

**A (NÃO) TRANSMISSÃO DE TRABALHADORES COM A CADUCIDADE/CESSAÇÃO
DE CONTRATOS DE AQUISIÇÃO DE BENS/SERVIÇOS
UM CASO DE ESTUDO COM PARTICULAR RELEVÂNCIA NO PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA DE
COMPETÊNCIAS PARA OS MUNICÍPIOS**

Inês Alexandra Coelho dos Anjos

www.cedipre.fd.uc.pt

 [/fduc.cedipre](https://www.facebook.com/fduc.cedipre)

**A (NÃO) TRANSMISSÃO DE TRABALHADORES COM A CADUCIDADE/CESSAÇÃO
DE CONTRATOS DE AQUISIÇÃO DE BENS/SERVIÇOS
UM CASO DE ESTUDO COM PARTICULAR RELEVÂNCIA NO PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA
DE COMPETÊNCIAS PARA OS MUNICÍPIOS**

Inês Alexandra Coelho dos Anjos



TÍTULO	A (não) transmissão de trabalhadores com a caducidade/cessação de contratos de aquisição de bens/serviços – um caso de estudo com particular relevância no processo de transferência de competências para os Municípios
AUTOR(ES)	Inês Alexandra Coelho dos Anjos
IMAGEM DA CAPA	Coimbra Editora
COMPOSIÇÃO GRÁFICA	Ana Paula Silva
EDIÇÃO	CEDIPRE Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 3004-528 COIMBRA PORTUGAL Tel.: +351 916 205 574 E-mail: cedipre@fd.uc.pt
PARA CITAR ESTE ESTUDO	A (não) transmissão de trabalhadores com a caducidade/cessação de contratos de aquisição de bens/serviços – um caso de estudo com particular relevância no processo de transferência de competências para os Municípios, CEDIPRE Online — 47, http://www.cedipre.fd.uc.pt , Coimbra, maio de 2023

A (NÃO) TRANSMISSÃO DE TRABALHADORES COM A CADUCIDADE/CESSAÇÃO DE CONTRATOS DE AQUISIÇÃO DE BENS/SERVIÇOS UM CASO DE ESTUDO COM PARTICULAR RELEVÂNCIA NO PROCESSO DE TRANSFERÊNCIA DE COMPETÊNCIAS PARA OS MUNICÍPIOS

Inês Anjos

1. O caso concretamente em análise:

O contexto em que sucedeu o presente caso de estudo tem o seu início com o processo de transferência de competências, na área de Educação, mais concretamente, a sua aceitação pelo Município X, em 1/1/2020, ao abrigo do disposto na Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto, e Decreto-Lei n.º 21/2019, de 30 de janeiro, ambos na sua atual redação.¹ Uma das consequências para o Município, adveniente dessa transferência de competências, foi a necessidade de assegurar a continuidade do fornecimento de refeições escolares, até então assegurada por contrato de fornecimento celebrado entre a DGESTE² e determinada empresa³ nos refeitórios de duas escolas na área geográfica daquele Município⁴. Os refeitórios das escolas seriam o local onde esse fornecimento seria entregue/serviço prestado, sendo que o contrato foi celebrado com duração expressamente balizada entre 1/8/2017 a 31/8/2020, data em

¹ Sem prejuízo desta aceitação, nos termos daquele diploma, as competências foram transferidas para os Municípios a partir do passado dia 1 de abril de 2022, situação que reforça a importância da discussão desta temática.

² Direção-Geral dos Estabelecimentos Escolares.

³ Trata-se, na verdade, de um contrato misto, pois o seu objeto abrange, simultaneamente, prestações típicas de um contrato de fornecimento de bens e de prestação de serviços, logo, aplica-se, em matéria de escolha do procedimento, o regime previsto para o tipo contratual que caracteriza o objeto principal do mesmo, neste caso de fornecimento de refeições, será o fornecimento de bens por ser esta a sua vertente mais expressiva, nos termos do disposto no artigo 32.º do CCP.

⁴ Mais concretamente, abrangidos pelo contrato 04/2017 – Lote 2 (no qual se encontram os fornecimentos de refeições nos refeitórios das Escolas da Região Centro), entre a DGESTE e a empresa, disponível para consulta em <https://www.base.gov.pt/Base4/pt/detalhe/?type=contratos&id=7871086>.

que a empresa cocontratante se obrigaria a desocupar os espaços onde os bens/refeições foram, durante a execução do mesmo, fornecidos, incumbindo-lhes, conforme a cláusula 22.^a do Caderno de Encargos, gerir o seu próprio pessoal.

Antecipando o terminus daquele contrato no final do mês de agosto de 2020, e em preparação do início do ano letivo 2020/2021, o Município X procedeu à abertura de procedimentos concursais de recrutamento de trabalhadores para o preenchimento de postos de Trabalho para Assistentes Operacionais (para exercerem funções de cozinheiros e de ajudantes de cozinha), uma vez que, no exercício perfeitamente legítimo de tomar as decisões que melhor sirvam o interesse público, o executivo entendeu assumir a gestão com recurso a pessoal próprio do Município⁵, por se ter revelado a melhor opção noutra escola do mesmo concelho, não só em termos de controlo de despesas (proteção do interesse público financeiro), como também em termos do grau de satisfação dos utilizadores.

No final do mês de agosto de 2020, o sindicato que representa algumas das trabalhadoras que exerciam funções nos refeitórios daquelas escolas contactou o Município no sentido de aferir da possibilidade de, com a cessação (caducidade) do contrato existente entre a empresa (entidade patronal das trabalhadoras por si representadas) e a DGESTE, as trabalhadoras efetivas daquela empresa transitarem, diretamente, para o mapa de pessoal deste Município, apresentando como fundamento jurídico desse pedido as conclusões resultantes de duas sentenças do Tribunal de Trabalho⁶, designadamente, sob o pressuposto de ter ocorrido uma transferência de estabelecimento comercial, alegando a aplicabilidade do disposto no artigo 285.º do Código do Trabalho àquela situação em concreto.

⁵ Em bom rigor, e salvo melhor opinião, esta deveria ser a regra, visto que apenas se deveria recorrer à celebração de contratos públicos, nos termos do CCP, sempre que as necessidades da entidade pública não podem ser satisfeitas com os recursos internos da própria.

⁶ Trata-se de duas sentenças, uma do Tribunal Judicial da Comarca de Coimbra - Juízo do Trabalho de Coimbra – Juiz 2, processo 8245/16.5T8CBR datada de 20/2/2017 e outra da Comarca de Coimbra - Inst. Central - 1.^a Sec.Trabalho - J2, processo n.º 285/14.5TTCBR datada de 29/6/2015, sendo que em ambas o Instituto Politécnico de Coimbra foi condenado (pelo menos em 1.^a instância) ao cumprimento de obrigações advenientes da conclusão de que algumas das Trabalhadoras petionantes deveriam ter transitado para o mapa de pessoal dos Serviços de Ação Social do IPC (SASIPC), na sequência de contratos de concessão de estabelecimentos (refeitórios, entendidos como estabelecimentos) celebrados entre aquele Instituto e empresas.

A falta de resposta, no imediato⁷, pelo Município de X, levou a que a empresa (entidade patronal das referidas trabalhadoras) viesse a comunicar ao Município que, a partir de 1/9/2020, consideravam por transferidos os contratos de trabalho daquelas trabalhadoras para o Mapa de Pessoal deste Município, sem demais.

2. A posição adotada pelo Município X:

Esta situação originou imensas dúvidas e preocupações, não só aos serviços, como aos decisores políticos, não obstante a existência de um parecer jurídico da CCDRN⁸ que concluía pela não existência de enquadramento jurídico para essa transmissão automática dos contratos de trabalho daquelas trabalhadoras para o Mapa de Pessoal do Município em situação análoga. Importa salientar que, neste caso em concreto, não se tratava de qualquer situação idêntica às situações em análise nas sentenças judiciais, por variados motivos que aqui se elencam:

- 1) Em primeiro lugar, natureza jurídica do IPC e o Município X é completamente distinta, não obstante ambos serem pessoas coletivas de direito público. O Instituto Politécnico de Coimbra integra unidades orgânicas autónomas, com mapa de pessoal próprio, entre as quais os Serviços de Ação Social (SASIPC), para os quais ambas as sentenças remetem.⁹ Assim, aquela distinta natureza jurídica terá contribuído para as conclusões da sentença, que determinou a efetiva ocorrência de transferência entre empresas, a que alude o artigo 285.º do Código do Trabalho, aos SASIPC, pelo facto de terem autonomia financeira e mapa de pessoal próprio, bem como ter, diretamente, como atribuição, o acesso à alimentação em cantinas e cafetarias, concluindo que os SASIPC não atuaram diretamente no exercício do poder político;

⁷ Neste caso em concreto, existe um Despacho n.º 203-A/2020, de 7 de janeiro, que procede à homologação, taxativa, da lista nominativa de trabalhadores com vínculo de emprego público que, exercendo funções no Agrupamento de Escolas de X, transitaram para o mapa de pessoal do Município X, logo, a avaliação daquela questão colocada pelo sindicato levou à necessidade de encetar contactos com a própria DGESTE para avaliar a situação, o que não permitiu uma resposta imediata por parte do Município, atraso agravado pelo período de férias que se vivia.

⁸ Disponível para consulta em https://www.ccdrn-n.pt/storage/app/media/files/ficheiros_ccdrn/administracaolocal/fornecimento_de_refeicoes_escolares_atribuicao_competencia_prerrogati.pdf

⁹ Conforme Despacho Normativo n.º 6/2019, de 14 de março, e Despacho n.º 6082/2020, de 4 de junho.

- 2) Em segundo lugar, o contrato celebrado entre a DGESTE e a empresa foi um contrato de fornecimento de refeições confeccionadas, e não uma concessão de exploração do refeitório, como nos casos julgados, em que verificavam contratos de concessão da universalidade do estabelecimento comercial, neste caso, refeitório¹⁰;
- 3) Em terceiro lugar, contrariamente aos casos do IPC, neste caso concreto não se verificou qualquer espécie de "reversão", visto que a entidade pública que até aqui detinha a competência para adjudicar aquele fornecimento de refeições é distinta da entidade pública que agora decide executar essa tarefa com recursos humanos próprios, pois o contexto jurídico da transferência de competências na área da Educação¹¹ proporcionou que, pela primeira vez, o Município tivesse de decidir como assegurar o fornecimento de refeições: contratar externamente ou com os seus próprios recursos, não se verificando, em bom rigor, o denominado fenómeno de "internalização".

¹⁰ Conforme Miguel Lucas Pires e Tiago Leote Cravo no texto "A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais" na Revista de Contratos Públicos do Cedipre (n.º 27): "*Nestes tipos contratuais, por norma, a sua execução esgota-se numa determinada obra ou no fornecimento de um bem, não se produzindo uma recorrência e frequência da relação que leve inscrita a ideia de continuidade e individualidade/ autonomia do estabelecimento afeto ao contrato.*"

¹¹ Dispondo, nesta matéria, o artigo 35.º do Decreto-lei n.º 21/2019, de 30 de janeiro, na sua atual redação que:

"1 - O fornecimento de refeições em refeitórios escolares dos estabelecimentos de educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário é gerido pelas câmaras municipais.

2 - O fornecimento de refeições pode ser assegurado por outras entidades certificadas para o efeito, mediante a celebração de contratos, acordos ou protocolos.

3 - Nos casos em que o número de crianças ou de alunos não justifique a existência de refeitório escolar, é admitida a utilização de refeitórios escolares próximos, ou outras soluções alternativas para a prestação do serviço de refeições, desde que seja salvaguardada a sua segurança.

4 - Sem prejuízo das regras legais e regulamentares vigentes em matéria de preparação, confeção e prestação do serviço de refeições ao público em geral, as entidades e serviços da Administração central com competência na matéria definem, através de diploma específico, os princípios dietéticos de qualidade e variedade a que devem obedecer as refeições servidas em refeitórios escolares.

5 - O preço das refeições a fornecer às crianças e aos alunos nos refeitórios escolares e demais regras sobre o respetivo pagamento são fixados por despacho dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças, da educação e das autarquias locais, após consulta à Associação Nacional de Municípios Portugueses."

Ainda assim, o Município X considerou prudente solicitar um parecer jurídico à CCDRC, com todo o enquadramento da problemática da questão, o qual veio corroborar, em novembro de 2020, a posição que conclui pela impossibilidade legal de integração das trabalhadoras no mapa de pessoal do Município¹², motivo pelo qual a decisão anteriormente tomada em nada se alterou, relativamente ao supra explanado.¹³

Perante tudo isto, o sindicato representativo das trabalhadoras intentou ação judicial contra o Município X junto do Tribunal de Trabalho (ainda em curso), e, enquanto não são conhecidos os resultados daquelas ações, este afigura-se como um assunto que, do ponto de vista académico, salvo melhor opinião, merece uma análise mais detalhada do ponto de vista do regime da execução deste tipo de contratos administrativos, em especial, à luz das regras de contratação pública.

3. Enquadramento no âmbito do Direito Administrativo em geral:

Importa, nesta sede, relembrar as limitações na atuação do Município X perante o pedido apresentado pelo sindicato e trabalhadoras, advinentes do facto de ser uma entidade pública administrativa. É que, conforme Pedro Costa Gonçalves¹⁴ "*o princípio da legalidade administrativa*

¹² De salientar que a posição adotada pelo Município X, na pessoa do Senhor Presidente da Câmara, seria de integrar as trabalhadoras caso essa solução tivesse acolhimento legal, o que, perante todos os pareceres obtidos, não foi a conclusão.

¹³ Muito resumidamente, os motivos que levaram a tal conclusão, para além dos relacionados com a natureza jurídica do contrato já referida, prendem-se também com o não preenchimento do conceito de "transferência da universalidade económica" (adiante objeto de maior desenvolvimento), bem como a o princípio constitucional do acesso à função pública ser mediante concurso público. Ora, o n.º 2 do artigo 47.º da Constituição da República Portuguesa estabelece que "*Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.*" Pedro Costa Gonçalves, (no texto "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", publicado na Revista de Legislação e de Jurisprudência de março/abril de 2021 da Gestlegal) e Miguel Lucas Pires e Tiago Leote Cravo (no texto "A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais" na Revista de Contratos Públicos do Cedipre - n.º 27) concluem, porém, que muito embora o concurso seja a regra, ela pode ser (e tem sido na jurisprudência comunitária sobre estas matérias) excecionada, pelo que este não será o argumento mais forte para justificar que a transferência das trabalhadores diretamente para o Mapa de Pessoal de entidades públicas não ocorra.

¹⁴ No "Manual de Direito Administrativo – Vol. 1" – Reimpressão de 2020, Almeida, página 181.

tem dois sentidos. Num primeiro sentido, negativo, a legalidade administrativa consubstancia-se no cânone do primado, primazia ou preferência da lei e estabelece que a Administração não pode praticar atos que contrariem a lei. A lei, o ato legislativo, tem sempre primazia sobre as medidas e os atos da Administração. Depois, num sentido positivo, a legalidade administrativa indica a exigência de a ação administrativa se fundar na lei, tendo nesta o seu pressuposto ou fundamento; fala-se aqui de precedência ou reserva de lei”.

Assim, facilmente se compreende que a decisão sobre a aceitação da transferência de contratos das trabalhadoras, contrariamente ao que foi tornado público, não estava dependente da “boa ou má vontade” do Município, mas sim do necessário enquadramento legal que assim o permitisse. No caso em concreto, verificado o caderno de encargos (cujas cláusulas, do ponto de vista legal – CCP – e contratual, integra o conteúdo do próprio contrato celebrado), essa transferência não resultava do mesmo, nem tal resulta das normas legais e constitucionais referentes à contratação de trabalhadores em funções públicas.¹⁵

Mesmo no caso dos contratos de concessão de serviços públicos¹⁶, ou seja, no caso que foi objeto das decisões judiciais já referidas contra o Instituto Politécnico de Coimbra, os trabalhadores afetos à execução desses contratos encontram-se investidos no exercício de funções públicas, mas não são trabalhadores em funções públicas, não integram os mapas de pessoal das entidades administrativas concessionárias, “*não se incorporam numa pessoa coletiva pública e atuam, nas relações com terceiros, em nome próprio, suportando a imputação dos efeitos dos atos que praticam*”, pelo que também estas decisões são difíceis de compreender, do ponto de vista do Direito Administrativo.

Assim, do ponto de vista das normas de Direito Administrativo, qualquer decisão de integração das trabalhadoras como efeito adveniente da caducidade do contrato, diretamente, no mapa de pessoal do Município, em violação do Princípio da legalidade¹⁷ que vincula toda a Administração Pública, traduzir-se-ia na prática de um ato administrativo inválido¹⁸, não se verificando unanimidade nas opiniões da Doutrina re-

¹⁵ O mais completo desenvolvimento destas normas poderá ser, também, consultado no referido “Manual de Direito Administrativo” de Pedro Costa Gonçalves, nomeadamente, as páginas 693 e seguintes.

¹⁶ No “Manual de Direito Administrativo – Vol. 1” – Reimpressão de 2020, Almeida, página 729.

¹⁷ Por falta de norma habilitante.

¹⁸ E, sobre as consequências da invalidade de tais atos administrativos, recomen-

lativamente ao que sucede ao contrato sustentado em tal ato administrativo, o que gera grandes incertezas quanto ao risco na tomada de tais decisões.

4. Enquadramento nas regras da contratação pública:

No caso que foi objeto de análise no já referido parecer jurídico da CCDRN, datado de 15/9/2020, não obstante essa análise versasse sobre um contrato de concessão de exploração de refeitório escolar (cuja natureza jurídica é distinta do contrato de fornecimento de bens em que o Município X sucedeu na posição contratual da DGESTE), mesmo neste caso concluiu-se que *“ao contrário do que sucede no caso apreciado no Acórdão do STJ citado – em que as cantinas das Universidades funcionam numa lógica de mercado, correspondendo ao exercício de uma atividade económica submetida às regras do direito privado – nos Municípios o fornecimento de refeições escolares decorre de uma imposição legal, pelo que constitui uma prerrogativa de interesse público que os Municípios têm de assegurar. Por isso, não nos parece que a cessação do presente contrato de concessão determine a aplicação da Diretiva 2001/23/CE, do Conselho de 12 de março de 2001 e, concomitantemente, do art.º 285º do CT.”*

Embora os contratos tenham natureza jurídica diferente, se aquela foi a conclusão para um contrato de concessão da “universalidade” que constitui o refeitório, por maioria de razão, num contrato de fornecimento de bens a conclusão teria de ser a mesma.

Vejamos:

Conforme Pedro Costa Gonçalves¹⁹, temos como categorias principais de contratos públicos os contratos de compras públicas (em que se incluem os contratos de aquisições de bens móveis e serviços – como o contrato misto aqui em análise celebrado entre a DGESTE e a empresa), por um lado, e os contratos de concessão (entre os quais, os de serviços públicos, como aqueles que foram objeto das sentenças contra o Instituto Politécnico de Coimbra). Ou seja, ambos são tipos de contratos públicos, porém, inseridos em categorias distintas, dadas as diferenças inerentes a cada tipo contratual.

da-se a leitura do texto *“Causas e consequências específicas da invalidade dos atos constitutivos de vínculos de emprego público”* de Catarina Gouveia Alves, nas páginas 3 a 10 dos Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 130, de julho/agosto de 2018.

¹⁹ No manual “Direito dos Contratos Públicos”, 4.ª Edição, Almedina, página 210.

Acresce ainda que, no contrato em análise, o único critério de adjudicação foi a avaliação do preço mais baixo, não obstante o artigo 74.º do CCP admitir que a proposta economicamente mais vantajosa seja aferida através de variados fatores, entre os quais a qualificação técnica da equipa que será afeta à execução do contrato, o que não foi a opção da DGESTE na decisão de contratar que antecedeu o procedimento que culminou na celebração daquele contrato.

Verificado o contrato vigente entre a DGEST e a empresa, conclui-se, então, que não se trata de qualquer situação idêntica às situações em análise nas sentenças apresentadas pelo sindicato, pois enquanto o primeiro terá sido um contrato de fornecimento de refeições que se subsume num contrato (administrativo) misto, cuja preponderância da natureza de prestação – fornecimento de bens – leva ao enquadramento jurídico num contrato de aquisição de bens, tendo por objeto “o fornecimento de refeições confeccionadas em refeitórios escolares”, o segundo (objeto das referidas sentenças) é um contrato de concessão de serviço público que, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 407.º do CCP se traduz por um contrato através do *“qual o cocontratante se obriga a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, uma atividade de serviço público, durante um determinado período, sendo remunerado pelos resultados financeiros dessa gestão ou, diretamente, pelo contraente público.”*

Os refeitórios das escolas seriam, no primeiro contrato, somente, o local onde esse fornecimento seria entregue/serviço prestado, com duração expressamente contratualizada (de 1/8/2017 a 31/8/2020), logo, o objeto deste contrato não se subsume no disposto no referido artigo 285.º do CT²⁰, uma vez que, do ponto de vista jurídico, um contrato de aquisição de bens não poderá sustentar a posição de ocorrência de transferência da unidade económica a que alude aquele artigo, pois o objeto deste contrato não se traduz na unidade económica que, nos termos daquele artigo, significa *“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”* – a DGESTE contratualizou, sim, a “mera” aquisição de bens – refeições pré-confeccionadas, atento o disposto no contrato celebrado.

²⁰ “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 respectivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contra-ordenação laboral”

Assim, a única expectativa da empresa cocontratante, relativamente à execução deste contrato, seria que o mesmo teria início a 1/8/2017 e fim a 31/8/2020, data em que se obrigaram a desocupar os espaços onde os bens/refeições foram, durante a execução do mesmo, fornecidos, incumbindo-lhes, conforme a cláusula 22.^a do Caderno de Encargos, gerir o seu próprio pessoal – gestão de pessoal que lhe incumbia na execução do contrato mas também, como não poderia deixar de ser, no seu terminus.

A decisão tomada pelo Município X, perante a caducidade daquele contrato, não foi no sentido de externalizar esse serviço/aquisição de bem, pois o recurso à contratação externa só deverá ocorrer, nos termos da legislação de contratação pública, quando as necessidades não poderem ser supridas internamente, mas a verdade é que o Município decidiu, legitimamente, proceder à abertura de procedimentos concursais tendentes ao recrutamento de trabalhadores em funções públicas para realizar este trabalho, por considerar que a assunção da gestão com recurso a pessoal próprio do Município seria a melhor opção que melhor prosseguiria o interesse público.

Conforme Juliana Ferraz Coutinho²¹, *"o procedimento que antecede a decisão de contratar não se dirige assim, pelo menos não inicialmente, à tomada de uma decisão de contratar, mas à questão prévia, essencial, de perceber quais são as soluções legalmente admissíveis para a satisfação de uma determinada necessidade e, depois, à averiguação, entre estas, da mais adequada, que poderá ser, ou não, a celebração de um contrato. Pressupõe a predeterminação da função, como fim, tarefa ou incumbência. (...) Poderá sempre dizer-se que o procedimento que antecede a tomada de uma decisão de contratar não se dirige apenas à constatação e ao estabelecimento dos factos relevantes à prática de um ato jurídico, mas também à valoração e comparação das alternativas de atuação trazidas ao procedimento"*. No caso concreto, essa avaliação do Município não culminou com a decisão de contratar nos termos do CCP, mas sim na decisão de enveredar por outro caminho possível, no âmbito do poder discricionário²², situação com a qual a empresa teria de contar, no âmbito da gestão do seu próprio pessoal, podendo apresentar nova proposta em novos lotes de concursos que terão sido desenvolvi-

²¹ No seu texto *"A decisão de contratar e as suas circunstâncias"*, na Revista de Contratos Públicos – CEDIPRE – n.º 23 de abril de 2020, páginas 135 e seguintes.

²² E sobre a discricionariedade administrativa, recomenda-se a leitura das páginas 200 e seguintes do *"Manual de Direito Administrativo – Vol. 1"* – Reimpressão de 2020, Almedina.

dos também na região centro (dada a caducidade daquele contrato cujo objeto era toda a região centro), alocando os seus trabalhadores com contratos de trabalho por tempo indeterminado, como era o caso destas trabalhadoras, à execução de outros contratos, por exemplo.

Conforme também realçou o referido parecer da CCDRC²³, o negócio jurídico objeto daquele contrato celebrado entre a DGESTE e a empresa, além de visar um número significativo de refeitórios escolares além dos dois refeitórios das escolas do Município X (cerca de 50 refeitórios da região centro), não traduz a referida unidade económica, pois, nos termos do caderno de encargos, à empresa adjudicatária cabia apenas o aprovisionamento/aquisição dos bens alimentares e outros inerentes ao fornecimento das refeições e a confeção e serviço das refeições confeccionados com recurso aos seus meios humanos usando, porém, todos os restantes meios (a cozinha, suas máquinas e utensílios, etc...) da entidade pública, recebendo, por isso, o preço fixado por lei para as refeições escolares vezes o número de refeições fornecidas, motivo pelo qual, dada a evidente diferença na natureza jurídica do contrato, comparativamente às decisões judiciais contra o Instituto Politécnico de Coimbra, reforçam a inaplicabilidade das conclusões daquelas ao caso concreto.²⁴

Conforme conclui Pedro Costa Gonçalves²⁵, *"um elemento essencial*

²³ Da autoria de Ricardo da Veiga Ferrão, com despacho de concordância de Maria José Castanheira Neves, datado de 16/11/2020.

²⁴ Sobre as questões da transmissão do estabelecimento, conforme Joana Nunes Vicente no texto "Contrato de prestação de serviço versus cedência ilegal de trabalhadores: diálogo com a doutrina da transmissão de empresa" na Coleção de Formação inicial do CEJ de Jurisdição do Trabalho e da Empresa, disponível para consulta em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Transmissao_estabelecimento.pdf?id=9&username=guest, *"De acordo com o que dissemos supra, há transmissão de estabelecimento quando a entidade económica preserva a sua identidade, quer isto dizer, quando ocorre a passagem dos elementos constitutivos da empresa que determinam a sua identidade e que formam, por assim dizer, o seu suporte principal. Pergunta-se: quais os elementos que compreendem esse substrato organizacional e cuja passagem se afigura essencial para que de uma transmissão se trate? Na verdade, na esteira da tradicional doutrina comercialista, uma das características mínimas essenciais para uma transferência reside na passagem bens materiais - máquinas, equipamentos, bens imóveis. No entanto, neste ponto, o Tribunal das Comunidades veio alertar para a circunstância de a passagem ou não daquele elemento material poder assumir força qualificante e significados diversos consoante o contexto em que se insere, mais concretamente, consoante a natureza da atividade desenvolvida."*

²⁵ No texto "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", publicado na Revista de Legislação e de Jurisprudência de março/abril de 2021 da Gestlegal, que corres-

na configuração do direito dos trabalhadores à transferência reside na verificação do requisito de "transferência de uma unidade económica que mantém a sua identidade". Ora, nas "situações contratuais", este requisito tem de apurar-se com especial cautela, designadamente por se exigir a verificação de que o cocontratante tenha organizado uma "unidade económica" para a execução do contrato. Eis o que ocorre, em regra, na execução de contratos de concessão de serviços públicos, de obras públicas e de exploração de domínio público: além de, em regra, o concessionário dever ter por objeto exclusivo a exploração da atividade concedida (artigo 411.º, n.º 2, do CCP) à concessão corresponde um estabelecimento (cf. artigo 419.º do CCP), exigência legal que tem o propósito de conferir autonomia, no plano material ou patrimonial, aos recursos alocados ao exercício da atividade concedida. (...) A situação já se encontra menos clara em relação a contratos de prestação de serviços em geral. (...) O mesmo se diga dos contratos de serviços de fornecimento e colocação de pessoal, pois, nesse caso, a transferência seria uma forma indireta de permitir a contratação de pessoal sem concurso."

5. A recente alteração ao artigo 285.º do Código do Trabalho pela redação da Lei n.º 18/2021, de 8 de abril:

No dia 11 de maio de 2020 é publicada em Diário da República a Resolução da Assembleia da República n.º 24/2020, da qual se retira a preocupação na salvaguarda dos direitos dos trabalhadores no setor da vigilância e limpeza, mais concretamente, nos casos de transmissão de estabelecimento advenientes de concursos públicos.

Conforme melhor explicado por Miguel Lucas Pires e Tiago Leote Cravo²⁶, aquela alteração legislativa advém de três iniciativas da esquerda parlamentar que, em bom rigor, não introduzem novidades relativamente àquela que já era a interpretação doutrinária e prática jurisprudencial da aplicação do referido artigo 285.º do Código do Trabalho. A relevância da referida alteração para o caso concreto é o novo n.º 10 daquele artigo 285.º que passou a estabelecer o seguinte:

ponde, segundo o próprio, "à versão escrita da lição apresentada oralmente em provas de agregação prestadas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no dia 8 de novembro de 2019".

²⁶ Nas páginas 15 e 16 do texto "A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais" na Revista de Contratos Públicos do Cedipre (n.º 27).

"10 - O disposto no presente artigo 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."

Sem prejuízo das críticas que a redação desta norma possa oferecer²⁷, mantém-se a problemática da sua aplicação ao caso concreto, ou seja, a subsunção da execução de um contrato de fornecimento de refeições por determinada empresa à definição de unidade económica que resulta do n.º 5 do artigo 285.º do Código de Trabalho, isto é, "*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.*"

6. Necessidade de antecipação nas peças do procedimento da não obrigatoriedade de transição dos contratos de trabalho dos trabalhadores afetos à execução do contrato?

Considerando o impacto que uma situação como a acima relatada tem para a imagem das entidades adjudicantes, muitas delas dotadas de poderes públicos decisórios que, inevitavelmente, se encontram sujeitos ao escrutínio dos seus eleitores, bem como as recentes tendências de combate à precariedade através de medidas de contratação pública²⁸, afigu-

²⁷ Conforme Miguel Lucas Pires e Tiago Leote Cravo nas páginas 18 a 20 do texto "A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais" na Revista de Contratos Públicos do Cedipre (n.º 27)"

²⁸ Além da já referida recente alteração ao artigo 285.º do Código de Trabalho, veja-se ainda a alteração introduzida ao artigo 42.º do CCP pela Lei n.º 30/2021, de 21 de maio, cuja redação do seu n.º 6 passou a constar:

"6 - *Os aspetos da execução do contrato, constantes das cláusulas do caderno de encargos, podem dizer respeito, desde que relacionados com tal execução, a condições de natureza social, ambiental, ou que se destinem a favorecer:*

- a) *A aplicação de medidas de promoção da igualdade de género e da igualdade salarial no trabalho;*
- b) *O aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho;*
- c) *A conciliação da vida profissional com a vida familiar e pessoal de todos os trabalhadores afetos à execução do contrato;*
- d) *A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.*

ra-se oportuno ponderar se as peças do procedimento (nomeadamente, o caderno de encargos) deverão acautelar este tipo de situações, com a previsão expressa de uma cláusula no sentido de não ocorrer qualquer transmissão dos contratos de trabalho para o Mapa de pessoal da entidade adjudicante, findo o contrato que vier a ser celebrado ao abrigo daquele procedimento, seja qual for a causa de cessação do contrato.

Até que esta questão venha a acolher uma interpretação jurisprudencial uniforme (tarefa dificultada pelo facto de estas decisões serem de Tribunais de Trabalho, e não Administrativos), urge acautelar a possibilidade de a entidade adjudicante se confrontar com situações semelhantes, em que a contratação pública acaba por ser um "*veículo de promoção de valores sociais*",²⁹ com efeitos, muitas das vezes, controversos e até contraproducentes.

Mas será que a salvaguarda expressa de cláusula que estabeleça a não transmissibilidade dos contratos de trabalho dos trabalhadores afetos à execução do contrato acautelaria a não aplicabilidade do disposto no artigo 285.º do CT já referido? Em bom rigor, parece que a previsão de tal cláusula de salvaguarda poderá, eventualmente, ter o mesmo efeito prático que a sua não previsão, pois, em sede de decisões judiciais, poderá o decisor/intérprete considerar que a previsão expressa de tal cláusula não valida esse exercício, com a consequente invocação de invalidade de tal cláusula, por violadora daquela regra, bem como da referida Diretiva Comunitária³⁰.

-
- e) *A valorização da economia local e regional;*
 - f) *A promoção da economia circular e dos circuitos curtos de distribuição;*
 - g) *A promoção da sustentabilidade ambiental;*
 - h) *A valorização de processos, produtos ou materiais inovadores;*
 - i) *A contribuição para a promoção da inovação ou de emprego científico ou qualificado;*
 - j) *A promoção de atividades culturais e a dinamização de património cultural;*
 - k) *A valorização da contratação coletiva;*
 - l) *O combate ao trabalho precário."*

Assim, esta alteração legal permite questionar até que ponto é que uma entidade adjudicante, sem quaisquer atribuições em matéria de promoção do emprego, pode através do modelo de avaliação de propostas que vier a implementar prosseguir essa política estratégica nacional de combate à precariedade, agora legitimada pela alteração legislativa que o CCP sofreu.

²⁹ Conforme Pedro Costa Gonçalves no manual "Direito dos Contratos Públicos", 4.ª Edição, Almedina, páginas 365 e 366.

³⁰ Sobre esta interpretação comunitária, ver o acórdão SCHMIDT do Tribunal de Justiça, disponível para consulta em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0392&from=PT>

Assim, talvez se conclua que, com a previsão expressa de tal cláusula, ou sem ela, a problemática mantém-se, deixando à interpretação jurídica das variadas normas que se interligam nesta problemática (nomeadamente, o artigo 285.º do CT, o n.º 2 do artigo 47.º da CPR, as Diretivas 2001/23/CE do Conselho, de 12 de março de 2001, e 77/187/CEE do Conselho, de 14 de fevereiro de 1977 e o próprio CCP) a adoção da melhor solução que garanta aquela harmonização, confiando que o intérprete considerará como prioritária a solução que melhor garanta a satisfação dos princípios jurídicos subjacentes a todas aquelas normas vigentes no nosso ordenamento jurídico³¹.

Não esqueçamos que, do ponto de vista da entidade adjudicante, uma interpretação como aquela que foi adotada pelo Tribunal de Trabalho nos processos contra o Instituto Politécnico de Coimbra, poderá ter o efeito perverso de, através da cessação/caducidade dos contratos de prestação de serviços/fornecimento de bens, ou até mesmo de concessão, permitir a contratação de trabalhadores, que serão integrados nos mapas de pessoal da própria entidade, sem que para isso tenham de submeter-se aos procedimentos concursais de recrutamento de trabalhadores em funções públicas, situação que, certamente, todas as medi-

³¹ Melhor desenvolvido no texto "O problema da unidade do ordenamento jurídico. Reflectindo sobre CASTANHEIRA NEVES e o seu "sistema aberto e de reconstrução dialéctica", disponível para consulta em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/51936/1/Unidade%20do%20ordenamento%20jur%C3%ADdico.pdf> "As maiores angústias parecem surgir por via – ou por causa – do Direito da União europeia, onde o principal problema consiste em saber se as normas provenientes do ordenamento europeu comunitário constituem, juntamente com as normas do ordenamento português, um corpo unitário, no sentido de terem um fundamento comum de validade. Como se pode ver, a colocação da questão nestes termos leva assumida a aceitação da ideia de que uma norma só vale se integrada num agregado mais vasto do qual faça parte (ordenamento jurídico) e já tem por contornadas ou superadas inúmeras outras, como as da aceitação da tese da osmose de ordenamentos jurídicos – que traz implícita a impossibilidade de estabelecimento de uma rígida hierarquia entre os respectivos actos, atenta as dúvidas actuais acerca da titularidade da Kompetenz- kompetenz –; de saber se a União europeia constitui um real ordenamento jurídico ou um mero núcleo autónomo de produção jurídica (fonte de Direito); se existe uma concorrência ou uma uniformização de ordenamentos jurídicos na Europa; ou se existe um primado ou uma preferência aplicativa do Direito europeu comunitário em relação ao Direito interno com ele desconforme. E nem se pode dizer que o problema já se encontra resolvido pelo Direito Europeu Comunitário. Este, como é sabido, tem procurado fundar uma eventual unidade ordenamental a partir do estabelecimento de uma série de princípios perfeitamente identificáveis – aplicação directa, primado, etc. – por meio de uma jurisprudência dinâmica do seu órgão máximo de jurisdição. Contudo, não apenas se podem levantar dúvidas quanto à legitimidade do estabelecimento de tais princípios, como, em verdadeiro rigor, tais princípios terão mais a ver com a ideia de sistema do que com a ideia de unidade."

das de combate à precariedade agora vertidas no CCP não visariam alcançar, admitindo-se este como um efeito colateral perverso adveniente da propagação de tais interpretações, salvo melhor opinião.

Este é, também, um importante alerta a considerar no momento em que é tomada a decisão de contratar, por parte dos decisores públicos, visto que, em princípio, este terá sido um efeito colateral da execução de contratos públicos (ou melhor, da sua cessação) não antecipado naquele momento inicial em que se decide contratar externamente.

7. E no caso em concreto do processo de transferência da gestão dos refeitórios escolares, inserido no processo de transferência de competências do Estado para as Autarquias, na área da Educação?

Considerando a natureza jurídica do processo de transferência de competências do Estado nas Autarquias Locais na área da Educação, bem como que, tendo as Autarquias aceitado essa transferência ou não, a nova realidade³² consiste na gestão dos refeitórios pelas Autarquias que podem, ou não, celebrar com outras entidades contratos para adjudicar o fornecimento das refeições, da mesma forma que podem, com recursos humanos próprios, assegurar essa competência, nos termos legalmente definidos pela Administração Central, a quem incumbe definir, em diplomas específicos, não só as questões relacionadas com a qualidade das refeições, como os preços de custo de cada refeição para os utilizadores (independentemente do custo que cada refeição assume, na prática, para o Município).

Se é pressuposto na definição de unidade económica a existência de um *"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"*, a verdade é que nos contratos celebrados entre a DGESTE e as empresas cocontratantes (relativamente aos quais, finda a sua execução, os Municípios poderão decidir adjudicar esse fornecimento ou assegurá-lo por recurso a meios próprios – este último caso, tal como sucedeu com o Município X no caso em análise) são estabelecidas, entre outras as seguintes restrições à autonomia técnico organizativa:

- *As refeições a fornecer ao abrigo do contrato celebrado deverão ser confeccionadas de acordo com as precisas instruções da Adminis-*

³² Desde 1 de abril de 2022.

tração Central, de modo a garantir a qualidade na prestação de um serviço que, em bom rigor, é um serviço público³³;

- *As escolas colocam à disposição da empresa que garante o fornecimento das refeições escolares as instalações que constituem o refeitório, suportando ainda todos os custos de eletricidade, água, aquecimento, etc...;*
- *Não obstante a adjudicação do fornecimento de refeições, a Administração Central mantém o poder de controlo e fiscalização da forma como o fornecimento é realizado, nomeadamente, com a possibilidade de, sem qualquer aviso prévio, tomar amostras das refeições e mandar proceder às análises, ensaios e provas em laboratórios acreditados, ou inspecionar a documentação em dia referente ao controlo de qualidade das refeições fornecidas, exercendo um direito de auditoria a avaliação quantitativa e qualitativa das refeições;*
- *As ementas e respetivas fichas técnicas são as impostas no caderno de encargos do procedimento, não havendo margem para alterações pela entidade que fornece essas mesmas refeições.*

8. Conclusões:

Perante tudo o que já foi referido sobre esta temática, dificilmente se aceita que, neste processo de transferência de competências na área da Educação para os Municípios se dê por cumprido o pressuposto de aplicação do artigo 285.º do Código de Trabalho, mesmo com a recente alteração legislativa, uma vez que a execução em concreto daqueles contratos não confere às empresas adjudicatárias autonomia técnico-organizativa, nem sequer identidade própria dessas empresas na forma como executam o contrato, condição essencial à conclusão de que, nestes casos, quando os Municípios assumem a gestão de refeitórios por recurso a meios próprios assumiriam a obrigação de integração dos trabalhadores nos seus mapas de pessoal.

A conclusão será, forçosamente, que ainda que não se verifique qualquer violação ao princípio constitucional do acesso à função pública através do concurso público na integração direta de tais trabalhadores nos respetivos mapas de pessoal, também não poderá haver uma irre-

³³ Não esqueçamos que o fornecimento de refeições escolares pelo preço fixo determinado pela Administração Central, enquanto apoio alimentar, traduz-se numa das modalidades dos apoios e complementos educativos previstos na Lei de Bases do Sistema Educativo.

flexão na aplicação a todo e qualquer contrato no setor do fornecimento de serviços relacionados com a alimentação³⁴ da aplicação do disposto no artigo 285.º do Código do Trabalho, sob pena de as consequências práticas dessa interpretação terem efeitos não desejados aquando da previsão legal: por um lado, desmotiva os Municípios a gerir os refeitórios escolares com recursos humanos próprios (com prejuízo para a consequente estabilidade que o vínculo em função pública poderia trazer para tais trabalhadores); por outro lado, permite a integração de trabalhadores em funções públicas sem que, por esta via, haja garantia de cumprimento dos requisitos que todos os demais tiveram de garantir no acesso mediante concurso.³⁵

Assim, este é um tema que merecerá melhor e mais alargada discussão no ordenamento jurídico português.

³⁴ Uma vez que a nova redação do n.º 10 do artigo 285.º do Código de Trabalho refere "(...) nomeadamente à adjudicação de fornecimento de serviços de vigilância, alimentação, limpeza ou transportes, produzindo efeitos no momento da adjudicação".

³⁵ E sobre esta temática, melhor desenvolvida por Pedro Costa Gonçalves nas páginas 204 e 205 do texto "A transmissão de relações laborais por efeito próprio da adjudicação e celebração de um contrato administrativo: quatro dúvidas essenciais" na Revista de Contratos Públicos do Cedipre (n.º 27).

