

INTERSEÇÕES ENTRE A TRANSMISSÃO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL (Cf. artigo 285.º do Código do Trabalho) E A CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Pelo Dr. João Regêncio()
e Dr. João Filipe Graça(**)*

SUMÁRIO:

1. Da transmissão do estabelecimento comercial (cf. art. 285.º do código do trabalho). 2. A relevância do acesso à informação para efeitos da transmissão do estabelecimento comercial na contratação pública. 3. A relevância do pedido de esclarecimentos e/ou identificação de erros e omissões das peças do procedimento. 4. Breve nota sobre a transmissão dos trabalhadores de entidades privadas para o quadro do pessoal da entidade adjudicante.

1. Da transmissão do estabelecimento comercial (cf. artigo 285.º do Código do Trabalho)

Dispõe o art. 285.º, n.º 1 do Código do Trabalho que, *«em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmitem-se para o adquirente a posição do empregador nos contratos de trabalho dos respetivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contra-ordenação laboral»*.

(*) Juiz de Direito.

(**) Advogado.

E acrescenta, por sua vez, o n.º 3 do citado normativo que, «*com a transmissão constante dos n.ºs 1 ou 2, os trabalhadores transmitidos ao adquirente mantêm todos os direitos contratuais e adquiridos, nomeadamente retribuição, antiguidade, categoria profissional e conteúdo funcional e benefícios sociais adquiridos*».

De acordo com o referido normativo, em caso de transmissão de uma empresa ou de parte de empresa, os contratos de trabalho transmitem-se *ope legis* para o adquirente ou cessionário da respetiva exploração, independentemente da vontade das partes.

O art. 285.º do Código do Trabalho, acima transcrito, transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos.

Desta sorte, e mercê da aplicação do princípio do primado do Direito da União Europeia sobre o direito interno⁽¹⁾, a análise dos pressupostos relacionados com a eventual transmissão de estabelecimento operada entre dois operadores económicos deve ser feita em contraponto com a jurisprudência que vem sendo firmada, a este propósito, pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, TJUE).

De acordo com a conceção tradicional de *estabelecimento* ou *unidade económica*, com raízes no direito comercial, a figura do estabelecimento comercial pressupõe a existência de um conjunto unificado de fatores produtivos, corpóreos e incorpóreos, de direito e de facto, que se encontrem funcionalmente congregados para o exercício de uma atividade económica, de forma estável, autónoma e duradoura.

Fruto do labor jurisprudencial do TJUE, tem sido entendido, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência nacional, que a referida conceção tradicional não é transponível, pelo menos em termos absolutos, para o âmbito do Direito do Trabalho; sendo necessário fazer apelo, nesta sede, a um conceito autónomo e operativo das referidas figuras ou institutos.

Prescreve, para o efeito, o art. 285.º, n.º 5 do Código do Trabalho que «*considera-se unidade económica o conjunto de meios organizados que constitua uma unidade produtiva dotada de autonomia técnico-organizativa e que mantenha identidade própria, com o objetivo de exercer uma atividade económica, principal ou acessória*».

(1) Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia Costa c. Enel, de 15 de Julho de 1964, proc. n.º 6/64, disponível em <<https://curia.europa.eu>>.

Importará assinalar que o conceito de *unidade económica* constante do art. 285.º, n.º 5 do Código do Trabalho afigura-se mais restritivo do que o previsto na Diretiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março, a qual se reporta à figura de entidade económica com identidade própria, «*entendida como um conjunto de meios organizados como objetivo de prosseguir uma atividade económica, seja ela essencial ou acessória*» [cf. art. 1.º, n.º 1, alínea b)].

De acordo com a mencionada diretiva, não é exigível, para que se possa falar de unidade/entidade económica, que a mesma seja ‘dotada de *autonomia técnico-organizativa*’; o que constitui uma diferença assaz relevante, já que o referido critério excluiria do instituto da transmissão de estabelecimento inúmeras situações em que aquela autonomia não exista de facto, com prejuízo manifesto para a situação dos trabalhadores, cuja manutenção do vínculo laboral o legislador comunitário pretendeu assegurar.

Impõe-se, pois, proceder à interpretação restritiva do citado art. 285.º, n.º 5 do Código do Trabalho, tendo por referência o conceito (amplo) de unidade/entidade económica constante da citada Diretiva⁽²⁾; o que resulta, quer da aplicação do princípio da interpretação conforme com o Direito da União Europeia, segundo o qual o intérprete/aplicador que aplique normas de direito nacional deve fazê-lo atribuindo a estas normas um sentido compatível com o direito europeu (cf. o art. 8.º da Diretiva n.º 2001/23/CE), quer tendo em consideração a própria jurisprudência do TJUE, o qual teve já oportunidade de se pronunciar no sentido de que «*o facto de a entidade cujo equipamento e parte do pessoal foram transferidos ter sido integrada na estrutura da [cessionária], sem conservar a sua estrutura organizacional autónoma, não é pertinente para efeitos da aplicação do art. 1.º, n.º 1 da Diretiva 2001/23 (...)*»⁽³⁾ (grifado nosso).

Conforme assinalado pelo TJUE, nos setores de atividade que assentam essencialmente na mão-de-obra — como sucede, por exemplo, nos setores ligados à segurança/vigilância privada ou à prestação de ser-

(2) Nesse sentido, cf. PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO MADEIRA DE BRITO, “O novo regime de transmissão da unidade económica introduzido pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XIV, n.os 1-4, Jan-Dez de 2018, pp. 31-35; e MANUEL EDUARDO BIANCHI SAMPAIO, “A transmissão de empresa ou estabelecimento nos setores de atividade em que o elemento essencial é a mão de obra e a Lei n.º 18/2001, de 8 de Abril”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2021 — I, Lisboa, pp. 274 e 275. Em sentido contrário, cf. PEDRO OLIVEIRA, “Transmissão de empresas no direito laboral da União Europeia: novos desafios na delimitação conceptual de unidade económica”, *Revista da Ordem dos Advogados*, I/II, 2000, disponível em <<https://portal.oa.pt/media/131426/pedro-oliveira.pdf>>, pp. 347 a 352.

(3) Cf. Acórdão do TJUE, João Filipe Ferreira da Silva e Brito *et alia* c. Estado Português, de 9 de Setembro de 2015, proc. C-160/14, §32, disponível em <<https://curia.europa.eu/>>.

viços de limpeza —, «*um conjunto organizado de trabalhadores que são especial e duradouramente afetos a uma tarefa comum pode, na ausência de outros fatores de produção, corresponder a uma entidade económica*»⁽⁴⁾.

Note-se que o conceito de *afetação duradoura* acima referenciada pressupõe apenas e tão-só que os referidos trabalhadores se encontrem a desenvolver a referida atividade de forma estável, ou seja, que não se encontrem a executar uma atividade determinada e/ou de cariz ocasional⁽⁵⁾.

Por outro lado, e no contexto das referidas atividades de prestação de serviço, cumprirá assinalar que é igualmente de admitir a existência de unidades económicas que sejam compostas exclusivamente por um único trabalhador⁽⁶⁾.

Ultrapassada a questão de determinar se estamos ou, não, perante uma ‘unidade económica’/estabelecimento, para efeitos de aplicação do regime previsto no art. 285.º do Código do Trabalho, cumprirá, então, determinar se se verificou a transmissão da mesma em todas as situações em que se dá, materialmente, uma sucessão de prestação de serviços por parte de várias empresas no mesmo local.

Conforme assinalado pelo TJUE, a inexistência de qualquer relação negocial entre os putativos cedente e cessionário não se afigura essencial para efeitos de aferir se estamos perante uma transmissão de estabelecimento⁽⁷⁾. Sendo perfeitamente plausível, à luz da jurisprudência da União Europeia, que se possa falar de uma transmissão de estabelecimento, mesmo nos casos em que haja uma sucessão de prestadores de serviços perante uma entidade terceira.

O critério decisivo para caracterizar a existência de uma transferência de empresa ou de parte de empresa na aceção da Diretiva n.º 2001/23/CE é, destarte, o da manutenção da *identidade* da unidade económica em apreço, ou seja, determinar se se mantém a exploração da mesma por parte do cessionário⁽⁸⁾.

(4) Cf. Acórdão do TJUE, Temco Service Industries S.A. c. Samir Imzilyen *et alia*, de 24 de Janeiro de 2002, procs. C-51/00, §26, disponível em <<https://curia.europa.eu>>.

(5) Cf. Acórdão do TJUE, Ole Rygaard c. Strø Mølle Akustik A/S, de 19 de Setembro de 1995, procs. C-48-94, disponível em <<https://curia.europa.eu>>.

(6) Cf. Acórdão do TJUE, Christel Schmidt c. Spar — und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen, de 14 de Abril de 1994, procs. C-392/92, disponível em <<https://curia.europa.eu>>.

(7) Cf. Acórdão do TJUE, Securitas — Serviços e Tecnologia de Segurança, S.A. c. ICTS Portugal — Consultoria de Aviação Comercial, S.A., Arthur George Resendes *et alia*, de 19 de Outubro de 2017, procs. C-200/16, disponível em <<https://curia.europa.eu>>.

(8) Cf. Acórdão do TJUE, Jozef Maria Antonius Spijkers c. Gebroeders Benedik Abattoir CV

E relevante nesta sede será aferir, por um lado, se alguns dos elementos essenciais da unidade económica em causa foram, ou não, efetivamente transmitidos para a cessionário, e, por outro lado, se a atividade prosseguida ou retomada pelo novo empresário visa as mesmas atividades económicas que eram desenvolvidas pelo transmitente.

O critério proposto pelo TJUE, nesta sede, assenta no designado *método indiciário*. De acordo com o referido critério, incumbe aos tribunais nacionais aferir casuisticamente se determinada unidade económica foi, ou não, transferida para uma terceira entidade; o que deverá ser feito através da análise das diversas *circunstâncias de facto* que caracterizam a operação em causa, as quais permitirão, numa visão de conjunto, aferir se aquela manteve a sua identidade económica após a transferência.

Constituem indícios relevantes para a referida análise, conforme tem sido assinalado uniformemente pela jurisprudência, o tipo de empresa em causa, a similitude entre a atividade exercida antes e após a sucessão de prestadores de serviços, o motivo da cessação do contrato de prestação de serviços por parte da putativa cedente, a transferência ou não do ativo corpóreo (edifícios, móveis, equipamentos) e não corpóreo (em especial *know-how* e métodos de exploração ou organização), a manutenção ou não da clientela, a readmissão pelo novo empresário dos trabalhadores que exerciam até então funções por conta do anterior prestador de serviços ou, ao invés, a eventual contratação de novos trabalhadores por parte do mesmo para o exercício da atividade em causa, o tipo de operação subjacente à transmissão, *et caetera*.

Nos casos em que esteja em causa um estabelecimento comercial na sua aceção tradicional (constituído concomitantemente por fatores produtivos corpóreos e incorpóreos), diminuta dificuldade assumirá a aplicação do método indiciário ao caso concreto.

O que decorre, desde logo, da circunstância de ser possível, através da análise do destino de cada um dos respetivos elementos (edifícios, equipamentos, trabalhadores, direitos de propriedade industrial, etc.), formular, com relativa facilidade, um juízo positivo ou negativo no sentido de que a unidade económica transmitida mantém, ou não, a mesma identidade, não obstante a alteração do seu titular.

A situação afigura-se assaz complexa quando estejam em causa estabelecimentos em que o fator relevante, se não mesmo exclusivo, é a mão-de-obra. Será o caso, por exemplo, dos setores de prestação de serviços vigilância e de limpezas já anteriormente referidos.

e Alfred Benedik in Zonen BV, de 18 de Março de 1986, procs. 24/85, §11 e §12, disponível em <<https://curia.europa.eu>>.

E tem sido precisamente no âmbito destes setores que se têm afirmado, na jurisprudência nacional, diferentes entendimentos e/ou correntes; os quais terão justificado, entretanto, a alteração legislativa operada pela Lei n.º 18/2021, de 8 de Abril, a qual veio aditar um novo número ao art. 285.º do Código do Trabalho⁽⁹⁾.

Importará distinguir, nesta sede, dois tipos de casos: (i) aqueles em que, pese embora esteja em causa uma atividade assente essencialmente em mão-de-obra, a mesma depende da existência de instrumentos de trabalho relevantes; (ii) aqueles casos em que, por seu turno, a atividade prestada assenta exclusivamente na mencionada mão-de-obra, sendo irrelevantes e/ou até inexistentes os instrumentos de trabalho utilizados no âmbito da respetiva atividade.

Ilustrativo do primeiro caso será, por exemplo, a prestação de serviços de vigilância, com recurso a um sistema de CCTV (videovigilância).

Em situações deste jaez, para aferir da existência, ou não, de transmissão da unidade económica relevará, não só aferir se os trabalhadores que prestavam serviços para a empresa cedente passaram a fazê-lo ulteriormente por conta do novo operador, mas igualmente se os referidos equipamentos passaram, outrossim, a ser utilizados por esta empresa. Isto porque serão aqueles dois fatores (mão-de-obra e sistema de videovigilância) que, em conjunto, permitem reconhecer identidade — e até, diga-se, utilidade —, à unidade económica em apreço.

Desta sorte, será conjecturável admitir-se a ocorrência de transmissão da unidade económica quando ocorra, quer a transmissão dos trabalhadores/vigilantes para o novo operador, quer, outrossim, a transmissão dos próprios equipamentos em causa⁽¹⁰⁾ Tudo dependerá, com efeito, das concretas circunstâncias do caso em apreço.

Quanto a este último ponto, importará notar que, na linha da jurisprudência do TJUE, relevará apenas e tão-só aferir se os referidos equipamentos foram transferidos para (*hoc sensu*, se passaram também a ser utilizados pelo) novo operador no âmbito da respetiva prestação de serviços; sendo irrelevante para este efeito, saber a quem pertence a pro-

(9) Dispõe o art. 285.º, n.º 10 do Código do Trabalho: «*é aplicável a todas as situações de transmissão de empresa ou estabelecimento por adjudicação de contratação de serviços que se concretize por concurso público ou por outro meio de seleção, no setor público e privado, nomeadamente à adjudicação de fornecimento de serviços de vigilância, alimentação, limpeza ou transportes, produzindo efeitos no momento da adjudicação*» (grifado nosso).

(10) Em sentido idêntico, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24-11-2021, proc. n.º 18771/20.6T8LSB.L1-4, rel. Francisca Mendes, disponível em <www.dgsi.pt>.

priedade de tais equipamentos e/ou até se a mesma foi igualmente transmitida⁽¹¹⁾.

Nessa medida, não constituirá óbice à afirmação de que ocorreu a transmissão da unidade económica quando o novo prestador de serviços continue a utilizar, por exemplo, o referido sistema de videovigilância que era, até então, utilizado pela empresa anterior; conclusão essa que se mantém ainda que, nesses casos, o referido equipamento pertença ou seja propriedade do próprio beneficiário da prestação.

A verdadeira dificuldade decorre, por sua vez, nos casos em que unidade económica assenta exclusivamente na atividade humana, ou seja, em mão-de-obra. Será o caso, por exemplo, da prestação de serviço de vigilância, meramente físico (por exemplo, relacionado com o mero controlo de acessos e/ou a realização de rondas de vigilância por parte dos trabalhadores).

Em casos deste jaez, a atividade em causa não depende de instrumentos de trabalho relevantes, cuja análise possa ser tida em consideração para efeitos de aferir se ocorreu, ou não, uma efetiva transmissão de estabelecimento.

Note-se que não se desconhece existirem alguns instrumentos de trabalho que serão necessariamente utilizados pelos vigilantes em causa no exercício das respetivas funções; alguns dos quais, de resto, se impõem por força de obrigações legais adrede previstas (será o caso do fardamento, impressos e alvarás ou licenças utilizadas por cada uma das empresas que se dedicam à prestação de serviços de vigilância).

O que sucede, porém, é que se afigura irrelevante para a formulação do juízo acima descrito a circunstância de alguns dos referidos equipamentos terem sido, ou não, efetivamente transferidos pelo cedente para o cessionário. E tal decorre, no essencial, quer da circunstância de alguns dos referidos equipamentos não integrarem o “*núcleo essencial identificativo*” da unidade económica em causa⁽¹²⁾, quer ainda por não poderem ser transmitidos, atenta a sua específica natureza e por conterem neles inscritos o modelo e imagem de cada uma das empresas em causa (cf. art. 4.º, n.ºs 1 e 3, 14.º, 28.º, n.º 1 da Lei n.º 34/2013, de 16 de Maio, e art. 293.º, n.º 1 do Código da Propriedade Industrial).

O que se disse encontra-se, aliás, em linha com a jurisprudência do próprio TJUE, o qual teve já oportunidade de se pronunciar no sentido de

(11) Cf. Acórdão do TJUE, Carlito Adler c. Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH, de 20 de Novembro de 2003, proc. C-340-01, §36, §41 e §42, disponível em <<https://curia.europa.eu>>.

(12) Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11-02-2021, proc. n.º 100/20./0T8SNS.E1, rel. Paula do Paço, disponível em <www.dgsi.pt>.

que, «quando a transferência de elementos corpóreos significativos **é, na prática, impedida pela existência de tais exigências legais**, o órgão jurisdicional nacional não deve considerar que este aspeto da transação é necessariamente determinante para decidir se existiu, ou não, uma transferência de empresa na aceção do art. 1.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2001/23»; tendo em consideração, designadamente, que «a decisão da nova operadora de não retomar os meios de exploração da referida empresa foi ditada por exigências externas»⁽¹³⁾ (grifado nosso).

No caso de unidades económicas que assentem exclusivamente em mão-de-obra os indícios mais relevantes serão, naturalmente, os próprios trabalhadores em causa.

A este propósito, assinalou o TJUE que uma entidade económica «é suscetível de manter a sua identidade para além da sua transferência, quando o novo empresário não se limitar a prosseguir a atividade em causa, retomando também uma parte essencial, em termos de número e de competências, dos efetivos que o seu antecessor afetava especialmente a essa tarefa. Nesta hipótese, o novo empresário adquire, com efeito, um conjunto organizado de elementos que lhe permitirá prosseguir de forma estável as atividades ou parte das atividades da empresa cedente»⁽¹⁴⁾.

Mais acrescentou o TJUE, outrossim, que a conclusão acima referenciada se mantém inalterada ainda que, nesses casos, a operação não seja acompanhada da cessão de quaisquer elementos do ativo, corpóreos ou incorpóreos⁽¹⁵⁾.

Trata-se de uma solução facilmente compreensível: sendo a unidade económica em análise constituída, no essencial, pelo fator humano/mão-de-obra, uma vez transferida esta — ou, pelo menos, parte relevante da mesma —, impõe-se concluir pela existência de transmissão do estabelecimento.

De acordo com o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 13-07-2021⁽¹⁶⁾, «no caso particular das empresas cujo capital é sobretudo humano, como é o caso de serviços de vigilância e limpezas, o TJ tem

⁽¹³⁾ Cf. Acórdão do TJUE, Reiner Grafe e Jürgen Pohle c. Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH e OSL Bus GmbH, de 27 de Fevereiro de 2020, procs. C-298/18, §31 a §35, disponível em <<https://curia.europa.eu>>.

⁽¹⁴⁾ Cf. Acórdão do TJUE, EV c. Obras y Servicios Públicos, S.A.e Acciona Água, S.A., de 24 de Junho de 2021, procs. C-550/19, §92 e §93, disponível em <<https://curia.europa.eu>>.

⁽¹⁵⁾ Nesse sentido, cf. Acórdão do TJUE, Temco Service Industries S.A. c. Samir Imzilyen et alia, de 24 de Janeiro de 2002, procs. C-51/00, disponível em <<https://curia.europa.eu>>.

⁽¹⁶⁾ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 13-07-2021, proc. n.º 682/20.7T8BRG.G1, rel. Maria Leonor Chaves dos Santos Barroso, disponível em <www.dgsi.pt>.

declarado que, nestes sectores que assentam essencialmente na mão-de-obra, a identidade de uma unidade económica não pode ser mantida se o essencial dos seus efetivos não for integrado pelo cessionário» (grifado nosso).

O entendimento acima referenciado foi sufragado pelo TJUE, no Acórdão Clece S.A. c. María Socorro Martín Valor e Ayuntamiento de Cobisa⁽¹⁷⁾, o qual se pronunciou especificamente sobre atividades de serviços de limpeza.

Começará por se assinalar, no entanto, que se nos suscitam algumas reservas de que o entendimento em causa seja o que melhor se coaduna com o escopo prosseguido pela Diretiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de Março.

Com efeito, a referida conceção parece assentar num raciocínio tautológico: para saber se houve transmissão de estabelecimento e, em consequência, se os contratos de trabalho se transmitiram para o novo adquirente exigir-se-ia, desde logo, que os referidos contratos se tivessem transmitido *ab initio* para o mesmo.

Se bem se compreende, trata-se de uma solução que prejudica manifestamente os direitos de todos os trabalhadores envolvidos, em detrimento da teleologia da própria Diretiva *supra* citada.

A admitir-se o referido entendimento, estar-se-ia a permitir, de resto, que por ato de vontade do novo operador (a quem compete decidir se pretende, ou não, integrar na sua esfera jurídica, algum trabalhador do operador anterior) o mesmo lograsse obstar à aplicação do regime legal e imperativo da transmissão do estabelecimento.

Independentemente das reservas apontadas, parece-nos, no entanto, ser de assinalar a evolução que a jurisprudência da União Europeia tem assumida neste âmbito.

Conforme o próprio TJUE tem vindo paulatinamente a acentuar, afigura-se mister ponderar todas as circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa; não se satisfazendo, destarte, com a mera verificação sobre se os trabalhadores foram, ou não, retomados pelo presumido cessionário.

Com efeito, no Acórdão Securitas — Serviços e Tecnologia de Segurança, S.A. c. ICTS Portugal — Consultoria de Aviação Comercial, S.A., Arthur George Resendes *et alia*, acima referenciado, o TJUE, após afirmar que impendia sobre o tribunal nacional «*verificar se a ICTS transmitiu à*

(17) Cf. Acórdão do TJUE de 20 de Janeiro de 2011, proc. C-463/09, §41, disponível em <<https://curia.europa.eu>>.

Securitas, direta ou indiretamente, equipamentos ou elementos corpóreos ou incorpóreos, para exercer a atividade de vigilância e de segurança nas instalações em causa» (§32), declarou expressamente que «o art. 1.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos, deve ser interpretado no sentido de que está abrangida pelo conceito de «transferência [...] de uma empresa [ou de um] estabelecimento», na aceção desta disposição, uma situação em que um contratante resolveu o contrato de prestação de serviços de vigilância e de segurança das suas instalações celebrado com uma empresa e, em seguida, para a execução dessa prestação, celebrou um novo contrato com outra empresa, que recusa integrar os trabalhadores da primeira, quando os equipamentos indispensáveis ao exercício da referida prestação foram retomados pela segunda empresa» (grifado nosso).

Destarte, em face da evolução jurisprudencial do próprio TJUE, entende-se não ser possível afirmar uma conceção apriorística, que assente na ideia de que, sempre que o novo operador não integre na sua esfera jurídica qualquer trabalhador da empresa precedente, inexistente — sem mais —, transmissão da unidade económica e, por consequência, transmissão dos respetivos contratos de trabalho.

Em contraponto, dir-se-á igualmente não ser possível a conclusão inversa, no sentido de que o simples facto de o novo prestador de serviços integrar alguns trabalhadores do anterior empresário ser suficiente para afirmar, *de per si*, a existência de uma transmissão do estabelecimento.

Com efeito, conforme assinalado pelo TJUE, no Acórdão Strong Charon — Soluções de Segurança, S.A. c. 2045 — Empresa de Segurança, S.A.⁽¹⁸⁾, «*não é suscetível de ser abrangida pelo âmbito de aplicação desta diretiva uma situação em que uma empresa prestadora de serviços que, para as necessidades de um dos seus clientes, tinha afetado a este último uma equipa composta por um certo número de trabalhadores é substituída, por esse cliente, para prestar os mesmos serviços, por uma nova empresa prestadora e em que, por um lado, esta última assume apenas um número muito limitado dos trabalhadores que integravam essa equipa, sem que os trabalhadores reintegrados tenham competências e conhecimentos específicos indispensáveis para a prestação dos serviços*

⁽¹⁸⁾ Cf. Acórdão do TJUE de 16 de Fevereiro de 2023, proc. C-675/21, disponível em <<https://curia.europa.eu>>.

ao referido cliente, e, por outro, não se verificou a transmissão para a nova prestadora de bens corpóreos ou incorpóreos necessários para a continuidade desses serviços» (grifado nosso).

Nessa medida, devem ser ponderados *todos* os indícios ou circunstâncias de facto que se afigurem suscetíveis de relevar para os efeitos acima referidos; indícios esses que não se limitam — mesmo nos casos de unidades económicas cujo fator produtivo assenta quase exclusivamente em mão-de-obra —, à eventual reabsorção dos trabalhadores por parte do sujeito que assumiu a exploração da atividade económica⁽¹⁹⁾.

Note-se, a este propósito, que não se desconsidera que o peso de cada tipo de indício é suscetível de variar consoante a própria natureza da entidade económica em causa.

O que se disse, e se reafirma, é que todos indícios existentes devem ser considerados e ponderados (aqui sim, de acordo com o respetivo peso e relevância), tendo em vista aferir a manutenção da identidade económica do estabelecimento em causa. Não perdendo de vista, outrossim, que cada um dos elementos considerando *«(...) constituem apenas aspetos parciais da avaliação de conjunto que se impõe e não podem, por isso, ser apreciados isoladamente»*⁽²⁰⁾.

E relevará, para este efeito, determinar quer a existência de uma eventual retoma por parte do novo prestador de serviços dos trabalhadores da empresa anterior, quer, outrossim, a causa da cessação do contrato de prestação de serviços que havia sido celebrado entre o beneficiário da prestação e esta última empresa (designadamente, para aferir se a mesma se deveu, ou não, à insatisfação daquele com os trabalhadores da mesma)⁽²¹⁾, quer ainda se a atividade prestada pelo novo operador é idêntica e se manteve a ser realizada nos exatos moldes em que era executada, até então, pelo seu predecessor⁽²²⁾.

Ponderadas todas as circunstâncias do caso, poderá o tribunal — na linha, reitera-se, daquela que tem sido a jurisprudência do TJUE —, formular um juízo global quanto à manutenção da identidade económica do estabelecimento em causa e, nessa medida, poder afirmar a (in)existência de

⁽¹⁹⁾ Cf. MILENA SILVA ROUXINOL, “Transmissão da unidade económica”, *Direito do Trabalho — Relação Individual*, Almedina, Coimbra, Julho de 2021, pp. 859 e 861.

⁽²⁰⁾ Cf., Acórdão do TJUE de 16 de Novembro de 2023, procs. C-583/21 a C-586/21, §64, disponível em <<https://curia.europa.eu>>.

⁽²¹⁾ Cf. JÚLIO GOMES, “Comentário de urgência ao Acórdão do TJCE, de 20 de Novembro de 2003, processo n.º C-340/01 — *Carlito Abler e.a. e Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH v. Sanres Großküchen Betriebsgesellschaft mbH*”, *ob. cit.*, pp. 217-219.

⁽²²⁾ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 24-11-2022, proc. n.º 837/21.7T8 EVR.EI, rel. Paula do Paço, disponível em <www.dgsi.pt>.

uma eventual transmissão do mesmo, com a consequente (se for caso disso) transmissão dos contratos de trabalho dos efetivos da empresa cedente.

2. A relevância do acesso à informação para efeitos da transmissão do estabelecimento comercial na contratação pública

Analisado no que consiste a *transmissão do estabelecimento comercial*, cumpre agora relacionar o tema no âmbito da Contratação Pública, sendo que, não obstante o reconhecimento expresso pelo Legislador, por força da Lei n.º 18/2021, de 08 de Abril, através da nova redação do art. 285.º, n.º 10 do Código do Trabalho, já era defendida tal aplicação no âmbito dos *contratos administrativos*⁽²³⁾.

Contudo, a norma plasmada no art. 285.º, n.º 10 do Código do Trabalho encerra múltiplas dificuldades⁽²⁴⁾, desde logo, toda a relação jurídica que decorre do acesso à informação associada à *transmissão do estabelecimento comercial*⁽²⁵⁾. Com efeito, nos casos em que esteja em causa um *procedimento pré-contratual*⁽²⁶⁾, coloca-se com frequência a possibilidade de, entre os potenciais *Interessados* em apresentar uma proposta, estar o *Incumbente/Cocontratante* (aquele que, por estar a executar o contrato, acaba por ser o que melhor sabe das potencialidades que decorrem do mesmo e que, por vezes, e até por razões históricas, acaba por, faticamente, conferir uma vantagem concorrencial)⁽²⁷⁾, dúvidas não existem da

(23) Cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II — Situações Laborais Individuais*, 6.ª ed., 2016, *cit.*, pp. 644 e 645.

(24) Para uma análise ao tema, MIGUEL LUCAS PIRES/TIAGO LEOTE CRAVO, “A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 27, Almedina, 2021, *cit.*, pp. 5-45.

(25) Embora o n.º 10 do art. 285.º do Código do Trabalho refira que a transmissão se dá com a adjudicação, a mesma deve-se considerar apenas com o termo inicial da execução do contrato. Neste sentido, MIGUEL LUCAS PIRES/TIAGO LEOTE CRAVO, “A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 27, Almedina, 2021, *cit.*, p. 19.

(26) O art. 285.º, n.º 10 do Código do Trabalho refere concurso público ou outro meio de seleção, não existindo uma recondução apenas aos casos de concursos públicos. Nos termos do n.º 1 do art. 16.º do Código dos Contratos Públicos, os procedimentos pré-contratuais são: (i) ajuste direto; (ii) consulta prévia; (iii) concurso público; (iv) concurso limitado por prévia qualificação; (v) procedimento de negociação; (vi) diálogo concorrencial e (vii) parceria para a inovação.

(27) Sobre o tema, RAQUEL SAMPAIO, “Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública”, *Estudos de Contratação Pública*, Vol. IV, Coimbra Editora, 2013, *cit.*,

tensão que pode existir no acesso a informação, a qual pode ser crucial para obter a adjudicação de um contrato público.

É com base neste pressuposto que é possível identificar três perspetivas distintas do problema acabado de enunciar: (i) a perspetiva da *Entidade Adjudicante*, que não executa o contrato e apenas o fiscaliza, reunindo a informação obtida e disponibilizada pelo *Incumbente*; (ii) a perspetiva do *Incumbente*, ou seja, quem executa o contrato e sabe a melhor forma de rentabilizar o seu negócio, mas também de “gerir” a informação que disponibiliza à *Entidade Adjudicante* em função das obrigações contratuais que assumiu por decorrência da adjudicação do contrato; e (iii) a perspetiva dos todos os potenciais *Interessados* em apresentar uma proposta e obter a adjudicação, na medida em que a celebração do contrato corresponde à obtenção de um bem excludente.

Embora como ponto de partida a questão possa parecer simples, a verdade é que existem diversas dimensões da informação associada à *transmissão do estabelecimento comercial* que são difíceis de harmonizar, principalmente no caso de *Entidades Adjudicantes* menos experientes ou da existência de débeis mecanismos eficazes de fiscalização da execução contratual e de obtenção de informação por parte do *Cocontratante/Incumbente*.

A informação que referimos pode, aliás, ser essencial para efeitos concorrenciais — igualdade de tratamento⁽²⁸⁾ —, designadamente, na elaboração de uma proposta cuja estrutura de custos possa constituir uma proposta vencedora, desde logo no que diz respeito a saber (i) o número de trabalhadores, (ii) vencimentos, (iii) antiguidades, ou (iv) respetivas categorias profissionais que o potencial adjudicatário terá de assumir em caso de ver a sua proposta adjudicada.

A este respeito, cumpre ainda referir que, no seio da agenda do trabalho digno, o Legislador, através do aditamento introduzido pelo Decreto-Lei n.º 78/2022, de 7 de novembro, aditou o art. 42.º, n.º 13 do Código dos Contratos Públicos, passando a estabelecer a obrigatoriedade de os Cadernos de Encargos dos procedimentos de formação de *contratos de concessão de obras públicas*, de *concessão de serviços públicos* e de *aquisição de serviços* incluírem uma cláusula, independentemente do valor do contrato a ser celebrado, com a obrigatoriedade do cumprimento do disposto no art. 419.º-A do Código

p. 487, ss, MARCO CALDEIRA, “A posição do incumbente e a promoção da sã concorrência”, *Concorrência e Sustentabilidade: Dois desafios para a Contratação Pública*, AAFDL Editora, 2021, cit., p. 57, ss.

(28) No mesmo sentido, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Contratos Públicos, Transparência e acesso à informação: Uma abordagem preliminar”, *Atas do XI Congresso de Professores de Direito Público*, 2018, cit., p. 130, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3349695>.

dos Contratos Públicos, ou seja, e como regra geral, a necessidade de os trabalhadores afetos a concessões (e também à prestação de serviços) cujo prazo seja superior a um ano, prestem a sua atividade em regime de *contrato de trabalho sem termo*⁽²⁹⁾. Tal facto pode configurar uma informação extremamente importante para os *Interessados* formularem as suas propostas, designadamente quanto à rentabilidade expectável com a execução do contrato.

Ainda que esquematicamente, será possível constatar que a relação jurídica que decorre da obtenção de informação entre os potenciais *Interessados* em apresentar uma proposta e a *Entidade Adjudicante* é a que acaba por acolher alguns institutos jurídicos mais estabilizados — o *pedido de esclarecimentos* e a *identificação de erros e omissões das peças do procedimento*, institutos que serão descritos no parágrafo seguinte.

Mais problemática poderá ser a relação jurídica que decorre da obtenção de informação solicitada pela *Entidade Adjudicante* ao *Cocontratante/Incumbente*, bem como a consequente disponibilização da mesma. Ora, pensamos que é neste domínio que mais pontos de tensão podem existir. Não obstante a questão possa ser mais atenuada no âmbito dos *contratos de concessão*, na medida em que, por serem contratos tipicamente de longa duração, é mais intensa a informação que a *Entidade Adjudicante* vai obtendo (desde logo, designadamente, no que diz respeito ao cumprimento de obrigação de investimento e do típico dever de reporte de informação que os Concessionários ficam vinculados), é nos contratos de *aquisição de serviços* que mais questões se podem colocar.

Analisaremos três questões que poderão ser as mais recorrentes, em sede de fase de formação de um procedimento pré-contratual⁽³⁰⁾, e que se relacionam com a informação associada à *transmissão do estabelecimento comercial*, necessária para (i) *fixação do preço base*; (ii) *proteção de dados pessoais* e (iii) a *proteção de segredos comerciais/negócio*.

Como ponto de partida, é preciso ter presente que um dos aspetos essenciais no lançamento de um procedimento pré-contratual é a fixação do *preço base*⁽³¹⁾.

(29) Neste sentido, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *A Revisão de 2022 do Regime de Formação e Execução de Contratos Públicos*, AAFDL Editora, 2022, *cit.*, pp. 102-105.

(30) Salientando a mesma preocupação, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO/MARCO CALDEIRA, “Proteção de dados e contratos públicos”, *Direito da Proteção de Dados. Perspectivas públicas e privadas*, Almedina, 2023, *cit.*, p. 311, ss.

(31) Nos termos do art. 47.º, n.º 1 do Código dos Contratos Público, «O *preço base*, que deve ser definido pela entidade adjudicante no caderno de encargos, é o montante máximo que esta entidade se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objeto do contrato, incluindo eventuais renovações do contrato». Por seu turno, dispõe o art. 47.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos que «Quando o contrato a celebrar não implique o pagamento de um preço pela

Neste sentido, a *Entidade Adjudicante*, antes de lançar um procedimento pré-contratual, terá de ter informação necessária para que o preço que se dispõe a pagar (ou a receber) do Adjudicatário seja suficientemente atrativo para, por um lado, existir interesse no mercado para a apresentação de uma proposta⁽³²⁾, com o consequente lucro que decorre de uma atividade privada, mas também para que as propostas apresentadas sejam propostas que consigam cumprir com todas as obrigações assumidas pelo Adjudicatário, patentes no Caderno de Encargos, sem colocar em causa a prossecução do interesse público. Ora, esta fixação do *preço base* só será possível se a *Entidade Adjudicante* tiver informação detalhada sobre, designadamente, (i) número de trabalhadores, (ii) remuneração e/ou (iii) categoria profissional.

Por outro lado, cumpre referir que na elaboração das peças do procedimento não se deve considerar como admissível, ou na disponibilidade do órgão competente para a decisão de contratar, estabelecer cláusulas que tenham como efeito excluir ou condicionar a *transmissão do estabelecimento comercial*⁽³³⁾, na medida em que tal efeito não se encontra na disponibilidade das partes.

Outra questão possível de ser colocada prende-se com a *proteção de dados pessoais* no que diz respeito, designadamente, aos trabalhadores, enquanto pessoas singulares, que se associem ao estabelecimento/unidade económica que será objeto de *transmissão do estabelecimento comercial*⁽³⁴⁾, no âmbito da adjudicação de um contrato público⁽³⁵⁾. O ponto de partida poderá ser apenas a disponibilização, nas peças do procedimento, de uma lista de trabalhadores sem identificação de dados pessoais, designadamente, nomes, moradas, números de identificação fiscal ou da segurança social, de modo a cumprir-se com os princípios da *finalidade*, *minimização* e da *proporcionalidade* dos dados pessoais⁽³⁶⁾.

entidade adjudicante, o preço base corresponde ao montante previsível a receber pelas prestações que constituem o objeto do contrato».

(32) Salientando este aspeto, IMPIC — Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção, I.P., *Orientação Técnica 02/CCP/2019 — Preço Base*, cit., p. 7.

(33) Cf. ANA F. NEVES, “A situação dos trabalhadores de entidades privadas em face da extinção de contratos públicos de colaboração entre essas entidades e empregadores públicos”, *Concorrência e Sustentabilidade: Dois desafios para a contratação pública*, Org. Miguel Assis Raimundo, AAFDL Editora, 2021, cit., p. 449.

(34) Enunciando o problema, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO/MARCO CALDEIRA, “Proteção de dados e contratos públicos”, *Direto da Proteção de Dados. Perspectivas públicas e privadas*, Almedina, 2023, cit., p. 320.

(35) Dispõe a parte final do Considerando n.º 78 do Regulamento Geral de Proteção de Dados (“RGPD”) que: “Os princípios de proteção de dados desde a conceção e, por defeito, deverão também ser tomados em consideração no contexto dos contratos públicos”.

(36) No mesmo sentido, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO/MARCO CALDEIRA, “Proteção de dados e contratos públicos”, *Direto da Proteção de Dados. Perspectivas públicas e privadas*, Almedina, 2023, cit., p. 314.

Contudo, casos pode haver em que os dados pessoais sejam ou tenham de ser identificados ou identificáveis, dados pessoais cujo tratamento tanto pode ser da responsabilidade da *Entidades Adjudicante* como do *Cocontratante*⁽³⁷⁾. Nestes casos, e ainda que sumariamente, mas sem prejuízo do cumprimento dos princípios *supra* referidos, somos levados para a ideia de que, sendo a *transmissão do estabelecimento comercial* um efeito decorrente da Lei, em sentido amplo, o qual não pode ser excluído ou condicionada pelas partes, sendo na verdade um efeito que decorre do disposto no art. 285.º, n.º 10 do Código do Trabalho e na Diretiva 2001/23/CE do Conselho, de 12 de março de 2001, a disponibilização de dados pessoais dos trabalhadores afetos ao estabelecimento/unidade económica estarão abrangidos por uma fundamento de *licitude do tratamento*⁽³⁸⁾, *in casu*, por decorrência do cumprimento de uma obrigação jurídica (que não se subsume a um ato discricionário ou consensual entre as partes)⁽³⁹⁾ a que o responsável pelo tratamento (privado e/ou público)⁽⁴⁰⁾ esteja sujeito, nos termos da articulação do art. 5.º, n.º 1, alínea *a*), com o art. 6.º, n.º 1, alínea *c*) (cumprimento de uma obrigação jurídica)⁽⁴¹⁾, ambos do Regulamento Geral de Proteção de Dados.

Saliente-se, contudo, que o art. 66.º, n.º 7 do Código dos Contratos Públicos permite que as Entidades Adjudicantes possam impor aos Concorrentes requisitos destinados a proteger informações de natureza confidencial por elas disponibilizados ao longo do procedimento de formação do contrato público. Existindo posições que admitem a possibilidade de

(37) Sobre o tema, ANA F. NEVES, “Contratação Pública e o regime europeu de proteção de dados pessoais”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 22, Almedina, 2020, *cit.*, p. 14, ss.

(38) Existe o entendimento que “O tratamento de dados pessoais apenas poderá ser lícitamente realizado na medida em que seja, em concreto, subsumível a uma das alíneas do art. 6.º/1 [do RGPD]”. Cf., A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de dados e à Lei n.º 58/2019*, Coord. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Almedina, 2022, *cit.*, p. 110.

(39) Salientando este aspeto para a operacionalização da referida causa de licitude do tratamento, GRAÇA CANTO MONIZ, *Manual de Introdução à Proteção de Dados Pessoais*, Almedina, 2023, *cit.*, p. 88. No mesmo sentido, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção de Dados*, Almedina, 2022, *cit.*, p. 213 e A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de dados e à Lei n.º 58/2019*, Coord. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, Almedina, 2022, *cit.*, p. 113.

(40) Neste sentido, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção de Dados*, Almedina, 2022, *cit.*, p. 213.

(41) Entende a doutrina que, «A aplicação do art. 6.º 1/c) pressupõe, partindo de uma concepção sistematizadora que considere, igualmente, os seus números 2 e 3, o preenchimento de quatro elementos distintos: (i) necessário para o cumprimento (ii) de uma obrigação legal (iii) imposta pelo Direito da União Europeia ou de um Estado-Membro, art. 6.º/3; e (iv) essa imposição legal deve responder (a) a um objetivo de interesse público e (b) ser proporcional ao objetivo legítimo prosseguido». Cf. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Direito da Proteção de Dados*, Almedina, 2022, *cit.*, p. 214.

invocar a classificação de documentos da proposta, ao abrigo do art. 66.º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos, como mecanismo de proteção de dados pessoais em documentos da proposta⁽⁴²⁾, por argumento de maioria de razão sempre será de aplicar a mesma posição também para o caso da proteção de dados pessoais imposto pelas Entidades Adjudicantes.

Por fim, sempre se dirá que em causa também poderá estar a necessidade de *proteção de segredos comerciais ou industriais*, sendo certo que o art. 66.º do Código dos Contratos Públicos estabelece um subprocedimento de classificação de tais documentos para efeitos de restrição ou da limitação do respetivo acesso⁽⁴³⁾. Sem prejuízo das especificidades de cada caso concreto, deixa-se nota que a jurisprudência administrativa tem considerado que todo o processo administrativo pré-contratual, desde a sua preparação e consequente celebração do contrato, propostas apresentadas, bem como os preços, constituem, em geral, documentação administrativa para efeitos do *direito à informação administrativa*⁽⁴⁴⁾, sendo considerado, em regra, que os preços unitários ou parcelares constantes de procedimentos pré-contratuais e o teor dos contratos públicos não são segredo protegido, em geral, pela nossa ordem jurídica⁽⁴⁵⁾. A questão que se pode colocar é, tendo em consideração questões como a estrutura de custos associada à execução do contrato ou a formação de organização empresarial na execução do mesmo⁽⁴⁶⁾, bem como a necessidade de disponibilizar informação adequada para que se possa efetivar a *transmissão do*

(42) Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO/MARCO CALDEIRA, “Proteção de dados e contratos públicos”, *Direito da Proteção de Dados. Perspectivas públicas e privadas*, Almedina, 2023, *cit.*, p. 333.

(43) Sobre o tema, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Contratos Públicos, Transparência e acesso à informação: Uma abordagem preliminar”, *Atas do XI Congresso de Professores de Direito Público*, 2018, *cit.*, p. 144, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3349695>.

(44) Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 10.05.2018, Proc. n.º 1502/17.5BELRTA, disponível em <www.dgsi.pt>. Sobre os diferentes enquadramentos jurídicos do acesso à informação procedimental, JOÃO FILIPE GRAÇA, “Anotação ao Regime do Direito à Informação Procedimental e Protecção de Dados Pessoais: impacto quanto à consulta do processo”, *Revista de Direito Administrativo*, n.º 6, AAFDL Editora, 2019, *cit.*, pp. 106-111.

(45) Cf. Acórdão do TCA Sul, de 27.02.2020, Proc. n.º 2232/18.6BELSB, disponível em <www.dgsi.pt>. Contudo, o referido Acórdão já considera como informações secretas detidas por uma entidade pública ou privada as respetantes, nomeadamente, (i) métodos de avaliação dos custos de fabrico ou distribuição (ii) segredos e processos de fabrico (iii) fontes de aprovisionamento (iv) quantidades vendidas e produzidas (v) quotas de mercado (vi) ficheiros de clientes e fornecedores (vii) estratégia comercial (viii) estrutura do preço de custo (ix) política de vendas (x) informações de estratégia empresarial de uma unidade produtiva (xi) técnicas que podem não ter nível inventivo, mas que sejam apanágio de uma empresa.

(46) No mesmo sentido, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Contratos Públicos, Transparência e acesso à informação: Uma abordagem preliminar”, *Atas do XI Congresso de Professores de Direito Público*, 2018, *cit.*, p. 136, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3349695>.

estabelecimento comercial, possa ser colocada em causa segredos comerciais e/ou industriais — neste domínio, é possível referir que «*demasiada informação relacionada com a contratação pública pode ter um efeito pernicioso sobre a concorrência no mercado, se essa informação for livremente acessível*»⁽⁴⁷⁾, facto que impõe às *Entidades Adjudicantes* uma ponderação da informação a ser disponibilizada.

3. A relevância do pedido de esclarecimentos e/ou identificação de erros e omissões das peças do procedimento

Como já tivemos a possibilidade de abordar, a *transmissão do estabelecimento comercial* acaba por ter impacto, designadamente, na remuneração do *Adjudicatário*, no caso da prestação de serviços (v.g., na transmissão de um número significativo de contratos de trabalho), ou então no tempo necessário para a amortização do investimento, principalmente no caso de contratos de concessões, que se tratam de contratos de longa duração e que carecem de um período de tempo adequado para que a exploração da concessão seja viável.

Na maioria dos casos, e como já referido, pode estar em causa a informação necessária para que um *Concorrente* apresente uma proposta que, para além de ser competitiva, implica uma ponderada análise da estrutura de custos com impacto ao nível do preço proposto, designadamente no cumprimento de outros aspetos legais que vão para além dos que resultam diretamente do cumprimento das regras patenteadas no procedimento pré-contratual e cuja violação pode determinar a *exclusão da proposta*⁽⁴⁸⁾ —

(47) Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, “Contratos Públicos, Transparência e acesso à informação: Uma abordagem preliminar”, *Atas do XI Congresso de Professores de Direito Público*, 2018, cit., p. 135, disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3349695>.

(48) Nos termos do art. 70.º, n.º 2, alínea d) do Código dos Contratos Públicos, são excluídas as propostas cuja análise revele «*Um preço ou custo anormalmente baixo, cujos esclarecimentos justificativos não tenham sido apresentados ou não tenham sido considerados...*», sendo também configurada como causa de exclusão das propostas, nos termos do art. 70.º, n.º 2, alínea f) do Código dos Contratos Públicos, as propostas cuja análise revele “*que o contrato a celebrar implicaria a violação de qualquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis*”. Cumpre dar nota, porém, que, no entendimento do STA, «*Para efeitos de ponderação de exclusão de proposta com fundamento na alínea f) do n.º 2 do art. 70.º do CCP (“cuja análise revele que o contrato a celebrar implicaria a violação de quaisquer vinculações legais ou regulamentares aplicáveis”) — tal como na alínea e) (“cuja análise revele um preço ou custo anormalmente baixo”) — não relevam preços parcelares relativos a partes de execução do contrato, em si mesmo considerados, sem prejuízo de estes poderem servir de elementos indiciários de tais violações ou da anomalia do preço global, designadamente quando corresponderem a par-*

pensamos no cumprimento do montante subjacente à retribuição mínima mensal garantida (RMMG)⁽⁴⁹⁾ ou no caso da *prestação de serviços de segurança* cuja contratação com prejuízo é configurada como prática comercial desleal⁽⁵⁰⁾.

Não obstante a questão dos custos associados à *transmissão do estabelecimento comercial* possa ficar estabilizada pelo *órgão competente para a decisão de contratar* logo no momento da aprovação das peças do procedimento, designadamente com a indicação completa e clara do que efetivamente acompanha a *transmissão do estabelecimento comercial*, a verdade é que tal informação, quando não disponibilizada ou cuja informação seja insuficiente, pode ser “provocada” pelos *Interessados*⁽⁵¹⁾, em concreto, através do recurso ao (i) *pedido de esclarecimentos* e/ou (ii) através da *identificação de erros e omissões das peças do procedimento*. O objetivo será evitar aquilo que a doutrina apelidou de “*transmissão surpresa*”⁽⁵²⁾.

Com efeito, e como veremos, o *pedido de esclarecimentos* e a *identificação de erros e omissões das peças do procedimento* constituem institutos jurídicos específicos na contratação pública que permitem minorar as referidas “*transmissões surpresa*”. Com base neste pressuposto, temos dúvidas quanto à solução avançada por alguma doutrina quando invoca os vícios da vontade, em concreto o erro sobre os motivos, como fundamento para a anulação do negócio jurídico, ao abrigo do disposto no art. 251.º do Código Civil, por aplicação do disposto no art. 284.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos⁽⁵³⁾.

tes com peso significativo na execução do contrato, afetando a sua coerência e a do preço global». Cf. Acórdão do STA, de 21.04.2022, Proc. n.º 03/21.1BEBRG, disponível em <www.dgsi.pt>.

(49) Fixada em € 820,00, nos termos do art. 3.º do Decreto-lei n.º 107/2023, de 17 de Novembro. Sobre este aspeto importa ter presente a preocupação que o Legislador acabou por sentir, em determinados contratos de prestação de serviços, cujo aumento da remuneração mensal garantida acaba por ter impacto na execução do contrato, aprovando a Portaria n.º 54/2023, de 24 de fevereiro, diploma que estabelece a atualização extraordinária do preço dos contratos de aquisição de serviços com duração plurianual.

(50) Cf. art. 5.º-A, n.º 2, alínea c) da Lei n.º 34/2013, de 16 de maio, diploma que estabelece o regime do exercício da atividade de segurança privada.

(51) O conceito de *Interessados* surge definido no art. 2.º, alínea c) da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto, diploma que regula a disponibilização e a utilização das plataformas eletrónicas de contratação pública nos seguintes termos: “*«Interessados», todos os que manifestam interesse nos procedimentos através da inscrição nos mesmos*”.

(52) Cf. MIGUEL LUCAS PIRES/TIAGO LEOTE CRAVO, “A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 27, Almedina, 2021, *cit.*, p. 27.

(53) Defendendo esta posição, MIGUEL LUCAS PIRES/TIAGO LEOTE CRAVO, “A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 27, Almedina, 2021, *cit.*, pp. 28-29.

Com efeito, e sem prejuízo de os vícios da vontade encontrarem-se expressamente regulados no Código dos Contratos Públicos, a verdade é que, antes de se alcançar a solução de invalidade do contrato é necessário aferir se a mesma foi ou poderia ter sido evitada ou minorada pelo *Interessado* logo no momento que antecede a apresentação das propostas.

Quer o *pedido de esclarecimentos*, quer a *identificação de erros e omissões das peças do procedimento* podem ser apresentados por qualquer *Interessado*. Para este efeito, assume a posição de *Interessado* quem tenha sido convidado a apresentar proposta (no caso do *ajuste direto* ou *consulta prévia*), ou então quem tenha ficado devidamente registado na plataforma eletrónica de contratação pública onde o procedimento pré-contratual é tramitado⁽⁵⁴⁾ (designadamente, no caso dos *concursos públicos* e *procedimentos limitados por prévia qualificação* cuja publicidade do procedimento ocorre através de anúncio no *Diário da República* e, quando superior aos valores dos limiares europeus de contratação pública (art. 474.º do Código dos Contratos Públicos), no *Jornal Oficial da União Europeia*). De referir que os *Interessados* não ficam vinculados ou assumem a obrigação de apresentar qualquer proposta ou candidatura.

Os *Interessados* podem mobilizar um *pedido de esclarecimentos* com o objetivo de obter a «*a boa compreensão e interpretação das peças do procedimento*»⁽⁵⁵⁾, existindo o entendimento na jurisprudência administrativa de que a resposta a um pedido de esclarecimentos apenas poderá «*dirimir zonas obscuras da documentação concursal, não podendo, no entanto, contrariar a literalidade das mesmas*»⁽⁵⁶⁾, ou por outras palavras, “*tornar “claro e inteligível” o que é obscuro, incongruente ou passível de mais de um sentido*»⁽⁵⁷⁾. Contudo, para que os *Interessados* possam exercer tal direito, necessário será que o *pedido de esclarecimentos*⁽⁵⁸⁾ seja apresentado no 1/3 do prazo fixado para a apresentação das propostas ou para a apresentação de candidaturas⁽⁵⁹⁾ (no caso de *concursos limitados*

⁽⁵⁴⁾ Cf. art. 24.º, n.º 1 da alínea *d*) da Lei n.º 96/2015, de 17 de agosto.

⁽⁵⁵⁾ Expressão utilizada pelo art. 50.º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos.

⁽⁵⁶⁾ Cf. Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 15.07.2016, Proc. n.º 03661/15.2BEBRG, disponível em <www.dgsi.pt>.

⁽⁵⁷⁾ Cf. Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 09.05.2012, Proc. n.º 0760/11, disponível em <www.dgsi.pt>.

⁽⁵⁸⁾ O pedido de esclarecimentos deve ser dirigido ao órgão competente para a decisão de contratar ou para o júri do procedimento (neste caso, será necessário que tal competência tenha sido delgada no júri do procedimento) — cf. o art. 50.º, n.º 5 da alínea *a*), interpretado *a contrario*, e art. 69.º e do art. 109.º, n.º 1, todos do Código dos Contratos Públicos.

⁽⁵⁹⁾ Findo o 1/3 do prazo fixado para a apresentação das propostas para pedir esclarecimentos, os *Interessados* podem “provocar” um esclarecimento oficioso por parte do órgão competente para a

por *prévia qualificação*), o que significa que tal prazo se conta em dias corridos, por força do disposto no art. 470.º, n.º 4 do Código dos Contratos Públicos⁽⁶⁰⁾. Sendo prestados os esclarecimentos solicitados pelos *Interessados*, os mesmos ficam a fazer parte integrante das peças do procedimento a que dizem respeito (tendo todos os *Interessados* acesso aos mesmos) e prevalecem sobre estas em caso de divergência⁽⁶¹⁾.

Já no que diz respeito à *identificação dos erros e omissões das peças do procedimento*, trata-se na verdade de um ónus que é imposto aos *Interessados*. Com efeito, se para efeitos da apresentação de um *pedido de esclarecimentos* o Legislador utiliza a expressão, no n.º 1 do art. 50.º do Código dos Contratos Públicos, «*podem*», a verdade é que a mesma disposição, para efeitos da *identificação de erros e omissões das peças do procedimento*, os *Interessados* «*devem*» identificar os mesmos. Para este efeito, o art. 50.º, n.º 2, alíneas *a*) a *d*) do Código dos Contratos Públicos indicam o que se deve entender por *erros e omissões*⁽⁶²⁾, devendo os mesmos ser apresentados no mesmo prazo que os *pedidos de esclarecimentos*, mas com a diferença de terem de ser dirigidos ao *órgão competente para a decisão de contratar*.

Ora, o dever de *identificar erros e omissões* tem impacto, designadamente, em duas questões: (i) ao nível do princípio da estabilidade das peças do procedimento, princípio que não é absoluto⁽⁶³⁾, podendo as peças do procedimento ser alteradas pelo *órgão competente para a decisão de contratar* (por iniciativa própria ou a pedido dos *Interessados*), estabilidade que tende a ocorrer com o termo do prazo para a apresentação das propostas, face ao disposto no art. 50.º, n.º 7 do Código dos Contratos Públicos⁽⁶⁴⁾ e (ii) em termos da responsabilidade que pode vir a ser impu-

decisão de contratar, nos termos do art. 50.º, n.º 7 do Código dos Contratos Públicos. Contudo, neste caso, o *órgão competente para a decisão de contratar* não é obrigado a responder ao pedido de esclarecimentos solicitados pelos *Interessados*, dado que se trata de uma iniciativa oficiosa por parte deste.

⁽⁶⁰⁾ No mesmo sentido, PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, AAFDL Editora, 2020, *cit.*, p. 520.

⁽⁶¹⁾ Cf. art. 50.º, n.º 9 do Código dos Contratos Públicos.

⁽⁶²⁾ No art. 50.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos é referido o seguinte: «*Para efeitos do presente Código consideram-se erros e omissões das peças do procedimento os que digam respeito a:*

- a) Aspectos ou dados que se revelem desconformes com a realidade;*
- b) Espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do objeto do contrato a celebrar;*
- c) Condições técnicas de execução do objeto do contrato a celebrar que o interessado não considere exequíveis;*
- d) Erros e omissões do projeto de execução que não se incluam nas alíneas anteriores».*

⁽⁶³⁾ Salientando este aspeto, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, AAFDL Editora, 2022, *cit.*, p. 443.

⁽⁶⁴⁾ Cf. TAC, de 08.04.2021, Proc. n.º 947/ /20.8BELSB, disponível em <www.dgsi.pt>.

tada, responsabilidade que começa a ser configurada logo em momento prévio à apresentação das propostas, face ao disposto na articulação entre o art. 50.º, n.º 4 com o art. 378.º, n.º 3, ambos do Código dos Contratos Públicos⁽⁶⁵⁾. A este título, cumpre salientar que o regime da responsabilidade pelos trabalhos complementares, consagrado no art. 378.º, n.º 3 do Código dos Contratos Públicos, é aplicável, com as necessárias adaptações, aos contratos de *concessão de serviço público* e aos *contratos de aquisição de serviços*, nos termos do disposto, respetivamente, no art. 420.º-A, n.º 1 e do art. 454.º, n.º 1 do Código dos Contratos Públicos⁽⁶⁶⁾.

4. Breve nota sobre a transmissão dos trabalhadores de entidades privadas para o quadro do pessoal da entidade adjudicante

Embora se assista a um movimento de *contracting out* para a satisfação das necessidades das Entidades Adjudicantes⁽⁶⁷⁾, casos há em que estas, em vez de lançarem um novo procedimento pré-contratual para a celebração de um contrato público de colaboração, nomeadamente, para a aquisição de um serviço⁽⁶⁸⁾ ou para a execução de uma determinada tarefa por via de uma concessão de serviço público⁽⁶⁹⁾, optam, dentro da sua

Salientando a possibilidade de alteração das peças após o termo do prazo de apresentação das propostas, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, AAFDL Editora, 2022, *cit.*, p. 448.

⁽⁶⁵⁾ A este respeito, é referido que «a articulação entre os arts. 50.º e 378.º permite a distinção entre graus diferentes de evidência da necessidade dos trabalhos complementares, que se concretizam em prazo e momentos também diferentes para a sua invocação perante a entidade adjudicante ou contraente público. Em primeiro lugar, os trabalhos cuja necessidade já fosse detetável no prazo (curto) do art. 50.º, e não tenham sido detetados pelo concorrente nesse prazo, são da sua responsabilidade (em metade do valor: art. 378.º/3. (...))». Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, AAFDL Editora, 2022, *cit.*, p. 448.

⁽⁶⁶⁾ Dando conta desta remissão, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. II, AAFDL Editora, 2022, *cit.*, pp. 311 e 345.

⁽⁶⁷⁾ Neste sentido, PEDRO COSTA GONÇALVES, *Direito dos Contratos Públicos*, 4.ª ed., Almedina, 2020, *cit.*, p. 82.

⁽⁶⁸⁾ Salientando o especial cuidado a ter nos casos de contratos de prestações de serviços com a sua recondução ao conceito de unidade económica, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Destino dos trabalhadores de entidades particulares no momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas coletivas públicas no caso de internalização das atividades contratadas”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 151, n.º 4027, Gestlegal. 2021, *cit.*, p. 203.

⁽⁶⁹⁾ Referindo os mencionados tipos contratuais como aqueles em que haverá maior propensão para o fenómeno da transmissão do estabelecimento comercial, MIGUEL LUCAS PIRES/TIAGO LEOTE CRAVO, “A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um con-

liberdade de autogestão e autoadministração, por assumir a prestação de serviços ou a execução de uma tarefa — v.g., exploração de cantinas⁽⁷⁰⁾; exploração e gestão dos sistemas de abastecimento de água; serviços de limpeza; serviços de segurança ou o transporte, recolha e tratamento de resíduos sólidos urbanos. Nos casos em que a Entidade Adjudicante opta pela continuidade da atividade, mas através de *exploração direta/internalização*, pode surgir também a questão associada à *transmissão do estabelecimento comercial*, e com ela o tema da transmissão, ou não, dos trabalhadores afetos à prestação do serviço ou execução de uma tarefa e a sua subsequente integração na esfera do pessoal da Entidade Adjudicante⁽⁷¹⁾.

Não obstante a aparente simplicidade da questão, múltiplas dúvidas subsistem sobre a possibilidade de um trabalhador, vinculado através de contrato de trabalho executado de forma exclusiva ou principal a um ente privado, possa ver transferido o seu contrato, para o exercício da sua função, para uma Entidade Adjudicante, ou seja, para uma entidade da Administração Pública/Empregador Público e do subsequente vínculo laboral regulado, ou não, pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas. A este respeito cumpre referir que emerge, por força do disposto no art. 47.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, o princípio segundo o qual o acesso à função pública é efetuado, em regra, por via de concurso⁽⁷²⁾, dispondo ainda o art. 243.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa que é “*aplicável aos funcionários e agentes da administração local o regime dos funcionários e agentes do Estado, com as adaptações necessá-*

trato administrativo: quatro dúvidas essenciais”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 27, Almedina, 2021, *cit.*, p. 26.

(70) V. STA, de 11.09.2019, Proc. n.º 2743/15.5T8LSB.L1.S1, disponível em <www.dgsi.pt>. Nos termos do referido arresto, é referido que “*Transmite-se, assim, para a concedente, apesar de ser uma pessoa coletiva de direito público, a posição que o concessionário tinha nos contratos individuais de trabalho, dos trabalhadores que exerciam a sua atividade nessa Cantina*”.

(71) Sobre o tema, PEDRO COSTA GONÇALVES, “Destino dos trabalhadores de entidades particulares no momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas coletivas públicas no caso de internalização das atividades contratadas”, *ob. cit.*, p. 188, ss.

(72) Sobre a relevância do concurso para a seleção dos trabalhadores na função pública, ANA F. NEVES, “O Direito da Função Pública”, *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Vol. IV, Almedina, 2010, *cit.*, p. 466, ss. Considera-se que a regra constitucional do concurso consubstancia um verdadeiro direito a um procedimento justo de recrutamento — cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007, *cit.*, p. 661. Referindo a possibilidade de cedência da regra do acesso à função pública por via do concurso público, MIGUEL LUCAS PIRES/TIAGO LEOTE CRAVO, “A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 27, Almedina, 2021, *cit.*, p. 37.

rias, nos termos da lei”(73). Não obstante estas disposições, acompanhamos a doutrina que, embora alerte para o risco da efetivação do princípio da igualdade e da transparência no acesso à função pública, dá nota do primado do direito da União Europeia, decorrente da aplicação da Diretiva 200/23/CE, em concreto, do direito, sem distinção, de todos os trabalhadores serem transferidos para a entidade que retoma ou continua a unidade económica à qual estavam originalmente afetos(74).

É possível ilustrar vários exemplos que demonstram a complexidade da compatibilização dos regimes privado/público, designadamente, (i) pela existência de categorias profissionais que não se reconduzem às categorias previstas na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas; (ii) montante e escalão de remuneração; (iii) horário de trabalho; (iv) a existência de subsídios não previstos na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas que acabam por ser consagrados em convenções coletivas de trabalho; (v) controlo de recrutamento de trabalhadores, etc...(75). A par desta realidade, e no caso particular dos Municípios, importa ter presente que se tem assistido, também, a uma progressiva transferência para as Câmaras Municipais da competência para assegurar a prestação de diversas tarefas (v.g., refeições escolares), facto que torna a presente questão ainda mais premente e suscetível de replicação em múltiplos contextos.

Associado a este processo de transferência de competências está ainda o facto de a Diretiva 200/23/CE, referir, no art. 1.º, n.º 1 da alínea c), que «*A presente directiva é aplicável a todas as empresas, públicas ou privadas, que exercem uma actividade económica, com ou sem fins lucrativos. A reorganização administrativa de instituições oficiais ou a transferência de funções administrativas entre instituições oficiais não constituem uma transferência na acepção da presente directiva*». Face ao disposto no art. 1.º, n.º 1, alínea c), na Diretiva 200/23/CE, fica claro que o Legislador europeu não impôs uma solução aos Estados-membros no que diz respeito à «*reorganização administrativa de instituições oficiais ou a transferência*

(73) Referindo que também nestes casos o recrutamento deve funda-se em critérios de mérito e de competência, em regra, por via de concurso, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2010, *cit.*, p. 750.

(74) Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Destino dos trabalhadores de entidades particulares no momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas coletivas públicas no caso de internalização das atividades contratadas”, *ob. cit.*, p. 199.

(75) Dando conta da dificuldade de compatibilização de regimes, MARGARIDA INÊS VILAÇA, “A contratualização em sede de emprego público versus autonomia contratual do estado”, *Direito das Relações Laborais na Administração Pública*, Coleção CEJ, 2018, disponível em <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=_T8Gybsn3yk%3D&portalid=30>.

de funções administrativas entre instituições oficiais». Com base neste pressuposto, tem entendido a doutrina que o regime da *transmissão do estabelecimento comercial*, consagrado no Código do Trabalho, é também aplicável à transmissão entre empregadores públicos sujeitos à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas⁽⁷⁶⁾, mas também é aplicável nos casos em que «*os direitos e obrigações de uma contrato de trabalho existente com o contratante [entidade privada] de uma entidade da Administração Pública existentes à data da cessação dos efeitos do contrato de colaboração público-privada são transferidos para esta entidade, em caso de internalização da atividade contratada*»⁽⁷⁷⁾.

Ora, a realidade, sempre mais dinâmica que o texto da lei, colhe tratamento pelo Legislador, no domínio do Código do Trabalho, nos termos do art. 285.º, n.º 3 e n.º 10. Tal disposição determina, resumidamente, que no caso de transmissão do estabelecimento comercial os trabalhadores mantêm todos os direitos contratuais e adquiridos, nomeadamente, a retribuição, antiguidade, categoria profissional e conteúdo funcional e benefícios sociais adquiridos, realidade que é aplicável no casos em que haja transmissão do estabelecimento comercial, por via de uma adjudicação, pressupondo um procedimento pré-contratual, designadamente, para o fornecimento de serviços de vigilância, alimentação, limpeza ou transportes. Por outro lado, é necessário não esquecer o disposto no art. 244.º, n.º 3 e n.º 4 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, disposição a ter conta para a articulação de regimes e nos termos da qual é referido que o regime da *cedência de interesse público*⁽⁷⁸⁾ é aplicável aos casos em que um

⁽⁷⁶⁾ Cf. MIGUEL LUCAS PIRES, *Confronto entre o regime do emprego público e o regime laboral privado*, Almedina, 2021, *cit.*, p. 319. Salientando a questão, MIGUEL LUCAS PIRES, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas Anotada e Comentada*, 4.ª ed., Almedina, 2019, *cit.*, p. 322 e MIGUEL LUCAS PIRES/TIAGO LEOTE CRAVO, “A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais”, *Revista de Contratos Públicos*, n.º 27, Almedina, 2021, *cit.*, p. 33.

⁽⁷⁷⁾ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Destino dos trabalhadores de entidades particulares no momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas coletivas públicas no caso de internalização das atividades contratadas”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 151, n.º 4027, Gestlegal. 2021, *cit.*, p. 198. No mesmo sentido, ANA F. NEVES, “A situação dos trabalhadores de entidades privadas em face da extinção de contratos públicos de colaboração entre essas entidades e empregadores públicos”, *Concorrência e Sustentabilidade: Dois desafios para a contratação pública*, org. Miguel Assis Raimundo, AAFDL Editora, 2021, *cit.*, p. 442. Referindo a questão, MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Direito dos Contratos Públicos*, Vol. II, AAFDL Editora, 2022, *cit.*, p. 325.

⁽⁷⁸⁾ A cedência de interesse público consiste numa vicissitude modificativa do vínculo de emprego e é aplicável quando um trabalhador vinculado a um empregador público, abrangido pela aplicação da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (nos termos do art. 1.º, n.º 2 da Lei 35/2014,

empregador público passe a ser responsável pelo estabelecimento ou unidade económica com trabalhadores com relação de trabalho sujeita ao Código do Trabalho, designadamente em situações de reversão por concessão de serviço público (v.g., no caso de resgate ou sequestro de uma concessão de serviço público)⁽⁷⁹⁾.

A verdade, porém, é que da conjugação do art. 285.º, n.º 3 e n.º 10 do Código do Trabalho e do art. 244.º, n.º 3 e n.º 4 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas⁽⁸⁰⁾, não resolvem as dificuldades já acima referidas, facto, na verdade, que determinou uma iniciativa parlamentar no sentido de clarificar o regime em que se integram os trabalhadores da entidade cedente na entidade cessionária, no âmbito do art. 244.º, n.º 4 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas⁽⁸¹⁾, embora a disposição ora em questão não tenha sofrido, na presente data, qualquer alteração. Por outro lado, há o entendimento que o disposto no art. 244.º, n.º 4 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, *«sugere a ideia de transitoriedade ou de não definitividade da situação jurídica criada pelo efeito da “transferência” dos trabalhadores abrangidos»*⁽⁸²⁾.

de 20 de junho, a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas é aplicável à administração direta e indireta do Estado e, com as necessárias adaptações, designadamente no que respeita às competências em matéria administrativa dos correspondentes órgãos de governo próprio, aos serviços da administração regional e da administração autárquica), vai exercer uma atividade subordinada para um empregador não abrangido pela aplicação da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, ou o inverso, ou seja, quando um trabalhador que presta a sua atividade para um empregador não abrangido pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas acaba por passar a exercer a sua atividade para um empregador não abrangido pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

⁽⁷⁹⁾ Neste sentido, MIGUEL LUCAS PIRES, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas Anotada e Comentada*, 4.ª ed., Almedina, 2019, *cit.*, p. 322.

⁽⁸⁰⁾ Sobre o âmbito do art. 244.º, n.º 4 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas tem entendido a doutrina que *«a remissão do n.º 4 para o n.º 3 coloca uma dificuldade, qual seja a de saber se o que se pretende é a importação do efeito suspensivo nele previsto (o que significa, em termos práticos, a manutenção do estatuto original, ou seja, a submissão ao Código do Trabalho) ou, pelo contrário, a remissão é dirigida no inciso do n.º 3 que alude à não suspensão — e, portanto, à manutenção — do vínculo de emprego público. Julgamos que a alternativa mais correta é a primeira, pois o que se pretende afirmar é que, em ambos os casos previstos nos n.ºs 3 e 4, se verifica uma exceção ao efeito suspensivo do vínculo de origem, residindo a diferença no facto de, nas hipóteses contempladas no n.º 3 o estatuto de origem ser o emprego público, enquanto nas abrangidas pelo n.º 4 esse estatuto ser o do Código do Trabalho»*. Cf. MIGUEL LUCAS PIRES, *Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas Anotada e Comentada*, 4.ª ed., Almedina, 2019, *cit.*, pp. 322 e 323.

⁽⁸¹⁾ Iniciativa disponível em <<https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765130394e4c7a457a5130465154554645554577765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938774d6d526c4f5456694e5331695a5455314c54526b5a6d5174596a4a685953316d4d6a51795a6d4d7a4e6a55315a6d51756347526d&fich=02de95b5-be55-4dfd-b2aa242fc3655fd.pdf&Inline=true>>.

⁽⁸²⁾ Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Destino dos trabalhadores de entidades particulares no

Sem pretensão de estabilizar a presente problemática, e tendo em consideração que existe o entendimento de que, no presente tema, e dentro de certos circunstancialismos, os «*trabalhadores são transferidos para o empregador público, se for possível associar a extinção do contrato de colaboração público-privada entre a entidade particular e o empregador público à transmissão da titularidade de uma empresa ou estabelecimento*»⁽⁸³⁾, sendo que “os trabalhadores respetivos são transferidos para a nova entidade responsável por essa unidade económica. Ficam num regime de cedência de interesse público, como estando em mobilidade, mantêm os seus contratos de trabalho, com os direitos e obrigações inerentes»⁽⁸⁴⁾, a verdade é que o Legislador, ainda que numa área muito circunscrita, *in casu*, nos termos do disposto no art. 31.º da Lei n.º 82/2023, de 29 de dezembro, diploma que aprova o Orçamento do Estado para 2024, estabelece um regime de vinculação de trabalhadores dos serviços de abastecimento de água e de saneamento de águas residuais, considerando a possibilidade de serem constituídos, nos termos do art. 31.º, n.º 4, «*vínculos de emprego público por tempo indeterminado ou a termo resolutivo, necessários à satisfação de necessidades permanentes ou transitórias que decorram da internalização da atividade, expressamente reconhecidas pelo conselho de administração*». Pressupõe, todavia, a existência de trabalhadores com contrato individual de trabalho por tempo indeterminado ou a termo resolutivo celebrado há, pelo menos, um ano, pertencentes às empresas em processo de fim de concessão ou de reversão das concessões da exploração e gestão dos sistemas de abastecimento de água e de tratamento de águas residuais por motivos de interesse público.

Trata-se, porém, de um regime específico, mas que na sua essência reconduz o vínculo de trabalho do trabalhador revertido para o pessoal da Entidade Adjudicante através da constituição de um vínculo de emprego

momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas coletivas públicas no caso de internalização das atividades contratadas”, *ob. cit.*, p. 201.

(83) Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Destino dos trabalhadores de entidades particulares no momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas coletivas públicas no caso de internalização das atividades contratadas”, *ob. cit.*, p. 202.

(84) Cf. PEDRO COSTA GONÇALVES, “Destino dos trabalhadores de entidades particulares no momento da extinção dos contratos de colaboração dessas entidades com pessoas coletivas públicas no caso de internalização das atividades contratadas”, *ob. cit.*, p. 205. Salientando que o trabalhador mantém a mesma relação laboral com as características correspondentes e o mesmo regime de trabalho que lhe era aplicável, ANA F. NEVES, “A situação dos trabalhadores de entidades privadas em face da extinção de contratos públicos de colaboração entre essas entidades e empregadores públicos”, *Concorrência e Sustentabilidade: Dois desafios para a contratação pública*, org. Miguel Assis Raimundo, AAFDL Editora, 2021, *cit.*, p. 457.

público. Já nos casos dos contratos de trabalho em funções públicas a termo resolutivo, que constitui também uma das modalidades de vínculo de emprego público, nos termos do art. 6.º, n.º 3, alínea *a*) e n.º 4 da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, permite-se que estes contratos possam ser prorrogados até ao termo do respetivo procedimento concursal, nos termos conjugados do art. 31.º, n.º 8 da Lei n.º 24-D/2022, de 30 de dezembro, do art. 57.º, n.º 1, alínea *k*) da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

Note-se, por fim, que a jurisprudência do TJUE tem afirmado que «A Diretiva 2001/23, em conjugação com o art. 4.º, n.º 2, TUE, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que prevê que, em caso de transferência, na aceção desta diretiva, e por o cessionário ser um município, os trabalhadores em causa devem, por um lado, submeter-se a um processo de concurso público e, por outro, sujeitar-se a um novo vínculo com o cessionário»⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁵⁾ Cf. Acórdão do TJUE, Cátia Moreira contra Município de Portimão, de 13 de junho de 2019, procs. C-317/18, disponível em <<https://curia.europa.eu>>.