

Acórdão nº 9/2019 – 28.MAR - 1.ª S/PL

DESCRITORES: ASSISTÊNCIA TÉCNICA / CONCEITO INDETERMINADO / CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS / LEI DE PROGRAMAÇÃO MILITAR / MANUTENÇÃO DE EQUIPAMENTO / OBJETO DE RECURSO / NORMA FINANCEIRA / NULIDADE / PARCERIA PÚBLICO PRIVADA / RECURSO ORDINÁRIO / RECUSA DE VISTO / SUSPENSÃO DA INSTÂNCIA

SUMÁRIO

Processo nº: 2042/2018

Recurso Ordinário nº: 1/2019

Relator: Conselheiro Paulo Joaquim da Mota Osório Dá Mesquita

1. O recurso ordinário de decisão final de processo de fiscalização prévia é um instrumento de impugnação de atos jurisdicionais configurado como remédio jurídico que permite uma reapreciação delimitada de algumas das questões selecionadas pelas partes que integraram o julgamento realizado pela primeira instância.
2. O regime específico do recurso sobre acórdãos de recusa de visto estabelece que, não sendo suscitadas novas questões pelo MP no parecer elaborado ao abrigo do artigo 99.º, n.º 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), o tribunal ad quem está impedido de conhecer para a concessão ou recusa do visto «questões relevantes» «não abordadas na decisão recorrida ou na alegação do recorrente» — cf. n.º 2 do artigo 100.º conjugado com o n.º 3 do artigo 99.º da LOPTC.
3. As regras específicas do processo de fiscalização prévia determinam uma menor margem jurisdicional de conformação do processo em primeira instância do que a existente no processo civil declarativo, atentos os ónus de alegação e prova da entidade requerente que delimitam os poderes de cognição e deveres de gestão processual do Tribunal, sem olvidar os princípios do pedido, da cooperação e boa-fé processual, em face, nomeadamente, dos artigos 81.º, n.º 1, 82.º,

- n.º 2, 85.º, n.ºs 1 e 3, da LOPTC e dos artigos 5.º a 8.º, 414.º, 417.º, n.º 2, do Código de Processo Civil (CPC) *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.
4. Em fase de recurso, o âmbito do poder jurisdicional é significativamente restringido pois o objeto do recurso é mais limitado do que o do processo, atento, nomeadamente, o disposto no artigo 97.º, n.º 1, da LOPTC e nos artigos 639.º e 640.º do CPC, não podendo o tribunal ad quem alterar matéria de facto por via de introdução de factos supervenientes em recurso limitado à matéria de direito, e mesmo quanto ao recurso em matéria de facto existem limites temporais para relevação de factos probandos supervenientes.
 5. A decisão proferida em primeira instância determina o termo final para efeitos de ocorrência de factos probandos essenciais para a concessão ou recusa de visto jurisdicionalmente atendíveis, por força do complexo normativo extraído das disposições conjugadas dos artigos 81.º, n.º 1, 82.º, n.º 3, 85.º, n.ºs 1 e 3, da LOPTC e artigos 5.º, n.ºs 1 e 2, 6.º, n.ºs 1 e 2, 7.º, n.ºs 1 e 2, 8.º, 588.º, n.º 1, e 611.º, n.º 1, do CPC (estes *ex vi* artigo 80.º da LOPTC), mesmo no quadro de recurso em matéria de facto (podendo apenas ser valorados estritos factos probatórios supervenientes, nomeadamente provados por documentos supervenientes).
 6. Finda a instrução do processo de fiscalização prévia em primeira instância (e depois de conferida oportunidade à entidade requerente para, querendo, alegar novos factos, juntar novas provas ou suscitar incidentes de instância, como a suspensão fundada em motivo justificado, esta não tenha formulado qualquer requerimento nesse sentido), o Tribunal apenas pode produzir a decisão com base nos factos conhecidos e provas produzidas até esse momento e caso tenham sido identificados no processo motivos imperativos de recusa de visto deve ser proferido acórdão no prazo estabelecido pelo artigo 85.º, n.º 1, da LOPTC.
 7. Na fase de recurso constitui um poder do recorrente a delimitação do respetivo objeto, nomeadamente, cingindo-o a matéria de direito.
 8. Pelo que, em recurso de entidade fiscalizada contra acórdão de recusa de visto restrito a matéria de direito está proibida a introdução de novos factos, a não ser que a mesma seja suscitada pelo MP no momento do parecer previsto no artigo 99.º, n.º 1, da LOPTC (e satisfeitos os respetivos ónus, atento, nomeadamente, o disposto no artigo 340.º, n.º 3 do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC).
 9. Sendo o recurso sobre matéria de facto, a admissão de documento superveniente (artigo 662.º, n.º 1, do CPC) e novos meios de prova (662.º, n.º 2, alínea b), do CPC) tem de respeitar o objeto do específico recurso e o pressuposto da relevância, estando a admissão de documentos

- supervenientes, ainda, vinculada a limites temporais (atentas as disposições conjugadas dos artigos 651.º, n.º 2, e 657.º, n.º 1, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC).
10. A possível autorização da despesa relativa a contrato a que foi recusado o visto em primeira instância por futura Resolução do Conselho de Ministros não constitui motivo justificado para suspensão de instância do processo na fase de recurso, ao abrigo do artigo 272.º, n.º 1, parte final, do CPC, *ex vi* artigo 80.º, na medida em que o hipotético facto superveniente não poderia influir no julgamento do recurso.
 11. O conceito de assistência técnica deve cingir-se, para efeitos de isenção de fiscalização prévia ao abrigo do artigo 47.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC, a atividades reportadas a mero apoio e acompanhamento de verificação do funcionamento de equipamentos segundo normas técnicas e/ou legais relacionadas com a operação do equipamento e enquanto mero serviço complementar ou instrumental do contrato de aquisição, não abrangendo contratos em que as partes pretendem a execução de serviços técnicos de reparação, manutenção ou substituição de peças.
 12. Obrigações relativas a resultados operacionais independentes de contingências operativas, reparações extraordinárias (em virtude de incidentes prévios ou posteriores à contratação), ou formação e certificação de técnicos para atividades especializadas nunca podem ser qualificadas como assistência técnica para efeitos do artigo 47.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC.
 13. A norma da alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC apresenta um carácter de exceção a regra sobre o âmbito objetivo da fiscalização prévia e o respetivo preenchimento quanto a contratos de prestação de serviços depende da verificação de um elemento diferenciador e legitimador da exclusão do controlo, conseqüentemente, um contrato que integre elementos de alguma(s) tipologia(s) prevista(s) na referida exceção mas inclua também elementos de outros contratos abrangidos pela previsão da alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º não beneficia da isenção (podendo, apenas, em face do valor ser dispensado de fiscalização por força do n.º 1 do artigo 48.º), devendo a entidade submeter a apreciação do contrato ao TdC e este empreender a respetiva análise para efeitos de concessão ou recusa de visto.
 14. A categoria parceria público-privada (PPP) constitui um modelo de transferência de risco abrangente de várias tipologias contratuais correspondendo, apesar da ausência de um cânone conceptual pacífico no direito comparado, a uma modalidade de cooperação em que entidades do setor público convocam entes privados para a partilha do risco relativo a determinados empreendimentos e/ou prestações de serviços.

15. Na densificação e imposição de cânones e regras adaptados aos riscos que as PPP envolvem, em particular quanto ao procedimento prévio ao respetivo lançamento, o regime jurídico sobre parcerias público-privadas (RJPPP) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, compreende uma regulação que «prevalece sobre quaisquer outras normas, gerais ou especiais» (nos termos do artigo 3.º do RJPPP) e se articula com as regras relativas à contratação pública, as quais, quando for o caso, continuam a aplicar-se, nomeadamente, ao procedimento para a formação do contrato (cf. artigo 15.º, n.º 1, do RJPPP).
16. O sistema normativo de regulação do controlo da sustentabilidade social de decisões com impacto financeiro prolongado foi aprofundado com a progressiva relevação dos problemas demográficos e económicos da sociedade portuguesa e apresenta-se axiologicamente sustentado na equidade entre gerações, que se repercute diretamente em regras legais vinculativas para a administração e cuja aplicação se impõe aos tribunais, para além das précompreensões sobre a dimensão jusfilosófica da justiça intergeracional enquanto parâmetro restritivo, no plano procedimental e substantivo, da margem de ação administrativa (e independente da controvérsia sobre a tutela constitucional do princípio).
17. O RJPPP compreende duas categorias de PPP conformando com essa base dois patamares de regras aplicáveis a PPP:
 - a. Uma categoria ampla de PPP constante dos n.ºs 1 a 4 do artigo 2.º do RJPPP cujo preenchimento implica, por si só, a reunião dos pressupostos de aplicação do regime global abrangente de todas as PPP estabelecido nos artigos 4.º, 5.º, 6.º e 7.º do RJPPP (por força do artigo 2.º, n.º 7, do RJPPP);
 - b. Uma categoria mais restrita, as PPP que, além de preencherem os pressupostos fixados nos n.ºs 1 a 4 do artigo 2.º do RJPPP, não se enquadram em nenhuma das categorias excluídas no n.º 5 do artigo 2.º do RJPPP, às quais se aplicam todas as regras estabelecidas no RJPPP, atento o disposto no artigo 2.º, n.º 7, *a contrario sensu*, do RJPPP.
18. O artigo 2.º, n.º 1, do RJPPP, tal como o respetivo antecessor (o artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 86/2003), adota a solução metodológica seguida pela Comissão Europeia no Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos, de 30-4-2004 [COM(2004) 327 final], não formulando uma definição mas identificando os elementos fundamentais da parceria: a duração da relação entre os parceiros público e privado; o desenvolvimento de uma atividade tendente a dar satisfação a necessidades coletivas; o

- financiamento e transferência para o parceiro privado de, pelo menos, parte dos riscos associados ao investimento, financiamento e exploração.
- 19 Os elementos histórico, teleológico e sistemático da interpretação do conceito indeterminado caráter duradouro como requisito temporal de PPP sujeita ao RJPPP confluem no sentido de que o mesmo se reporta a contratos com prazo superior a três anos.
 20. O requisito funcional relativo à necessidade coletiva não exige a corporização de um serviço público reportando-se, apenas, a uma componente de finalidades prosseguidas (tendente à satisfação de) que, no plano hermenêutico, exclui a ideia de materialidade de prestação direta do serviço público exigindo apenas conexão funcional, ainda que mediata, enquanto elemento instrumental para o prosseguimento de uma necessidade coletiva.
 21. Consequentemente, são suscetíveis de qualificação como PPP casos em que o privado se limita a fornecer bens, prestar serviços ou desenvolver atividades que permitirão a uma entidade pública satisfazer necessidades coletivas.
 22. O elemento nuclear do conceito de PPP como modalidade de cooperação entre parceiros públicos e privados reporta-se à convocação de entes privados para a partilha do risco relativo a determinados empreendimentos e/ou prestações de serviços.
 23. A violação das normas dos artigos 4.º, 6.º e 9.º a 14.º do RJPPP deve ser qualificada como «preterição total do procedimento legalmente exigido» prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea I), do CPA determinando a nulidade de ato procedimental em que assentou a sua celebração, vício que afeta o contrato por força da nulidade derivada prevista no artigo 283.º, n.º 1, do CCP, atendendo a que a nulidade de ato procedimental em que assentou a sua celebração pode ainda ser declarada.
 24. A LOPTC não prevê qualquer declaração de nulidade, mas apenas que o sancionamento como nulidade de uma violação de lei ocorrida em ato procedimental ou no próprio contrato constitui um fundamento de recusa de visto, legitimando, apenas, que o tribunal recuse o visto (artigo 44.º, n.º 3, alínea a), da LOPTC).
 25. As exigências adicionais impostas ao lançamento e modificação das PPP relacionam-se diretamente com o objetivo de um maior controlo dos efeitos financeiros e orçamentais decorrentes dessa modalidade de contratação, consequentemente, a ausência de qualquer procedimento prévio à decisão de contratar e o desrespeito do disposto no artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, do RJPPP e nos artigos 9.º, n.º 1, 12.º, n.ºs 1, 2 e 3, 14.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo diploma configuram

- para efeitos de fiscalização prévia também a violação direta de normas financeiras prevista na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
26. A norma do artigo 17.º, n.º 1, alínea e), do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, prescreve que o Conselho de Ministros é a entidade competente para autorizar despesas com locação e aquisição de bens e serviços acima de 7.481.971 € (estando os ministros limitados ao teto de 3.740.986 €).
 27. As regras do Decreto-Lei n.º 197/99 repristinadas pela Resolução da Assembleia da República n.º 86/2011, de 11 de abril, podem ter de se articular com normas especiais, nomeadamente, com incidência no quadro plurianual de programação orçamental, plano em que a Lei da Programação Militar (LPM) aprovada pela Lei Orgânica n.º 7/2015, de 18 de maio, estabelece a programação do investimento público das Forças Armadas em matéria de armamento e equipamento, com vista à modernização e operacionalização do sistema de forças.
 28. Não tendo sido considerados provados os factos necessários para a inferência jurídica de que o contrato se integrava na execução da LPM, a reapreciação do tribunal de recurso sobre matéria de direito não pode extravasar os limites do aludido julgamento em primeira instância sobre a matéria de facto.
 29. A natureza financeira da norma do artigo 17.º, n.º 1, alínea e), do Decreto-Lei n.º 197/99 implica que a respetiva violação constitua motivo imperativo para recusa de visto nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea b), da LOPTC.

Secção – 1.ªS/PL

Data: 28/03/2019

Recurso Ordinário: 1/2019

Processo: 2042/2018

Transitado em julgado em 11/04/2019

RELATOR: Conselheiro Paulo Dá Mesquita

Acordam os Juízes do Tribunal de Contas, em Plenário da 1.ª Secção:

I. Relatório

1 DEFLOC – Locação de Equipamentos de Defesa, S.A. (DEFLOC) interpôs *recurso ordinário*, para o Plenário da 1.ª Secção, do Acórdão n.º 41/2018-7.DEZ-1.ªS/SS¹ que *recusou o visto* a contrato celebrado, em 6-7-2018, entre a recorrente e *SAFRAN HELICOPTER ENGINES*, pelo valor de 73.420.000,00 €.

2 A recorrente formulou alegações que culminam nas seguintes conclusões:

«a) De acordo com o artigo 47.º, n.º 1, al. c), da LOPTC, não estão sujeitos a fiscalização prévia do Tribunal de Contas, entre outros, os contratos de prestação de serviços de assistência técnica.

«b) O Tribunal de Contas já se pronunciou, aquando da fiscalização prévia do contrato de aquisição de helicópteros para as Forças Armadas Portuguesas (e cujo pedido de fiscalização incluía, igualmente, o contrato de manutenção), sobre a aplicabilidade deste preceito à manutenção dos motores dos helicópteros no seguinte sentido: “o contrato de manutenção, atento o respetivo objeto, configura-se como um verdadeiro contrato de assistência técnica, logo isento da fiscalização prévia deste Tribunal, por força da al. c) do art. 47º da LOPTC” (cfr. Acórdão n.º 7/2002, de 29 de Janeiro, proferido em Subsecção pela 1.ª Secção do Tribunal de Contas).

c) O Acórdão recorrido, ao considerar que o Contrato se encontra sujeito a visto prévio do Tribunal de Contas, interpreta e aplica incorretamente o artigo 47.º, n.º 1, al. c), da LOPTC. De facto, este preceito, quando aplicado ao presente caso, deve ser interpretado no sentido de o Contrato não estar submetido a visto prévio do Tribunal de Contas.

d) A Recorrente concorda e aceita que integra o conceito de parceiro público (no sentido como tal definido na al. d), do n.º 2, do artigo 2.º, do DL 111/2012); que o seu cocontratante é um parceiro não público; que o Contrato configura um contrato de prestação de serviços (previsto na al. d), do n.º 4, do artigo 2.º, do DL 111/2012, como um

¹ O qual pode ser consultado em <https://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos.shtm>, tal como os outros acórdãos e decisões da 1.ª Secção do TdC citados no texto.

dos instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados); e que não está em causa nenhum dos casos de exclusão do âmbito de aplicação do regime legal das parcerias público-privadas tal como previsto no n.º 5, do artigo 2.º, do DL 111/2012.

e) O Contrato prevê uma relação duradoura por essa ser a melhor forma de articular a prossecução pela Força Aérea Portuguesa da sua missão que visa a satisfação de uma necessidade coletiva (entre outras, operações de busca e salvamento, transporte de doentes/evacuações médicas, vigilância marítima e transporte de efetivos militares) com os custos financeiros daí resultantes.

f) O prazo contratual estabelecido – que, na presente data, será de 8 anos e não de 10 – encontra respaldo no Código dos Contratos Públicos e justificação no custo que a recuperação e manutenção dos motores representa, nos esforços ou picos de investimento associados ao programa de manutenção de motores como os RTM322 resultantes do nível de utilização dos mesmos, no plano de revisões que deverá estender-se entre 2020 e 2025 e no elevado número de modificações técnicas que estão em desenvolvimento no fabricante e que são de carácter mandatário (sem nunca deixar de ter em conta, obviamente, os direitos de propriedade intelectual da Safran e os períodos de vida útil dos equipamentos, quer do parque de motores, quer das aeronaves propriamente ditas).

g) A atividade do cocontratante regulada no Contrato não é tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, mas apenas a de garantir a operacionalidade de uma componente de um instrumento utilizado, pela Força Aérea Portuguesa, na satisfação dessa necessidade.

h) O Contrato visa adquirir serviços tendentes à contratação de uma disponibilidade do parque dos motores, com o sentido que lhe é atribuída pelo contrato, e que é distinta da transferência de risco prevista no artigo 2.º, n.º 1, do DL 111/2012.

i) O Contrato prevê o pagamento de um preço pela prestação de serviços, o que, tratando-se de um contrato oneroso, tem perfeito enquadramento no conceito de prestação de serviços que não consubstancia uma parceria público-privada.

j) Assim, é particularmente evidente que o Contrato não consubstancia uma parceria público-privada pelo que o Acórdão recorrido, ao decidir de forma contrária, interpretou e aplicou incorretamente o artigo 2.º, n.º 1, do DL 111/2012.

k) Nos parágrafos 30.º a 38.º, o Acórdão recorrido sustenta que, tratando-se de uma parceria público-privada, foi omitido o procedimento previsto e exigido pelo DL 111/2012 para o lançamento de uma parceria, designadamente a análise das várias soluções possíveis, determinando essa inexistência a nulidade do contrato por omissão completa do procedimento, nos termos e para os efeitos do artigo 161.º, n.º 2, al. I), do CPA, e por violação das normas financeiras, o que constitui causa de recusa de visto, nos termos das alíneas a) e b), do n.º 3, do artigo 44.º, da LOPTC.

l) O Contrato não consubstancia uma parceria público-privada, motivo pelo qual não existiu a omissão de qualquer fase prévia ao lançamento do procedimento e, conseqüentemente, não existiu a violação de qualquer norma financeira. Ao decidir de forma contrária, isto é, ao entender que existiu uma omissão completa do procedimento e, com fundamento nessa conclusão, ao determinar a recusa de visto, o Acórdão recorrido

interpretou e aplicou incorretamente o artigo 161.º, n.º 2, al. l), do CPA, e as alíneas a) e b), do n.º 3, do artigo 44.º, da LOPTC.

m) Ainda que se entenda que o Contrato consubstancia uma parceria público-privada – o que se admite, sem conceder, por mera cautela de patrocínio –, o Tribunal não solicitou qualquer esclarecimento à Recorrente sobre as medidas que adotou e sobre as diligências encetadas previamente ao lançamento do procedimento que conduziu à celebração do Contrato, não tendo sido por isso possível à Recorrente esclarecer o que tinha sido, ou não, feito.

n) A Recorrente promoveu, previamente ao lançamento do procedimento, a uma análise das várias soluções possíveis, designadamente do confronto entre a conveniência de manutenção do modelo de manutenção que vigora e o modelo que veio a ser consagrado no Contrato (vejam-se as análises refletidas na carta remetida pelo Ministério da Defesa Nacional em 18 de fevereiro de 2015 junta como documento 1).

o) Ainda que se entenda que foram omitidos alguns elementos do procedimento – o que se admite, sem conceder, por mera cautela de patrocínio –, os mesmos não serão suficientes para concluir pela inexistência completa de procedimento.

p) Ora, o fundamento de recusa de visto (previsto na alínea a), do n.º 3, do artigo 44.º, da LOPTC) é a nulidade do contrato sendo que esta, tal como consagrada no artigo 161.º, n.º 2, al. l), do CPA, exige que exista uma omissão completa do procedimento, o que não sucedeu.

q) Assim, também por isso o Acórdão recorrido interpretou e aplicou incorretamente o artigo 161.º, n.º 2, al. l), do CPA, e a alínea a), do n.º 3, do artigo 44.º, da LOPTC.

r) Acresce que as omissões realçadas pelo Acórdão recorrido – admitindo que se verificam o que se faz apenas por mera cautela de patrocínio –, não têm natureza financeira, como de forma absolutamente conclusiva se afirma no Acórdão, pelo que, também por isso, o Acórdão recorrido, ao recusar o visto com fundamento na alínea b), do n.º 3, do artigo 44.º, da LOPTC, interpretou e aplicou incorretamente essa norma.

s) Nos parágrafos 39.º a 43.º, o Acórdão recorrido sustenta que a Recorrente não logrou demonstrar que a despesa se encontra englobada em programa/medida da LPM e com dotação disponível, pelo que a despesa teria de ser autorizada pelo Conselho de Ministros, nos termos e para os efeitos do artigo 17.º, n.º 1, al. e), do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho. Acresce que, no entender do Acórdão recorrido, a Recorrente também não terá logrado demonstrar que a despesa plurianual se encontra regulamente autorizada, nos termos e para os efeitos do artigo 22.º, do citado Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho. Pelos referidos motivos, existindo violação de normas financeiras, existia igualmente fundamento para recusa de visto nos termos da alínea b), do n.º 3, do artigo 44.º, da LOPTC.

t) O Acórdão recorrido suscita duas questões diferentes: inexistência de autorização de realização da despesa que, atento o valor do Contrato, deveria ser concedida por Resolução do Conselho de Ministros, e inexistência de autorização para assunção de uma despesa plurianual.

u) A despesa inerente à manutenção do parque dos motores dos helicópteros se encontra prevista na Lei de Programação Militar, apesar de a contratação do prestador de serviços ocorrer por via da DEFLOC – empresa maioritariamente detida pela EMPORDEF – Empresa

Portuguesa de Defesa, SGPS, SA – em liquidação que por sua vez é integralmente detida pelo Estado Português.

v) Neste enquadramento, foi proferido pelo Ministério da Defesa Nacional o Despacho n.º 12261/2016, de 12 de outubro, na decorrência da Lei de Programação Militar, e que comprova que a despesa se encontra legalmente autorizada pelo órgão com competência para o efeito.

w) Desta forma, a aprovação da despesa, e da sua divisão por mais do que um ano económico, já encontra respaldo nesse diploma não sendo, por isso, e salvo melhor opinião, necessária qualquer Resolução do Conselho de Ministros nem qualquer portaria de extensão de encargos adicional.

x) Acresce que o Despacho n.º 12261/2016, de 12 de outubro, autoriza, expressamente, nos termos e para os efeitos do artigo 7.º, da Lei de Programação Militar, que os saldos verificados no fim de cada ano económico transitem para o orçamento do ano seguinte para reforço das dotações das mesmas capacidades até à sua completa execução.

y) Assim sendo, o Acórdão recorrido, ao decidir de forma diferente, interpretou e aplicou incorretamente o artigo 17.º, n.º 1, al. e), do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, o artigo 22.º, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, e a alínea b), do n.º 3, do artigo 44.º, da LOPTC.»

3 Na fase processual de recurso:

3.1 O relator:

- a) Apreciou como questão prévia à admissão do recurso interposto reclamação formulada por DEFLOC contra a multa n.º 9/2019 aplicada pela secretaria, ao abrigo do disposto no artigo 139.º, n.º 5, alínea *a*), do Código de Processo Civil (CPC), deferindo-a, tendo, consequentemente, revogado o ato da secretaria impugnado.
- b) Admitiu o recurso interposto por DEFLOC com efeito suspensivo da decisão recorrida atento, nomeadamente, o disposto nos artigos 96.º, n.º 1, alínea b), e 97.º, n.ºs 1, 3 e 4 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) aprovada pela Lei 98/97, de 26-8².
- c) Determinou a abertura de vista ao Ministério Público (MP) nos termos do artigo 99.º, n.º 1, da LOPTC.

² Revista pelas Leis n.ºs 87-B/98, de 31-12; 1/2001, de 4-1; 55-B/2004, de 30-12; 48/2006, de 29-8; 35/2007, de 13-8; 3-B/2010, de 28-4; 61/2011, de 7-12; 2/2012, de 6-1; 20/2015, de 9-3, e 42/2016, de 28-12.

- 3.2 Foi emitido parecer do MP ao abrigo do artigo 99.º, n.º 1, da LOPTC que, depois de análise dos argumentos do Acórdão n.º 41/2018-7.DEZ-1.ªS/SS e das alegações da recorrente, culmina assim:
- «Em síntese, emite-se Parecer no sentido:
1. Da não aplicabilidade ao contrato fiscalizado do Regime Jurídico das PPP;
 2. De concordância com a existência dos assinalados vícios relativos à competência para a autorização da despesa e à regularidade da autorização, atento o disposto no art. 22.º do DL 197/99.»
- 3.3 Por ofício remetido em 21-2-2019, a recorrente foi informada do teor do parecer do MP e advertida de que o relator entendia que no mesmo não se suscitara qualquer nova questão nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 99.º, n.º 3, da LOPTC relativo ao exercício do contraditório.
- 3.4 Foi aberta pela secretaria conclusão ao relator em 22-2-2019.
- 3.5 Foi aberta mão dos autos pelo relator para a secretaria juntar requerimento da recorrente que deu entrada em 11-3-2019 (remetido em 8-3-2019), em que vem dar «conhecimento ao Tribunal de que foi informada pelo Gabinete do Ministro da Defesa Nacional da intenção de aprovação de uma Resolução do Conselho de Ministros para a autorização da realização da despesa em causa nos autos, que se encontra em processo de agendamento na Presidência do Conselho de Ministros, conforme resulta das mensagens de correio eletrónico que se juntam ao presente requerimento», terminando nos seguintes termos: «considerando, assim que a aprovação de uma Resolução que autorize a realização da despesa em causa permitirá sanar um vício imputado ao contrato de aquisição de serviços que é objeto do processo, e que também levou à recusa do respetivo Visto, compromete-se a Recorrente a dar conhecimento ao Tribunal logo que a mesma seja aprovada e/ou publicada». O requerimento foi acompanhado de documentos em suporte papel relativos à impressão de mensagens de correio eletrónico entre Adjunta do Gabinete do Secretário da Presidência do Conselho de Ministros, Adjunta do Gabinete do Ministro da Defesa Nacional e membro da EMPORDEF, e ainda de uma de mensagem deste último para o Exm.º

Mandatário da recorrente cujo conteúdo se apresenta em sintonia com o alegado no requerimento.

3.6 Tendo sido dada oportunidade ao MP para, querendo, se pronunciar sobre o requerimento mencionado no § 3.5, foi afirmada a seguinte posição: «embora não se mostre indicada a data previsível de agendamento pelo Conselho de Ministros e considerando que a RCM prevista releva na fundamentação da recusa de visto, nada a opor que se aguarde a referida aprovação».

4 Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

II. Fundamentação

II.1 Objeto do recurso

5 As conclusões das alegações de recurso (cf. *supra* § 2) delimitam o respetivo objeto, atento o disposto nas disposições conjugadas do artigo 97.º, n.º 1, da LOPTC e dos artigos 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC), supletivamente aplicável nos termos do artigo 80.º da LOPTC, no contexto da regulação do recurso enquanto instrumento de impugnação de decisões jurisdicionais configurado como remédio jurídico que permite uma reapreciação delimitada de algumas das questões, selecionadas pelas partes, que integraram o julgamento realizado pela primeira instância.

6 No caso concreto, o poder de cognição do tribunal *ad quem* reporta-se exclusivamente a matéria de direito relativa à decisão de recusa do visto, sem prejuízo das questões cujo conhecimento oficioso se imponha (artigo 608.º, n.º 2, *ex vi* do artigo 663.º, n.º 2, do CPC), não havendo lugar à apreciação de questões cuja análise se torne irrelevante por força do tratamento jurídico empreendido no aresto (cf. artigos 608.º, n.º 2, e 663.º, n.º 2, do CPC), devendo-se, metodologicamente, começar por enunciar a factualidade julgada provada pela decisão recorrida com relevo para a apreciação do recurso e depois intentar a apreciação jurídica das questões suscitadas pela recorrente.

II.2 Factos provados

7 Foram considerados provados pela decisão recorrida os seguintes factos:

«a) Através do Despacho n.º 12261/2016, do Ministro da Defesa Nacional, datado de 29/09/2016, e publicado no Diário da República, 2.ª Série, de 12 de outubro de 2016, foi determinado o seguinte:

“1 - Nos termos e ao abrigo da alínea c) do n.º 3 do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, mantido em vigor pela alínea f) do n.º 1 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprovou o Código dos Contratos Públicos (CCP), e em conjugação com os artigos 36.º, 38.º e 113.º, n.º 1, do CCP, aplicáveis por força do artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, e tendo ainda presente o disposto nas Cláusulas 6.ª a 8.ª do Contrato de Manutenção celebrado entre o Estado português e a DEFLOC - Locação de Equipamentos de Defesa, SA em 20 de dezembro de 2001, autorizo a realização de um procedimento de negociação sem publicação de anúncio de concurso, com consulta à *Safran Helicopter Engines*, a realizar nos termos e ao abrigo da alínea e) do artigo 16.º e do artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, conforme fundamentação constante do anexo III ao ofício n.º 53/PRCA/DEFLOC/8-7-2016, tendo em vista a formação e celebração de um contrato de *Global Support Package (GSP)* relativos à manutenção dos motores RTM 322-02/8-MK 250, instalados nos helicópteros EH-101, operados pela Força Aérea, até ao montante máximo de 81 020 000,00 € (oitenta e um milhões e vinte mil euros), acrescido de IVA à taxa legal em vigor, a financiar através das verbas inscritas na Lei de Programação Militar, aprovada pela Lei Orgânica n.º 7/2015, de 18 de maio, nas Capacidades Conjuntas, dos Serviços Centrais (2017 e 2018) e através das dotações previstas na Capacidade Busca e Salvamento, da Força Aérea (2019 a 2026).

2 - Os encargos resultantes do contrato referido no número anterior, não podem exceder, em cada ano económico, os seguintes montantes:

- a) No ano de 2017, 7 600 000,00(euro);
- b) No ano de 2018, 7 000 000,00(euro);
- c) No ano de 2019, 10 730 000,00(euro);
- d) No ano de 2020, 9 920 000,00(euro);
- e) No ano de 2021, 9 510 000,00(euro);
- f) No ano de 2022, 7 100 000,00(euro);
- g) No ano de 2023, 7 100 000,00(euro);
- h) No ano de 2024, 7 100 000,00(euro);
- i) No ano de 2025, 7 480 000,00(euro);
- j) No ano de 2026, 7 480 000,00(euro).

3 - Nos termos e ao abrigo do n.º 4 do artigo 7.º da Lei de Programação Militar, o montante fixado no número anterior para cada ano económico é acrescido do saldo apurado na execução orçamental do ano anterior, para reforço das dotações do projeto até à sua completa execução.

4 - A condução do procedimento e a celebração do contrato são da competência da DEFLOC - Locação de Equipamentos de Defesa, SA, nos termos dos respetivos Estatutos e

da legislação aplicável, devendo ser constituída uma equipa de avaliação e negociação da proposta composta por elementos a indicar pela DEFLOC - Locação de Equipamentos de Defesa, SA, pela Direção-Geral de Recursos da Defesa Nacional e pela Força Aérea.”

b) O referido despacho é antecedido da seguinte fundamentação:

“No âmbito das missões atribuídas à Força Aérea, consideram-se de especial importância as que utilizam a frota de helicópteros EH-101, designadamente as missões de busca e salvamento no âmbito do Sistema Nacional de Busca e Salvamento, no continente e arquipélagos da Madeira e dos Açores, aquelas desenvolvidas no âmbito do Sistema Integrado de Vigilância, Fiscalização e Controlo das Atividades da Pesca, bem como as conexas ao transporte aéreo, onde se incluem as evacuações aeromédicas e as missões de garante da unidade territorial do Estado português. A indisponibilidade dos helicópteros EH-101 pode, como tal, ter um impacto direto na salvaguarda da vida humana, assim como no prestígio nacional, nomeadamente na capacidade de Portugal em assumir na sua plenitude as obrigações internacionais na sua área de responsabilidade.

A frota de helicópteros EH-101 foi adquirida pela sociedade DEFLOC - Locação de Equipamentos de Defesa, S. A. - empresa que foi criada com o objetivo único e específico de corporizar o veículo financeiro (*special purpose vehicle*) que assumiria a propriedade dos helicópteros EH-101 - tendo sido celebrado um contrato de locação operacional dos helicópteros EH-101, entre a sociedade DEFLOC - Locação de Equipamentos de Defesa, SA, na qualidade de locadora e o Estado português na qualidade de locatário, para uso da Força Aérea Portuguesa.

A fim de assegurar a operacionalidade das aeronaves e respetivos sistemas, designadamente dos seus motores, com um grau de prontidão e disponibilidade adequados à especificidade das missões a desempenhar, o Estado português, celebrou em simultâneo dois contratos, um de locação financeira e outro de prestação de serviços de manutenção com a DEFLOC - Locação de Equipamentos de Defesa, SA, que, por sua vez, subcontratou a sociedade atualmente denominada *Safran Helicopter Engines* para a prestação de serviços de manutenção dos 38 motores RTM 322-MK 250 que equipam a frota EH-101 (3 para cada aeronave e 2 de reserva).

O contrato em vigor prevê essencialmente a prestação de serviços de reparação de motores e componentes, o fornecimento de material de consumo, os termos e condições aplicáveis às encomendas e os métodos para a determinação de preços e entrega de encomendas, não tendo contudo mecanismos de fixação de custos de reparação, que permitam o planeamento dos mesmos e evitem uma escalada nos preços.

Atualmente o contrato de manutenção em vigor considera-se desajustado face às necessidades da Força Aérea e é apontado como uma das causas primárias para o baixo nível de disponibilidade operacional da frota EH-101, assim como para alguma volatilidade verificada nos custos de manutenção dos motores. Em sequência, considera-se imprescindível a celebração de um contrato de sustentação dos motores da frota EH-101 que garanta a disponibilidade operacional das aeronaves, e a longo prazo possibilite uma opção financeira mais vantajosa.

De acordo com os diferentes pareceres jurídicos, o regime jurídico aplicável à formação do contrato é o constante no Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, justificando-se o recurso ao procedimento de negociação sem publicação prévia de anúncio, para os efeitos dispostos na alínea e) do artigo 16.º do referido diploma, uma vez que o contrato não pode ser executado por outra entidade que não a *Safran Helicopter Engines*. Com efeito, o contrato de *Global Support Package* a celebrar não se limita a contratualizar o fornecimento de determinadas peças ou a prestação de serviços concretos, mas sim a "garantir a disponibilidade dos motores", passando dessa forma para o contraente privado a assunção integral do risco dos motores não funcionarem. Acresce que devido à incindibilidade das várias intervenções que, ao longo da execução do contrato, serão efetuadas nos motores, e uma vez que parte dessas intervenções apenas pode ser realizada pela *Safran Helicopter Engines*, por força de direitos intelectuais de que é a única titular, a manutenção dos motores em causa não pode por isso ser assegurada por qualquer outra entidade que não a *Safran Helicopter Engines*, o que justifica o recurso ao procedimento de negociação sem publicação prévia de anúncio.

Este contrato de manutenção tem já acolhimento na Lei de Programação Militar, aprovada pela Lei Orgânica n.º 7/2015, de 18 de maio, a qual prevê o seu financiamento nas Capacidades Conjuntas, dos Serviços Centrais (2017 e 2018) e na Capacidade Busca e Salvamento da Força Aérea (2019 a 2026)."

c) A frota de helicópteros EH-101 foi adquirida pela sociedade DEFLOC - Locação de Equipamentos de Defesa, S. A. (DEFLOC), empresa que foi criada com o objetivo único e específico de corporizar o veículo financeiro (*special purpose vehicle*) que assumiria a propriedade dos helicópteros EH-101 - tendo sido celebrado um contrato de locação operacional dos helicópteros EH-101, entre a sociedade DEFLOC - Locação de Equipamentos de Defesa, SA, na qualidade de locadora e o Estado Português na qualidade de locatário, para uso da Força Aérea Portuguesa.

d) A fim de assegurar a operacionalidade das aeronaves e respetivos sistemas, designadamente dos seus motores, o Estado Português, celebrou em simultâneo dois contratos, um de locação e outro de prestação de serviços de manutenção com a DEFLOC que, por sua vez, subcontratou a sociedade atualmente denominada *Safran Helicopter Engines* (designada na altura por *Rolls Royce Tubormeca, Ltd*), para a prestação de serviços de manutenção dos 38 motores RTM 322-MK 250 que equipam a frota EH-101 (3 para cada aeronave e 2 de reserva).

e) Foi solicitado à DEFLOC que enquadrasse legal e faticamente, a necessidade de nova contratação, traduzida no contrato ora submetido a visto, face à existência de um contrato

prestação de serviços de manutenção dos 38 motores RTM 322-MK 250 que equipam a frota EH-101.

f) Foi respondido o seguinte:

“Em 07/10/2010, a DEFLOC - Locação de Equipamentos de Defesa, S.A. (de ora em diante abreviadamente designada por “DEFLOC”) celebrou um contrato de manutenção com a sociedade Rolls Royce Turbomeca, Ltd.

(...)

O referido contrato tinha como prazo de vigência 31/12/2010 tendo sido, contudo, por diversas vezes renovado (cf. cláusula 8.ª do referido contrato).

Ora, o prazo curto de vigência contratual, e as necessidades de contínua renovação, justificam legal e contratualmente, a necessidade de um novo contrato.

Contudo, de um ponto de vista fáctico, existiu a necessidade de alterar o modelo contratual tendo em vista uma melhor prossecução do interesse público.

De facto, o contrato em vigor pode ser designado como um Acordo Básico de Encomenda (BOA - Bas/c Ordering Agreement), ou seja, um instrumento contratual que prevê a possibilidade de encomenda de um conjunto de atividades, contendo:

- Caracterização dos fornecimentos ou serviços a serem prestados;*
- Termos e condições aplicáveis às futuras encomendas a emitir durante a sua vigência;*
- Métodos para a fixação de preços e para emissão e entrega de encomendas futuras.*

Ou seja, com este contrato a gestão das necessidades de manutenção dos motores fica a cargo da Força Aérea Portuguesa, a quem cabe identificar necessidades (essencialmente de reparação, decorrentes de avarias, e de materiais consumíveis), ficando-se depois dependente da capacidade de resposta do fornecedor em termos de prazos de execução de serviços e de fornecimentos de materiais. A Força Aérea Portuguesa não tem neste contexto meios para prever e planear necessidades, agindo no essencial de forma reativa aos problemas que surgem na operação dos motores, resultando desta incapacidade de planeamento das atividades de manutenção uma falta de controlo da disponibilidade dos motores, que frequentemente se têm revelado em número insuficiente para aprontar o número de helicópteros requerido pelo plano de operação. Este tipo de contrato não permitiu, assim, garantir os níveis de disponibilidade estáveis necessários à normal operação da frota EH101, tendo sido desde cedo reconhecido como insuficiente e inadequado. O seu reduzido prazo original evidenciava desde logo a intenção de vir a substituir este contrato por outro de âmbito mais alargado, o que veio a ser discutido ao longo dos últimos anos pelas entidades envolvidas (Força Aérea Portuguesa, DEFLOC, Ministério da Defesa Nacional e Safran Helicopters Engines).

As sucessivas prorrogações do contrato ainda em vigor atestam as dificuldades que foram sentidas para finalizar o modelo e os requisitos de um novo contrato e, ao mesmo tempo, a vontade de evoluir para esse novo contrato, dados os períodos limitados de vigência adicional que previam.

Em Fevereiro de 2015, na sequência de uma reunião promovida e presidida pelo Gabinete do Ministro da Defesa Nacional, a Força Aérea Portuguesa, a DEFLOC e a Direcção Geral de Recursos da Defesa Nacional (de ora em diante abreviadamente designada por

"DGRDN") receberam diretrizes claras no sentido de ser estudado e implementado um modelo de manutenção designado Power by the hour, que permitisse garantir um número mínimo de motores operacionais ("disponíveis") com potencial para a realização das horas de voo/ano definidas no plano de operações da Força Aérea, e prevendo penalidades no caso de atrasos ou incumprimentos. O contrato submetido a processo de fiscalização prévia é o resultado do processo então desencadeado.

Assim, a necessidade de nova contratação traduzida no presente procedimento, face à existência de um contrato de prestação de serviços em vigor com a sociedade atualmente denominada Safran Helicopter Engines (de ora em diante abreviadamente designada por "Safran"), fundamenta-se, em primeiro lugar, no prazo de vigência do contrato em vigor e, em segundo lugar, na conveniência de alteração do modelo de realização da manutenção da frota."

g) O contrato celebrado em 07.10.2010 com a Rolls Royce Turbomeca Ltd e *términus* a 31.12.2010 foi objeto de sucessivas alterações tendo sido sucessivamente prorrogado o prazo de vigência do mesmo:

- Aditamento n.º 1 em vigor até 31/12/2011;
- Alterações n.ºs 2 e 3 em vigor até 31/12/2012;
- Aditamento n.º 4 em vigor até 31/12/2013;
- Aditamento n.º 5 em vigor até 31/12/2016;
- Aditamento n.º 6 em vigor até 31/12/2017;
- Aditamento n.º 7 em vigor até 30/06/2018;
- Aditamento n.º 8 em vigor até 31/10/2018.

h) Quanto ao objeto daquele contrato foi pela entidade fiscalizada referido que *"(...) o mesmo, tal como consta do contrato celebrado a 07/10/2010, é o fornecimento de materiais e GSE (Ground Support Equipment), a troca de módulos e a reparação de motores e componentes (ver cláusula 2.ª, do referido contrato). O objeto foi integralmente mantido nas alterações n.ºs 1 e 2. No Aditamento n.º 3, apesar de o objeto tal como definido na cláusula 2.ª se ter mantido, foram aditados os conceitos de serviços de assistência técnica, de fornecimento e atualização de publicações técnicas e de formação. Nas restantes alterações ao contrato, não existiu qualquer modificação do objeto contratual."*

i) Quanto ao preço contratual a DEFLOC informou que o referido contrato não tinha qualquer preço contratualmente fixado, uma vez que *"(...) foi elaborado sob o modelo de assistência a*

pedido, não tendo por isso prestações predeterminadas, de carácter fixo ou variável, estando o preço a pagar dependente das encomendas colocadas e dos orçamentos apresentados e aprovados". Não obstante, "(...) os pagamentos realizados ao abrigo do contrato foram, até à data de celebração do contrato ora submetido a fiscalização do Tribunal de Contas, os seguintes:

- a. 2011: EUR 254.775,00;*
- b. 2012: EUR 1.853.018,00;*
- c. 2013: EUR 2.151.818,00;*
- d. 2014: EUR 2.615.768,00;*
- e. 2015: EUR 11.717.970,00;*
- f. 2016: EUR 11.496.016,00;*
- g. 2017: EUR 7.677.393,00;*
- h. 2018: EUR 190.664,00."*

j) Não há registo de processos de fiscalização prévia de contratos celebrados entre a DEFLOC e a Safran (antiga Rolls Royce Tubormeca, Ltd).

k) Foi sim remetido pelo Ministro da Defesa Nacional, para fiscalização prévia, um conjunto de cinco contratos relacionados com o fornecimento de helicópteros para as Forças Armadas Portuguesas, a saber:

- a) "Contrato Quadro", celebrado entre o "Estado Português", a "DEFLOC – Locação de Equipamentos de Defesa, S.A." e "EH Industries, Ltd.";
- b) "Contrato de Aquisição", celebrado entre o "Estado Português", a "DEFLOC – Locação de Equipamentos de Defesa, S.A." e "EH Industries, Ltd.";
- c) "Contrato de Contrapartidas", celebrado entre o "Estado Português" e "EH Industries, Ltd.";
- d) "Contrato de Locação", celebrado entre o "Estado Português" (locatário) e a "DEFLOC – Locação de Equipamentos de Defesa, S.A." (locador); e
- e) "Contrato de Manutenção", celebrado entre o "Estado Português" e a "DEFLOC – Locação de Equipamentos de Defesa, S.A.".

l) Relativamente a esses contratos, no Acórdão n.º 7/2002-29.Jan-1.ªS/SS, concluiu-se que:

"(...) os denominados "contrato quadro" e "contrato de contrapartidas" não se encontram sujeitos à fiscalização prévia deste Tribunal, uma vez que dos mesmos não resulta qualquer despesa financeira para o Estado português.

O contrato de manutenção, atento o respetivo objeto, configura-se como um verdadeiro contrato de assistência técnica, logo isento da fiscalização prévia deste Tribunal, por força da al. c) do artigo 47º da LOPTC.”

Assim, foi decidido:

- a) *Visar o denominado “contrato de aquisição” mas tão só na parte respeitante à aquisição dos dois helicópteros que constituem o lote 1, denominado SIFICAP;*
- a) *Visar, ao abrigo do nº 4 do artigo 44º da Lei nº 98/97, de 26 de Agosto e porque as apontadas ilegalidades não geram a nulidade dos contratos nem violam diretamente normas financeiras o contrato de locação operacional de dez helicópteros celebrado entre o Estado e a “DEFLOC”, com a recomendação de que em futuros procedimentos aquisitivos se respeite o rigor, a clareza e objetividade quanto à metodologia a adotar, ao tipo de contratos a celebrar e às entidades a envolver, definindo, desde o início, e publicitando as regras que hão-de pautar o procedimento negocial”;*
- m) No relatório n.º 27/2012 – 2.ªS, Processo n.º 06/2012, no âmbito da auditoria à «EMPORDEF/DEFLOC: Helicópteros EH-101», concluiu-se, designadamente, que:

“A complexidade da arquitetura institucional ficcionada e a dessintonia entre os papéis formais e substanciais conduziram a uma situação de descoordenação e ineficácia, de que é exemplo a deficiente conceção e execução da garantia de manutenção, inerente à locação operacional, com reflexo nos baixos níveis de operacionalidade da frota de helicópteros.

(...)

na complexa arquitetura institucional inexistente uma “missão de acompanhamento e fiscalização”, tendo como funções avaliar o cumprimento dos contratos de manutenção.

(...)

A DEFLOC não desempenha efetivamente a função de gestão integrada do processo (“gestor de projeto”).”
- n) Nesse seguimento, foi recomendado ao Ministro da Defesa Nacional, que *“(…) pondere a criação de uma missão de acompanhamento, eventualmente liderada pela FAP e sediada na DGAIED, com responsabilidade na coordenação multidimensional (operacional, financeira, etc.) da manutenção dos helicópteros”.*
- o) Foram, entre outros, apurados no âmbito da referida auditoria, os seguintes factos:

“13. No âmbito do investimento público nas Forças Armadas têm sido criadas sociedades instrumentais, que se integram no grupo EMPORDEF, para viabilizar a aquisição de equipamentos que, posteriormente, através de contratos de locação financeira ou operacional, são disponibilizados ao Estado para utilização pelos ramos militares.

14. É o que acontece com o designado Núcleo Financeiro da EMPORDEF, que é constituído por 2 empresas:

- DEFAERLOC, envolvida na aquisição e locação de 12 aeronaves C-295M para utilização pela FAP – Força Aérea Portuguesa;

- DEFLOC, envolvida na aquisição e locação dos helicópteros EH-101, operados pela FAP. 15. A DEFLOC foi constituída por escritura pública, em 18 de setembro de 2001, com o capital social de 125 m€, subscrito e realizado pela EMPORDEF, no montante de 101,25 m€ (81%), e pela CGD – Caixa Geral de Depósitos, no montante de 23,75 m€ (19%), tendo como objeto o “*comércio e locação de equipamentos de defesa*”, de acordo com a autorização concedida para a sua constituição por despacho do Ministro da Defesa Nacional.

[...]

20. Para substituir a frota de helicópteros PUMA, optou o Estado por proceder à aquisição de helicópteros destinados à execução de missões de busca e salvamento e, ao abrigo do Programa de Integração e Expansão dos Subsistemas de Fiscalização e Controlo da Atividade de Pesca, com um raio de ação adequado à extensa ZEE – Zona Económica Exclusiva nacional.

21. Em agosto de 1999, o MDN procedeu à abertura de um concurso público para a aquisição direta de um lote de 10 helicópteros destinados à execução, pela FAP, de missões de busca e salvamento e busca e salvamento em combate (SAR/CSAR) e de um lote de 2 helicópteros para operar no âmbito do Sistema de Fiscalização e Controlo das Atividades de Pesca (SIFICAP). Nas peças concursais não se refere a eventualidade de aquisição por outra entidade.

22. No entanto, aquando da adjudicação do fornecimento à EH Industries, Ltd. (posteriormente designada AWIL – *AgustaWestland International Limited*), em novembro de 2001, o Governo decidiu que o lote SAR/CSAR seria adquirido em locação operacional, através da intermediação de entidade do grupo EMPORDEF, a criar – a DEFLOC. O lote SIFICAP seria adquirido diretamente pelo Estado Português.

23. Assim, a DEFLOC foi criada com o objetivo único e específico de corporizar o veículo financeiro (“*special purpose vehicle*”) que assumiria a propriedade dos helicópteros EH-101 e, conseqüentemente, a posição de locadora operacional dos mesmos em favor do Estado, para uso da FAP.

24. O processo de aquisição dos referidos helicópteros EH-101 deu origem à celebração, dos seguintes contratos:

- Contrato quadro, celebrado, em 20 de dezembro de 2001, entre o Estado Português, a DEFLOC e a EH Industries, Ltd. (aliás AWIL) que disciplina a relação entre os contratos decorrentes do concurso;

- Contrato de aquisição de 12 helicópteros, celebrado, em 20 de dezembro de 2001, entre o Estado Português, a DEFLOC e a EH Industries, Ltd. (aliás AWIL), no valor de 326.531 m€, com entrega escalonada dos helicópteros;

- Contrato de contrapartidas celebrado, em 20 de dezembro de 2001, entre o Estado Português e a EH Industries, Ltd., no valor de 394.017 m€;

- Contrato de locação operacional de 10 helicópteros, equipamento complementar e serviços conexos, celebrado, em 20 de dezembro de 2001, entre o Estado Português (locatário) e a DEFLOC (locadora), no valor estimado de 282.982 m€, que possibilita a

utilização dos helicópteros por um período de 15 anos, renovável por novo período não superior a 10 anos;

- Contrato de cessão de créditos, celebrado, em 15 de fevereiro de 2002, entre a DEFLOC (cedente), o Banco BPI e a CGD (cessionários ou sindicato bancário), e o Estado Português (locatário), que possibilita o pagamento ao fornecedor do preço de aquisição dos helicópteros e o cumprimento do plano de pagamentos e faturação, que constitui o anexo V ao contrato de aquisição;

- Contrato de manutenção, celebrado, em 20 de dezembro de 2001, entre o Estado Português e a DEFLOC, que visa garantir as reparações necessárias à operacionalidade dos helicópteros;

- Contrato de manutenção de curto prazo (EHE5186), celebrado em 13 de março de 2007, entre a DEFLOC e a AWIL;

- Contrato de manutenção de longo prazo (FISS – “*Full in Service Support*”), celebrado em 1 de agosto de 2008, entre a DEFLOC e a AWIL;

- Contrato de manutenção dos motores RTM322 02/8 Mk250, celebrado em 7 de outubro de 2010, entre a DEFLOC e a RRTM – Rolls-Royce Turbomeca, Ltd.

26. O contrato quadro regula as relações entre o contrato de aquisição para o fornecimento de 12 helicópteros, equipamentos e serviços, destinados à FAP, e o contrato de contrapartidas. O contrato entrou em vigor a 20 de fevereiro de 2002, na data em que o adjudicatário recebeu o primeiro pagamento relativo ao lote SIFICAP.

27. O contrato de aquisição tem por objeto o fornecimento de 12 helicópteros, bem como de equipamento complementar e serviços conexos, pelo preço inicial global de 326.531 m€, nos seguintes termos:

- um lote de 2 helicópteros para operar no âmbito do SIFICAP, a adquirir diretamente pelo Estado Português, no valor de 67.053 m€;

- um lote de 10 helicópteros para missões de Busca e Salvamento e de Busca e Salvamento em Combate (6 helicópteros SAR e 4 helicópteros CSAR), a adquirir pela DEFLOC para locação, à medida da respetiva entrega, ao Estado Português, no valor de 259.478 m€.

28. O contrato de aquisição, celebrado em 20 de dezembro de 2001, foi alterado em 15 de julho de 2004, com ligeiro aumento no preço do lote SAR/CSAR para 260.033 m€. Tendo em conta esta alteração, o preço global passou a ser de 327.086 m€.

29. O contrato de aquisição previa a entrega escalonada dos helicópteros e as condições de faturação, dependendo a receção provisória da conclusão com sucesso dos testes de aceitação e a receção definitiva (no termo da garantia de 1 ano ou 500 horas de voo, consoante o que ocorresse primeiro, contados da data de receção provisória), do funcionamento regular dos helicópteros e respetivos equipamentos.

[...]

32. O contrato de locação operacional tem como objeto a atribuição ao Estado do direito de gozo temporário dos 10 helicópteros do lote SAR/CSAR, adquiridos pela DEFLOC, com o respetivo equipamento complementar e serviços conexos. A entrega para locação ocorreria em simultâneo com a receção provisória dos helicópteros, sendo assinado entre as partes o correspondente protocolo de entrega.

33. Nestes termos, a DEFLOC cedeu ao Estado, mediante remuneração periódica, o gozo dos bens pelo prazo de 15 anos, contado a partir da data de assinatura do último protocolo de entrega para locação.

34. O contrato é renovável por um período não superior a 10 anos. Para este novo período o valor dos alugueres será calculado de acordo com o valor de mercado acrescido dos custos de manutenção, para assegurar a operacionalidade, a suportar pela locadora. Quando o contrato caducar, os helicópteros locados serão devolvidos à DEFLOC, podendo esta aliená-los ou locá-los ao Estado ou a uma terceira entidade.

[...]

37. A DEFLOC cedeu os créditos emergentes do contrato de locação com o Estado ao Banco BPI e à CGD, em sindicato bancário, que, em contrapartida, assegurariam o financiamento da aquisição dos 10 helicópteros do lote SAR/CSAR, obrigando se a efetuar o pagamento no montante de 259.478 m€, à cedente ou, por indicação desta, ao fornecedor (AWIL).

41. Em 20 de dezembro de 2001, em simultâneo com o contrato de locação, a DEFLOC celebrou com o locatário, o Estado Português, representado pelo Ministro da Defesa Nacional, um contrato de prestação de serviços de manutenção pelo qual assegurava a conservação e a reparação dos 10 helicópteros do lote SAR/CSAR, prestando os serviços técnicos para isso necessários, assumindo que *“... passou a ter uma atividade verdadeiramente autónoma e, portanto, sindicável de per se, a partir do momento em que se tornou efetiva proprietária dos helicópteros”*. Os preços dos serviços de manutenção teriam por referência os preços de mercado, por acordo das partes. Por despacho do Ministro da Defesa Nacional, de 30 de novembro de 2006, a responsabilidade pela manutenção passou a abranger também os 2 helicópteros do lote SIFICAP.

42. Não tendo a DEFLOC capacidade para prestar tais serviços especializados de manutenção, foi acordada a possibilidade de os subcontratar a terceiros, estando estes sujeitos a aceitação pelo locatário. Refira-se que, ao contrário do que ocorreu em situações semelhantes, não foi prevista contratualmente, nem criada posteriormente, uma *“missão de acompanhamento e fiscalização”* da execução do contrato de manutenção.

43. A FAP, enquanto utilizadora dos bens, deveria proceder aos alertas e identificar as necessidades de intervenção e aquisição de materiais, competindo à DEFLOC a realização de diligências para assegurar as verbas necessárias para o efeito, bem como ordenar a reparação dos helicópteros; a validação das opções competia ao MDN.

44. Em 13 de março de 2007, a DEFLOC celebrou com a AWIL um contrato de curto prazo (EHE5186) por um período de 6 meses, renovável, para prestação de apoio técnico de manutenção e fornecimento de peças de substituição para os 12 helicópteros EH-101.

45. O contrato fixava alguns preços de serviços, sendo que o fornecimento de sobressalentes implicava um pagamento adicional e a manutenção era feita de acordo com os pedidos efetuados pela FAP. O contrato, sucessivamente renovado, continua em vigor até que sejam satisfeitas todas as encomendas, ainda pendentes.

46. Em 1 de agosto de 2008, com vista a assegurar a manutenção de longo prazo e a operacionalidade da frota EH-101, nos termos do contrato de manutenção celebrado com

o Estado, a DEFLOC subcontratou à AWIL a prestação de serviços logísticos associados de manutenção FISS, com produção de efeitos a partir de janeiro de 2009.

47. No entanto, o contrato FISS não incluía os serviços de suporte aos motores e de suporte dos sistemas de guerra eletrónica. Contudo, previa-se a possibilidade de ser solicitada a prestação de serviços de suporte aos sistemas de guerra eletrónica, que ficaria sujeita a acordo das partes, bem como a inclusão dos *“Aircraft General Spares”* no período inicial de vigência de 5 anos.

48. Para retribuição da prestação dos serviços FISS foi determinado o pagamento anual antecipado que, nos 5 anos de vigência do contrato, totaliza 44.893 m€. Após este prazo, e no caso de renovação do contrato, é fixado um preço anual, que não poderá ser superior a 13.650 m€ (sendo a componente fixa de 5.036 m€ e o valor por hora de voo de 3,5 m€). O contrato prevê ainda a revisão anual de preços, a efetuar pelo prestador de serviços, e penalidades e prémios, consoante a disponibilidade operacional da frota, calculada no final do ano, fiquem aquém ou além do previsto, respetivamente.

49. Foram definidas as seguintes condições de operação mínima da frota de 12 helicópteros: 1.500 horas de voo, no primeiro e segundo anos; 1.750 horas de voo, no terceiro, quarto e quintos anos. Em caso de ultrapassagem do número mínimo de horas/ano de voo será pago, à AWIL, um valor mensal adicional, aplicando-se o correspondente preço hora que, para os primeiros 5 anos, variam entre € 2.080 e € 2.200.

50. Em 7 de outubro de 2010, a DEFLOC celebrou com a RRTM um contrato de manutenção dos motores RTM322, que se realiza mediante pedido da FAP.

51. Em 15 de julho de 2004, o contrato de aquisição foi alterado, designadamente nas cláusulas relativas aos planos de entrega, ao preço dos helicópteros e ao valor do contrato, que passou para 327.086 m€ (+555 m€). De entre as várias causas apontadas para a ocorrência daqueles desvios destacam-se as *“alterações na configuração das aeronaves, (...) por forma a torná-las mais adequadas ao desempenho da função a que se destinam”*.

52. O contrato de aquisição, assim como a alteração de julho de 2004, definiu que o lote SIFICAP era adquirido pelo Estado e que o lote SAR/CSAR seria adquirido pela DEFLOC, assumindo cada uma destas entidades os direitos e obrigações decorrentes dos contratos respetivos.

[...]

83. Só em março de 2007, mais de 2 anos após a entrega do primeiro helicóptero (dezembro de 2004), a DEFLOC subcontratou serviços de manutenção de curto prazo à AWIL. A justificação foi a de que, apesar de a prestação/subcontratação dos serviços competir à DEFLOC, a identificação da solução técnica mais adequada competiria à FAP e a sua validação ao MDN, sendo que *“... as necessidades correntes de manutenção no primeiro ano, após a receção de cada aeronave, eram asseguradas no período de garantia e, findo este, pelo stock de consumíveis e componentes adquiridos com as aeronaves”*. Até à celebração deste contrato com a AWIL, *“a OGMA apresentou várias propostas, sucessivamente revistas pela FAP ..., e a própria FAP equacionou a possibilidade de assegurar diretamente a manutenção especializada das aeronaves”*.

84. Em agosto de 2007, decorridos 5 meses após a entrada em vigor do referido contrato de curto prazo, a DEFLOC, alegando não ter até então recebido qualquer verba do MDN,

transmitiu ao MDN, à SGMDN e ao CEMFA preocupação quanto à operacionalidade da frota EH-101, face à informação da FAP de que se encontravam indisponíveis 4 helicópteros. Em julho de 2008, eram já 5 os helicópteros inoperacionais dos quais 1 estava naquela condição há mais de um ano, recorrendo-se à retirada de *“...componentes de algumas aeronaves para garantir a prontidão do maior número possível de helicópteros”*.

85. Entre maio de 2007 e dezembro de 2011, o período médio de inoperacionalidade por aeronave foi de 39% (média de 32 meses de inoperacionalidade em 83 meses de possível utilização).

86. Só em agosto de 2008, foi celebrado o contrato de longo prazo, consubstanciado na prestação de serviços de manutenção FISS, que *“...estabelece um modelo de manutenção distinto e necessário em razão da imperiosa obrigação de assegurar níveis de disponibilidade da frota ...”*

87. A entrada em vigor do contrato FISS só ocorreria em janeiro de 2009 após cumpridas, designadamente, as seguintes condições suspensivas: aceitação pelo MDN do clausulado do contrato; encomendas à AWIL, ao abrigo do contrato de curto prazo, de execução da *“fase de implementação”* no valor de 1.188 m€ e fornecimento de peças no valor de 7.700 m€; pagamento da prestação inicial de 8.790 m€. Deste modo, a recuperação dos 5 helicópteros inoperacionais, que se prolongaria até dezembro de 2011 (que excedeu largamente o período de 4 meses estabelecido para a fase de implementação), foi ainda efetuada ao abrigo do contrato de curto prazo.

88. A componente fixa do preço do contrato FISS foi estabelecida para um nível de operação mínima de toda a frota (1.500 horas de voo nos dois primeiros anos e 1.750 horas de voo nos três anos seguintes), a que corresponderiam pagamentos anuais de 8.790 m€ e 9.140 m€, respetivamente, sem atender, por um lado, à situação de inoperacionalidade dos 5 helicópteros e, por outro, ao facto de ainda vigorar o referido contrato de curto prazo celebrado com o mesmo prestador de serviços (AWIL) com vista à sua recuperação.

89. Em março de 2009, foi firmado, entre a DEFLOC e a FAP, um protocolo de suporte administrativo ao contrato FISS, detalhando as responsabilidades e as relações entre estas entidades na sua execução. Para o acompanhamento ao mais alto nível da execução do contrato foi constituído um *“Steering Committee”* que reuniu pela primeira vez em julho de 2009.

90. Em agosto de 2009, a DEFLOC manifestou de novo à SGMDN apreensão face à situação da frota EH-101, admitindo que o *“processo de recuperação corre o risco de ser totalmente interrompido por falta de financiamento”*, enviando listagem de faturas da AWIL certificadas e por liquidar no valor de 3.667 m€.

91. No ano de 2010, continuaram a verificar-se dificuldades e atrasos que afetaram, designadamente, os pagamentos relativos à execução do contrato FISS, condicionados pelas disponibilidades financeiras da SGMDN. Por outro lado, a recuperação de aeronaves inoperacionais traduziu-se numa redução dos pagamentos referentes ao contrato de manutenção de curto prazo e das despesas com a aquisição de peças.

[...]

94. Não estando incluída nos contratos a manutenção, a reparação e a conservação dos motores instalados nos helicópteros EH-101, a FAP solicitou “... *formalmente, que fossem desencadeados os procedimentos necessários para o envio à Rolls Royce Tubormeca de um motor para diagnóstico e eventual reparação*” tendo, em outubro de 2010, a DEFLOC celebrado com a RRTM um contrato para a manutenção dos motores e fornecimento de consumíveis e componentes.

95. Ao abrigo deste contrato, em outubro de 2010, foram enviados à RRTM 5 motores para diagnóstico e apresentação de orçamento de reparação, tendo sido colocadas encomendas, em julho de 2011 e janeiro de 2012.

96. Entre 2007 e 2011 foram efetuados pela SGMDN pagamentos de faturas emitidas pela DEFLOC, ao abrigo dos contratos de manutenção de curto prazo (33.032 m€), FISS (24.332 m€) e de motores (948 m€), que totalizam 58.313 m€.

[...]

102. Os pagamentos efetuados através de verbas da LPM, relacionados com o fornecimento e manutenção dos helicópteros EH-101, entre 2003 e 2011, totalizaram 236.512 m€, sendo 152.197 m€ (65%) respeitantes aos contratos de aquisição e de locação/cessão de créditos, 59.870 m€ (25%) de contratos de manutenção e 24.445 m€ (10%) de despesas administrativas e aquisição de equipamento diverso.

103. Aditando aos referidos pagamentos a estimativa de compromissos contratualmente assumidos, de 373.486 m€, apura-se que os encargos com os helicópteros, entre 2003 e 2020, totalizarão 609.998 m€, dos quais 391.657 m€ (64%) respeitam à aquisição e locação, 193.896 m€ (32%) à manutenção e os restantes 24.445 m€ (4%) à aquisição de equipamento diverso e despesas administrativas.”

p) Na sequência do Despacho do Senhor Ministro da Defesa Despacho n.º 12261/2016, o Conselho de Administração da DEFLOC, em 16 de maio de 2017, deliberou:

- “(...) *nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 36.º do Código dos Contratos Públicos, aplicável por força do disposto no artigo 73.º, do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, dar início ao procedimento pré-contratual tendente à contratação dos serviços de manutenção dos Motores RTM 322-02/8 MK 250 instalados nos Helicópteros EH 101 operados pela Força Área, autorizando-se, no seguimento do Despacho n.º 12261/2016, de Sua Excelência o Ministro da Defesa Nacional, a despesa inerente ao contrato a celebrar até ao montante global de EUR 81.020.000,00.*

- (...) *adotar o procedimento pré-contratual de negociação sem publicação prévia de anúncio, nos termos e para efeitos da alínea e), do artigo 32.º, ambos do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, devendo ser enviado convite à seguinte entidade: SAFRAN HELICOPTER ENGINES.*

- (...) *aprovar as peças do procedimento relativas ao procedimento de negociação particular sem publicação prévia de anúncio (o convite à apresentação de propostas e respetivos anexos), bem como a constituição do Júri para a condução do procedimento (...).”*

q) E por deliberação de 25 de junho de 2018 o Conselho de Administração da DEFLOC deliberou adjudicar a proposta apresentada pela concorrente SAFRAN HELICOPTER ENGINES, nos termos e com os fundamentos propostos no relatório elaborado pelo Júri do procedimento, e aprovar a minuta de contrato.

r) O objeto do contrato agora submetido a fiscalização prévia, celebrado em 6 de julho de 2018, entre a DEFLOC, Locação de Equipamentos de Defesa, SA e a Safran Helicopter Engines, consiste *“na aquisição de serviços de manutenção dos 38 motores RTM 322-02/8 MK-250 instalados nos 12 helicópteros que constituem a frota EH-101 operada pela Força Aérea Portuguesa, que incluem a gestão dos bens, a operação da logística, a realização de reparações e a prestação do apoio técnico”* - (cfr. Cláusula I do contrato).

s) A cláusula IV, do referido contrato sob a epígrafe *“Âmbito Dos Serviços a Prestar”* tem a seguinte redação:

- “1. Da celebração do Contrato decorre para o Cocontratante a obrigação de prestar todos os serviços, e fornecer todos os componentes definidos na Cláusula VII do Contrato para:
 - a. Garantir a satisfação dos objetivos de disponibilidade definidos na Cláusula VII do Contrato;
 - b. Garantir a formação e certificação de qualificações do pessoal do Utilizador relativamente às atividades de manutenção dos motores sob a responsabilidade desta entidade, nos termos do n.º 2, alínea d), subalínea iv, bem como a manutenção dessa certificação;
 - c. Assegurar a manutenção e utilização de todos os componentes de modo sustentável e equilibrado;
 - d. Assegurar a gestão de configuração do motor RTM 322-02/8 MK-250, compreendendo as atividades tendentes a garantir uma gestão controlada da mudança inerente ao seu desenvolvimento;
 - e. Recuperar os motores inoperacionais.
2. O cumprimento do âmbito dos serviços definido no número anterior inclui, designadamente e sem exclusão de qualquer outro que se revele necessário, a prestação dos seguintes serviços:
 - a. Serviços de gestão da manutenção dos motores RTM, incluindo, designadamente:
 - i. A iniciativa para a realização de quaisquer operações de manutenção ML2, ML3 e ML4, mesmo que não programadas, quando tal se revele necessário;
 - ii. Serviço de disponibilidade de Motores RTM322;
 - iii. Substituição de componentes controlados por limite de vida (horas, calendário, ciclos ou outros);
 - iv. Análise de informação operacional;
 - v. Gestão de peças em quarentena;

- vi. Gestão de obsolescência;
 - vii. Gestão de configuração;
 - vii. Programa de Extensão de Vida;
 - b. Serviços de manutenção de motores, compreendendo designadamente:
 - i. Inspeções programadas (para efeitos de ML2, ML3 e ML4);
 - ii. Revisões gerais;
 - iii. Incorporação de modificações nos motores, módulos ou LRU's/componentes resultantes de ordens técnicas emitidas pelo Cocontratante (modificações, boletins de serviço, instruções técnicas e outra documentação técnica), com exceção de ordens técnicas que resultem de solicitação expressa do Utilizador, da mudança do quadro regulamentar no momento da execução do contrato ou motivadas por obsolescência dos componentes;
 - iv. Realização das ações de manutenção níveis 2, 3 e 4 (ML2, ML3 e ML4);
 - c. Serviços de suporte logístico, incluindo, designadamente:
 - i. Gestão de stocks e componentes;
 - ii. Fornecimento de todos os consumíveis e componentes reparáveis e não reparáveis;
 - d. Serviços de suporte técnico, incluindo, designadamente:
 - i. Apoio técnico à manutenção e operação dos helicópteros na parte referente aos motores seus módulos e componentes;
 - ii. Resposta a perguntas técnicas sobre a operação e manutenção dos helicópteros na parte referente aos motores seus módulos e componentes;
 - iii. Fornecimento de toda a documentação técnica necessária para a execução da manutenção de nível 1 que, nos termos da Cláusula seguinte, é assegurada pelo Utilizador;
 - iv. Treino e certificação em manutenção de nível 1(...);
 - v. Investigação de acidentes e incidentes.
 - e. Serviços de reparação de material, incluindo, designadamente:
 - i. Reparação de motores, módulos, LRU e acessórios;
 - ii. Reparação de danos associados a erosão e corrosão resultantes da normal operação dos motores;
 - iii. Reparação de danos por ingestão de objetos estranhos, sendo que se considera compreendido no preço a ser proposto uma reparação a cada 5.000 horas de operação.
- (...)
5. Incluiu-se no objeto do contrato os serviços de reparação decorrentes de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis, como por exemplo em virtude de acidentes, bem como a prestação de apoio logístico em teatro de operações externas, nos termos fixados na Cláusula seguinte.
6. O Cocontratante obriga-se a efetuar todos os serviços de manutenção e reparação que lhe sejam solicitados pelo Utilizador.
- (...).”

t) A Cláusula VII, sob a epígrafe “*Objetivos de Disponibilidade*” tem o seguinte teor:

- «1. Os serviços a prestar pelo Cocontratante visam garantir a satisfação dos seguintes objetivos de disponibilidade:

	Ano 1		Ano 2		Ano 3	Ano 4	Ano 5	Ano 6	Ano 7	Ano 8	Ano 9	Ano 10
	1ºSem	2ºSem	1ºSem	2ºSem								
Horas de voo Mínimas	3.177	3.177	3.177	3.177	6.353	6.353	6.353	6.353	6.353	6.353	6.353	6.353
Horas de voo Máximas	3.713	3.713	4.117	4.117	8.234	8.234	8.234	8.234	8.234	8.234	8.234	8.234
Motores GSP	32	32	34	34	38	38	38	38	38	38	38	38
Motores disponíveis	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30	30

2. O Cocontratante obriga-se a cumprir os objetivos de disponibilidade previstos no número anterior, sob pena de incorrer na aplicação de penalidades previstas na CLÁUSULA XVI e das demais consequências previstas no contrato.

3. O facto de as ações de manutenção ML 1 serem levadas a cabo pela FAP não limitam, em nenhuma circunstância, a obrigação de garantia de disponibilidade assumida pelo Cocontratante.”

u) Em relação ao prazo do contrato consta da cláusula XII o seguinte:

«1. O Contrato entra em vigor no dia em que a Entidade Pública Contratante notificar o Cocontratante de que o contrato se encontra visado pelo Tribunal de Contas ou de que este considera que o contrato não se encontra sujeito a visto, tem como termo o dia 31/12/2026, e abrange duas fases:

- Fase de transição: período inicial de execução do Contrato, não podendo esta fase ultrapassar os 24 (vinte e quatro) primeiros meses de execução do Contrato;

- Fase de estabilidade: desde o termo da Fase de Transição até 31/12/2026;

2. Caso, a partir de 29/06/2021, os helicópteros deixem de ser operados pelo Utilizador, a Entidade Pública Contratante pode, conforme sua livre decisão, e mediante notificação ao Cocontratante com uma antecedência mínima de 4 meses:

a. Informar o Cocontratante da entidade que sucede ao Utilizador nos seus direitos e obrigações, dando o Cocontratante desde já o seu acordo a essa transmissão;

b. Determinar a suspensão do Contrato.

3. Durante o período que vigorar a suspensão prevista na alínea b) do n.º 1 anterior não é devido qualquer pagamento ao Cocontratante.

4. Caso a suspensão prevista na alínea b) do n.º 2 da presente cláusula vigorar por um período superior a seis meses, qualquer das partes pode denunciar o presente contrato.»

v) E em relação ao preço e pagamento a Cláusula XIII estabelece que:

«1. O Cocontratante obriga-se a prestar os serviços previstos no presente contrato pelo preço global máximo de € 73.420.000,00 (setenta e três milhões, quatrocentos e vinte mil euros), acrescido de IVA à taxa em vigor, quando aplicável, o qual inclui uma componente fixa e outra variável.

2. Do preço global referido no número anterior, os preços máximos a pagar em cada ano são os seguintes:

- a. Para o ano de 2018, € 7.000.000,00;
- b. Para o ano de 2019, € 10.730.000,00;
- c. Para o ano de 2020, € 9.920.000,00;
- d. Para o ano de 2021, € 9.510.000,00;
- e. Para o ano de 2022, € 7.100.000,00;
- f. Para o ano de 2023, € 7.100.000,00;
- g. Para o ano de 2024, € 7.100.000,00;
- h. Para o ano de 2025, € 7.480.000,00;
- i. Para o ano de 2026, € 7.480.000,00.

3. Os montantes estabelecidos no número anterior não prejudicam a possibilidade de, em cada ano, ser gasto um valor superior ao indicado desde que o acumulado desse ano com os anos anteriores não seja superior à soma dos montantes estabelecidos no número anterior relativos a esses anos.

4. O preço global do contrato estabelecido no n.º 1 da presente cláusula, e o preço base para o ano de 2018 estabelecido na alínea a), do n.º 2, da presente cláusula, serão deduzidos do montante decorrente de encomendas e ordens de reparação para a manutenção dos Motores formulados no presente ano de 2018 ao Adjudicatário e que venham a ser formulados até à entrada em vigor do contrato.

5. O preço a pagar pelos serviços prestados pelo Cocontratante compreende uma componente anual e componentes determinadas em função da operação real dos motores, nos termos seguintes:

- Taxa anual, abrangendo a parceria técnica e logística: € 1.100.000,00 (um milhão e cem mil euros);
- Taxa por Hora de Voo: € 670,00 (seiscentos e setenta euros);
- Taxa Cíclica, abrangendo o consumo de peças com vida útil limitada, no valor de € 107,00 (cento e sete euros) por Ciclo do Motor (...).»

w) Sob a epígrafe “*Reposição do Equilíbrio Financeiro e Partilha de Benefícios*” a Cláusula XIV estabelece o seguinte:

“1. Caso, durante a execução do contrato, os pressupostos da contratação sejam alterados, designadamente o número de motores abrangidos pelo contrato, o contrato poderá ser alterado em conformidade com o disposto no CCP sobre a modificação objetiva dos contratos.

2. Caso, em virtude da evolução tecnológica ou de outras condicionantes à execução do contrato, designadamente em virtude da adoção do programa de extensão de vida dos motores, exista uma redução significativa dos custos do Adjudicatário e, conseqüentemente, um acréscimo do benefício auferido por este, há lugar à partilha equitativa desses benefícios entre o adjudicatário e a Entidade Adjudicante.

3. Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se existir uma relação significativa dos custos do Cocontratante no caso estabelecido no anexo VI com as conseqüências aí previstas.”

x) Foi ainda acordado que o não cumprimento dos objetivos de disponibilidade, tal como previstos na CLÁUSULA VII, n.º 1, bem como de outras obrigações assumidas, dão lugar ao pagamento pela Cocontratante das penalidades/sanções pecuniárias estabelecidas na Cláusula XVI do contrato.

y) Foi solicitado que a DEFLOC esclarecesse o que entende por “*garantir a disponibilidade dos motores*”, e porque motivo as prestações objeto do contrato de manutenção atualmente em vigor não asseguravam tal necessidade, tendo, em suma, respondido o seguinte:

“(...) aquilo que se pretende contratar é a garantia de que os motores estão disponíveis para operar em cada momento, independentemente das intervenções que seja necessário realizar para o efeito, por oposição à possibilidade de contratar ações concretas de manutenção com o risco daí resultante de os motores não estarem disponíveis por ser necessário qualquer ação adicional (opção que vigora no contrato atualmente em execução).

De facto, no contrato atualmente em vigor, e como já tivemos a oportunidade de realçar, a DEFLOC e a Força Aérea Portuguesa têm de ter a capacidade de prever e planejar necessidades, agindo no essencial de forma reativa aos problemas que surgem na operação dos motores, resultando desta incapacidade de planeamento das atividades de manutenção uma falta de controlo da disponibilidade dos motores, que frequentemente se têm revelado em número insuficiente para aprontar o número de helicópteros requerido pelo plano de operação”.

z) Atento o disposto nos artigos 48.º, 440.º e 451.º, todos do CCP, aplicáveis por remissão do artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, foi questionada a entidade fiscalizada para que justificasse o prazo de vigência do contrato (início após o visto do Tribunal e termo no dia 31.12.2026).

aa) Foi respondido pela DEFLOC:

“(...) um programa de manutenção de motores como os RTM322 tem associados esforços ou picos de investimento, do ponto de vista técnico e financeiro, resultantes do nível de utilização dos mesmos.

No caso em análise, o principal valor de referência corresponde a um potencial de 2.000 ciclos de funcionamento por motor, o qual se estima que venha a ser atingido a partir de 2020, dando origem a um plano de revisões que deverá estender-se entre 2020 e 2025. Neste contexto, a celebração de um contrato para um período alargado (inicialmente previsto como sendo de 10 anos, mas que, em função do decurso do procedimento, será inferior) apresenta vantagens, já que assegura desde logo a cobertura destas ações de revisão, evitando qualquer gestão do programa que retarde o início das revisões para o período seguinte (não contratado) e que resulte por isso num novo ciclo de manutenção que se inicie com o potencial da frota praticamente esgotado.

Do ponto de vista técnico existe ainda a considerar um elevado número de modificações técnicas que se sabe estarem em desenvolvimento no fabricante e que são de carácter mandatário, as quais deverão ser incorporadas nos motores assim que estes sejam objeto de intervenção na Safran, sendo expeável que todos os motores sejam intervencionados no prazo de execução do contrato (pelo seu prazo alargado). Sem contrato, a incorporação deste tipo de modificações seria custeada pelo cliente e em adição aos trabalhos contratados.

Por fim, há ainda que considerar que o prestador de serviços empenhará recursos humanos e materiais para manter e suportar a operação, com investimentos de instalação e planeamento da operação e custos de encerramento que agravarão o custo anual tanto mais quanto mais curto for o período contratual.”

bb) Questionada quanto ao valor de 7.000.000,00€, previsto na alínea b) do n.º 2 da cláusula XIII do contrato, para o ano de 2018, esclareceu o seguinte:

“(…) ao longo do ano de 2018 foram colocadas encomendas de reparação e de aprovisionamento de materiais, que resultarão num custo efetivamente suportado no valor de EUR 2.988.725,85 à data de celebração do contrato submetido a fiscalização do Tribunal de Contas (...), em resposta a necessidades identificadas pela Força Aérea Portuguesa que eram imprescindíveis e inadiáveis.

Como resulta do n.º 4 da cláusula XIII, este montante executado ao abrigo do contrato ainda em vigor será deduzido aos 7.000.000 € referidos, resultando assim que o preço contratual máximo (global e anual, conforme números 1 e 2) consistirá efetivamente num valor inferior ao inscrito no texto do contrato.

Este preço contratual máximo final só poderá ser apurado após o visto do Tribunal de Contas que determina o início da vigência.”

cc) Questionada sobre se o encargo resultante da execução do presente contrato será suportado por verbas provenientes da Lei de Programação Militar foi respondido pela DEFLOC que:

“(…) o encargo resultante da execução do presente contrato não será diretamente suportado por verbas provenientes da Lei da Programação Militar. A DEFLOC constitui no contrato em causa a entidade pública contratante e as suas receitas têm origem num contrato de prestação de serviços de manutenção celebrado com o Estado português (...) e não diretamente na LPM. Trata-se assim de uma normal relação comercial cliente-fornecedor, em que o fornecedor DEFLOC, não tendo meios próprios para prestar diretamente os serviços a que se obrigou, subcontrata a prestação dos mesmos a fornecedores especializados, utilizando as receitas provenientes do seu contrato de fornecimento com o Estado para remunerar os seus subcontratados. Ou seja, "o encargo resultante da execução do presente contrato será suportado por verbas provenientes do contrato de prestação de serviços de manutenção celebrado entre o Estado português e a DEFLOC”.

dd) A despesa com o contrato submetido a fiscalização prévia foi classificada na rubrica 02.02.07 –Locação de Bens da Defesa, em vez de 02.02.03 – Conservação de Bens.

ee) Na Sessão Diária de Visto, da 1.ª Secção, de 04 de outubro de 2018, foi decidido devolver o contrato à DEFLOC para prestar os seguintes esclarecimentos:

Atenta a natureza, objeto, valores e duração do contrato, justifique a não observância do regime jurídico previsto no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, sendo certo que a preterição do procedimento legalmente exigido é cominada com nulidade, nos termos do disposto na alínea l) do n.º 2 do artigo 161.º do Código do Procedimento Administrativo. Sem prejuízo da resposta à questão anterior, se a escolha do objeto do contrato em apreço tem relação com a recomendação do relatório de auditoria n.º 27/2012 – 2.ªS, Processo n.º 06/2012, e se, por essa via, se considera assegurada a necessidade que deu origem à mesma recomendação.

Não tendo sido comprovado que a despesa do presente contrato se encontra prevista na Lei de Programação Militar, ao contrário do que parece resultar do Despacho n.º 12261/2016, de 12 de outubro, demonstre, documentalmente, que a referida despesa se encontra legalmente autorizada pelo órgão com competência para o efeito.

Implicando o contrato despesa em mais de um ano económico e considerando que a entidade fiscalizada se encontra sujeita à Lei de Enquadramento Orçamental e ao disposto no artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, uma vez que se trata de entidade reclassificada, demonstre, documentalmente, que a despesa plurianual se encontra regularmente autorizada, enviando a correspondente portaria de extensão de encargos. Como considera admissível que a despesa constante do compromisso apresentado (n.º 2018/50) seja de montante inferior ao contratualmente previsto para o ano de 2018, face ao disposto na Lei 8/2012, de 21 de fevereiro, e no Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21 de junho, que determinam a demonstração de fundos disponíveis para a totalidade do encargo, sob pena de nulidade.

Tendo em conta o objeto do presente contrato e que os documentos de despesa ora enviados traduzem que a despesa se encontra classificada na rubrica 02.02.07 –Locação de Bens da Defesa, em vez de 02.02.03 – Conservação de Bens, justifique legalmente tal classificação.

Justifique por que motivo o mapa de fundos disponíveis extraídos do sistema informático da aplicação da DGO não é reportado ao mês que suportou a inscrição do compromisso (julho de 2018).

ff) A DEFLOC respondeu às questões formuladas nos seguintes termos:

“1. O procedimento que conduziu à celebração do contrato submetido a visto prévio não observou o regime previsto no Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, por o mesmo não ser aplicável atento o objeto do contrato em causa. De facto, está em causa apenas a manutenção dos helicópteros e não, por exemplo, a sua exploração o que, isso sim e a suceder, poderia estar sujeito ao referido regime.

Por forma a demonstrar o alegado, importa começar por perceber não só qual a definição legal de parceria público-privada (doravante "PPP"), como também quais os seus traços característicos, para os efeitos do Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio (que disciplina a intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas e que criou a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos).

Nessa senda, e tendo por referência o regime do Decreto-Lei n.º 111/2012, cumpre salientar o seguinte:

a) sobre a noção de PPP: "para os efeitos do presente diploma, entende-se por parceria público privada o contrato ou a união de contratos por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado" (artigo 2.º, n.º 1);

b) sobre os fins das PPP: "[constituem finalidades essenciais das parcerias a economia e o acréscimo de eficiência na afetação de recursos públicos face a outros modelos de contratação, bem como a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço, induzida por formas de controlo eficazes que permitam a sua avaliação permanente por parte do parceiro público e dos potenciais utentes" (artigo 4º, n.º 1);

c) sobre a repartição de responsabilidades: no âmbito das parcerias, incumbe: a) ao parceiro público, o acompanhamento, a avaliação e o controlo da execução do objeto da parceria, de forma a garantir que são alcançados os fins de interesse público subjacentes; b) ao parceiro privado, o exercício e a gestão da atividade contratada, de acordo com os termos contratados, bem como o financiamento, no todo ou em parte" (artigo 5.º).

Ora, feito o devido enquadramento preliminar, vejamos, infra, por que razões não se está, no caso em apreço, defronte de uma PPP, passível de justificar, por essa razão, a aplicação do Decreto-Lei n.º 111/2012.

Assim, temos que:

Em primeiro lugar, é de referir que o contrato em causa consiste num contrato de prestação de serviços de manutenção dos 38 motores RTM 322-MK 250 que equipam a frota de helicópteros EH-101, cujas partes são a DEFLOC - Locação de Equipamentos de Defesa, S.A. (doravante "DEFLOC") e a Safran Helicopter Engines (doravante "Safran"), serviços esses que são prestados diretamente pela Safran à DEFLOC/ enquanto proprietária dos helicópteros EH-101.

Em segundo lugar, cabe frisar que a Safran não se obrigou, perante a DEFLOC, nos termos do contrato, a assegurar, de forma duradoura, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva. De facto, a necessidade coletiva que os helicópteros em causa visam assegurar consiste nas operações de busca e salvamento, o que será garantido pela Força Aérea Portuguesa e não pela Safran.

Em terceiro lugar, é de ressaltar que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração e riscos associados não incumbe, no todo ou em parte, à Safran, recaindo antes sobre a esfera da própria DEFLOC.

De facto, é à DEFLOC que cabe garantir todo o financiamento da atividade a ser desenvolvida pela Safran (o que sucede através do contrato que tem com o Estado Português).

Em quarto lugar, não se verificam, in concreto, as finalidades essenciais das PPP, legalmente consagradas, como a economia e o acréscimo de eficiência na afetação de recursos públicos face a outros modelos de contratação, bem como a melhoria qualitativa e quantitativa do serviço, induzida por formas de controlo eficazes que permitam a sua permanente avaliação por parte do parceiro público e dos potenciais utentes.

Logo, não estando verificados, no caso concreto, os pressupostos legais para o preenchimento do conceito de PPP, para efeitos do Decreto-Lei n.º 111/2012, não é admissível pugnar pela incidência, no quadro do contrato em questão, dos preceitos constantes desse diploma, sendo antes de aplicar, aí, nomeadamente, em matéria pré-contratual, o diploma especial do setor da defesa, ou seja, o Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro (que prevê a disciplina aplicável à contratação pública nos domínios da defesa e da segurança).

2. Analisadas as recomendações constantes do relatório de auditoria n.º 27/2012 – 2.ª Secção, Processo n.º 06/2012, verifica-se que as mesmas incidem sobre questões organizativas – do Ministério da Defesa Nacional e da EMPORDEF e suas empresas participadas - mas não concretamente sobre a forma como a manutenção dos helicópteros deveriam ocorrer. Desta forma, o contrato ora em apreço não tem relação com as recomendações objeto do referido relatório de auditoria por se tratar de matéria distinta das abordadas no mesmo.

3. A DEFLOC, sendo uma entidade jurídica distinta do Estado Português, ainda que por si integralmente detida, não tem os instrumentos que lhe permitam, diretamente, proceder à comprovação de que a despesa do contrato se encontra prevista na Lei da Programação Militar.

Em qualquer caso, refira-se que o Despacho n.º 12261/2016, de 12 de outubro, emitido na decorrência da Lei de Programação Militar, comprova que a despesa se encontra legalmente autorizada pelo órgão com competência para o efeito.

No entanto, solicitámos ao Ministério da Defesa Nacional, a evidência documental solicitada pelo Tribunal de Contas que juntamos no Anexo A a este documento.

4. Conforme se demonstrou supra, a despesa prevista no contrato submetido a fiscalização prévia encontra-se consagrada na lei de programação militar que, como se sabe, foi aprovada através de uma lei orgânica (Lei Orgânica n.º 7/2015, de 18 de maio). Desta forma, a aprovação da despesa, e da sua divisão por mais do que um ano económico, já encontra respaldo nesse diploma não sendo, por isso, e salvo melhor opinião, necessária qualquer portaria de extensão de encargos adicional.

Acresce que o Despacho n.º 12261/2016, de 12 de outubro, autoriza, expressamente, nos termos e para os efeitos do artigo 7.º da Lei de Programação Militar, que os saldos verificados no fim de cada ano económico transitem para o orçamento do ano seguinte para reforço das dotações das mesmas capacidades até à sua completa execução.

5. De acordo com a cláusula XII, n.º 4, do contrato submetido a fiscalização prévia, "o preço global do contrato estabelecido no n.º 1 da presente cláusula, e o preço base para o ano de 2018 estabelecido na al. a), do n.º 2, da presente cláusula, serão deduzidos do

montante decorrente de encomendas e ordens de reparação para a manutenção dos Motores formulados no presente ano de 2018 ao Adjudicatário e que venham a ser formulados até à entrada em vigor do contrato".

Ora, conforme referido na resposta remetida ao anterior pedido de esclarecimentos do douto Tribunal de Contas, ao longo do ano de 2018 foram colocadas encomendas de reparação e de aprovisionamento de materiais, no valor de EUR 2.988.725,85 até à data da celebração do contrato, em resposta a necessidades identificadas pela Força Aérea Portuguesa que eram imprescindíveis e inadiáveis. Como resulta do n.º 4 da cláusula XIII, este montante executado ao abrigo do contrato ainda em vigor será deduzido aos 7.000.000 € referidos, resultando assim que o preço contratual máximo (global e anual, conforme números 1 e 2) consistirá efetivamente num valor inferior ao inscrito no texto do contrato.

Contudo, o contrato, por se tratar da conversão em instrumento vinculativo daquilo que foi apresentado no convite para apresentação de propostas e na notificação da minuta do contrato, reproduziu o valor inicialmente previsto que, de acordo com as encomendas já realizadas, nunca seria o valor a ser gasto no corrente ano ao abrigo do mesmo.

Assim, a despesa constante do compromisso apresentado (n.º 2018/50) é de montante inferior ao contratualmente previsto para o ano de 2018 porque, na data em que o contrato foi celebrado, o valor que em abstrato poderá ser gasto no âmbito da execução do contrato é, e sempre seria, inferior ao estipulado no contrato como valor máximo a ser despendido.

6. Por motivos históricos, a despesa com a manutenção de helicópteros sempre foi classificada na rubrica 02.02.07. Contudo, por se concordar com o comentário implícito na pergunta, a DEFLOC irá reclassificar as referidas despesas para a rubrica 02.02.03.

7. Como se sabe, a EMPORDEF encontra-se em processo de liquidação motivo pelo qual tem sofrido uma acentuada redução de pessoal o que tem dificuldade a realização de algumas tarefas.

Assim, em virtude de o prazo de liquidação da EMPORDEF ter terminado a 16 de julho, e a situação vivida por essa sociedade, a inscrição do compromisso apenas foi realizada posteriormente motivo pelo qual o mapa de fundos disponíveis extraídos do sistema informático da aplicação da DGO não é reportado ao mês que suportou a inscrição do compromisso (julho de 2018).”»

II.3 Apreciação das questões jurídicas suscitadas no recurso

II.3.1 Questões jurídicas relevantes

- 8 Tendo presente a fundamentação e sentido da decisão recorrida, as conclusões das alegações da recorrente (cf. *supra* §§ 1, 2 e 5), o parecer do Ministério Público (que não suscitou «questões

novas», cf. *supra* § 3.2) e a análise empreendida pelo tribunal *ad quem*, os temas essenciais objeto do recurso são os seguintes:

- 8.1 Questão prévia: eventual suspensão da instância em face de motivo comunicado pela recorrente na fase de recurso.
- 8.2 Apreciação e decisão sobre o pedido principal da recorrente: qualificação do contrato e sujeição a fiscalização prévia.
- 8.3 Apreciação do pedido subsidiário da requerente sobre legalidade do contrato objeto de fiscalização:
 - a) Sujeição do contrato ao regime jurídico sobre parcerias público-privadas e respetivo relevo no caso concreto para efeitos de concessão de visto;
 - b) Respeito das regras financeiras aplicáveis sobre compromissos plurianuais repercutidas na decisão sobre concessão ou recusa de visto.
- 8.4 Decisão sobre o pedido subsidiário da recorrente relativo à concessão de visto.

II.3.2 Questão prévia: eventual suspensão da instância em face de motivo comunicado pela recorrente na fase de recurso

- 9 A recorrente, depois de conhecer o parecer do MP formulado ao abrigo do artigo 99.º, n.º 1, da LOPTC e de ter sido aberta pela secretaria conclusão ao relator para elaboração de projeto de acórdão, formulou um requerimento acompanhado de documentos (*supra* §§ 3.2 a 3.5).
- 10 No plano jurídico-processual, os factos referidos no requerimento da recorrente determinam o dever de se ponderar a eventual suspensão da instância ao abrigo do artigo 272.º, n.º 1, parte final, do CPC, *ex vi* artigo 80.º da LOPTC, norma que estabelece que o tribunal pode ordenar essa suspensão «quando a decisão da causa estiver dependente do julgamento de outra já proposta ou quando ocorrer outro motivo justificado».
- 11 A questão jurídica indicada centra-se em saber se a notícia sobre a suscetibilidade de ocorrência do eventual facto superveniente comunicado pela recorrente (possível autorização da despesa

relativa ao contrato por futura Resolução do Conselho de Ministros) configura *motivo justificado* para efeitos de suspensão de instância, sendo *conditio sine qua non* de um juízo afirmativo nesse sentido que o referido facto, caso ocorresse, pudesse influir no julgamento do recurso, o que se relaciona com o âmbito do poder de cognição do tribunal *ad quem*.

- 12 O primeiro aspeto nuclear na análise da questão (sobre suscetibilidade de ponderação de facto superveniente na decisão do presente recurso) é a circunstância de o objeto do recurso se limitar a matéria de direito (cf. *supra* §§ 2, 5, 6 e 8).
- 13 No parecer elaborado ao abrigo do artigo 99.º, n.º 1, do CPC (cf. *supra* § 3.2), o MP considerou que a recorrente teria razão quanto à impugnação um dos fundamentos da recusa de visto decidida em primeira instância na parte relativa à violação do artigo 19.º, n.º 1 do regime jurídico sobre parcerias público-privadas (RJPPP) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio, mas que subsistia outro motivo para a recusa de visto invocado no acórdão recorrido quanto ao desrespeito do disposto no artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.
- 14 A decisão recorrida considerou que o contrato fiscalizado colidia com normas de dois regimes jurídicos, do RJPPP e do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, incidindo o desrespeito do segundo dos diplomas indicados nos respetivos artigos 17.º, n.º 1, alínea e), e 22.º, n.º 1, na medida em que a requerente não logrou demonstrar que a despesa plurianual se encontrava regularmente autorizada, tendo-se, ainda, entendido no acórdão recorrido que essa violação deve ser qualificada como direta de norma financeira para efeitos do fundamento de recusa de visto previsto na alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC (cf. §§ 42 e 43 do Acórdão n.º 41/2018-7.DEZ-1.ªS/SS, com mais desenvolvimento sobre este tópico, cf. *infra* parte II.3.4 do presente acórdão).
- 15 Consequentemente, o parecer do MP não introduziu qualquer *nova questão* cuja apreciação deva ser empreendida na fase de recurso tendo defendido a improcedência do recurso com base num dos fundamentos da decisão recorrida, o que, por outro lado, implica que o contraditório sobre o objeto do recurso se tenha encerrado com a referida intervenção do MP, a qual, no plano material e dinâmica processual, constitui o exercício do direito de resposta às alegações da parte recorrente, no caso a DEFLOC.

- 16 Tendo o recurso sido circunscrito, pela recorrente, a matéria de direito (cf. *supra* §§ 2, 5, 6, 8 e 12) e tendo a análise do parecer do MP também incidido apenas em questões jurídicas (cf. *supra* §§ 3.2), nesta fase não pode haver lugar à discussão de alterações incidentes na matéria de facto.
- 17 O regime específico do recurso sobre decisões de recusa de visto estabelece que não sendo suscitadas *novas questões* pelo MP no parecer elaborado ao abrigo do artigo 99.º, n.º 1, da LOPTC, o tribunal *ad quem* não pode conhecer para a concessão ou recusa do visto «questões relevantes» «não abordadas na decisão recorrida ou na alegação do recorrente» — cf. n.º 2 do artigo 100.º conjugado com o n.º 3 do artigo 99.º da LOPTC, sobre os ónus do recorrente para alteração da matéria de facto em fase de recurso vd., ainda, por todos o § 17 do Acórdão n.º 14/2018-10.JUL-1.S/PL e os §§ 9 e 16 do Acórdão n.º 22/2018-9.OUT-1.S/PL.
- 18 No regime processual civil, mesmo em primeira instância em que o objeto do processo é amplo e não se encontra delimitado pelas conclusões do recurso, existe um momento a partir do qual já não podem ser atendidos factos supervenientes ocorridos depois do «momento do encerramento da discussão» (artigos 588.º, n.º 1, e 611.º, n.º 1, do CPC), o qual corresponde ao fim das alegações orais dos advogados das partes (artigo 604.º, n.º 3, alínea e), do CPC) que constituem o termo final para ocorrência de factos atendíveis enquanto condições de procedência ou improcedência da ação.
- 19 No processo de fiscalização prévia em primeira instância, a entidade requerente também pode, nomeadamente na sequência notificações determinadas pelo Departamento de Controlo Prévio da Direção-Geral do TdC (DECOP) ou pelo próprio tribunal (artigos 82.º, n.º 1, e 85.º, n.º 3, da LOPTC), alegar factos supervenientes e suscitar os incidentes de instância que entender pertinentes, os quais deverão ser apreciados pelo Tribunal que está vinculado a um prazo perentório legal para decisão, nos termos do artigo 85.º, n.º 1, da LOPTC, que, também constitui um termo final absoluto para factos supervenientes atendíveis.
- 20 Desta forma, as regras específicas do processo de fiscalização prévia determinam uma menor margem jurisdicional de conformação do processo em primeira instância do que a existente no processo civil declarativo, atentos os ónus de alegação e prova da entidade requerente que delimitam os poderes de cognição e deveres de gestão processual do Tribunal, sem olvidar os

princípios do pedido, da cooperação e boa-fé processual, em face, nomeadamente, dos artigos 81.º, n.º 1, 82.º, n.º 2, 85.º, n.ºs 1 e 3, da LOPTC e dos artigos 5.º a 8.º, 414.º, 417.º, n.º 2, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC (vd., ainda, *infra* §§ 23, 27, 100 a 102).

- 21 No caso concreto, as manifestações do poder e responsabilidades próprias da requerente na conformação do processo refletiram-se na preparação administrativa do contrato, impulso do processo de fiscalização prévia, alegação de factos e junção de provas, bem como na opção de não suscitar factos supervenientes nem indicar eventuais motivos de suspensão de instância, apesar de lhe terem sido proporcionadas oportunidades para reagir aos potenciais fundamentos de recusa de visto (em particular por via de duas *devoluções* determinadas já na fase judicial, depois de apresentação pelo DECOP ao TdC nos termos do artigo 82.º, n.º 3, da LOPTC).
- 22 Em fase de recurso, o âmbito do poder jurisdicional é significativamente restringido pois o objeto do recurso é mais limitado do que o do processo, atento, nomeadamente, o disposto no artigo 97.º, n.º 1, da LOPTC e nos artigos 639.º e 640.º do CPC, não podendo o tribunal *ad quem* alterar matéria de facto por via de introdução de factos supervenientes em recurso limitado à matéria de direito (cf. *supra* §§ 2, 4, 5, 8 e 12), e mesmo quanto ao recurso em matéria de facto existem limites temporais para relevação de factos probandos supervenientes.
- 23 A decisão proferida em primeira instância determina o termo final para efeitos de ocorrência de factos probandos essenciais para a concessão ou recusa de visto e jurisdicionalmente atendíveis, por força do complexo normativo extraído das disposições conjugadas dos artigos 81.º, n.º 1, 82.º, n.º 3, 85.º, n.ºs 1 e 3, da LOPTC e artigos 5.º, n.ºs 1 e 2, 6.º, n.ºs 1 e 2, 7.º, n.ºs 1 e 2, 8.º, 588.º, n.º 1, e 611.º, n.º 1, do CPC (estes *ex vi* artigo 80.º da LOPTC), mesmo no quadro de recurso em matéria de facto (podendo apenas ser valorados estritos factos probatórios supervenientes, nomeadamente provados por documentos supervenientes).
- 24 Ainda que exista recurso sobre a matéria de facto, a pretensão de admissão de documentos supervenientes (para a prova de factos objeto do julgamento da primeira instância ou factos que não integraram a matéria de facto julgada provada em primeira instância e se afiguram jurisdicionalmente atendíveis no concreto processo) depende, em primeira linha, da respetiva

tempestividade em função do complexo normativo constituído pelos artigos 651.º, n.º 2, e 657.º, n.º 1, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC.

25 No caso concreto, ressaltam dois fatores nucleares:

25.1 Factos probandos legalmente necessários à concessão ou recusa de visto para serem jurisdicionalmente atendíveis no processo instaurado tinham de se verificar antes da prolação da decisão da primeira instância

25.2 No momento do requerimento da recorrente referido *supra* no § 3.5 já tinha sido atingido o termo do prazo perentório para admissão de documentos supervenientes, pois encontrava-se finda a instrução e o processo estava concluso ao juiz relator para elaboração do projeto de acórdão — tendo sido aberta mão do mesmo apenas para junção desse requerimento (*supra* §§ 3.4 e 3.5) não pode vir a ser admitido qualquer documento superveniente pela circunstância de a iniciativa probatória ter lugar depois do termo final prazo perentório para o efeito.

26 Sublinhe-se, ainda, que mesmo no âmbito do recurso em matéria de facto: ´

26.1 É necessário atender, como se refere no § 17 do Acórdão n.º 22/2018-9.OUT-1.ªS/PL, aos ónus específicos de impugnação decorrentes da articulação entre o artigo 97.º, n.º 1, da LOPTC e no artigo 640.º, n.º 1 e n.º 2, alínea *b*), do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC;

26.2 Ónus processuais que integram um sistema em que «foram recusadas soluções que pudessem reconduzir-nos a uma *repetição dos julgamentos*, tal como foi rejeitada a admissibilidade de *recursos genéricos* contra a errada decisão da matéria de facto, tendo o legislador optado por restringir a possibilidade de revisão de concretas questões de facto controvertidas relativamente às quais sejam manifestadas e concretizadas divergências por parte do recorrente» (António Abrantes Geraldês, *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 5.ª edição, 2018, p. 163).

26.3 O cumprimento desses deveres processuais, como se refere no Acórdão n.º 22/2018-9.OUT-1.ªS/PL, «constitui *conditio sine qua non* do poder de indagação factual do tribunal *ad quem*, o qual é delimitado pelo objeto do recurso (a base da materialidade já referida)», prosseguindo o citado aresto: «dependência lógica conformadora de múltiplas atividades

probatórias suscetíveis de ser desenvolvidas pelo tribunal de recurso, como admissão e assunção de documento superveniente (cf. artigo 662.º, n.º 1, do CPC), produção ou junção de novos meios de prova (662.º, n.º 2, alínea *b*), do CPC), e impulso de diligências pelo relator ao abrigo do artigo 99.º, n.º 5, da LOPTC — em abstrato aplicável no presente recurso e que se apresenta em linha com a norma do artigo 652.º, n.º 1, alínea *d*), do CPC, norma do LOPTC mais exigente e restritiva quanto ao grau do valor probatório que tem de preencher o conceito de “indispensabilidade”, enquanto no CPC se exige, apenas, “necessidade”» (relativamente à hipotética ampliação do recurso sobre matéria de facto por impulso do recorrido, incluindo o MP no quadro do parecer previsto no artigo 99.º, n.º 1, da LOPTC, deve atender-se ainda aos ónus estabelecidos nesse domínio pelo artigo 640.º, n.º 3, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC).

27 Finda a instrução do processo de fiscalização prévia em primeira instância (e depois de conferida oportunidade à entidade requerente para, querendo, alegar novos factos, juntar novas provas ou suscitar incidentes de instância, como a suspensão fundada em motivo justificado, esta não tenha formulado qualquer requerimento nesse sentido), o Tribunal apenas pode produzir a decisão com base nos factos conhecidos e provas produzidas até esse momento esse momento e caso tenham sido identificados no processo motivos imperativos de recusa de visto deve ser proferido acórdão no prazo estabelecido pelo artigo 85.º, n.º 1, da LOPTC.

28 Em síntese:

28.1 Na fase de recurso constitui um poder do recorrente a delimitação do respetivo objeto, nomeadamente, cingindo-o a matéria de direito;

28.2 Pelo que, em recurso de entidade fiscalizada contra acórdão de recusa de visto restrito a matéria de direito está proibida a introdução de novos factos, a não ser que a mesma seja suscitada pelo MP no momento do parecer previsto no artigo 99.º, n.º 1, da LOPTC (e satisfeitos os respetivos ónus, atento, nomeadamente, o disposto no artigo 340.º, n.º 3 do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC);

28.3 Sendo o recurso sobre matéria de facto, a admissão de documento superveniente (artigo 662.º, n.º 1, do CPC) e novos meios de prova (662.º, n.º 2, alínea *b*), do CPC) tem de respeitar

o objeto do específico recurso e o pressuposto da relevância, estando a admissão de documentos supervenientes, ainda, vinculada a limites temporais (atentas as disposições conjugadas dos artigos 651.º, n.º 2, e 657.º, n.º 1, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC) — para exemplos da introdução de factos probatórios supervenientes por via de documentos juntos pelo recorrente em fase de recurso, cf. Acórdão n.º 22/2018-9.OUT-1.S/PL e Acórdão n.º 23/2018-9.OUT-1.S/PL, casos em que, sublinhe-se, o novo facto foi determinante para os concretos recursos terem sido julgados procedentes.

29 O complexo normativo analisado estriba os limites do poder jurisdicional do TdC em processos de fiscalização prévia e os próprios equilíbrios entre essa função do Tribunal e os poderes e responsabilidades próprios da Administração que integram um regime legal sobre separação de funções de órgãos do Estado.

30 Em conclusão:

30.1 É inadmissível no presente recurso, depois da conclusão aberta para elaboração do projeto pelo relator, a admissão de documentos supervenientes;

30.2 Consequentemente, não pode haver lugar a suspensão da instância para aguardar a eventual prática de atos cuja admissão no processo se apresente legalmente inadmissível;

30.3 Impõe-se ao Tribunal apreciar o objeto do recurso com os elementos juntos até ao momento da abertura da conclusão ao relator depois da prolação de parecer do MP ao abrigo do artigo 99.º, n.º 1, da LOPTC.

II.3.3 Apreciação e decisão sobre o pedido principal da recorrente: qualificação do contrato e sujeição a fiscalização prévia

31 A recorrente estrutura a impugnação com duas pretensões que se apresentam numa relação lógica em que o deferimento da *primária* prejudica o julgamento da *eventual* (sobre a relação entre essas tipologias de pedidos no processo de fiscalização prévia, cf. §§ 6 a 21 do Acórdão n.º 3/2019-1.FEV-1.ªS/SS), pois entende que o Tribunal deve:

- 31.1 Considerar que o contrato não se encontra sujeito a visto do TdC, o que implica a procedência do recurso e revogação da decisão recorrida substituída por outra no sentido de que o contrato não está abrangido pelo âmbito objetivo da fiscalização prévia;
- 31.2 Subsidiariamente, conceder o visto ao contrato, o que também implica a procedência do recurso e revogação da decisão recorrida substituída por outra de concessão do visto.
- 32 A recorrente defende que o contrato submetido a apreciação do TdC não se encontra sujeito a fiscalização prévia por, na sua perspetiva, dever ser qualificado como um contrato de prestação de serviços de assistência técnica e enquadrado na alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC.
- 33 Valorar a reunião dos pressupostos materiais da submissão do contrato a fiscalização prévia, no caso concreto, deve ter por referência, em primeira linha, as normas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea c), 46.º, n.º 1, 47.º, n.º 1, e 48.º, n.º 1, da LOPTC, em particular a alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º que dispõe estarem sujeitos à fiscalização prévia do TdC os *contratos de obras públicas aquisição de bens e serviços, bem como outras aquisições patrimoniais que impliquem despesa* quando reduzidos a escrito por força da lei, sendo o valor dos contratos excluídos fixado pelas leis do orçamento do Estado (LOE), que até à data têm sempre estabelecido o limiar em 350.000 € (cf. artigo 164.º, n.º 1, da LOE para 2018 aprovada pela Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro, *ex vi* artigo 48.º, n.º 1, da LOPTC, limiar que subsiste no artigo 255.º, n.º 1, da LOE para 2019 aprovada pela Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro).
- 34 A integração do contrato *sub judice* na previsão na alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC não suscita dúvida e a única questão levantada pela recorrente é a de saber se o contrato em causa deve ser qualificado como contrato de *assistência técnica*, integrando uma das tipologias (*contratos de arrendamento, bem como os de fornecimento de água, gás, eletricidade ou celebrados com empresas de limpeza, de segurança de instalações e de assistência técnica*) que a alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC isenta de fiscalização prévia independentemente dos encargos financeiros assumidos pela entidade pública
- 35 A isenção estabelecida na alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC corresponde à que já constava na alínea f) do artigo 14.º da anterior Lei do TdC aprovada pela Lei n.º 86/89, de 8 de setembro, sem que tenha sido interposta no atual diploma qualquer nova valoração (como aliás se sublinhou

nos trabalhos preparatórios³), estando subjacente à previsão a identificação, nos anos oitenta e noventa do século passado, de um conjunto de contratos que pela sua natureza se reportam a um universo em que os preços eram administrativamente estabelecidos ou conformados por forte regulação estatal (determinando margens para formação pelo mercado muito estreitas) ou em que existia uma forte dependência de um contrato principal compreendendo o isento apenas tarefas circunscritas e diretamente conexas com uma matriz de apoio técnico relativa à execução ou garantia daquele.

36 A norma da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC apresenta um carácter de exceção à regra sobre o âmbito objetivo da fiscalização prévia estabelecida na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 46.º, pelo que o respetivo preenchimento quanto a contratos de prestação de serviços depende da verificação de um elemento diferenciador e legitimador da exclusão do controlo.

37 A norma excecional da alínea *c*) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC na parte relevante para a questão *sub judice* relaciona-se com especificidades de um serviço designado como de *assistência técnica*, exigindo-se na interpretação histórico-teleológica e sistemático-teleológica do conceito para efeitos da referida norma legal que o mesmo não apresente um contorno abrangente de todas as prestações de serviços técnicos, nomeadamente, de manutenção, ainda que os contratantes os designem como *assistência técnica*, sob pena de se eliminar o fundamento legitimador da discriminação do respetivo controlo de legalidade financeira relativamente a outros contratos de prestação de serviços deixando-o na disponibilidade da rotulagem adotada pelos sujeitos ao aludido controlo.

38 O conceito de *assistência técnica* para efeitos de isenção de fiscalização prévia carece de uma interpretação conformada pelo elemento funcional: associação de uma concreta atividade de prestação de serviços técnicos a uma matriz peculiar legitimadora da eliminação discriminatória (relativamente a outras prestações de serviços) do controlo prévio da legalidade da despesa pública envolvida.

³ Cf. nota justificativa constante da norma correspondente do anteprojeto de lei de bases do Tribunal de Contas in *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 25 (1996), tomo II, p. 95.

- 39 O conceito de *assistência técnica*, para efeitos de isenção de fiscalização prévia ao abrigo do artigo 47.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC, deve cingir-se a atividades reportadas a mero apoio e acompanhamento de verificação do funcionamento de equipamentos segundo normas técnicas e/ou legais relacionadas com a operação do equipamento e enquanto mero serviço complementar ou instrumental do contrato de aquisição, não abrangendo contratos em que as partes pretendem a execução de serviços técnicos de reparação, manutenção ou substituição de peças.
- 40 Obrigações relativas a resultados operacionais independentes de contingências operativas, reparações extraordinárias (em virtude de incidentes prévios ou posteriores à contratação), ou formação e certificação de técnicos para atividades especializadas nunca podem ser qualificadas como *assistência técnica* para efeitos do artigo 47.º, n.º 1, alínea c), da LOPTC.
- 41 O TdC no Acórdão n.º 15/2015-28.MAI-1.ªS/PL destacou que os «conceitos de manutenção e assistência técnica no domínio informático não se confundem, mantendo individualidade e autonomia», tendo as pautas aí adotadas sido, ainda, objeto, de desenvolvimento no Relatório n.º 10/2016 da 1.ª Secção do TdC onde se sublinhou que a «existência de um conceito genérico de manutenção e assistência técnica é, manifestamente, afastada», análise implicitamente acolhida no Acórdão n.º 7/2015-3.MAR-1.ªS/PL, quanto a contratos de gestão de assistência e manutenção de viaturas.
- 42 No aludido Acórdão n.º 15/2015-28.MAI-1.ªS/PL preconizou-se, nomeadamente, que existe uma atividade muito vasta de manutenção de equipamentos não subsumível ao universo mais restrito da *assistência técnica*, tendo sido circunscrito este conceito, no caso dos produtos informáticos apreciados naquele aresto, a «serviços portadores de apoio intelectual [conhecimentos], tecnológico [reparações e/ou substituição de peças] prestados ao utilizador e sempre com o propósito de solucionar dificuldades técnicas relacionadas com a ativação de produtos tecnológicos abrangíveis a “*hardware*” e/ou “*software*” informáticos», ou seja, defendeu-se que com a *assistência técnica* apenas se «tende, afinal, a obter soluções que habilitem o utilizador a solucionar dificuldades inerentes a um determinado produto informático, assegurando a respetiva e boa operacionalidade».

- 43 As componentes de manutenção relativas à substituição de peças por desgaste ou destruição dos materiais com o objetivo de atingir determinadas performances escapam ao universo particular da designada *assistência técnica* para efeitos de isenção de fiscalização prévia, que também não compreende formação técnica especializada de agentes da entidade pública, nem, a respetiva certificação.
- 44 O objeto social da DEFLOC é «comércio e locação de equipamentos de defesa», tratando-se de entidade criada, como se referiu no Relatório n.º 27/2012 da 2.ª Secção do TdC, «com o objetivo único e específico de corporizar o veículo financeiro (*special purpose vehicle*) que assumiria a propriedade dos helicópteros EH-101 e, conseqüentemente, a posição de locadora operacional dos mesmos em favor do Estado, para uso da FAP» (cf. *supra* § 7, alínea o)) — aspeto nuclear, aliás, reafirmado no Despacho n.º 12261/2016 do Ministro da Defesa Nacional⁴.
- 45 O objeto do contrato *sub judice* consta da respetiva cláusula IV (cf. *supra* § 7, alínea s)) que se tem de articular com os objetivos estabelecidos na cláusula VII (cf. *supra* § 7, alínea t)).
- 46 Para efeitos da questão objeto de análise no presente segmento ressalta que o contrato compreende uma obrigação de resultado consubstanciada na articulação das duas aludidas cláusulas de «satisfação dos objetivos de disponibilidade» reportadas, nomeadamente, a valores mínimos de horas de voo ano, o que constitui um indício revelador da similitude lógico-funcional com obrigações nucleares de um contrato de locação (e não meras componentes instrumentais ou acessórias de um anterior contrato).
- 47 O contrato prevê um conjunto de várias atividades a desenvolver pelo prestador de serviços que não se reportam ao conceito de *assistência técnica*, compreendendo, designadamente, formação de recursos humanos e reparação de equipamentos avariados («garantir a formação e certificação de qualificações do pessoal do Utilizador relativamente às atividades de manutenção dos motores

⁴ Publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, de 12-10-2016, cujo segundo parágrafo tem o seguinte teor: «a frota de helicópteros EH -101 foi adquirida pela sociedade DEFLOC — Locação de Equipamentos de Defesa, S. A. — empresa que foi criada com o objetivo único e específico de corporizar o veículo financeiro (*special purpose vehicle*) que assumiria a propriedade dos helicópteros EH -101 — tendo sido celebrado um contrato de locação operacional dos helicópteros EH -101, entre a sociedade DEFLOC — Locação de Equipamentos de Defesa, SA, na qualidade de locadora e o Estado português na qualidade de locatário, para uso da Força Aérea Portuguesa».

sob a responsabilidade desta entidade [...] bem como a manutenção dessa certificação» e «recuperar os motores inoperacionais»), «investigação de acidentes e incidentes», «reparação de danos associados a erosão e corrosão resultantes da normal operação dos motores» e «serviços de reparação decorrentes de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis, como por exemplo em virtude de acidentes, bem como a prestação de apoio logístico em teatro de operações externas».

48 Não se pode, ainda, olvidar o valor dos serviços contratualizados e o seu relevo para o Estado que exigiria por si só e à luz de uma interpretação teleológico-sistemática que o mesmo não fosse integrado no universo particular de contratos isentos ao abrigo da alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC — recorde-se que o valor do contrato é de 73.420.000,00 €.

49 Relativamente ao Acórdão n.º 7/2002-29.JAN-1.ªS/SS, invocado pela recorrente na sua motivação, o mesmo não apresenta relevo para a presente apreciação por três motivos centrais:

49.1 Apreciou um outro contrato⁵, não vinculando o Tribunal no presente julgamento;

49.2 O Despacho n.º 12261/2016 do Ministro da Defesa Nacional, na base do contrato *sub judice*, enfatiza o carácter incomparável dos dois contratos e a muito maior abrangência do contrato fiscalizado nos presentes autos — cf. ponto b) da matéria de facto transcrita *supra* no § 7, em que, designadamente, se destaca:

«Atualmente o contrato de manutenção em vigor considera-se desajustado face às necessidades da Força Aérea e é apontado como uma das causas primárias para o baixo nível de disponibilidade operacional da frota EH-101, assim como para alguma volatilidade verificada nos custos de manutenção dos motores. Em sequência, considera-se imprescindível a celebração de um contrato de sustentação dos motores da frota EH-101 que garanta a disponibilidade operacional das aeronaves, e a longo prazo possibilite uma opção financeira mais vantajosa.

[...] O contrato de Global Support Package a celebrar não se limita a contratualizar o fornecimento de determinadas peças ou a prestação de serviços concretos, mas sim a "garantir a disponibilidade dos motores", passando dessa forma para o contraente privado a assunção integral do risco dos motores não funcionarem.»

49.3 Acresce que no Acórdão n.º 7/2002-29.JAN-1.ªS/SS não se aprofundam os limites do conceito de *assistência técnica* para efeitos de isenção de fiscalização prévia e a respetiva

⁵ Tendo enfatizado componentes de assistência técnica em sentido estrito (referindo apenas quanto a esse contrato a obrigação «de a locadora assegurar ao locatário a boa conservação e a reparação dos helicópteros prestando os serviços técnicos para isso necessários»).

fundamentação não compreende qualquer análise jurisprudencialmente relevante sobre a questão jurídica decidida nos presentes autos.

- 50 Afigura-se incompatível com a interpretação sistemático-teleológica do conceito de *assistência técnica* para efeitos de isenção de fiscalização prévia o respetivo alargamento a prestações de serviços como as identificadas nos §§ 45 a 47, as quais não apresentam unidade de sentido com as outras atividades previstas nessa norma e gerariam uma infundada discriminação do âmbito objetivo do controlo de legalidade prosseguido, sem qualquer suporte numa interpretação da norma em face da *ratio* captada à luz do contexto em que foi aprovada nem, muito menos, à luz da sua interpretação atualista.
- 51 O contrato submetido a fiscalização compreende múltiplas obrigações para o cocontratante insuscetíveis de qualificação como *assistência técnica* para efeitos da alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC, envolvendo um complexo de direitos e deveres das partes relativos a prestação de serviços de manutenção em que a *assistência técnica* é apenas uma das componentes que não esgota todo o universo de direitos e deveres contratuais derivados de múltiplas prestações de serviços a cargo do cocontratante que assume obrigações de resultado.
- 52 A norma da alínea c) do n.º 1 do artigo 47.º da LOPTC apresenta, como se destacou acima, um caráter de exceção a regra sobre o âmbito objetivo da fiscalização prévia e o respetivo preenchimento quanto a contratos de prestação de serviços depende da verificação de um elemento diferenciador e legitimador da exclusão do controlo, conseqüentemente, um contrato que integre elementos de alguma(s) tipologia(s) prevista(s) na referida exceção mas inclua também elementos de outros contratos abrangidos pela previsão da alínea b) do n.º 1 do artigo 46.º não beneficia da isenção (podendo, apenas, em face do valor ser dispensado de fiscalização por força do n.º 1 do artigo 48.º), devendo a entidade submeter a apreciação do contrato ao TdC e este empreender a respetiva análise para efeitos de concessão ou recusa de visto (acrescente-se que, na dúvida, a entidade deve, como fez a DEFLOC, submeter o instrumento ao TdC para este, enquanto órgão constitucional com reserva de competência nesta matéria, analisar a questão prévia da sujeição a visto, cf. §§ 15 a 17 do Acórdão n.º 3/2019-1.FEV-1.ªS/SS).

53 Em síntese, o contrato *sub judice* está enquadrado no âmbito objetivo da fiscalização prévia estabelecido pela alínea *b*) do n.º 1 do artigo 46.º da LOPTC e não preenche nenhuma das tipologias de contratos (arrendamento, fornecimento de água, gás e eletricidade ou celebrados com empresas de limpeza, de segurança de instalações e de assistência técnica) que, por força da norma excecional do artigo 47.º, n.º 1, *c*), da LOPTC, são excluídos dessa fiscalização.

54 Pelo exposto:

54.1 O contrato celebrado em 6-7-2018 entre a recorrente e *SAFRAN HELICOPTER ENGINES*, pelo valor de 73.420.000,00 € integra o âmbito subjetivo e objetivo da fiscalização prévia estabelecido pelas normas conjugadas dos artigos 5.º, n.º 1, alínea *c*), 46.º, n.º 1, alínea *b*), e 48.º, n.º 1, da LOPTC (o último conjugado com o artigo 164.º, n.º 1, da LOE para 2018);

54.2 A pretensão primária da recorrente não pode ser atendida, o que implica a obrigatoriedade de o Tribunal apreciar o respetivo pedido subsidiário sobre a revogação da decisão de mérito do acórdão recorrido que recusou o visto ao contrato.

II.3.4 Apreciação do pedido subsidiário da requerente sobre legalidade do contrato objeto de fiscalização

II.3.4.1 Sujeição do contrato ao regime jurídico sobre parcerias público-privadas e respetivo relevo no caso concreto para efeitos de concessão de visto

55 Qualificado o contrato como prestação de serviços, importa apreciar o seu eventual enquadramento como parceria público-privada (PPP) e, na afirmativa, a suscetibilidade de aplicação do RJPPP e respetivo impacto na concessão de visto, sendo esse o primeiro dos temas objeto de recurso relativamente ao pedido subsidiário da recorrente.

56 A categoria PPP constitui um modelo de transferência de risco abrangente de várias tipologias contratuais correspondendo, apesar da ausência de um cânone conceptual pacífico no direito comparado, a uma modalidade de cooperação em que entidades do setor público convocam entes privados para a partilha do risco relativo a determinados empreendimentos e/ou prestações de serviços.

- 57 Na densificação e imposição de cânones e regras adaptados aos riscos que as PPP envolvem, em particular quanto ao procedimento prévio ao respetivo lançamento, o RJPPP compreende um regime que «prevalece sobre quaisquer outras normas, gerais ou especiais» (nos termos do artigo 3.º do RJPPP) e se articula com as regras relativas à contratação pública, as quais, quando for o caso, continuam a aplicar-se, nomeadamente, ao procedimento para a formação do contrato (cf. artigo 15.º, n.º 1, do RJPPP).
- 58 O atual RJPPP com normas gerais aplicáveis à intervenção de entes públicos na definição, conceção, preparação, lançamento, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global de PPP foi produzido no quadro determinado pela solicitação, formulada pelo XVIII Governo Constitucional e durante a XI Legislatura, da concessão de assistência financeira da União Europeia a Portugal, de acordo com programa de auxílio financeiro a Portugal estabelecido em «Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica» acordado, em maio de 2011, entre a República Portuguesa e três instituições internacionais (Banco Central Europeu, União Europeia e Fundo Monetário Internacional), o qual veio a ser executado no âmbito da XII Legislatura, iniciada em 20 de junho de 2011, e concluído ainda durante essa legislatura, em 30 de junho de 2014.
- 59 Sobre o contexto histórico-teleológico do atual RJPPP importa assinalar que:
- 59.1 O primeiro diploma que visou uma regulação de *caráter transversal* sobre PPP foi o Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril, revisto pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, de 27 de julho;
- 59.2 Subsequentemente, o atual RJPPP visou, em face da grave situação económico-financeira nacional em larga medida relacionada com os pesados custos gerados por algumas PPP (refletidos num horizonte futuro e amplo), prosseguir um programa de «efetivo e rigoroso controlo dos encargos, bem como dos riscos associados às PPP», tendo para o efeito clarificado o conceito de PPP no ordenamento jurídico português, procedido «ao alargamento do seu [RJPPP] âmbito de aplicação» (ampliando o universo subjetivo das entidades abrangidas, designadamente, com a inclusão inequívoca de todas as empresas públicas) e reforçado as exigências e imposições sobre a generalidade das PPP, em particular, no plano procedimental;

59.3 Subjacente ao programa conformador do RJPPP ressalta uma visão crítica sobre o recurso excessivo a PPP na década anterior e o respetivo impacto, em face de valores relativos à sustentabilidade das finanças públicas e princípio da equidade intergeracional, que impunham a criação de mecanismos mais abrangentes e eficazes de controlo prévio da tutela do interesse público, em particular impondo que antes da assunção pelo setor público de encargos plurianuais ao abrigo desses instrumentos existisse, nomeadamente, avaliação tecnicamente habilitada, independente e rigorosa sobre benefícios da PPP por comparação com formas alternativas de alcançar os mesmos fins, partilha de riscos e avaliação dos objetivos da eventual PPP numa perspetiva de análise custo-benefício.

60 Quanto à dimensão sistemático-teleológica deve atender-se, ainda, aos imperativos estabelecidos pelo ordenamento em matéria financeira, nomeadamente, na atual Lei de Enquadramento Orçamental (LEO) aprovada pela Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro⁶, que revela um sistema global abrangente de todas as PPP e independente dos específicos serviços e entidades dos subsectores da administração central, regional, local e da segurança social envolvidos, ressaltando como elemento matricial as respetivas implicações financeiras e específicos riscos carecidos de estudos prévios:

60.1 O âmbito institucional de base da LEO reporta-se ao setor das administrações públicas como abrangente de todos os serviços e entidades dos subsectores da administração central, regional, local e da segurança social, que não tenham natureza e forma de empresa, de fundação ou de associação públicas;

60.2 O artigo 13.º, n.º 3, alíneas *d*) e *f*), da LEO determina que a verificação do cumprimento da equidade intergeracional implica a apreciação da incidência orçamental das necessidades de financiamento das entidades do setor empresarial do Estado e dos encargos explícitos e implícitos em PPP, concessões e demais compromissos financeiros de carácter plurianual;

60.3 No n.º 1 do artigo 18.º da LEO estabelece-se que a «assunção de compromissos e a realização de despesa pelos serviços e pelas entidades pertencentes aos subsectores que

⁶ Alterada pelas Leis n.ºs 2/2018, de 29-1, e 37/2018, de 7-8.

constituem o setor das administrações públicas estão sujeitas ao princípio da economia, eficiência e eficácia»;

60.4 O artigo 37.º, n.º 2, alíneas c), k) e l), da LEO determina que o relatório que acompanha a proposta de lei do Orçamento do Estado contém a apresentação e a justificação da política orçamental proposta e inclui a evolução da situação financeira global do setor das administrações públicas e de cada subsetor e dos setores empresariais públicos (incluindo informação sobre o respetivo endividamento global), a memória descritiva das razões que justificam o recurso a parcerias dos setores público e privado e informação global e individualizada sobre despesas anuais e plurianuais com PPP e sobre a situação de endividamento global respetiva.

61 O sistema normativo de regulação do controlo da sustentabilidade social de decisões com impacto financeiro prolongado aprofundado com a progressiva relevação dos problemas demográficos e económicos da sociedade portuguesa apresenta-se, assim, axiologicamente sustentado na equidade entre gerações, que se repercute diretamente em regras legais vinculativas para a administração e cuja aplicação se impõe aos tribunais, para além das précompreensões sobre a dimensão jusfilosófica da justiça intergeracional enquanto parâmetro restritivo, no plano procedimental e substantivo, da margem de ação administrativa (e independente da controvérsia sobre a tutela constitucional do princípio).

62 O conceito objetivo base de PPP encontra-se atualmente estabelecido no artigo 2.º, n.º 1, do RJPPP e compreende um conjunto de cinco requisitos:

62.1 Formar um contrato ou *união* de contratos, sendo estabelecida no n.º 4 do artigo 2.º do RJPPP uma enumeração legal exemplificativa de instrumentos possíveis;

62.2 Existência de, pelo menos, um parceiro privado e um parceiro público;

62.3 Caráter duradouro;

62.4 Desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva;

62.5 A responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração e riscos associados incumbirem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.

63 O âmbito subjetivo das entidades que podem integrar como parceiros públicos PPP tem por base o elenco do n.º 2 do artigo 2.º do RJPPP, conformado pelas seguintes coordenadas:

63.1 O conceito de parceiro público para efeitos do RJPPP é indissociável de uma interpretação histórica e sistemático-teleológica sobre os imperativos que conformaram o ordenamento jurídico em matéria de PPP no quadro do programa de auxílio financeiro a Portugal estabelecido em «Memorando de Entendimento Sobre as Condicionalidades de Política Económica», visando de uma forma global os encargos e riscos gerados pelas PPP para os entes públicos da administração central e local;

63.2 A teleologia do conceito de parceiro público para efeitos de PPP apresenta-se de forma conexa com a noção comunitária de organismo de direito público acolhida no artigo 2.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos (CCP), nomeadamente na versão revista em 2017, como se refere no § 9 do acórdão recorrido quando destaca que o conceito empregue na alínea e) do n.º 2 do artigo 2.º do RJPPP, *com vista à satisfação de necessidades de interesse geral* revela como «notório o propósito do legislador em delimitar as entidades abrangidas traçando um paralelo com a noção comunitária de “organismo de direito público”» (cf. na mesma linha o § 8 do Acórdão n.º 1/2019-16.JAN-1.ªS/SS).

63.3 A exclusão de uma entidade do elenco de *organismos de direito público* abrangidos pelo RJPPP não pode implicar a ausência de sujeição aos parâmetros estabelecidos nesse regime para admissão de concretas PPP enquadráveis nos elementos objetivos previstos no artigo 2.º desse diploma, mas a inadmissibilidade de lançamento de PPP por essa entidade, pois todas as PPP carecem, na formulação da lei, de estar sujeitas a «efetivo e rigoroso controlo dos encargos, bem como dos riscos associados».

64 O RJPPP compreende duas categorias de PPP conformando com essa base dois patamares de regras aplicáveis a PPP:

64.1 Uma categoria ampla de PPP constante dos n.ºs 1 a 4 do artigo 2.º do RJPPP cujo preenchimento implica, por si só, a reunião dos pressupostos de aplicação do regime global abrangente de todas as PPP estabelecido nos artigos 4.º, 5.º, 6.º e 7.º do RJPPP (por força do artigo 2.º, n.º 7, do RJPPP);

- 64.2 Uma categoria mais restrita, as PPP que, além de preencherem os pressupostos fixados nos n.ºs 1 a 4 do artigo 2.º do RJPPP, não se enquadram em nenhuma das categorias excluídas no n.º 5 do artigo 2.º do RJPPP, às quais se aplicam todas as regras estabelecidas no RJPPP, atento o disposto no artigo 2.º, n.º 7, *a contrario sensu*, do RJPPP.
- 65 O julgamento do acórdão recorrido sobre o preenchimento no caso concreto do âmbito subjetivo do conceito de PPP não suscitou controvérsia.
- 66 O âmbito objetivo do conceito de PPP exige que se trate de contrato por via do qual entidade privada se obriga, de forma duradoura, perante uma entidade pública, a assegurar, mediante contrapartida, o desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, em que a responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao cocontratante, através do quarto dos instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados previsto na enumeração legal exemplificativa do n.º 4 do artigo 2.º do RJPPP.
- 67 Os contratos de prestação de serviços integram a enumeração legal exemplificativa de instrumentos de regulação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e entes privados suscetíveis de corporizar uma PPP (previstos na alínea *d*) do n.º 4 do artigo 2.º do RJPPP).
- 68 O acórdão recorrido entendeu que o modelo adotado no caso *sub judice* preenche todos os outros elementos legalmente exigidos para a qualificação como PPP.
- 69 O essencial da divergência da recorrente com a decisão impugnada, neste segmento, reporta-se à ideia, desenvolvida nas respetivas alegações, de que a «atividade do cocontratante regulada no Contrato não é tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, mas apenas a de garantir a operacionalidade de uma componente de um instrumento utilizado, pela Força Aérea Portuguesa, na satisfação dessa necessidade».
- 70 Considera, ainda, que o contrato na medida em que «visa adquirir serviços tendentes à contratação de uma disponibilidade do parque dos motores» compreende uma responsabilidade para o cocontratante «que é distinta da transferência de risco» prevista no artigo 2.º, n.º 1, do RJPPP.

71 O MP no parecer referido *supra* no § 3.2, defendeu o afastamento do enquadramento como PPP no essencial pelas razões defendidas pela recorrente e, ainda, pelo não preenchimento do requisito objetivo relativo ao caráter duradouro:

«30. No caso, o serviço que a FAP realiza no sentido da satisfação da necessidade coletiva (de proteção de populações, de salvamento, de apoio ao combate a catástrofes, etc.) é totalmente alheio ao cocontratante na manutenção dos motores.

31. O risco de incumprimento dos objetivos de disponibilidade (reduzido, no caso, face à propriedade originária dos meios de manutenção pelo adjudicatário) não parece ter correspondência com os riscos a que se refere o conceito legal de PPP: riscos associados ao investimento e financiamento (inexistentes), à exploração (que não tem lugar), em suma, riscos outros, típicos de negócios com natureza mais aleatória.

32. No caso, com efeito, as obrigações de natureza patrimonial que impendem sobre o adjudicatário estão associadas à obtenção de licenças, às operações de importação e exportação (sempre tendo presente que os produtos necessários estão na disponibilidade do adjudicatário), seguros; não existe, pois, uma obrigação de investimento ou financiamento para o cocontratante privado, existindo, ao contrário e desde o início, o pagamento, em esforço financeiro, da entidade pública adjudicante.

33. Por fim, o próprio prazo, de 9 anos, não assume a grandeza habitual das PPP, em regra com períodos de duração de mais de 20 anos.»

72 O artigo 2.º, n.º 1, do RJPPP, tal como o respetivo antecessor (o artigo 2.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 86/2003), adota a solução metodológica seguida pela Comissão Europeia no *Livro verde sobre as parcerias público-privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos*, de 30-4-2004 [COM(2004) 327 final], não formulando uma definição mas identificando os elementos fundamentais da parceria: a duração da relação entre os parceiros público e privado; o desenvolvimento de uma atividade tendente a dar satisfação a necessidades coletivas; o financiamento e transferência para o parceiro privado de, pelo menos, parte dos riscos associados ao investimento, financiamento e exploração.

73 O RJPPP de 2012 visou reforçar o controlo e filtros procedimentais de contratação de PPP, nomeadamente, ampliando o universo subjetivo abrangido (*supra* § 48.2) tendo como base, no plano objetivo, o conceito muito amplo já estabelecido pela legislação anterior.

74 Os três requisitos controvertidos devem ser analisados sequencialmente por referência à ordem do enunciado legal: caráter duradouro; desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva; transferência para o parceiro privado de pelo menos parte da responsabilidade pelo investimento, financiamento, exploração e riscos associados.

- 75 O prazo de duração do contrato, outorgado em 6-7-2018 foi diferido para a data posterior ao visto do Tribunal com termo no dia 31-12-2026, não foi estabelecido em termos rígidos tendo uma vigência e execução previsíveis de cerca de oito anos.
- 76 O legislador nacional no RJPPP 2012, como no respetivo antecessor, optou por adotar um conceito indeterminado sobre a duração do contrato reportado ao caráter duradouro, derivando do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 86/2003 que essa qualificação envolve «compromissos de médio ou longo prazo» e exclui contratos de execução instantânea e de curto prazo.
- 77 No contexto do regime estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 86/2003 ressaltava, ainda, o disposto no artigo 2.º, n.º 5, alínea e), que ao excluir os «contratos de fornecimento de bens ou de prestação de serviços, com prazo de duração igual ou inferior a três anos», parecia apontar de forma clara para o prazo duradouro corresponder a período superior a três anos (assim Nazaré da Costa Cabral, *As parcerias público-privadas*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 153).
- 78 No quadro do atual RJPPP, ressalvado o caso particular das concessões de sistemas multimunicipais de abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos (artigo 2.º, n.º 5, alínea b), do RJPPP)⁷, por comparação com o regime de 2003 revisto em 2006 verificam-se precisões conceptuais sobre o âmbito objetivo do conceito de PPP relevante e uma ampliação do universo potencialmente abrangido pelo regime especial sobre PPP.
- 79 O programa e o contexto legislativos indiciam uma intencionalidade de alargamento da operatividade dos mecanismos de controlo de despesa pública conexas com o conceito amplo de PPP e mesmo tendo sido mantidos os fatores quantitativos ao nível de montantes de investimento e encargos (relativamente a contratos que envolvam, cumulativamente, em termos previsionais, para a duração de toda a PPP, um encargo bruto para o setor público inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros) verificaram-se duas importantes inovações repercutidas na ampliação das PPP sujeitas a regras específicas do RJPPP:

⁷ E, no plano subjetivo, concessões atribuídas pelo Estado, através de diploma legal, a entidades de natureza pública ou de capitais exclusivamente públicos, sem prejuízo de as PPP desenvolvidas por qualquer uma destas entidades se encontrarem sujeitas ao regime previsto no RJPPP (artigo 2.º, n.º 5, alínea c), do RJPPP).

- 79.1 Passou a estabelecer-se que para o cálculo dos requisitos cumulativos de exclusão relativos a encargo bruto para o setor público inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros, os custos de manutenção, de conservação, de reparação e de substituição de bens afetos à parceria devem ser considerados investimento (artigo 2.º, n.º 5, alínea *a*), e n.º 6, do RJPPP), o que amplia o universo potencial de contratos sujeitos a todo o regime;
- 79.2 Mesmo os contratos que envolvam, cumulativamente, em termos previsionais, para a duração de toda a parceria, um encargo bruto para o setor público inferior a 10 milhões de euros e um investimento inferior a 25 milhões de euros, que anteriormente eram excluídos do conceito objetivo de PPP para efeitos de aplicação de qualquer norma do regime do Decreto-Lei n.º 86/2003 revisto pelo Decreto-Lei n.º 141/2006 (artigo 2.º, n.º 5, alínea *d*), desse diploma), passaram a estar sujeitos ao disposto nos artigos 4.º, 5.º, 6.º e 7.º do RJPPP por força do disposto no artigo 2.º, n.º 7, desse regime, nessa medida integrando uma categoria ampla de PPP (tal como as concessões excluídas por força do artigo 2.º, n.º 5, alíneas *b*) e *c*), do RJPPP, sobre o valor vd., ainda, *supra* § 62).
- 80 A interpretação sistemático-teleológica do conceito duradouro tem, ainda, de atender a que, no atual quadro normativo, os contratos com prazo superior a três anos são regulados no CCP como compreendendo um prazo acima do normal, consequentemente sujeito a algumas regras e requisitos especiais como revelam, quanto a contratos de prestação de serviços, as normas dos artigos 48.º, 440.º e 451.º do CCP (aliás aplicáveis ao contrato *sub judice* por remissão do artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro).
- 81 Em conclusão, os elementos histórico, teleológico e sistemático da interpretação do conceito indeterminado *caráter duradouro* como requisito temporal de PPP sujeita ao RJPPP confluem no sentido de que o mesmo se reporta a contratos com prazo superior a três anos (visando, assim, uma exclusão de contratos que compreendem execução até 3 anos).
- 82 O requisito relativo à *satisfação de uma necessidade coletiva* exige um enquadramento funcional do objeto do contrato, matéria que constitui o ponto nuclear da divergência das posições contrapostas da recorrente e da decisão recorrida — tendo esta considerado que «cocontratante

SAFRAN obriga-se ao desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva, prestando serviços de apoio, utilizados pelo ente público no desempenho das suas atribuições».

- 83 O objeto dos contratos suscetíveis de integrarem uma PPP foi estabelecido de forma ampla no regime de 2003, o que é revelado desde logo pelo elenco de tipologias contratuais e a previsão da categoria prestação de serviços que reduz a margem para interpretações restritivas com foco, por exemplo, na exigência de um elemento de associação ou de conexão necessária com infraestruturas.
- 84 Aspeto, aliás, destacado pela doutrina produzida no quadro do regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 86/2003 revisto pelo Decreto-Lei n.º 141/2006, prevalecendo quanto ao direito constituído a interpretação no sentido «de que podem ser qualificadas como parceria tanto as situações em que a entidade privada assegura diretamente a satisfação da necessidade pública, como aquelas em que os particulares fornecem bens ou prestam serviços de apoio, utilizados pelo ente público no desempenho das suas atribuições» (assim Maria Eduarda Azevedo, *As parcerias público-privadas: instrumento de uma nova governação pública*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 304).
- 85 Na mesma linha, Pedro Siza Vieira também reconhecia que, de acordo com o regime positivo de 2003, as PPP «podem reconduzir-se a duas grandes categorias quanto ao seu objeto: (i) a entidade provada assegura diretamente ao público a prestação de serviços ou a disponibilização de bens, sendo remunerada ou pelo utentes, ou pela Administração [...]; (ii) a entidade privada coloca à disposição da Administração meios (edifícios, equipamentos ou sistemas) que permitam a esta desempenhar a sua função de modo mais eficiente, sendo por ela remunerada» (Pedro Siza Vieira «Os Tipos Contratuais subjacentes às Parcerias Público-Privadas em Portugal», *Manual Prático de Parcerias Público-Privadas*, NPF Pesquisa e Formação, 2004, Sintra, pp. 133-134).
- 86 Esse autor, depois de questionar se «devem também qualificar-se como parcerias os casos em que um particular se limita a fornecer bens, prestar serviços ou desenvolver atividades que, por sua vez, permitirão a uma entidade pública satisfazer, por sua conta, aquelas necessidades coletivas», concluía que, em face do regime legal, «poderão também configurar-se como PPP os contratos em que os particulares se limitam a fornecer bens — equipamentos militares, edifícios, equipamentos

tecnológicos — ou a prestar serviços de apoio, que entidades públicas irão utilizar no desempenho das suas atribuições» (*op. cit.*, pp. 137-138).

- 87 Linha interpretativa então igualmente defendida por Nazaré da Costa Cabral, para quem «o legislador português adotou um conceito muito amplo e fluído de PPP que pode ser concretizado através de uma pluralidade de relações ou figuras contratuais, contendo objetos muito diversificados também: construção, financiamento, gestão, exploração de equipamentos, infraestruturas ou ativos; gestão e exploração de equipamentos, infraestruturas ou ativos pré-existentes; ou tão somente a prestação de serviços» (*op. cit.*, p. 156).
- 88 A amplitude do conceito de PPP para efeitos do regime legal português é confirmada pelas tipologias de contratos constantes do elenco legal, que revela «um leque de alternativas» do qual «decorre que o parceiro privado ora pode assegurar diretamente ao público a prestação de serviços ou a disponibilização de bens, sendo remunerado quer pelos utentes, quer pela Administração, podendo os meios a afetar à prestação do serviço ou o bem a disponibilizar ao público existirem já ou serem construídos ou afetados pela entidade privada, ora assume o compromisso de colocar à disposição da Administração meios que lhe tornem possível o desempenho das respetivas funções de modo mais eficiente, sendo por ela remunerada» (Maria Eduarda Azevedo, *op. cit.*, p. 307).
- 89 A controvérsia sobre se o regime de 2003/2006 subsistira em vigor entre as entradas em vigor do CCP e do RJPPP de 2012 passou a integrar a arqueologia jurídica, pois no atual quadro normativo, não existe qualquer dúvida sobre a coexistência de regimes e prevalência do RJPPP (cf. *supra* § 57) tendo o RJPPP de 2012 rejeitado as propostas (várias na vigência do regime do Decreto-Lei n.º 86/2003 revisto pelo Decreto-Lei n.º 141/2006) para restrição do conceito objetivo de PPP⁸, tendo-o, aliás, ampliado para efeitos de aplicação de todo ou pelo menos parte do RJPPP 2012, nomeadamente, quanto ao critério do valor (cf. *supra* §§ 64 e 79.2), em coerência com a centralidade programática do controlo prévio das opções administrativas por força das respetivas implicações financeiras plurianuais (*supra* 58, 59, 69, 61, 63, 73 e 79).

⁸ Nomeadamente de autores que discordando de *jure condendo* do regime de 2003/2006 reconheciam a abrangência do conceito de PPP adotado no regime de 2003/2006.

- 90 O requisito funcional relativo à *necessidade coletiva* não exige a corporização de um serviço público reportando-se, apenas, a uma componente de finalidades prosseguidas (*tendente à satisfação de*) a qual, no plano hermenêutico, exclui a ideia de materialidade de prestação direta do serviço público exigindo apenas conexão funcional, ainda que mediata, enquanto elemento instrumental para o prosseguimento de uma *necessidade coletiva*.
- 91 A obrigação de resultado relativa à disponibilidade de helicópteros para a missão da Força Aérea ao longo do período de execução do contrato integra o referido elemento funcional que não é eliminado pela circunstância os referidos meios aéreos terem de ser operados por meios próprios de ente público.
- 92 O último dos requisitos controvertidos reporta-se ao elemento nuclear do conceito de PPP enquanto modelo de transferência de risco configurado como modalidade de cooperação em que entidades do setor público convocam entes privados para a partilha do risco relativo a determinados empreendimentos e/ou prestações de serviços.
- 93 Plano em que o contrato compreende a responsabilização funcional direta do ente privado pela operação de horas de voo mínimas *tendentes à satisfação de uma necessidade coletiva*, que, como se destacou no Despacho n.º 12261/2016 do Ministro da Defesa Nacional, visou uma solução em que o ente privado «garanta a disponibilidade operacional das aeronaves», alterando a situação de partida pela circunstância de, segundo o ente público, a Força Aérea Portuguesa não ter «neste contexto meios para prever e planear necessidades, agindo no essencial de forma reativa aos problemas que surgem na operação dos motores, resultando desta incapacidade de planeamento das atividades de manutenção uma falta de controlo da disponibilidade dos motores, que frequentemente se têm revelado em número insuficiente para aprontar o número de helicópteros requerido pelo plano de operação» — como já se teve oportunidade de destacar a propósito da qualificação do contrato enquanto prestação de serviços não subsumível à subcategoria *assistência técnica* (cf. *supra* §§ 39 a 51).
- 94 Sendo nuclear ao contrato *sub judice* a transferência da responsabilidade para o ente privado de um elemento essencial da atividade de serviço público desenvolvida pela Força Aérea: «garantir os níveis de disponibilidade estáveis necessários à normal operação da frota EH101».

- 95 Sobre a transferência para o parceiro privado das responsabilidades inerentes ao núcleo do contrato (e conseqüente risco) incumbindo-lhe «garantir a satisfação dos objetivos de disponibilidade definidos na Cláusula VII do Contrato» (cf. ponto s) dos factos provados transcritos *supra* no § 7), os pontos 2 e 3 da cláusula VII são inequívocos:
- «2. O Cocontratante obriga-se a cumprir os objetivos de disponibilidade previstos no número anterior, sob pena de incorrer na aplicação de penalidades previstas na CLÁUSULA XVI e das demais conseqüências previstas no contrato.
3. O facto de as ações de manutenção ML 1 serem levadas a cabo pela FAP não limitam, em nenhuma circunstância, a obrigação de garantia de disponibilidade assumida pelo Cocontratante.»
- 96 Ideia de transferência do risco, aliás, assumida pela recorrente no processo em primeira instância, nomeadamente, quando explicou «aquilo que se pretende contratar é a garantia de que os motores estão disponíveis para operar em cada momento, independentemente das intervenções que seja necessário realizar para o efeito, por oposição à possibilidade de contratar ações concretas de manutenção com o risco daí resultante de os motores não estarem disponíveis por ser necessário qualquer ação adicional (opção que vigora no contrato atualmente em execução)», enfatizando a diferença em relação ao contrato precedente, «no contrato atualmente em vigor, e como já tivemos a oportunidade de realçar, a DEFLOC e a Força Aérea Portuguesa têm de ter a capacidade de prever e planejar necessidades, agindo no essencial de forma reativa aos problemas que surgem na operação dos motores, resultando desta incapacidade de planeamento das atividades de manutenção uma falta de controlo da disponibilidade dos motores, que frequentemente se têm revelado em número insuficiente para aprontar o número de helicópteros requerido pelo plano de operação» (cf. ponto y) *supra* no § 7).
- 97 Amplitude da transferência do risco para o cocontratante e parceiro privado, abrangente da garantia da disponibilidade de funcionamento dos motores que foi um argumento utilizado pela entidade requerente, ainda na fase administrativa em primeira instância, para justificar a abrangência do respetivo objeto, sem abertura à concorrência de segmentos autonomizáveis, alegando então perante o DECOP: «por definição, e como decorre da mais elementar experiência de vida, uma entidade apenas aceita assumir o risco de garantir a disponibilidade de funcionamento de um determinado equipamento se puder controlar todas as intervenções que ocorrerem no mesmo, o que inclui os fornecimentos de todos os bens e equipamentos necessários bem como a prestação de todos os serviços».

- 98 Deve apreciar-se, por fim, um argumento subsidiário da recorrente sobre a aplicação do RJPPP empreendida pela decisão recorrida, no sentido de que a identificação do vício de ausência de procedimento é juridicamente inadequada no caso concreto pela circunstância de o Tribunal não ter solicitado à recorrente «qualquer esclarecimento [...] sobre as medidas que adotou e sobre as diligências encetadas previamente ao lançamento do procedimento que conduziu à celebração do Contrato, não tendo sido por isso possível à Recorrente esclarecer o que tinha sido, ou não, feito».
- 99 Tendo presente que o recurso se cinge a matéria de direito (§§ 2, 5, 7, 8, 13 a 18), neste segmento a eventual pretensão suscetível de determinar uma alteração da decisão recorrida teria de incidir na violação pela primeira instância de regras legais imperativas em matéria de direito probatório material.
- 100 Questão que exige o enquadramento específico do regime probatório do processo de fiscalização prévia em que a entidade requerente tem o ónus de alegar e provar o preenchimento dos requisitos legais para obtenção do visto, atento o disposto no artigo 81.º, n.º 1, da LOPTC e as instruções constantes da Resolução n.º 14/2011 do Tribunal de Contas, aprovada ao abrigo do artigo 77.º, n.º 1, alínea b), da LOPTC, bem como os respetivos encargos instrutórios decorrentes do conteúdo das devoluções determinadas pelo DECOP e pelo TdC.
- 101 Os deveres da entidade fiscalizada, poderes de cognição e deveres de gestão processual do Tribunal, princípios da cooperação, boa-fé processual e critérios que se devem observar em casos de dúvida são, ainda, conformados pelo disposto nas normas dos artigos 5.º a 8.º, 414.º, 417.º, n.º 2, do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC — complexo normativo que tem de ser interpretado à luz da natureza do processo jurisdicional de fiscalização prévia (mesmo em primeira instância), que não prevê produção oficiosa de meios de prova, não compreende qualquer auditoria ou investigação direta do TdC sobre ficheiros e arquivos (em suporte digital e papel) existentes nos serviços daquela entidade, sendo as inferências judiciais confinadas teleologicamente pela respetiva arquitetura procedimental e substantiva.
- 102 A responsabilidade jurídica própria da entidade requerente integra o impulso e instrução do processo, e o ónus de alegação e prova de todos os factos relevantes para o preenchimento dos requisitos legais de que depende a concessão de visto no caso concreto, tendo sido em primeira

instância proporcionada à ora recorrente oportunidade de demonstrar o preenchimento dos requisitos legais para a concessão de visto — depois da instrução inicial pelo do DECOP, houve duas *devoluções* determinadas pelo próprio Tribunal ao requerente para alegação de factos e/ou argumentos jurídicos suplementares e junção de prova adicional.

103 A circunstância de a ora recorrente ter eventualmente impulsionado o processo sem que todos os elementos necessários para a concessão do visto estivessem reunidos integra a assunção de opções próprias judicialmente insindicáveis, não existindo qualquer indício de que a decisão recorrida tenha sido contaminada por vícios nesse segmento, foi uma opção da ora recorrente em primeira instância, não ter, por exemplo, requerido ou apresentado motivo justificado para a suspensão da instância antes da prolação do acórdão de recusa de visto, poder de conformação processual exclusivo do requerente já que o Tribunal está vinculado à prolação de decisão com base nos elementos de prova fornecidos para o efeito e vinculado ao prazo perentório estabelecido na lei para o efeito (cf. *supra* §§ 19, 23 e 27).

104 A alegação de que não foi «possível à recorrente esclarecer o que tinha sido, ou não, feito» parece ter subjacente uma perspectiva crítica sobre o procedimento que precedeu a decisão recorrida visando a atividade instrutória desenvolvida pelo Tribunal anterior ao julgamento em primeira instância, quanto à qual ressalta que não foram estabelecidos prazos perentórios *ope judicis*, nem rejeitados eventuais pedidos da requerente de dilação do prazo para resposta.

105 A recorrente não invoca a violação do princípio do contraditório nem a existência de qualquer *decisão surpresa*, tendo a entidade fiscalizada sido confrontada em primeira instância com as questões que vieram a fundamentar a recusa de visto e tido a oportunidade de apresentar as provas e argumentos que considerou pertinentes sobre todos os tópicos que conformaram o julgamento proferido relativamente ao RJPPP — cf. pontos y) a ff) *supra* § 7, tendo presente, ainda, o conteúdo da notificação à ora recorrente na sequência das duas devoluções pelo TdC referidas no § precedente.

106 Por outro lado, a recorrente não identificou uma concreta norma legal alegadamente violada nem empreendeu a arguição de nulidades, plano em que se deve atender nomeadamente ao disposto no artigo 199.º do CPC *ex vi* artigo 80.º da LOPTC, domínio em que, além das regras sobre o ónus

do recorrente e objeto do recurso, se deve ainda atender ao artigo 3.º, n.º 1, primeira parte, do CPC, sobre o princípio do dispositivo e o seu corolário relativo ao princípio do pedido e respetivo enquadramento jurídico.

107 O regime sobre invalidades de atos processuais tem como base os seguintes elementos retores:

107.1 Apenas existe invalidade quando ocorre violação da lei;

107.2 Verificada uma concreta ilegalidade, impõe-se a respetiva qualificação jurídica à luz do princípio da legalidade pautada pelos seguintes critérios:

- a) A violação ou a inobservância de normas ou princípios legais só determina a nulidade de ato processual quando esta for expressamente cominada na lei;
- b) Nos casos em que a lei não cominar a nulidade, o ato ilegal é irregular.

108 Desta forma, incumbia ao recorrente cumprir dois ónus que não foram satisfeitos:

108.1 Identificar a ilegalidade consubstanciada em supostas omissões indevidas do tribunal;

108.2 Fundamentar a respetiva qualificação como nulidade, ainda que enquadrada em conceito indeterminado previsto na parte final do n.º 1 do artigo 195.º do CPC, que estabelece «fora dos casos previstos nos artigos anteriores, [...] a omissão de um ato ou de uma formalidade que a lei prescreva, só produzem nulidade quando a lei o declare ou quando a irregularidade cometida possa influir no exame ou na decisão da causa».

109 Em síntese, não foram suscitados nem identificados eventuais vícios jurídicos da decisão recorrida ao nível da interpretação e aplicação do direito probatório ou ilegalidades processuais relativas à violação de direitos da parte sancionáveis como nulidade, nomeadamente quanto à instrução do processo, apreciação dos factos e aplicação do direito relativo ao RJPPP.

110 Passando aos efeitos para a concessão de visto prévio: a violação das normas dos artigos 4.º, 6.º e 9.º a 14.º do RJPPP deve ser qualificada como «preterição total do procedimento legalmente exigido» prevista no artigo 161.º, n.º 2, alínea I), do CPA determinando a nulidade de ato procedimental em que assentou a sua celebração.

111 Esse vício afeta o contrato por força da nulidade derivada prevista no artigo 283.º, n.º 1, do CCP, atendendo a que a nulidade de ato procedimental em que assentou a sua celebração pode ainda ser declarada.

112 Como se destacou no Acórdão n.º 27/2018-30.OUT-1.ªS/PL, «a LOPTC não prevê qualquer declaração de nulidade mas apenas que o sancionamento como nulidade de uma violação de lei ocorrida em ato procedimental ou no próprio contrato constitui um fundamento de recusa de visto, legitimando, apenas, que o tribunal recuse o visto (artigo 44.º, n.º 3, alínea *a*), da LOPTC)» — orientação jurisprudencial sobre a função do TdC relativamente ao conhecimento de nulidades para efeitos de recusa de visto também adotada no Acórdão n.º 27/2018-30.OUT-1.ªS/PL e no Acórdão n.º 30/2018-20.DEZ-1.ªS/PL.

113 Acórdão n.º 27/2018-30.OUT-1.ªS/PL em que, na conjugação dos vícios dos atos e contratos com as específicas funções jurisdicionais do TdC em sede de fiscalização prévia, se destaca:

113.1 «[O] poder cognitivo do TdC em sede de fiscalização prévia abrange o dever de conhecer nulidades derivadas ou próprias do contrato objeto do processo, com um direto e preciso recorte funcional teleologicamente vinculado à decisão jurisdicional sobre a concessão ou recusa de visto» (§ 39).

113.2 «Plano em que o TdC se deve conformar com um regime em que o ato nulo é ineficaz desde o início, o que obsta a que possa constituir objeto de atos de segundo grau, independentemente da respetiva declaração judicial, cânone subjacente ao efeito automático e imperativo estabelecido na alínea *a*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC» (§ 40).

114 A identificação da referida nulidade impõe, por si só, a recusa de visto ao contrato submetido a fiscalização.

115 Acresce que, como se destacou na decisão recorrida, «as exigências adicionais impostas ao lançamento e modificação das PPP» se relacionam diretamente com o objetivo de «um maior controlo dos efeitos financeiros e orçamentais decorrentes desta modalidade de contratação» (vd., ainda, toda a análise empreendida *supra* §§ 56 a 64, 78 a 81 e 89).

116 Consequentemente, a ausência de qualquer procedimento prévio à decisão de contratar e o desrespeito do disposto no artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, do RJPPP e nos artigos 9.º, n.º 1, 12.º, n.ºs 1, 2 e 3, 14.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo diploma configuram para efeitos de fiscalização prévia também a *violação direta de normas financeiras* prevista na alínea *b*) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

II.3.4.2 Respeito das regras financeiras aplicáveis sobre assunção da despesa e encargos plurianuais repercutidas na decisão sobre concessão ou recusa de visto

117O acórdão recorrido (§§ 40 a 42) tendo presente a matéria de facto julgada provada (*supra* § 7 do presente acórdão) considerou, ainda, que:

117.1 «A entidade fiscalizada não logrou demonstrar que a respetiva despesa se encontra englobada em programa/medida da LPM e com dotação disponível»;

117.2 «Sendo a DEFLOC uma entidade reclassificada e não resultando demonstrado que a despesa com o contrato se encontra prevista em programa/medida plurianual da LPM, nos termos do artigo 17.º, n.º 1, alínea e), do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, a mesma teria de ser autorizada pelo Conselho de Ministros»; e

117.3 «Implicando o contrato despesa em mais de um ano económico e considerando que a entidade fiscalizada se encontra sujeita à Lei de Enquadramento Orçamental e ao disposto no artigo 22.º do citado Decreto-Lei n.º 197/99, uma vez que, como se disse, se trata de entidade reclassificada, também não logrou demonstrar que a despesa plurianual se encontra regularmente autorizada».

118A norma do artigo 17.º, n.º 1, alínea e), do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, cuja violação foi invocada pelo acórdão recorrido prescreve que o Conselho de Ministros é a entidade competente para autorizar despesas com locação e aquisição de bens e serviços acima de 7.481.971 € (estando os ministros limitados ao teto de 3.740.986 €).

119Como a recorrente assinala, o «acórdão recorrido suscita duas questões diferentes: inexistência de autorização de realização da despesa que, atento o valor do Contrato, deveria ser concedida por Resolução do Conselho de Ministros, e inexistência de autorização para assunção de uma despesa plurianual», devendo centrar-se a valoração no elemento nuclear primário relativo à competência do Conselho de Ministros para autorizar a despesa (sem embargo da aplicabilidade da imposição estabelecida pelo artigo 22.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 197/99, a sua repercussão dependeria sempre dos termos da intervenção concreta do Conselho de Ministros).

120As regras do Decreto-Lei n.º 197/99 repristinadas pela Resolução da Assembleia da República n.º 86/2011, de 11 de abril, podem ter de se articular com estatuições de normas especiais,

nomeadamente, com incidência no quadro plurianual de programação orçamental, plano em que a Lei da Programação Militar (LPM) aprovada pela Lei Orgânica n.º 7/2015, de 18 de maio, estabelece a programação do investimento público das Forças Armadas em matéria de armamento e equipamento, com vista à modernização e operacionalização do sistema de forças.

121 A execução da LPM concretiza-se mediante a assunção dos compromissos necessários para a implementação das capacidades nela previstas, num regime que ressalva exigências ao nível da repartição de funções entre órgãos de soberania, designadamente, entre o Governo e a Assembleia da República, o que envolve a obrigação daquele apresentar «um relatório do qual conste a pormenorização das dotações respeitantes a cada capacidade, dos contratos efetuados no ano anterior e das responsabilidades futuras deles resultantes, bem como toda a informação necessária ao controlo da execução da presente lei» devendo, ainda, a lei que aprova o Orçamento do Estado contemplar anualmente as dotações necessárias à execução relativa às capacidades previstas na LPM, bem como, fixar anualmente o montante global máximo dos encargos que o Governo está autorizado a satisfazer com as prestações a liquidar, referentes aos contratos de locação celebrados ao abrigo da Lei Orgânica n.º 4/2006, de 29 de agosto.

122 Tendo presentes os regimes processual e probatório da fiscalização prévia (*supra* §§ 19, 23, 27, 100 a 103), constitui responsabilidade da requerente alegar e provar que os contratos submetidos a fiscalização se reportam a execução da LPM o que se reflete, inclusive, no regime sobre emolumentos (cf. artigo 6.º da LPM).

123 O julgamento sobre o enquadramento do contrato fiscalizado na execução da LPM (repercutido, nomeadamente, na aplicabilidade do artigo 7.º da LPM) depende, antes do mais, da fixação da matéria de facto que, no caso presente, não foi impugnada pela recorrente e, conseqüentemente, não integra o objeto do recurso, pelo que o julgamento tem de se estribar na factualidade julgada provada pela primeira instância (cf. *supra* §§ 2, 5, 7, 8, 13 a 18, 99 a 103).

124 Desta forma, a operatividade e relevo em concreto da regra estabelecida no artigo 7.º, n.º 4, da LPM, no sentido de que «os saldos verificados no fim de cada ano económico transitam para o orçamento do ano seguinte, para reforço das dotações das mesmas capacidades até à sua completa execução, através de abertura de créditos especiais, autorizada pelo membro do

Governo responsável pela área da defesa nacional», depende das previsões no quadro dos instrumentos próprios de execução da LPM, factualidade carecida de prova, que, segundo o julgamento da primeira instância, a entidade fiscalizada não logrou e, o que é fundamental, não integra a matéria de facto que vincula a reapreciação pelo tribunal *ad quem* da matéria de direito no âmbito do presente recurso.

125 Incumbindo à entidade fiscalizada alegar e provar os factos necessários à aplicação do regime especial da LPM, em particular quanto à previsão das verbas necessárias à execução do contrato, no caso concreto foi a própria recorrente que, a dado passo, no processo em primeira instância alegou que «o encargo resultante da execução do presente contrato não será diretamente suportado por verbas provenientes da Lei da Programação Militar» (cf. ponto cc) da factualidade transcrita *supra* no § 7), e, embora tenha alterado essa alegação antes da prolação do acórdão recorrido, não tendo sido considerado provados os factos necessários para a inferência jurídica de que o contrato se integrava na execução da LPM a reapreciação do tribunal de recurso sobre matéria de direito não pode extravasar os limites do julgamento em primeira instância sobre a matéria de facto (cf. *supra* §§ 2, 5, 7, 8, 13 a 18, 99 a 103).

126 Alegou a recorrente que a decisão recorrida «interpretou e aplicou incorretamente o artigo 17.º, n.º 1, al. e), do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, o artigo 22.º, do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, e a alínea b), do n.º 3, do artigo 44.º, da LOPTC».

127 Contudo, como se sublinhou acima, a questão suscitada não deriva de efetiva divergência hermenêutica sobre a norma do artigo 17.º, n.º 1, alínea e), do Decreto-Lei n.º 197/99, mas da circunstância de a decisão recorrida ter aplicado essa norma em virtude de não ter julgado provada a factualidade necessária para se poderem aplicar regras da LPM que se apresentam como especiais relativamente àquela.

128 Por outro lado, a natureza financeira da norma do artigo 17.º, n.º 1, alínea e), do Decreto-Lei n.º 197/99 implica que a respetiva violação constitua motivo imperativo para a recusa de visto nos termos do artigo 44.º, n.º 3, alínea b), da LOPTC.

II.3.5 Decisão sobre o pedido subsidiário da recorrente relativo à concessão de visto

129 Sendo o processo teleologicamente vinculado à decisão final sobre concessão ou recusa de visto, a identificação de ilegalidades tem de ser complementada pelo respetivo enquadramento em face das tipologias estabelecidas no artigo 44.º, n.º 3, da LOPTC.

130 No caso concreto foram identificadas violações de normas legais subsumíveis às alíneas *a)* e *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, cf. *supra* §§ 110 a 116 e 128.

131 A subsunção de ilegalidades nas previsões das alíneas *a)* ou *b)* do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC implica necessariamente a recusa de visto e, no caso de contratos subsumíveis à previsão do artigo 45.º, n.º 4, da LOPTC a proibição de quaisquer efeitos jurídicos do contrato.

132 Em conclusão, o ordenamento jurídico impõe ao Tribunal de Contas a recusa de visto ao contrato *sub judice*.

II.4 Improcedência do recurso

133 Como se destacou acima, o processo de fiscalização prévia é teleologicamente vinculado à prolação de uma decisão jurisdicional sobre a alternativa dicotómica entre a concessão e a recusa de visto.

134 O interesse em agir e a legitimidade para interpor recurso são conformados pelas dimensões decisórias referidas no § anterior, pelo que, no presente caso, em que se impugnou uma decisão de recusa de visto e o tribunal de recurso manteve essa recusa, o recurso deve ser julgado improcedente.

III. DECISÃO

Em face do exposto, decide-se:

***a)* Manter a recusa do visto ao contrato submetido a fiscalização prévia;**

***b)* Julgar improcedente o recurso.**

*

Emolumentos pela entidade recorrente, nos termos do artigo 16.º, n.ºs 1, alínea *b*), e 2, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio⁹.

Registe e notifique.

Lisboa, 28 de março de 2019

Os Juízes Conselheiros,

(Paulo Dá Mesquita – Relator)

(José Manuel Santos Quelhas)

(Ernesto Cunha)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,

⁹ Alterado pelas Leis n.º 139/99, de 28-8, e n.º 3-B/2000, de 4-4.

