. Fazendo um esforço de interpretação e articulação dessas fontes, já se vislumbra a possibilidade de começar a pensar na previsão legal de um regime mais desenvolvido sobre a matéria, que possa atenuar a dispersão e o carácter algo incompleto do regime do CCP sobre a matéria. Com efeito, prestar uma atenção mais dedicada aos momentos de transição entre contratos parece-nos ser uma via importante para a continuidade do desenvolvimento do direito dos contratos públicos. Esse esboço de regime seria, certamente, uma ocasião para enfrentar as principais questões que se colocam nesta sede, e que, como resulta do presente trabalho, são, pelo menos, as seguintes: (i) delimitação do âmbito da transmissão de direitos e posições contratuais; (ii) requisitos relativos à documentação e formalização da transmissão; (iii) formas de autorização/fiscalização/controlo, por parte do concedente; (iv) garantia de que a transmissão de direitos e posições contratuais se conforma com os princípios gerais da contratação pública, em particular a transparência e a igualdade de tratamento, quer durante a fase de formação dos contratos, quer na passagem para um novo gestor da obra ou serviço; (v) equilíbrio adequado entre os imperativos de continuidade do serviço ou obra, autonomia organizacional e responsabilidade própria do concessionário, e plena rentabilização dos bens sobre os quais se suporta uma concessão; entre outras prioridades.

Referências

Albuquerque P, Assis Raimundo M. Direito das Obrigações - Contratos em especial. Vol. II - Contrato de Empreitada. 2.^a ed. Revista. Coimbra: Almedina; 2013

Assis Raimundo M. Direito dos Contratos Públicos. vol. 1 - Introdução. Regime de formação. Lisboa: AAFDL; 2022

Assis Raimundo M. Direito dos Contratos Públicos. vol. 2 - Regime substantivo. Lisboa: AAFDL; 2022a

Cianflone A, Giovannini G. L'appalto di opere pubbliche. T. II. 12.^a ed. Milano: Giuffrè; 2012

Collin G. Contrat de la commande publique et valorisation immobilière: une cohabitation difficile?. *Contrats Publics*. 228. 2022. pp. 65-69

Craven R. Subcontracting matters: Articles 43 and 71 of the 2014 Directive. In: Olykke GS, Graells AS, eds. *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*. Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA: Edward Elgar; 2016. pp. 295-317

Dubreuil C-A. *Droit des contrats administratifs*. Paris: PUF; 2018. p. 374,

Eckert G, dir. *Code de la commande publique*. 2.^a ed. Paris: LexisNexis; 2021

Esquivel JL. *O contrato de subempreitada de obras públicas*. Coimbra: Almedina; 2002

Fantini S. Subappalto. In: Sandulli MA, Nictolis R. *Trattato sui Contratti Pubblici*. Vol. IV. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre; 2019. pp. 47-64

Fernandes LAC. Da subempreitada. *Direito e Justiça*. 12. 1998. pp. 79-102

Foulquier N. Le service public. In: Gonod P, Melleray F, Yolka P. dirs. *Traité de droit administrative*. Tome 2. Paris: Dalloz; 2011. pp. 45-112

Gonçalves P. *A Concessão de Serviços Públicos (uma aplicação da técnica concessória)*. Coimbra: Almedina; 1999

Gonçalves P. Gestão de contratos públicos em tempos de crise. In: Gonçalves P, org. *Estudos de Contratação Pública*. Vol. III. Coimbra: CEDIPRE; 2010. pp. 5-49

Gonçalves PC. Destino dos trabalhadores de entidades particulares no momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas colectivas públicas no caso de internalização das actividades contratadas. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. 4027. 2021. pp. 188-205

González-Varas Ibáñez S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. 4.^a ed. Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters; 2020

Graça JF. Subcontratação e Regime Jurídico da Atividade de Construção. *Revista da Ordem dos Advogados*. 81 (III-IV). 2021. pp. 639-669

Guellier P, Bonnard L. Le sort des contrats conclus par le concessionnaire à la fin de la convention de concession de service public. *Contrats Publics*. 223. 2021. 61-66

Hoepffner H. *Droit des contrats administratifs*. 2.^a ed. Paris: Dalloz; 2020

Indén T. Anotação ao artigo 71.^o da Directiva 2014/24. In: Steinicke M, Vesterdorf PL, eds. *EU Public Procurement Law - Brussels Commentary*. Baden-Baden/München/Oxford: Nomos/C.H.Beck/Hart; 2018. pp. 755-764.

Magalhães AM. Traços Essenciais do Regime Jurídico da Subcontratação contemplado nas «Novas» Directivas da União Europeia sobre Contratação Pública - Notas Breves Acerca do Presente e do Futuro da «Subcontratação Pública» no Ordenamento Jurídico Interno". *Revista de Contratos Públicos*. 12. 2016. pp. 27-73;

Martinez PR. *Da Cessação do Contrato*. 3.^a ed. de 2015 (reimpressão). Coimbra: Almedina; 2017

Martinez PR. *O Subcontrato* Coimbra: Almedina; 2006

Matos SA. A desconfiança face à subcontratação em sede de contratos públicos e a sua conformidade com o Direito da União Europeia: comentários ao caso Vitali SpA (acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 26 de Setembro de 2019). *Revista de Contratos Públicos*. 22. 2020. pp. 123-158

Matos SA. As fronteiras da subcontratação no contexto de relações jurídico-contratuais administrativas: avanço ou recuo? Reflexões em torno de subsídios jurisprudenciais recentes. In: Assis Raimundo M, org. *Concorrência e sustentabilidade: dois desafios para a contratação pública - Actas das II Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (30 de Setembro a 2 de Outubro de 2020, FDUL)*. Lisboa: AAFDL; 2021. pp. 109-138

Melo P. Subcontratação e pagamento directo aos subcontratados. In: Amado Gomes C et al, coords. *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*. vol. II. 5.ª ed. Lisboa: AAFDL; 2023. pp. 617-636

Miranda J, et al. *Comentário ao Regime Jurídico do Património Imobiliário Público. Domínio Público e Domínio Privado da Administração*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina; 2022

Moniz ARG. Contrato público e domínio público. In: Gonçalves P, coord. *Estudos de Contratação Pública*. vol. I. Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora; 2008. pp. 831-892

Neves AF. A situação dos trabalhadores de entidades privadas em face da extinção de contratos públicos de colaboração entre essas entidades e empregadores públicos. In: Assis Raimundo R, org. *Concorrência e sustentabilidade: dois desafios para a contratação pública - Actas das II Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (30 de Setembro a 2 de Outubro de 2020, FDUL)*. Lisboa: AAFDL; 2021. pp. 435-465

Neves PD. Atravessamento aéreo de estradas nacionais com linhas elétricas. E-pública - *Revista Electrónica de Direito Público*. II. N.º 1. 2015. pp. 199-239

Otero P. O Poder de Substituição em Direito Administrativo. *Enquadramento Dogmático-Constitucional*. Vol. II. Lisboa: Lex; 1995. pp. 648-651

Pação J. O(s) conceito(s) de concessão entre a Directiva 2014/23/UE e o Código dos Contratos Públicos: divergência ou convergência?. In: Assis Raimundo M, org. *Concorrência e sustentabilidade: dois desafios para a contratação pública - Actas das II Jornadas de Direito dos Contratos Públicos (30 de Setembro a 2 de Outubro de 2020, FDUL)*. Lisboa: AAFDL; 2021. pp. 339-419

Pini O. *Il principio di continuità dei poteri pubblici e della funzione amministrativa*. Torino: Giappichelli; 2020

Pires ML, Cravo TL. A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais. *Revista de Contratos Públicos*. 27. 2021. pp. 5-45

Richer L, Lichère F. *Droit des contrats administratifs*. 12.ª ed. Paris: LGDJ/Lextenso; 2021

Sánchez PF. A flexibilização do recurso à subcontratação para ampliação do acesso aos mercados públicos. *Revista de Contratos Públicos*. 32. 2023. pp. 5-29

Silva J.Á. Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado. 11.ª ed. Coimbra: Almedina; 2023

Sourzat L. Le contrat administratif résilient. Issy-les-Moulineaux: LGDJ; 2019

Ubaud-Bergeron M. Les sous-concessions domaniales. In: Clamour G, dir. Contrats et propriété publics. Paris: LexisNexis; 2011. pp. 111-124

ⁱ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador Integrado do *Lisbon Public Law Research Centre*. Comentários para miguelraimundo@fd.ulisboa.pt. ORCID 0000-0002-6720-8418.