



41 2018

Secção: 1ª S/SS

Data: 07/12/2018

Processo: 2042/2018

RELATOR: Conselheiro Alziro Antunes Cardoso

MANTIDO PELO ACÓRDÃO 9/2019 – PL
PROFERIDO NO RO 1/2019

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

I – RELATÓRIO

1. DEFLOC – Locação de Equipamentos de Defesa, S.A. (doravante DEFLOC) submeteu a fiscalização prévia um contrato de aquisição de serviços de manutenção dos motores RTM 322-02/8 MK 250 instalados nos helicópteros EH 101 operados pela Força Aérea Portuguesa, celebrado, em 06.07.2018, com a SAFRAN HELICOPTER ENGINES, pelo valor global de 73.420.000,00€, para vigorar após o visto do Tribunal de Contas até ao dia 31.12.2026.
2. Para melhor instrução do processo, foi o contrato objeto de devolução à DEFLOC para a prestação de esclarecimentos adicionais necessários à tomada de decisão por parte do Tribunal de Contas.

II. FUNDAMENTAÇÃO

– DE FACTO



3. Com relevo para a presente decisão e para além do já mencionado no precedente relatório, consideram-se como assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:

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 incidibilidade 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 Turbomeca, 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 caráter 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;*
- b) *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, fique 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” - (cr. 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 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”.

- 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 expectável 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:

1. 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.
2. 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.



3. 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.
4. 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.
5. 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.
6. 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.
7. 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).»

– DE DIREITO

A) Da sujeição do contrato submetido a fiscalização prévia ao regime legal aplicável às parcerias público-privadas

4. A primeira questão que importa apreciar e decidir consiste em saber se o contrato submetido a fiscalização prévia está abrangido pelo regime legal aplicável às parcerias público-privadas (doravante PPP).
5. O Decreto-Lei nº 86/2003, de 26 de abril, constituiu a primeira iniciativa legislativa, de carácter transversal, especificamente dirigida às parcerias público-privadas (PPP), procurando potenciar o aproveitamento, pelo setor público, da capacidade de gestão do setor privado, melhorar a qualidade dos serviços públicos prestados e gerar economias na utilização dos recursos públicos.
6. Posteriormente, o Decreto-Lei nº 141/2006, de 27 de julho, veio introduzir diversas alterações ao regime então vigente, designadamente ao nível da preparação de processos



de parceria e da execução dos respetivos contratos, com vista a um pretendido, mas não demonstrado, reforço da tutela do interesse financeiro público.

7. Dando corpo, conforme consta do respetivo preâmbulo, aos objetivos e medidas previstas no Programa de Assistência Financeira acordado com a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu, mais concretamente no que respeita à obrigação do Estado Português de introduzir no ordenamento jurídico um quadro legal e institucional reforçado, no âmbito do Ministério das Finanças, que permitisse um efetivo e rigoroso controlo dos encargos, bem como dos riscos, associados às PPP, o respetivo regime legal foi revisto pelo Decreto-Lei n.º 111/2012, de 23 de maio.
8. Diploma legal que, entre outras alterações, alargou o âmbito subjetivo de aplicação, passando a incluir-se na definição de “parceiros públicos” sujeitos ao diploma todas as empresas públicas [artigo 2.º, n.º 2, alínea d)] e não apenas as entidades públicas empresárias (“EPE”).
9. O âmbito subjetivo foi ainda alargado às entidades constituídas pelo Estado, entidades públicas estaduais, fundos e serviços autónomos ou empresas públicas com vista à satisfação de necessidades de interesse geral [artigo 2.º, n.º 2, alínea e)], sendo notório o propósito do legislador em delimitar as entidades abrangidas traçando um paralelo com a noção comunitária de «organismo de direito público», constante do artigo 2.º, n.º 2, do Código dos Contratos Públicos.
10. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, clarificou que por “necessidades de interesse geral” deve entender-se as atividades que beneficiam diretamente a coletividade, por oposição aos interesses individuais ou de grupo.
11. Prevendo, no entanto, no artigo 24.º um regime especial para as empresas públicas com carácter comercial e industrial que lancem PPP sem apoios/financiamentos ou garantias, direta ou indiretamente, prestadas pelo Estado, cujos custos daí decorrentes não sejam suscetíveis de afetar, direta ou indiretamente, a dívida pública, e cujas contas não sejam consolidadas com as do sector público administrativo. Para este efeito, esclarece o n.º 4



do referido preceito que se considera que a empresa pública tem carácter comercial ou industrial quando a sua atividade económica se submete à lógica do mercado e da livre concorrência.

- 12.** No âmbito objetivo, entre outras alterações, os instrumentos através dos quais se podem instituir PPP foi alargado às subconcessões de obras públicas e de serviços públicos (artigo 2.º, n.º 4, alíneas a) e b)).
- 13.** E em sentido inverso, passaram a estar especificamente excluídos do referido âmbito objetivo de aplicação as concessões de sistemas multimunicipais de abastecimento de água para consumo humano, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos sólidos urbanos, e as concessões atribuídas pelo Estado, através de diploma legal, a entidades de natureza pública ou de capitais exclusivamente públicos [artigo 2.º, n.º 5, alíneas b) e c)].
- 14.** Apesar de terem sido mantidos os limiares de «encargo bruto para o sector público» e de «montante de investimento envolvido», a partir dos quais as parcerias estão sujeitas ao regime legal aprovado, para efeitos da avaliação dos «montantes de investimento», passaram a ser também considerados os custos de manutenção, de conservação, de reparação e de substituição de bens afetos à parceria (artigo 2.º, n.º 6).
- 15.** Outra das significativas alterações do novo regime prende-se com as exigências adicionais impostas ao lançamento e modificação das PPP, tendo em vista um maior controlo dos efeitos financeiros e orçamentais decorrentes desta modalidade de contratação.
- 16.** Neste âmbito, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, para além dos pressupostos que já se previam no Decreto-Lei nº 86/2003 para o lançamento de uma PPP, passou agora a ser também necessário um conjunto de outros requisitos, dos quais se destacam os estudos dos impactes orçamentais previsíveis [alínea b)], as análises de sensibilidade em termos de procura e de evolução macroeconómica [alínea b)], as análises custo-benefício [alínea f)] e a elaboração, nos termos do artigo 7.º, de uma matriz de partilha de riscos.



- 17.** E com o propósito de reforço dos mecanismos de controlo orçamental e financeiro foi criada na dependência direta do Ministério das Finanças uma nova Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos (artigo 34.º), que passou a assumir de forma centralizada tarefas que anteriormente eram confiadas a diversas entidades do sector público ao nível do acompanhamento na preparação, desenvolvimento e execução de processos e contratos de parceria (artigo 35.º).
- 18.** Tal como resulta do preâmbulo do referido diploma, a criação desta entidade tem em vista dotar o Estado de uma unidade técnica profissional e especializada em matérias jurídico-financeiras, que tem como principal missão participar na preparação, desenvolvimento, execução e no acompanhamento global de processos de PPP, prestando o necessário apoio técnico especializado ao Governo e a outras entidades públicas.
- 19.** Ao mesmo tempo que fica assegurada uma gestão pública coordenada e centralizada dos processos de parcerias, o funcionamento da unidade técnica pretende reduzir os encargos orçamentais com o recurso a consultadoria externa, prevendo-se ainda a possibilidade de os parceiros públicos poderem solicitar o seu apoio técnico na gestão de contratos e de grandes projetos que não sejam necessariamente enquadráveis no conceito de PPP (artigo 36.º).
- 20.** Nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do citado Decreto-Lei n.º 111/2012 *“(...) entende-se por parceria público-privada o contrato ou 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 o financiamento, exploração, e riscos associados, incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.”*
- 21.** Da definição legal retiramos que uma PPP é composta por cinco elementos fundamentais:
- i) a natureza jurídica: as PPP tomam a forma de um contrato ou união de contratos; ii) a natureza dos contraentes: um parceiro público e um parceiro privado; iii) o objeto: o

parceiro privado obriga-se ao desenvolvimento de uma atividade tendente à satisfação de uma necessidade coletiva; iv) o carácter duradouro: excluindo colaborações pontuais ou contratos de execução instantânea; v) a transferência de risco, total ou parcial, na execução da PPP para o parceiro privado: o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado.

- 22.** Nos termos do artigo 4.º do atual regime jurídico 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.”*
- 23.** O requisito respeitante à exigência do parceiro privado se obrigar a desenvolver uma atividade *“tendente à satisfação de uma necessidade coletiva”*, além de tornar possível delimitar o objeto das PPP, acolhe ainda, mediante a análise conjugada com os tipos contratuais previstos, o entendimento de que podem ser qualificadas como parceria tanto as situações em que a entidade privada assegura diretamente a satisfação da necessidade pública, como aquelas (como é o caso do contrato submetido a fiscalização prévia) em que os particulares fornecem bens ou prestam serviços de apoio, utilizados pelo ente público no desempenho das suas atribuições.
- 24.** O Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, que aprovou o regime da contratação pública nos domínios da defesa e segurança, não afasta, nem é incompatível com o regime jurídico das PPP.
- 25.** Tal como sucede com o Código dos Contratos Públicos, o legislador em diplomas diferentes, cada um com o seu âmbito de aplicação definido, e compatíveis, definiu o regime jurídico do procedimento pré-contratual das PPP, e o regime jurídico referente à contratação entre o parceiro público e o parceiro privado, em sede de procedimento adjudicatório e contratação.



- 26.** Sendo que o artigo 3.º do citado Decreto-Lei n.º 111/2012 estabelece que *“O disposto no presente diploma prevalece sobre quaisquer outras normas, gerais ou especiais, relativas a parcerias, tal como definidas no artigo anterior”*.
- 27.** Tendo em conta o acima referido, entendemos que, ao contrário do que defende a entidade fiscalizada, o contrato submetido a fiscalização prévia integra todos os elementos definidores de uma parceria público-privada enunciados no citado artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 111/2012:
- Atento o seu objeto, o contrato em causa não integra nenhuma das situações excluídas do âmbito de aplicação do regime jurídico das PPP, previstas no citado artigo 2.º n.º 5;
 - A DEFLOC integra-se no âmbito dos parceiros públicos, a que se referem os n.ºs 1 e 2, da mesma disposição legal;
 - O contrato de prestação de serviços integra-se na tipologia dos contratos que constituem instrumentos de relação jurídica das relações de colaboração entre entes públicos e privados (cf. citado artigo 2.º, n.º 4, alínea d));
 - O prazo do contrato é muito superior ao legalmente previsto como prazo máximo para um normal contrato de prestação de serviços;
 - A 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;
 - Assume o risco da disponibilidade/operacionalidade dos helicópteros, mediante retribuição que incluiu essa transferência de risco transferido para uma entidade privada;
 - E assegura o investimento necessário ao cumprimento das obrigações decorrentes da transferência do risco de disponibilidade/operacionalidade.
- 28.** O que permite concluir que o contrato submetido a fiscalização prévia consubstancia uma parceria público-privada, nos termos do citado artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 111/2012.
- 29.** Deveria, pois, previamente ao lançamento do procedimento, tanto mais que está em causa um valor elevado, ter sido observado o regime jurídico das parcerias público-privadas que, além do mais, impõe uma prévia avaliação custo benefício, que com objetividade e rigor, permitisse concluir que a transferência do risco de

disponibilidade/operacionalidade dos helicópteros para o parceiro privado é a melhor opção, em termos de eficiência, eficácia e custos.

B) Das consequências decorrentes da inobservância do regime legal aplicável às PPP

30. Tratando-se da constituição de uma parceria público-privada, a adoção dessa solução deveria ser feita mediante adequada comparação entre as soluções possíveis, optando-se por aquela que, à luz de critérios de economia, eficácia e eficiência, se apresentasse como a melhor para os interesses públicos.

31. Como decorre do estabelecido no atual artigo 6.º do já citado Decreto-Lei n.º 111/2012 o lançamento de uma parceria público privada pressupõe a configuração de um modelo que apresente para o setor público benefícios relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, avaliados nos termos do n.º 2 artigo 19.º da lei de enquadramento orçamental¹.

32. Estabelecia o citado n.º 2 do artigo 19.º da Lei n.º 91/2001, de 29 de agosto, que:

“A avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de programas com recurso a parcerias dos sectores público e privado tomará como base um programa alternativo visando a obtenção dos mesmos objetivos com exclusão de financiamentos ou de exploração a cargo de entidades privadas”.

33. E a atual LEO, aprovada pela Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro, estabelece no seu artigo 18.º, sob a epígrafe “Economia, eficiência e eficácia”:

“1. A assunção de compromissos e a realização de despesa pelos serviços e pelas entidades pertencentes aos subsectores que constituem o setor das administrações públicas estão sujeitas ao princípio da economia, eficiência e eficácia.

2. A economia, a eficiência e eficácia consistem na:

¹ Referindo-se à LEO então em vigor, aprovada pela Lei n.º 91/2001, de 29 de agosto.



a) Utilização do mínimo de recursos que assegurem os adequados padrões de qualidade do serviço público;

b) Promoção do acréscimo de produtividade pelo alcance de resultados semelhantes com menor despesa:

c) Utilização dos recursos mais adequadas para atingir o resultado que se pretende alcançar.

2. Sem prejuízo do disposto nos números anteriores a avaliação da economia, da eficácia e da eficiência de investimentos públicos que envolvam montantes superiores a cinco milhões de euros, devem incluir, sempre que possível, a estimativa das suas incidências orçamental e financeira líquidas ano a ano e em termos globais.”

34. No presente caso foi totalmente omitido o procedimento previsto e exigido pelo citado Decreto-Lei n.º 111/2012 para o lançamento de parceria público-privada.

35. Essencial num processo que envolve elevados custos e que exigia rigorosa e objetiva análise das várias soluções possíveis, alternativas à transferência do risco de disponibilidade/operacionalidade para uma entidade privada, com os inerentes custos acrescidos da transferência desse risco, sem uma prévia avaliação de soluções alternativas, para além da verificação dos restantes pressupostos fixados no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 111/2012 e o respeito pelos fins, repartição de responsabilidades e partilha de riscos definidos nos artigos 4.º, 5.º e 7.º do mesmo diploma legal. Por outro lado, apesar de a decisão de adjudicar competir ao órgão de gestão, essa decisão deve observar as condições definidas no Despacho Conjunto a que se refere o n.º 4 do art.º 14º do citado Decreto-Lei, o que nos convoca para a obrigatoriedade de respeito pelo procedimento específico associado à contratação na modalidade de PPP e que é prévio à própria decisão de contratar. Tal procedimento encontra-se definido nos artigos 9.º e seguintes. No caso, o mesmo não foi observado. E saliente-se que a circunstância de o procedimento pré-contratual a adotar ter de ser com um concreto cocontratante não prejudica a obrigatoriedade do respeito pelo regime do citado Decreto-Lei n.º 111/2012 até porque, no que concerne ao procedimento específico que suporta a opção pela PPP, ele se desenvolve maioritariamente em momento anterior à própria decisão de contratar.



- 36.** O que equivale, para todos os efeitos, à ausência total do procedimento legalmente exigido, e que, nos termos do disposto no artigo 161.º, n.º 2, al. I), do CPA configura uma situação de nulidade do respetivo contrato, a qual, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC, configura um motivo de recusa de visto ao respetivo contrato.
- 37.** Por outro lado, as normas que impõem a realização de estudo comparativo para a constituição de parcerias público-privadas, que permitam de forma objetiva e fundamentada concluir pela existência de benefícios relativamente a formas alternativas de alcançar os mesmos fins, e a partilha de riscos entre parceiros públicos e privados, têm como finalidade a proteção dos interesses financeiros públicos e como tal devem ser consideradas normas financeiras.
- 38.** A nulidade e a violação direta de normas financeiras, nomeadamente do disposto no artigo 19.º, n.º 2, da Lei n.º 91/2011, constituem fundamento de recusa de visto, nos termos das alíneas a) e b) do n.º 3 do art.º 44.º da LOPTC.
- 39.** Mas ainda que se atendesse a posição da entidade fiscalizada, na parte em que defende que o contrato submetido a fiscalização prévia não está sujeito ao regime legal das parcerias público-privadas, também haveria fundamento para a recusa de visto, por violação de normas financeiras.
- 40.** Com efeito, não obstante o teor do Despacho n.º 12261/2016, em que se baseou a abertura do procedimento que conduziu à celebração do contrato submetido a fiscalização prévia, a entidade fiscalizada não logrou demonstrar que a respetiva despesa se encontra englobada em programa/medida da LPM e com dotação disponível.
- 41.** 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.

- 42.** Por outro lado, 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.
- 43.** E também neste caso, tratando-se de normas financeiras, a respetiva violação constitui fundamento de recusa de visto nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

III – DECISÃO

Pelos fundamentos supra indicados, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em subsecção da 1.ª Secção, em decidir recusar o visto ao Contrato submetido a fiscalização prévia, tendo por base os fundamentos constantes das alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

São devidos emolumentos nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regime Jurídico dos Emolumentos do Tribunal de Contas (Decreto-Lei n.º 66/96, de 31 de maio, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 139/99, de 28 de agosto, e pela Lei n.º 3-B/2000, de 4 de abril).



Determina-se que se dê conhecimento do presente acórdão à 2.ª Secção.

Lisboa, 7 de dezembro de 2018

Os Juízes Conselheiros,

(Alziro Antunes Cardoso, Relator)

(Fernando Oliveira Silva)

(Mário Mendes Serrano)

Fui presente

A Procuradora-Geral Adjunta,
