

CORRIGENDA

No artigo 385º (página 1150) foi considerada a alteração ao seu nº 4 introduzida pelo Decreto-Lei nº 54/2023, de 14 de julho. Todavia, por lapso, no artigo 383º (pág. 1142) não foi aplicado aquele diploma legal, que, pelo seu artigo 13º, revogou os nºs 2 e 3 daquele preceito.

Corrigindo, o referido artigo 383º e seus comentários devem ser considerados os seguintes:

SECÇÃO VII – Subempreitadas

Artigo 383º – Limites às subempreitadas

1 – Sem prejuízo dos limites gerais previstos no presente Código a subcontratação é vedada:

a) A entidades que não sejam titulares de alvará ou de título de registo emitido pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P., contendo as habilitações adequadas à execução da obra a subcontratar; ou

b) A entidades nacionais de Estado signatário do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu ou do Acordo sobre Contratos Públicos da Organização Mundial de Comércio que, não sendo titulares do alvará ou do título de registo, não apresentem uma declaração, emitida pelo Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I. P., comprovativa de que podem executar as prestações objeto do contrato a celebrar por preencherem os requisitos que lhes permitiriam ser titular de um alvará ou de um título de registo contendo as habilitações adequadas à execução da obra a realizar.

2 – (Revogado)

3 – (Revogado)¹

4 – O disposto no nº 1 é igualmente aplicável aos contratos de subempreitada celebrados entre o subempreiteiro e um terceiro.

1. O inicialmente disposto nos nºs 1, 2 e 4 corresponde ao que estabeleciam os nºs 1, 2, 3 e 4 do artigo 265º do RJEOP, de que se não afasta significativamente. O nº 3 não tinha ali correspondência.

2. O RJEOP anteriormente vigente continha algumas disposições que não foram adotadas pelo atual regime da subempreitada e que tem interesse referir:

- O empreiteiro não podia proceder à substituição dos subempreiteiros sem autorização do dono da obra (artigo 256º, nº 5). Nos termos do nº 1 do artigo 385º deste CCP, a subcontratação na fase da execução não carece de autorização do dono da obra, salvo se *as particularidades da obra justifiquem uma especial qualificação técnica do empreiteiro*²;
- O subempreiteiro podia reclamar junto do dono da obra o pagamento de quantias devidas pelo empreiteiro e o dono da obra podia reter essas quantias relativamente às devidas ao empreiteiro e pagá-las diretamente ao subempreiteiro se aquele, notificado para isso, não as pagasse (artigo 267º). Neste CCP, a possibilidade de pagamento direto ao subempreiteiro está regulada no artigo 321º-A, aliás em termos diferentes;
- Os pagamentos aos subempreiteiros e fornecedores não podiam ser efetuados em condições mais desfavoráveis que as estabelecidas para o empreiteiro (artigo 268º e);
- Estabelecia-se restrições ao direito de representação do subempreiteiro (artigo 272º).

3. Os limites gerais à subcontratação a que se refere o preceito são os estabelecidos no nº 1 do artigo 317º, que a impede quando o procedimento de adjudicação tiver sido o ajuste direto, quando o subcontratando for alguma entidade com impedimento geral de celebrar contratos públicos (artigo 55º) ou em caso de conluio entre os participantes no procedimento adjudicatório lesivo da concorrência.

4. Sendo o contrato de subempreitada celebrado exclusivamente entre o empreiteiro e o subempreiteiro, poderá estranhar-se que seja objeto de regulamentação em diploma legal que estabelece o regime jurídico da contratação pública. É certo que o facto de as partes contratantes serem entidades privadas não é, só por si, motivo para afastar a possibilidade de se estar perante um contrato de direito público, como aliás expressamente está previsto na alínea *b*) do nº 1 do artigo 3º³. Mas também é verdade que do facto

¹ Os nºs 2 e 3 foram revogados pelo Decreto-Lei nº 54/2023, de 14 de julho, que procede à alteração das normas de execução do Orçamento do Estado para 2023 e altera o CCP.

² Cfr. ANTÓNIO MALHEIRO DE MAGALHÃES, *Traços Essenciais do Regime Jurídico da Subcontratação*, RCP 12º, pág. 53.

³ Cfr., por todos, M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo...*, pág. 657.

de aquela regulamentação se inserir num diploma legal que tem por objeto um contrato público, não decorre, necessariamente, que aquele contrato de subempreitada passe a ser, só por isso, um contrato público, apesar de ter por objeto trabalhos inseridos numa empreitada de obra pública⁴. É que, nesse contrato, nenhuma das partes é contraente público, nem tem por objeto uma *relação jurídica de direito administrativo*⁵, a natureza administrativa do contrato de empreitada de obras públicas não se comunica ao contrato de subempreitada, desde logo por força do princípio da relatividade das relações obrigacionais⁶, como, para isso, exigia o n.º 1 do artigo 178.º do CPA anteriormente vigente. Em nosso entendimento, esse contrato continua, pois, a ser de direito privado⁷, a ser regulado pelo regime estabelecido no CC, mas com as derrogações decorrentes dos preceitos estabelecidos neste CCP⁸. Assim, os tribunais comuns são os competentes para dirimir os conflitos surgidos entre empreiteiro e subempreiteiro por causa de um contrato de subempreitada⁹.

5. Como aqui repetidamente tem sido dito, o contrato de empreitada de obras públicas é celebrado *intuitu personae*¹⁰, do que decorre que, em princípio, as prestações que integram o seu objeto só podem ser efetuadas pelo cocontratante, salvo a prévia concordância do contraente público. A subempreitada constitui uma exceção à regra da execução pessoal, ainda que, como se verá, com o controlo do dono da obra.

Existem, pois, dois contratos de empreitada de natureza diferente: um, de natureza pública, celebrado entre o dono da obra e o empreiteiro subcontratante; outro, de natureza privada, celebrado entre este último e o empreiteiro

⁴ No sentido de que se trata de um contrato administrativo, JOSÉ LUÍS ESQUIVEL, *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas*, Almedina, 2002, págs. 73/77, LUÍS CABRAL DE MONCADA, em *O Contrato Administrativo e a Autoridade Administrativa cit.*, pág. 238, ANTÓNIO MALHEIRO DE MAGALHÃES, *Traços Essenciais do Regime Jurídico da Subcontratação*, RCP 12.º, págs. 51/53, nota de rodapé 37 e DANIEL CHABONOL e JEAN-PIERRE JUGUELET, *ob. cit.*, pág. 37. Segundo notícia JOSÉ LUÍS ESQUIVEL, naquela obra *O Contrato de Subempreitada de Obras Públicas*, pág. 20, o S.T.A., por acórdão inédito de 1999.10.06, decidiu ser incompetente para julgar questão decorrente de subempreitada de obras públicas, já que “o contrato de direito, quando celebrado entre o empreiteiro e o subempreiteiro decorrente de uma empreitada em que o dono da obra é um organismo de Estado, não modifica ou extingue qualquer relação jurídica de direito administrativo”. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, em *Direito dos Contratos Públicos, cit.*, vol. 2, págs. 295/296, após considerar como minoritária a orientação de que se trata de um contrato administrativo, refere as recentes iniciativas da recolocação da questão em decorrência das mais recentes DCs.

⁵ Ver o comentário ao artigo 1.º. Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *Contratos Públicos...*, 2.ª ed., pág. 20.

⁶ JOÃO FILIPE GRAÇA, *Comentários sobre Contratação Pública*, Almedina, 2022, pág. 85.

⁷ Cr. DANIEL CHABANOL, JEAN-PIERRE JUGUELET e FRANÇOIS BOURRACHOT, *ob. cit.*, págs. 23 e 91.

⁸ Cfr. GONÇALO GUERRA TAVARES, *Comentário ao Código dos Contratos Públicos cit.*, pág. 879.

⁹ Cfr. o Art.º 44.º do ETAF aprovado pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro.

¹⁰ Sobre os contratos celebrados *intuitu personae*, ver PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, Almedina, 2006, págs. 48/53.

subcontratado, o que não significa que, como acima foi referido, todas as questões surgidas no seio deste último escapem à jurisdição administrativa.

6. Segundo o nº 1 do artigo 1213º do CC, *subempreitada é o contrato pelo qual um terceiro se obriga para com o empreiteiro a realizar a obra a que este se encontra vinculado, ou uma parte dela*. Este CCP não dá a noção de subempreitada, ao contrário do anterior RJEOP que, nº 1 do seu artigo 266º, o fazia nos termos seguintes: *subempreitada é o contrato de empreitada emergente, mediata ou imediatamente, de um contrato administrativo de empreitada de obras pública*. Mais concretamente, pode dizer-se que, pela subempreitada, o empreiteiro adjudicatário, sob a sua responsabilidade, encarrega outro empreiteiro da execução de trabalhos incluídos no objeto da empreitada por si contratada¹¹.

A subempreitada, portanto, é um contrato que pressupõe a existência de um outro contrato – um contrato de empreitada –, de que é derivado, sem o qual não existe, sendo, relativamente àquele, uma espécie de “acompanhante” ou “enxerto”¹² e a cujo regime e objeto se tem de subordinar¹³, na medida em que não pode conter cláusulas que contrariem o conteúdo do contrato de que deriva¹⁴; por outro lado, a subempreitada acompanhará sempre as vicissitudes por que passar o contrato de empreitada¹⁵, sem que o subempreiteiro tenha qualquer vínculo contratual com o dono da obra¹⁶.

Do exposto decorre que as cláusulas contratuais da subempreitada e, portanto, os direitos e obrigações daí derivados, não substituem as que integram o contrato de empreitada, que permanece inalterado. Por outro lado, em consequência da subcontratação consubstanciada na subempreitada, também nenhuma alteração resulta para a empreitada no que respeita às partes contratantes: dono da obra e empreiteiro.

Não há, pois, modificação objetiva ou subjetiva do contrato de empreitada de obras públicas, não há cessão da posição contratual, como acentuou VAZ SERRA¹⁷: *a subempreitada não se confunde com a cessão da empreitada, na qual o empreiteiro cede a sua posição contratual, e o terceiro (cessionário) se substitui ao cedente nos direitos e obrigações derivados do contrato de empreitada, ficando, por isso, em relação directa com o comitente; diversamente,*

¹¹ Cfr. JEAN-PIERRE JUGUELET, *ob. cit.*, pág. 37.

¹² Cfr. STÉPHANE BRACONNIER, *ob. cit.*, pág. 138.

¹³ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *O Subcontrato*, Almedina, 2006, págs. 102/108.

¹⁴ O que não significa que o contrato de subempreitada não possa ter cláusulas diferentes das do contrato de empreitada (quanto ao preço, prazo, fiscalização, etc.). O que estas cláusulas não podem é contrariar as cláusulas do contrato de empreitada principal (ver PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, III, pág. 559).

¹⁵ Ver, a propósito, DANIEL CHABONOL e JEAN-PIERRE JUGUELET, *ob. cit.*, pág. 150.

¹⁶ Sobre o conceito de subempreitada, para além dos Autores citados, ver PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, III, págs. 557 e seguintes, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contrato de Empreitada*, Almedina, págs. 115 e seguintes, e *O Subcontrato cit.*, págs. 36 e seguintes, VAZ SERRA, *Boletim do Ministério da Justiça*, 145º, págs. 65 e seguintes.

¹⁷ *B.M.J.*, 145º, pág. 65.

*a subempreitada é um contrato que cria apenas uma relação obrigacional entre o empreiteiro originário e o subempreiteiro, relação a que é estranha o comitente, que não adquire direitos contra o subempreiteiro, nem contrai obrigações com este*¹⁸.

7. É muito frequente o recurso ao contrato de subempreitada, sendo que, como apontou PEDRO ROMANO MARTINEZ¹⁹, isso se deve, em princípio, a duas ordens de razões: por um lado, a necessidade de execução de trabalhos que exigem especialização e, por outro, a incapacidade para, por si só, executar a obra no prazo contratado. Na primeira daquelas razões, no que à empreitada de obras públicas diz respeito, pode incluir-se a necessidade da titularidade de alvarás de empreiteiros de obras públicas que habilitem o empreiteiro à adjudicação da empreitada²⁰.

Tal como tem sucedido em muitos outros países²¹, o recurso à subempreitada tem tido um muito significativo incremento entre nós, embora se não possa dizer que estamos perante a situação que, noticiava ainda PEDRO ROMANO MARTINEZ²², já há muito se verificava na Inglaterra: a de que *nos dias de hoje é frequente que o empreiteiro tenha só como função coordenar a actividade dos vários subempreiteiros que executam a obra*²³. O que constituirá o desvirtuamento, levado à máxima dimensão, do acima recordado carácter *intuitu personae* do contrato de empreitada de obras públicas. Para evitar isso mesmo, tal como sucedia noutros países²⁴, e no anterior RJEOP, este preceito estabelecia, nos seus n.ºs 2 e 3 um limite à parte da obra que poderia ser objeto de subempreitada – 75% do seu valor²⁵ – independentemente do momento em que as subempreitadas fossem contratadas.

¹⁸ Cfr. FRANCIS LEFEBVRE, *Contratos Públicos*, pág. 630 e EMÍLIO GOMEZ APARÍCIO (*Comentários a la Legislación...*, pág. 1038).

¹⁹ *Contrato de Empreitada...*, págs. 116 e 117.

²⁰ Sobre a relevância da subcontratação na contratação pública, ver JOÃO FILIPE GRAÇA, *Comentários sobre Contratação Pública cit.*, págs. 61 e seguintes.

²¹ Segundo documento inserido em trabalhos preparatórios de legislação espanhola, a subempreitada representava entre 70 e 90% da produção no setor da construção civil em Inglaterra e nos Estados Unidos (referido por EMILIO JIMÉNEZ APARÍCIO (*Comentários a la Legislación ...*, pág. 1038).

²² *Ob. cit.*, págs. 116 e 117.

²³ *Ob. cit.*, pág. 117.

²⁴ Por exemplo, em França. Cfr. STÉPHANE BRACONNIER, *ob. cit.*, pág. 138.

²⁵ MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, em *Direito dos Contratos Públicos, cit.*, vol. 2, págs. 295/296, refere que essa regra (do limite) *não pode hoje ser sustentada, face à jurisprudência recente o Tribunal de Justiça, a não ser (mas, ainda assim de forma não isenta de dúvidas) que se lhe introduza uma ressalva implícita, segundo a qual a aplicação desse limite exige um juízo casuístico e concreto (com a inerente fundamentação) da qual resulte que a aplicação do mesmo é essencial do ponto de vista da defesa dos interesses do contraente público à boa execução contratual. Aquela orientação do Tribunal de Justiça é sustentada na preocupação em garantir o maior acesso possível das PME à contratação pública, associada, parece, a um objetivo de tutela da liberdade empresarial dos adjudicatários* (pág. 238).

8. Para J. M. OLIVEIRA ANTUNES e ANABELA C. POSEIRO, a *subcontratação visa essencialmente reduzir custos, dividir o risco e garantir a especialização*. Todavia, aqueles Autores acrescentam que a *subcontratação pode também representar e tão só, uma actividade especulativa. São as situações de subadjudicação total de trabalhos, com ganho de percentagem e sem qualquer “apport” por parte do contratante e as meras adjudicações de mão de obra, ou seja a cedência de trabalhadores, sem que tal corresponda a interesses económicos válidos. Bem pelo contrário, têm como objectivo defraudar a realidade dos preços, contribuindo para a violação das regras de sã concorrência. (...). A utilização de mão de obra barata, quando tal baixo custo é obtido através da violação de normas laborais e de direitos fundamentais, configura a situação a que se convencionou chamar de “dumping social”. Tudo isto concorre decisivamente para a formulação e apresentação de propostas anormalmente baixas nas obras públicas, que se tornam depois “anormalmente caras”, quer pelo atraso com que são concluídas, quer pelas deficiências de execução, para já não falar nos trabalhos a mais²⁶.*

9. Aquela restrição era, porém, objeto de controvérsia²⁷. Ainda segundo aqueles Autores²⁸, a percentagem de 75%, como limite do valor dos trabalhos suscetível de ser executado em subempreitada, era de todo aleatória, pelo que seria mais adequado que o preceito legal se limitasse a proibir que a obra pudesse ser integralmente executada naquele regime, e deixasse, para cada caso, a fixação desse limite no caderno de encargos²⁹, o que estaria mais de harmonia com o direito comunitário³⁰.

A alteração resultante da revogação daquelas normas vem ao encontro do direito comunitário que impede o estabelecimento de limites pré-fixados ou automáticos à subcontratação.

Assim, doravante, se assim o entender, a entidade adjudicante pode, desde logo nas condições de adjudicação da obra, estabelecer uma percentagem e mesmo, no limite, proibir que qualquer parte da obra seja executada segundo

²⁶ *Ob. cit.*, pág. 1.

²⁷ Sobre esta matéria ver MÁRCIO ALBUQUERQUE NOBRE, *Limites à subempreitada de obras públicas: alguma novidade ou mais do mesmo?* RDA nº 19, janeiro/abril, págs. 121/129. Abril, ²⁸ *Ob. cit.*, pág. 24. Salieta FRANCISCA MENDES DA COSTA, *(Os limites às subempreitadas ou as limitações do artigo 383º do Código dos Contratos Públicos, RDA # 3 número especial, 2022, págs. 11/12 e 15/17)* que a contestação ou desconformidade da imposição de limites quantitativos à subcontratação tem o apoio da DC e do TJUE *impulsionado pelas políticas públicas de dinamização e apoio às pequenas e médias empresas*. Cfr., também PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 6ª edição, Almedina, 2023.

²⁹ Em Espanha, o artigo 115º da Ley de Contratos de las Administraciones Publicas limitava-se a estabelecer que nenhuma subcontratação parcial pode ter valor superior a 50% do preço. Cfr. EMILIO JIMÉNEZ APARICIO (*Comentários a la Legislación...*, pág. 1051).

³⁰ FRANCISCA MENDES DA COSTA, *Os limites às subempreitadas ou as limitações do artigo 383º do Código dos Contratos Públicos, RDA # 3 número especial) 2022, págs. 16/17.*

esse regime^{31,32}. O que sempre terá é de ser admitida com o objetivo de interesse público e com respeito pelo princípio da proporcionalidade³³.

10. Cfr. artigos 317º, 384º, 385º e 386º.

11. Referências jurisprudenciais (<http://www.dgsi.pt>):

- *I – O contrato de subempreitada celebrado entre uma empresa construtora e outra sua congénere, a quem foi entregue uma subempreitada de obra pública pelo empreiteiro adjudicatário da obra, não é um contrato administrativo. II – Os tribunais administrativos carecem de competência para julgar a acção em que aquela subempreiteira pede a condenação da subempreiteira Ré no pagamento de quantias, invocando o incumprimento do contrato de subempreitada.* (Acórdão do STA de 17.06.2010, pº 029/09, Angelina Domingues).
- *I – Se estiver em causa um contrato de subempreitada celebrado entre uma sociedade anónima e uma sociedade por quotas, cujo pedido é o pagamento de uma quantia derivada do incumprimento de uma das partes, os tribunais administrativos são incompetentes em razão da matéria para conhecer do litígio, à luz do disposto na alínea f) do nº 1 do artigo 4º do ETAF.* (Acórdão do TCAS de 22.03.2012, pº 08391/12, Coelho da Cunha).

³¹ JOSÉ LUÍS ESQUÍVEL, *ob. cit.*, pág. 46.

³² Este já era o entendimento de PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ expresso em *A flexibilização no recurso à subcontratação para ampliação do acesso aos mercados públicos*, RCP nº 32, pág. 11, segundo o qual uma norma do caderno de encargos que impusesse essa ou qualquer outra percentagem limitativa da subcontratação seria ilegalmente restritiva da concorrência, pois, *equivalaria a impedir (injustificadamente ou sem fundamentação), que alguém que isoladamente não detem qualificações ou habilitações suficientes para executar o contrato conseguisse vir a obter o acesso à adjudicação através do recurso a terceiros.*

³³ MÁRCIO ALBUQUERQUE NOBRE, *Limites à subempreitada de obras públicas: alguma novidade ou mais do mesmo?* RDA nº 19, janeiro/abril, pág. 126.