



CATÓLICA
FACULDADE
DE DIREITO

ESCOLA DO PORTO

Da modificação subjetiva

Direito da Contratação Pública

Lisboa, 5 de dezembro de 2025

Raquel Carvalho – rmcarvalho@ucp.pt

Modificação subjetiva... recordando

- **Acórdão *Pressetext*, C-454/06, de 19 de Junho de 2008.**
 - estava em causa a criação de uma sociedade filial (a APA OTS), para a prestação dos serviços adjudicados e fornecidos até então por uma sociedade, a APA.
 - O TJUE pronunciou-se no sentido de que:
 - «*Em geral, deve considerar-se que a substituição do cocontratante ao qual a entidade adjudicante tinha inicialmente adjudicado o contrato por um novo cocontratante constitui uma alteração de um dos termos essenciais do contrato público em causa,*
 - *a menos que essa substituição estivesse prevista nos termos do contrato inicial, por exemplo a título da subcontratação».*

Modificação subjetiva... recordando

- Proibição de cessão contratual;
- Acórdão Wall AG, de 13 de abril de 2010, C-91/08
 - a propósito de subcontratação.

Modificação subjetiva... recordando

- **Artigo 72.º:** 1. Os contratos e os acordos-quadro podem ser modificados sem novo procedimento de contratação, nos termos da presente diretiva, em qualquer dos seguintes casos: d) Se o adjudicatário ao qual a autoridade adjudicante atribuiu inicialmente o contrato for substituído por um novo adjudicatário, por um dos seguintes motivos:
 - i) uma cláusula de revisão ou opção inequívoca, em conformidade com a alínea a);

Modificação subjetiva... recordando

- ii) transmissão universal ou parcial da posição do contratante inicial, na sequência de operações de reestruturação, incluindo OPA, fusão e aquisição, ou de uma insolvência, para outro operador económico que satisfaça os critérios em matéria de seleção qualitativa inicialmente estabelecidos, desde que daí não advensem outras modificações substanciais ao contrato e que a operação não se destine a contornar a aplicação da presente diretiva, ou
- iii) assunção pela própria autoridade adjudicante das obrigações do contratante principal para com os seus subcontratantes, se tal possibilidade estiver prevista na legislação nacional em conformidade com o artigo 71.º;

Modificação subjetiva... recordando

- **Artigo 71.º - subcontratação**
 - observância pelos subcontratantes das obrigações previstas no n.º 2 do artigo 18.º (n.º 1);
 - pode ficar nas peças do procedimento que o operador económico deve indicar a parte da sua proposta que pretende subcontratar (n.º 2);

Modificação subjetiva... recordando

- possibilidade de pagamento direto ao subcontratante, prevista nas peças do procedimento (n.º 3);
- manutenção da responsabilidade contratual do cocontratante (n.º 4);
- “No caso dos contratos de empreitada de obras (...), após a adjudicação do contrato e o mais tardar aquando do início da execução do contrato, a autoridade adjudicante deve exigir ao contratante principal que lhe indique o nome, as coordenadas e os representantes legais dos seus subcontratantes que participam nas obras ou serviços em causa, na medida em que disso haja conhecimento nesse momento. A autoridade adjudicante deve exigir ao contratante principal que no decurso do contrato lhe comunique todas as alterações a essas informações, bem como as necessárias informações a respeito de novos subcontratantes que posteriormente associe às obras ou serviços em causa” (n.º 5);

Modificação subjetiva... recordando

- para evitar incumprimento, podem ser solicitadas informações “acompanhadas das declarações sob compromisso de honra dos subcontratantes, conforme previsto no artigo 59.º” (n.º 5). Incluindo, após a adjudicação do contrato, o fornecimento de “certificados e outros documentos comprovativos em vez da declaração sob compromisso de honra”;
- possibilidade de solicitar ou exigir a substituição de “um subcontratante em relação ao qual a verificação tenha revelado a existência de motivos não obrigatórios de exclusão” (n.º 6).

Modificação subjetiva... recordando

- possibilidade de ir mais longe nas regras de responsabilidade quanto aos pagamentos a subcontratantes (n.º 7);

Modificação subjetiva... recordando

- São admitidas as modificações subjetivas de contratos e acordos-quadro previstas na alínea d) do n.º 1 do artigo 72.º;
- São proibidas as modificações subjetivas previstas na alínea d) do n.º 4 do artigo 72.º
 - é admitida a subcontratação – não é considerada modificação subjetiva strictu sensu.

Modificação subjetiva

- **Cessão da posição contratual – artigo 316.º (alteração subjetiva de partes):**
 - Cláusula geral de admissibilidade - contudo, apenas admitida nos casos taxativamente indicados do artigo 318º/1 quando se trate de um contrato público sujeito às Diretivas;
 - Distingue-se da subcontratação;
 - Mantém-se o contrato alterando-se as partes;
 - Pode ser afastada por cláusula contratual ou pela lei – *intuitu personae*;

Modificação subjetiva

–Limites (artigo 317.º):

- Cocontratante escolhido por ajuste direto;
- Vedada a quem se encontre nas situações do artigo 55.º;
- Vedada quando se suspeite ser usada para falsear a concorrência;
- Obrigaçāo de comunicação das situações que falseiam a concorrência;

Modificação subjetiva

- **O artigo 318.º: breve análise.**

- “4 - O contrato **pode** exigir que determinadas prestações contratuais críticas, tendo em conta o objeto do contrato a celebrar, sejam executadas diretamente pelo cocontratante”.
- “5 - A estipulação contratual prevista no número anterior não pode ter por efeito restringir, limitar ou falsear a concorrência garantida pelo disposto no presente Código relativamente à formação do contrato, não podendo, designadamente, limitar a possibilidade de recurso à capacidade técnica de terceiras entidades que se afigure essencial para efeitos de qualificação do cocontratante”.

Modificação subjetiva

- **Subcontratação:** contrato subordinado a outro contrato celebrado por uma das partes no contrato principal e justificado em direitos nele emergentes; relação triangular; necessidade de complementaridade de recursos (normalmente técnicos);
 - Limites (artigo 317.º);
 - Autorizada no contrato a entidades nele identificadas (artigo 318.º)
 - Pode ser parcialmente proibida;
 - Subcontrato tem natureza privada.

Modificação subjetiva

- A lei impõe a autorização à cessão e à subcontratação – artigo 319.º
- A lei prevê a possibilidade de recusar a subcontratação nos termos do artigo 320.º
 - Manutenção da responsabilidade do cocontratante face ao cumprimento do contrato;

Modificação subjetiva

- **Cessão da posição contratual do contraente público – artigo 324.º;**
 - 1 -A possibilidade de cessão da posição contratual deve constar expressamente do contrato, em cláusula de revisão ou opção inequívoca, salvo quando se verifique uma das seguintes condições [artigo 72.º, n.º 1 a)]
 - a) Quando haja transmissão universal ou parcial da posição do cocontratante, na sequência de reestruturação societária, nomeadamente, oferta pública de aquisição, aquisição ou fusão, a favor de cessionário que *satisfaca os requisitos mínimos de habilitação e de capacidade técnica e de capacidade económica e financeira* exigidos ao cocontratante
 - b) Quando o próprio contraente público assume as obrigações do cocontratante para com os subcontratantes.

Modificação subjetiva

- **Cessão da posição contratual do cocontratante como sanção: art. 318.º A – o contrato pode prever...**
 - ligação aos poderes de conformação contratual – **artigo 302.º, f) e n.º 2 e)**
 - “*em caso de incumprimento, pelo cocontratante, das suas obrigações, que reúna os pressupostos para a resolução do contrato*”;
 - “*execução do contrato ocorre nas mesmas condições já propostas pelo cedente no procedimento pré-contratual original*”;
 - “*a posição contratual do cocontratante nos subcontratos por si celebrados transmite-se automaticamente para a entidade cessionária, salvo em caso de recusa por parte desta*”.

Modificação subjetiva

- opera por mero ato do contraente público;
- é eficaz na data indicada;
- o poder sancionatório tem de estar previsto no contrato, com exceção da resolução;

Modificação subjetiva

- **Previsão de pagamentos diretos ao subcontratado – artigo 321.º A**
 - havia alguns antecedentes: os anteriores regimes de empreitadas de obras públicas já previam algo semelhante; no DL 59/99, de 2/3 também se previa um direito de retenção – **Acórdão do TCA (S) de 22/05/2014, Proc. n.º 8837/12, relatora: Ana Celeste Carvalho**): “O facto de se dar como provado que a 3^a e 4^a Rés beneficiaram dos trabalhos de subempreitada executados pela Autora, já que permitiram que a empreitada se realizasse e se concluisse, não permite alicerçar a responsabilidade pelo não pagamento dos trabalhos de subempreitada. VII. Não decorre ipso iure da actividade de fiscalização da 3^a Ré ou da circunstância de a 4^a Ré ser a dona da obra, o dever de resarcimento da quantia reclamada pela subempreiteira, ora Autora. VIII. O direito de retenção a que se refere o disposto no artº 267º do RJEOP, tem por pressuposto que a empreitada ainda não tenha sido paga pela dona da obra ao empreiteiro, pois só desse modo, as verbas podem ser retidas.”; “Acresce que nos termos do disposto no nº 1 do artº 267º do RJEOP, essa constitui uma faculdade para o dono da obra, já que ao direito de os subempreiteiros poderem reclamar junto do dono da obra pelos pagamentos em atraso que sejam devidos pelo empreiteiro, o dono da obra pode exercer o direito de retenção de quantias do mesmo montante devidas ao empreiteiro e decorrentes do contrato de empreitada de obra pública”.

Modificação subjetiva

- n.º 1: O **subcontratado** pode **reclamar**, junto do contraente público, os **pagamentos em atraso** que lhe sejam devidos pelo cocontratante,
- exercendo o contraente público o **direito de retenção** sobre as quantias do mesmo montante devidas ao cocontratante por força do contrato principal
- n.º 6: **não se aplica** aos contratos de concessão de obra ou serviço público ou contratos que configurem uma parceria público-privada;
- 5 O pagamento direto aos subcontratados pelo contraente público está limitado ao valor dos débitos vencidos e não pagos ao cocontratante ou, se futuros , por aquele reconhecidos;

Modificação subjetiva

- 2. O contraente público **notifica o cocontratante para:**
- proceder à **liquidação**
- ou apresentar **motivo justificativo para o não pagamento**, devendo, *neste caso, indicar o prazo, não superior a 30 dias, no qual se propõe liquidar a dívida ao subcontratado.*
- 4 —O contraente público deve exercer o **direito à compensação**
- entre os valores **pagos aos subcontratados;**
- e os valores por si **devidos ao cocontratante.**

Subempreitada de obras públicas

- Secção VII - subempreitadas
- A alteração legislativa que revogou os n.ºs 2 e 3 do artigo 382.º e alterou a redação do artigo 385.º, n.º 4 do CCP

Subempreitada de obras públicas

- **Além das limitações gerais... (n.º 1 do artigo 383.º)**
 - “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”.

Subempreitada de obras públicas

- as mesmas limitações se aplicam “aos contratos de subempreitada celebrados entre o subempreiteiro e um terceiro” (**n.º 4 do artigo 383.º**);
- antes, existia uma limitação objetiva ao recurso à subcontratação durante a fase de execução;
- a eliminação de requisitos objetivos destinou-se a “garantir o total alinhamento com o Direito da União Europeia” (as anteriores previsões não careciam de autorização prévia do dono da obra);

Subempreitada de obras públicas

- **Artigo 385.º rege as subempreitadas na fase de execução:**
 - não carece de autorização, salvo o disposto no n.º 2 (n.º 1);
 - “Quando as particularidades da obra justifiquem uma especial qualificação técnica do empreiteiro e a mesma tenha sido exigida ao empreiteiro na fase de formação do contrato, o contrato pode subordinar expressamente a subcontratação na fase de execução a autorização do dono da obra, dependente da verificação da capacidade técnica do potencial subcontratado em moldes semelhantes aos que hajam sido exigidos em relação ao empreiteiro” (n.º 2);

Subempreitada de obras públicas

- remissão para o regime dos n.ºs 3 a 6 do artigo 318.º;
- necessidade de comunicação fundamentada e evidenciação do respeito pelos limites previstos no artigo 383.º;
- pode haver oposição e recusa à subempreitada (artigo 386.º):
 - quando os limites fixados no artigo 383.º não forem observados;
 - com os fundamentos do artigo 320.º;

Subempreitada de obras públicas

- **Forma e conteúdo (artigo 384.º)**

- forma escrita;
- cláusulas obrigatórias sob pena de nulidade:
 - a) A identificação das partes e dos respetivos representantes, assim como do título a que intervêm, com indicação dos atos que os habilitam para esse efeito;
 - b) A identificação dos alvarás ou certificados de empreiteiro de obras públicas das partes;
 - c) A descrição do objeto do subcontrato;
 - d) O preço;
 - e) A forma e o prazo de pagamento do preço;
 - f) O prazo de execução das prestações objeto do subcontrato.

Subempreitada de obras públicas

- obrigação do empreiteiro (n.º 2);
- “os empreiteiros, os subempreiteiros, assim como os terceiros são obrigadas a manter em arquivo os contratos celebrados em que são intervenientes pelo período de cinco anos a contar da data da conclusão das obras” (n.º 4).
- o contrato de subempreitada tem natureza privada;

Subempreitada de obras públicas

- A Lei n.º 41/2015, de 3/6:
 - r) «Subcontratação» a entrega, mediante contrato, de uma empresa de construção a outra da execução dos trabalhos que lhe foram adjudicados pelo dono da obra (**artigo 3.º**);
 - **artigo 20.º**: “1 - Só é permitida a subcontratação de trabalhos a empresas de construção que estejam devidamente habilitadas para o exercício da atividade nos termos da presente lei. 2 - A empresa de construção à qual tenha sido adjudicada uma obra pode, salvo disposição contratual em contrário, recorrer à subcontratação. 3 - A empresa subcontratante aproveita das habilitações detidas pelas empresas subcontratadas. 4 - As empresas de construção que pretendam recorrer à subcontratação devem previamente comprovar, mediante consulta no sítio na Internet do IMPIC, I. P., ou no balcão único eletrónico dos serviços, as habilitações detidas pelas empresas que pretendam subcontratar, e manter posteriormente em estaleiro o comprovativo dessas habilitações. 5 - O presente artigo não prejudica, em especial, o disposto nos artigos 316.º a 322.º do CCP.”

Subempreitada de obras públicas

- constitui contraordenação grave, a subcontratação “sem autorização do dono da obra ou com oposição deste, nos casos previstos no n.º 2 do artigo 385.º e no artigo 386.º, ambos do CCP;

Subempreitada de obras públicas

- **Acórdão 49/2024 - 1^a S/SS de 10 de dezembro - Empreitada de Concessão Construção das Ações Previstas no Projeto de Investimento nº 76 - Parque Empresarial de Área de Acolhimento Empresarial de Nova Geração:** “2. Não sendo a adjudicatária detentora de habilitação contendo subcategoria em classe que cubra o valor global da obra é irrelevante que a adjudicatária e as subcontratadas em conjunto possuam as habilitações exigidas e necessárias para o desenvolvimento dos trabalhos especializados em função dos respetivos valores parcelares. 3. A alteração ao CCP levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 54/2023, de 14 de julho (que revogou os n.os 2 e 3 do artigo 383.º do CCP e, consequentemente, alterou a redação do n.º 4 do artigo 385.º) em nada altera a consideração da existência de limites qualitativos às subempreitadas. 4. Considerou o legislador que a imposição de limites quantitativos às subempreitadas contrariava o Direito Europeu e pretendeu expressamente eliminar tal limitação, mas nada referiu quanto aos limites qualitativos nem introduziu, como poderia, nenhuma alteração aos Arts.º 8.º e 20.º da Lei n.º 41/2015. 5. Não desconhecendo o legislador a jurisprudência do TdC quanto a configurarem tais normas um limite qualitativo às subempreitadas de obras públicas, caso fosse sua intenção que tal limitação deixasse de existir, facilmente teria também alterado as normas em questão, clarificando o regime das subempreitadas e eliminando também aquela limitação qualitativa. Não o tendo feito, tem a alteração legislativa de ser interpretada como tendo apenas e só por finalidade a eliminação dos limites quantitativos às subempreitadas, mas deixando intocados os limites qualitativos.

Subempreitada de obras públicas

- 6. A apresentação de um documento de habilitação insuficiente equivale, para efeitos do disposto no Art.º 81.º, n.º 2, do CCP, à falta de apresentação do documento necessário, tendo como consequência a caducidade da adjudicação realizada.
- 7. Sem decisão de adjudicação o contrato carece de um elemento essencial, sendo, consequentemente, nulo (cf. Art.ºs 284.º n.º 2, primeira parte, e 96.º n.º 1, alínea b), ambos do CCP).
- 8. A nulidade contratual verificada é fundamento absoluto de recusa de visto, não permitindo a sua concessão ainda que acompanhada de eventuais recomendações, atento o disposto no Art.º 44.º, n.º 3, alíneas a) e b), e n.º 4 (este a contrario sensu), da LOPTC.

Subempreitada de obras públicas

- **Acórdão do TCA (S) de 21/04/2022, Proc. n.º 736/21.2 BELSB, relatora: Lina Costa:** “V - Havendo “Subcontratação”, tal como dispõe o nº 3 do artigo 20º da Lei nº 41/2015, a empresa contratante aproveita das habilitações detidas pelas empresas contratadas, as quais permitem a estas, subempreiteiras, realizar para aquela [e não para o dono da obra] obras e trabalhos subcontratados cujo valor não exceda o limite previsto para a classe referente a cada uma das subcategorias de trabalhos a executar.

Modificação subjetiva

—requisitos:

- (i) subcontrato válido, autorizado prévia e licitamente pelo contraente público;
- (ii) demonstração de mora;

Modificação subjetiva

- é uma faculdade do subcontratado, pelo que a renúncia é admissível (cfr. artigo 1249.º do CC);
- dirigir um requerimento ao contraente público;
- aquele notifica o cocontratante para liquidar ou se opor;
- realização do pagamento em 30 dias;
- o pedido de pagamento tem de ser fundamentado;

Modificação subjetiva

- não se aplica a norma se a subcontratação não tiver sido autorizada;
 - “1. Não se tendo alegado e provado que o dono da obra teve conhecimento prévio da subempreitada de obras públicas sem que a ela se opusesse validamente, deve concluir-se, com base nos arts. 265º-5-6, 268º-c)-d)-e) e 269º-a) do RJEOP/99, que o subempreiteiro não pode exercer a acção dita directa prevista no art. 267º do RJEOP cit. Afinal, não existe, nessa situação, qualquer tipo de relação jurídica entre o dono da obra e o subempreiteiro; 2. Nesse caso, a dívida alegadamente existente apenas ao empreiteiro pode ser reclamada e, em caso de litígio, nos tribunais cíveis” **[Acórdão do TCA (S) de 19/1/2011, Proc. n.º 04595/08; relator: Paulo Pereira Gouveia]**

Modificação subjetiva

- o pagamento consubstancia um ato administrativo, de conteúdo positivo e atributivo
- reação contenciosa por parte do subcontratante

Contrato de concessão

• Direitos e obrigações do concedente

- Sequestro – artigo 421.º:
 - Incumprimento grave ou iminência disso;
 - A atividade passa para as mãos do concedente;
 - Enunciação exemplificativa de situações;
 - Notificação ao concessionário;

Contrato de concessão

- Fixação de prazo razoável para correção;
- O concessionário suporta os encargos e despesas extraordinários;
- Limite máximo: 1 ano;
- No limite, há resolução do contrato.