

Secção: 1ª S/SS

Data: 01/04/2020

Processos: 3711 e

3713/2019

RELATOR: Conselheiro Fernando Oliveira Silva

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

## **I – RELATÓRIO**

1. O Exército Português (doravante Exército) submeteu a fiscalização prévia do Tribunal de Contas dois contratos de fornecimento de bens para fins militares, um denominado “aquisição de capacetes balísticos IIIA”, celebrado com a empresa Fibrauto – Fabrico de Objetos em Polyester, Ld.ª, em 05.11.2019, pelo preço contratual de 925.000,00€ (Processo 3711/2019), e outro denominado “aquisição de coletes, cotoveleiras e joelheiras”, celebrado com a empresa Latino Confecções, Ld.ª, em 22.10.2019, pelo preço contratual de 1.207.940,00€ (Processo 3713/2019), ambos para vigorar após o visto do Tribunal de Contas até 2021, inclusive.
2. Para melhor instrução dos processos, foram os contratos devolvidos ao Exército para prestação de esclarecimentos adicionais necessários à tomada de decisão por parte deste Tribunal.

## **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 dos processos:

- a) Segundo o Exército, as aquisições em causa foram feitas ao abrigo do Protocolo de Cooperação relativo à execução do Projeto de Investigação e Desenvolvimento (I&D) de materiais auxéticos para o setor da Defesa, denominado AUXDEFENSE;
- b) O Projeto de I&D AUXDEFENSE foi um dos sete projetos nacionais selecionados pelo Ministério da Defesa Nacional (MDN), no âmbito da “CALL I&D de DEFESA 2014”, que teve em vista o financiamento de projetos de investigação e desenvolvimento com interesse para a Defesa;

- c) A aprovação do financiamento do referido projeto foi decidida por despacho do Ministro da Defesa Nacional n.º 10963/2015 (publicado no DR, 2.ª Série, n.º 193, de 02.10.2015), que se transcreve:

«Considerando que incumbe ao Ministério da Defesa Nacional (MDN), no âmbito das suas atribuições, e através da Direção-Geral de Recursos da Defesa Nacional (DGRDN), conceber, desenvolver, coordenar e executar as políticas de Investigação e Desenvolvimento (I&D) de Defesa, nomeadamente através da participação das entidades nacionais nos projetos de interesse para a Defesa e para as Forças Armadas;

Considerando que foi lançada, em 2014, uma Call de projetos de I&D, cujos resultados finais de avaliação do júri ad hoc, apresentados através da informação da DGRDN n.º 690, de 26 de junho de 2015, realçaram o interesse e relevância de dez dos vinte e quatro projetos submetidos para avaliação, no desenvolvimento das atividades de I&D de Defesa, de aplicação dual, num leque de domínios tecnológicos variados, em alinhamento com a estratégia de I&D de Defesa, e com benefícios claros para a atividade científica, para o desenvolvimento tecnológico e para a economia nacional;

Considerando que para a prossecução dos objetivos gizados pelos dez projetos se torna necessário adequar o financiamento contemplado na respetiva rubrica da LPM para I&D, durante o horizonte plurianual de 2015 a 2018 e cujas alterações/transferências se encontram aprovadas e autorizadas através do despacho de S. Ex.ª o Ministro da Defesa Nacional n.º 119/MDN/2015, de 27 de agosto;

Considerando que os sete projetos a serem desenvolvidos no âmbito nacional (TROATE, SUBECO, AUXDEFENSE, BMS & EMM, ANDROMEDA, GAMMAex e THEMIS) e os três projetos internacionais a serem desenvolvidos no âmbito da Agência Europeia de Defesa (IPSIS, SABUVIS e FIBREFORM) representam um forte compromisso do MDN com o objetivo de abordar os crescentes desafios nas áreas da Defesa e da Segurança, atribuindo um nível

equilibrado de investimento e a necessidade de fazer um uso mais eficaz dos recursos nacionais a fim de, através da Investigação e Desenvolvimento, impulsionar o desenvolvimento de capacidades militares, da supressão de lacunas existentes e de fomentar a cooperação nacional e internacional;

Considerando que através dos resultados dos projetos se afirma a criação de competências, a nível nacional, envolvendo um conjunto de entidades de reconhecida competência e reputação, da Base Tecnológica e Industrial de Defesa (BTID) e do Sistema Científico e Tecnológico Nacional (SCTN), para, em colaboração com as Forças Armadas, se levarem a cabo iniciativas no âmbito da transferência de tecnologia, da prestação de serviços, entre outras.

Assim, atento ao anteriormente exposto e nos termos das disposições conjugadas do artigo 9.º da Lei n.º 2/2004, de 15 de janeiro, alterada e republicada pela Lei n.º 64/2011, de 22 de dezembro, e alterada pela Lei n.º 68/2013, de 29 de agosto, e artigos 44.º a 50.º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, determino:

1 - Autorizar o desenvolvimento das negociações conducentes à assinatura dos protocolos dos sete projetos nacionais, TROATE, SUBECO, AUXDEFENSE, BMS & EMM, ANDROMEDA, GAMMAex e THEMIS e dos três protocolos dos projetos internacionais a serem desenvolvidos no âmbito internacional da Agência Europeia de Defesa, IPSIS, SABUVIS e FIBREFORM e o início dos respetivos trabalhos, até aos montantes máximos previamente autorizados, com acomodação na medida de Modernização da Base Industrial e Tecnológica de Defesa - Projetos I&D, da Lei de Programação Militar;

2 - Delegar no Diretor-Geral de Recursos da Defesa Nacional, Dr. Alberto António Rodrigues Coelho, as competências para proceder à aprovação e assinatura dos protocolos dos dez projetos referidos, com as entidades nacionais que terão a cargo a sua execução, bem como dos demais atos administrativos subsequentes que venham a decorrer da sua preparação e execução.»

- d) O protocolo de cooperação atinente ao projeto AUXDEFENSE, celebrado, em 12.10.2015, entre o Ministério da Defesa Nacional (MDN) e o Exército Português, a Força Aérea Portuguesa, a TECMINHO – Associação Universidade – Empresa para o Desenvolvimento, a empresa Leandro Manuel Araújo, Lda.ª (LMA), a empresa Latino Confecções, Lda.ª (LATINO GROUP), a empresa Fibrauto – Fabrico de objetos em



Polyester, Ld.<sup>a</sup> (FIBRAUTO), a empresa SCIENCENTRIS, Unipessoal, Ld.<sup>a</sup> e a empresa IDT Consulting, Ld.<sup>a</sup>, foi visado pelo Tribunal de Contas, em 17.12.2015;

- e) De acordo com a cláusula 1.<sup>a</sup> (Objeto), o referido protocolo tinha como objeto *“definir as relações, os termos e condições de cooperação entre o Ministério da Defesa Nacional (MDN), através da sua Direção-Geral de Recursos da Defesa Nacional (DGRDN) e as entidades executantes do presente projeto (Exército, Força Aérea, TecMinho, LMA, LATINO GROUP, FIBRAUTO, SCIENCENTRIS, IDT), no âmbito da execução e gestão do projeto de I&D intitulado “Desenvolvimento de materiais auxéticos para o setor da Defesa”, adiante apenas referido como AUXDEFENSE”*;
- f) Segundo a cláusula 2.<sup>a</sup> (Objetivos do projeto), *“O projeto AUXDEFENSE pretende desenvolver produtos inovadores de elevado desempenho em termos de proteção mecânica (impacto, corte e perfuração), tendo como base estruturas auxéticas avançadas, para utilização por militares dos diferentes Ramos das Forças Armadas, de forma a que:*
- 1. Ao nível do vestuário de proteção incorpore estruturas fibrosas auxéticas de proteção ao corte, perfuração e impacto (ex. balística) em vestuário militar de combate, incluindo colete balístico;*
  - 2. Ao nível da combinação das estruturas auxéticas com matrizes poliméricas, atuando no desenvolvimento de capacetes balísticos e joelheiras/cotoveleiras para incorporação no vestuário militar de combate, tornando-os mais leves, mais confortáveis e mais eficazes que os atuais”*;
- g) Segundo o n.º 3 da cláusula 3.<sup>a</sup>, *“o projeto AUXDEFENSE tem a duração prevista de 36 (trinta e seis) meses, a contar da data da assinatura do presente protocolo”*;
- h) De acordo com as cláusulas 7.<sup>a</sup> e 8.<sup>a</sup> do protocolo, *“o valor global de financiamento para este projeto é de 696.832,50€”, assim distribuídos:*

ENTIDADE	FINANCIAMENTO (€)
TECMINHO	224.325,00
FAP	68.850,00
EXÉRCITO	68.850,00



LMA	82.695,00
FIBRAUTO	95.977,50
LATINO GROUP	82.695,00
SCIENCENTRIS	46.000,00
IDT	27.439,99
<b>TOTAL</b>	<b>696.832,50</b>

i) Nos termos da cláusula 12.<sup>a</sup>, n.ºs 4 e 5 (Propriedade intelectual), *“As entidades executantes ficam com os direitos de produção dos produtos resultantes do projeto AUXDEFENSE, incluindo projeto, desenhos e testes, ficando o MDN com direito a condições especiais para a aquisição dos produtos resultantes” e “Sem prejuízo do disposto na lei, e tendo em atenção acordos posteriores que se venham a celebrar visando a industrialização ou comercialização desses produtos, é assegurado ao MDN um preço de aquisição cujo valor máximo será de 75% do melhor preço de mercado que as entidades venham a praticar junto de outras entidades clientes”;*

j) Do ofício-resposta aos esclarecimentos solicitados pelo Tribunal de Contas (no âmbito do processo de fiscalização prévia referente ao Projeto de I&D AUXDEFENSE), datado de 09.12.2015, do Diretor-Geral da DGRDN, constam as seguintes afirmações:

«(...)

1.3. *Trata-se, pois, de contratos de serviços de investigação e desenvolvimento que visam a conceção e desenvolvimento de equipamentos e sistemas militares, cuja natureza inequívoca da sua inclusão na “Lista Militar Comum da União Europeia” a que se refere o n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6/10, e que consta do Anexo I à Lei n.º 37/2011, de 22 de junho, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 52/2015, de 15 de abril.*

1.4. *Assim, no que respeita aos produtos a desenvolver no âmbito do Protocolo AUXDEFENSE (vestuário de combate), os mesmos encontram-se identificados na referida Lista Militar Comum na rubrica ML13:*

*“ML13 Equipamento blindado ou de proteção, construções e seus componentes, como se segue:*



*c. Capacetes fabricados segundo normas ou especificações militares, ou normas nacionais equivalentes, e componentes especialmente concebidos para os mesmos (isto é, o invólucro, o forro e as almofadas de proteção);*

*d. Fatos blindados ou vestuário de proteção e respetivos componentes, como se segue:*

*1. Fatos blindados ou vestuário de proteção ligeiros fabricados segundo normas ou especificações militares, ou equivalentes, e componentes especialmente concebidos para os mesmos”*

(...)

2.9. c) *“A exclusão da concorrência nas fases iniciais de investigação e desenvolvimento não deverá prejudicar a concorrência leal nas fases seguintes do ciclo de vida de um produto. Por conseguinte, os contratos de investigação e desenvolvimento deverão abranger atividades apenas até uma fase em que a maturidade das novas tecnologias pode ser razoavelmente avaliada e o risco pode ser gerido. Os contratos de investigação e desenvolvimento não deverão ser utilizados para além dessa fase como forma de evitar as disposições da presente diretiva, nomeadamente predeterminando a escolha do proponente para as fases seguintes.”*» (destacado nosso);

- k) Em 23.05.2018, foi celebrada a 1.ª Adenda ao Protocolo de Cooperação AUXDEFENSE<sup>1</sup>, com um custo adicional de 62.535,00€, tendo como objeto a extensão do projeto de I&D AUXDEFENSE a um projeto do Exército Português denominado “Sistema de Combate do Soldado”, que visa dotar o militar dos equipamentos adaptados aos cenários de combate contemporâneos;
- l) Em 18.01.2019, foi celebrada a 2.ª Adenda ao Protocolo de Cooperação AUXDEFENSE, que não foi submetida a visto do Tribunal de Contas, e que teve como objetivo regulamentar «os termos e as condições aplicáveis às fases de industrialização, produção e comercialização dos produtos inovadores desenvolvidos ao abrigo do

---

<sup>1</sup> Sobre a qual se formou visto tácito do Tribunal de Contas, em 11.07.2018.

*Protocolo de Cooperação relativo ao projeto de I&D de Defesa “Desenvolvimento de Materiais Auxéticos para o Setor da Defesa AUXDEFENSE”»;*

- m) As aquisições referidas no § 1 do presente acórdão (Processos de Fiscalização Prévia n.ºs 3711 e 3713/2019), foram autorizadas pelo Despacho n.º 7581/2019, do Ministro da Defesa Nacional, de 02.07.2019 (publicado no DR. 2.ª Série, n.º 163, de 27.08.2019), que a seguir se transcreve:

«O Exército Português tem por missão principal participar, de forma integrada, na defesa militar da República, nos termos do disposto na Constituição e na lei, sendo fundamentalmente vocacionado para a geração, preparação e sustentação de forças da componente operacional do sistema de forças.

As diferentes e abrangentes valências que compõem o Sistema de Forças Terrestre garantem a capacidade de enfrentar a complexidade intrínseca do ambiente operacional terrestre, cada vez mais ampliada pela rápida evolução tecnológica e necessidades de interoperabilidade.

Os novos equipamentos de proteção balística individual do Exército que se pretende adquirir, com capacidade de extensão ao universo da Defesa Nacional, materializam o importante envolvimento da indústria, dos centros de investigação e das universidades nacionais na edificação de capacidades militares, contribuindo, deste modo, para o desenvolvimento da economia nacional e possibilitando a projeção internacional da imagem e da qualidade de produtos inovadores produzidos nacionalmente, cuja aplicabilidade é extensível a uma variada gama de equipamentos e atividades.

O projeto dos Sistemas de Combate do Soldado, nas suas três vertentes, nomeadamente a «Sobrevivência», o «Comando, Controlo, Comunicações, Computadores e Informação» e a «Letalidade», representa um avanço tecnológico e operacional ímpar para o Exército e um impulso, no plano nacional e internacional, para a excelência do conhecimento e da investigação científica nacional e para a reconhecida experiência e competência da Base Tecnológica Industrial de Defesa.

O projeto de «Desenvolvimento de Materiais Auxéticos para o Setor da Defesa» (AUXDEFENSE), cujo Protocolo foi celebrado a 12 de outubro de 2015, e alterado pelas Adendas n.º 1 e n.º 2, respetivamente, a 23 de maio de 2018 e a 18 de janeiro de 2019, resultou de um procedimento concursal através da Call de projetos de I&D de Defesa, tendo determinado a constituição de um consórcio de entidades com valências

complementares e com expectativas diferenciadas relativamente à sua participação no referido projeto.

Na vertente «Sobrevivência», os produtos relacionados com a proteção balística, desenvolvidos no âmbito do Projeto AUXDEFENSE, representam uma solução única em termos de mercado, materializando uma redução significativa de peso sem comprometimento do desempenho de proteção, incorporando tecnologia especialmente desenvolvida, a nível nacional, para promover os níveis de proteção adequados, sem comprometer os índices de conforto e de usabilidade por parte dos militares, constituindo-se em equipamentos que recorrem a tecnologia de última geração com base em nanomateriais e estruturas com comportamento auxético.

As formulações utilizadas para produção dos capacetes e coletes balísticos, e das joelheiras e cotoveleiras, assim como os respetivos modelos/desenhos, são resultado de um intenso trabalho de investigação e desenvolvimento no domínio da ciência e engenharia dos materiais, que culminou em soluções multicamada e compósitas únicas, dominadas pelas entidades envolvidas no seu desenvolvimento e que materializam uma relevante vantagem competitiva para a Base Tecnológica Industrial de Defesa. Também o design exclusivo de cada um dos elementos, no que se refere à relação forma-função, foi criteriosamente elaborado com base em princípios biomiméticos, culminando em elementos únicos, cumprindo todos os requisitos de interação com o meio e com o corpo humano.

As entidades industriais envolvidas no desenvolvimento destes elementos são, na área dos capacetes balísticos, a empresa FIBRAUTO - Fabrico de Objetos em Polyester, Lda., e no que concerne aos coletes balísticos, joelheiras e cotoveleiras, a empresa LATINO Confeções, Lda., as quais possuem todas as competências técnicas necessárias ao seu fornecimento, decorrente de um cuidado processo de scale-up industrial.

Ao abrigo do Protocolo e das Adendas acima referidas, é salvaguardada a proteção legal dos Direitos de Propriedade Intelectual, sendo reconhecida a titularidade dos direitos de indústria, produção e comercialização dos produtos resultantes do AUXDEFENSE, cedidos pelo Ministério da Defesa Nacional às entidades executantes identificadas.

Os equipamentos a adquirir pelo Exército são, na sua essência e finalidade, bens militares designados «equipamentos de combate», cujo Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV) é o «35800000-2 - Equipamento individual e de apoio», que inclui também o CPV 35812300-2 - «Equipamento de combate». Atendendo a essa caracterização, os bens enunciados (capacetes, coletes, joelheiras e cotoveleiras), pelas suas características



intrínsecas e CPV, inserem-se no conceito de «produtos militares», pese embora o facto de os produtos inovadores desenvolvidos ao abrigo do Protocolo potenciarem usos civis. O Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, é aplicável à formação dos contratos públicos nos domínios da defesa e da segurança, celebrados por entidades adjudicantes no conceito definido pelo Código dos Contratos Públicos, especialmente a contratos que tenham por objeto o «fornecimento de equipamentos militares, incluindo quaisquer partes, componentes e ou elementos de ligação do mesmo» e cujo valor estimado seja igual ou superior a EUR 443 000.

Pelos motivos técnicos acima descritos e pela proteção de direitos subjacentes às fases de produção e de comercialização dos produtos inovadores, os respetivos contratos só podem ser executados pelas entidades supra identificadas. Assim, ao abrigo da alínea e) do artigo 16.º do referido diploma, deve ser adotado o procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso.

A Lei de Programação Militar (LPM) prevê uma verba para aquisição de sistemas de proteção balística, inseridos na Capacidade de Proteção e Sobrevivência da Força e nos projetos do Sistema de Combate do Soldado, no montante de 2.135.081,00 (euro) (dois milhões, cento e trinta e cinco mil e oitenta e um euros), ao qual acresce o imposto sobre o valor acrescentado à taxa legal em vigor (IVA), cujo encargo se encontra devidamente inscrito e escalonado para os anos de 2019 a 2021.

Assim, ao abrigo do n.º 1 do artigo 2.º da Lei de Programação Militar (LPM), aprovada pela Lei Orgânica n.º 2/2019, de 17 de junho, dos artigos 36.º, 38.º e 109.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual, aplicáveis por remissão do artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, da alínea c) do n.º 3 do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho, e dos artigos 44.º e 46.º do Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, determino o seguinte:

1 - Autorizo a aquisição da componente «Sobrevivência», do projeto do Sistema de Combate do Soldado, nomeadamente no que concerne aos equipamentos de proteção balística, para os anos de 2019 a 2021, bem como a realização da respetiva despesa, até ao montante máximo de 2.135.081,00 (euro) (dois milhões, cento e trinta e cinco mil e oitenta e um euros), ao qual acresce o imposto sobre o valor acrescentado à taxa legal em vigor (IVA).

2 - Os encargos resultantes da aquisição referida no número anterior não podem exceder, em cada ano económico, os seguintes montantes (IVA incluído):



2019 - 625.250,00 (euro);

2020 - 367.800,00 (euro);

2021 - 1.633.101,00 (euro).

3 - O montante fixado no número anterior para cada ano económico é acrescido do saldo apurado na execução orçamental do ano anterior, nos termos do n.º 4 do artigo 8.º da Lei de Programação Militar.

4 - Autorizo a adoção do procedimento de negociação sem publicação de anúncio de concurso, ao abrigo da alínea e) do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, com consulta à FIBRAUTO - Fabrico de Objetos em Polyester, Lda., para o fornecimento de mil capacetes balísticos, e à LATINO Confecções, Lda., para o fornecimento de mil coletes balísticos, mil pares de joelheiras e mil pares de cotoveleiras, quantidades que representam a expressão mínima da aquisição, sem prejuízo de uma possibilidade de incremento, desde que salvaguardada a limitação financeira expressa.

5 - Delego no Chefe do Estado-Maior do Exército, General José Nunes da Fonseca, com faculdade de subdelegação, a competência para a prática de todos os atos a realizar no âmbito do procedimento em questão, nomeadamente:

- a) Aprovar as peças do procedimento (convite e cadernos de encargos), praticar os demais atos necessários no âmbito da condução do procedimento de contratação;
- b) Outorgar os respetivos contratos;
- c) Exercer os poderes de conformação da relação contratual.

6 - O presente despacho produz efeitos a partir da data da sua aprovação.»

- n) Consequentemente, por despacho de 07.08.2019, do Chefe do Estado-Maior do Exército (CEME), foram aprovadas as peças dos procedimentos por negociação sem publicação prévia de anúncio, procedimentos esses efetuados ao abrigo da alínea e) do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro;
- o) Os ofícios convite respeitantes a cada um dos procedimentos foram enviados às empresas Fibrauto (Processo n.º 3711/2019) e Latino Confecções, Lda.ª (Processo n.º 3713/2019), em 08.08.2019;
- p) A proposta da empresa Fibrauto, relativa ao fornecimento de 1000 capacetes balísticos, no valor total de 925.000,00€ (acrescido de IVA), foi enviada ao Exército em 27.08.2019;



- q) Já a proposta da empresa Latino Confecções, Ld.ª, relativa ao fornecimento de 1000 coletes balísticos, 1000 pares de joelheiras e 1000 pares de cotoveleiras, pelo preço total de 1.207.940,00€ (acrescido de IVA), foi enviada ao Exército em 29.08.2019;
- r) Em 25.09.2019, realizou-se uma sessão de negociação com a empresa Fibrauto, na sequência da qual a respetiva proposta foi melhorada no sentido de englobar, sem acréscimo de preço, o fornecimento de 1000 conjuntos de acessórios do capacete denominados “paddings extra”;
- s) Na mesma data realizou-se uma sessão de negociação com a empresa Latino Confecções, Ld.ª, na sequência da qual a proposta da empresa foi melhorada no sentido de abranger, sem acréscimo de preço, o fornecimento de 500 unidades de “porta carregadores duplo 7.62”;
- t) A adjudicação das propostas das empresas Fibrauto (Processo n.º 3711/2019) e Latino Confecções, Ld.ª (Processo n.º 3713/2019) foi decidida por Despachos do CEME, de 03.10.2019;
- u) O contrato de aquisição de capacetes balísticos (com a empresa Fibrauto) foi celebrado em 05.11.2019 e submetido a fiscalização prévia deste Tribunal, em 15.11.2019;
- v) Por sua vez, o contrato de aquisição de coletes balísticos, joelheiras e cotoveleiras (com a empresa Latino Confecções, Ld.ª) foi celebrado em 22.10.2019 e submetido a fiscalização prévia deste Tribunal, em 15.11.2019;
- w) Em 05.12.2019, ambos os contratos foram devolvidos ao Exército, para esclarecimento de diversas dúvidas, tendo a entidade fiscalizada, respondido, em 29.01.2020, no essencial, o seguinte:

**Questão 1:**

***“Esclareça, quanto ao enquadramento da referida aquisição no âmbito do referido Protocolo, atento o seu objeto”.***

Resposta:

*“Não obstante terem como objeto principal a conceção e desenvolvimento de determinados produtos de natureza militar, os Protocolos I&D de Defesa visam também a futura utilização preferencialmente dual (militar e civil) dos referidos produtos, pelo que os mesmos contêm igualmente previsões relativas às fases subsequentes de industrialização, produção e comercialização.*

*Assim, a cláusula 12.ª do Protocolo AUXDEFENSE de 12-10-2015 (Doc. 1), estipula que o Ministério da Defesa Nacional cede, às entidades executantes, os direitos de produção e comercialização dos produtos daí resultantes, mediante benefícios financeiros consubstanciados na redução do preço de aquisição e no pagamento de royalties sobre vendas a outros clientes. Por sua vez, a Adenda n.º 2, celebrada entre as partes em 18 de janeiro de 2019, veio regular os termos e condições aplicáveis às fases de industrialização, produção e comercialização dos produtos inovadores desenvolvidos ao abrigo do protocolo de cooperação.*

*Assim, conforme resulta do protocolado entre as partes, designadamente da conjugação da cláusula 12.ª do protocolo inicial, com a alínea a) do n.º 1 da cláusula 2.ª da Adenda n.º 2, a entidade executante (leia-se, a Fibrauto Ldª ou a Latino Confecções, Ld.ª, consoante os casos) detém os direitos exclusivos de industrialização, produção e comercialização (leia-se, dos capacetes balísticos, no 1.º caso, e dos coletes balísticos, das joelheiras e das cotoveleiras, no 2.º caso).*

*Acresce dizer que, conforme se extrai da informação da DGRDN n.º 975, de 12 de junho de 2019 (Doc. 6), designadamente dos seus pontos 7. a 13., e do Despacho de SEXTA o MDN de 2-7-2019 (Doc. 7), que aqui se dão por integralmente reproduzidos, os artigos finais do projeto AUXDEFENSE resultaram de especificações técnicas identificadas e desenvolvidas pelos Ramos das Forças Armadas, em colaboração com as restantes entidades executantes, e da utilização de materiais e tecnologias inovadoras, representando uma solução única em termos de mercado.*

*Considera-se assim que a aquisição ora em análise, titulada pelo Contrato B0086\_2019, celebrado entre o Estado Português (Exército) e (a Fibrauto Ldª ou a Latino Confecções, Ld.ª, consoante os casos) para equipar o Ramo, concebidos e*



*desenvolvidos ao abrigo do protocolo de cooperação AUXDEFENSE, se enquadra na alínea e) do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, porquanto se encontram verificados os respetivos requisitos de aplicabilidade: (i) natureza militar dos bens em causa (incluídos na Lista Militar Comum na rubrica ML13 alíneas c) e d); (ii) valor do contrato superior ao limiar a que se refere a alínea a) do n.º 4 do artigo 1.º do DL 104/2011; (iii) por motivos técnicos e atinentes a direitos exclusivos, o contrato só pode ser executado por uma entidade determinada.”*

**Questão 2:**

***“Tendo presente a alínea c) do n.º 1, n.ºs 2, 3 e 4 todos da Cláusula 3.ª do Protocolo, informe quais os procedimentos tramitados ao abrigo do Protocolo de Cooperação e das adendas 1 e 2, indicando datas, montantes, destinatários e adjudicatários. Caso os contratos decorrentes dos mesmos procedimentos tenham sido objeto de fiscalização prévia indique o respetivo número de processo de visto”.***

**Resposta:**

*“Ainda não existem vendas a terceiros, pelo que não se registam quaisquer procedimentos efetuados ao abrigo da alínea c) do n.º 1 e dos n.ºs 2, 3 e 4 da Cláusula 3.ª da Adenda 2 do protocolo. Assim, eventuais ajustamentos nos preços praticados ao MDN serão efetuados a posteriori com base no procedimento estipulado na alínea c) do n.º 1 e no n.º 2 da referida cláusula.*

*Em termos de aquisições por parte do MDN e Ramos das Forças Armadas, foram celebrados apenas os dois contratos que se encontram em processo de fiscalização prévia (proc.º s 3711/2019 e 3713/2019).”*

**Questão 3:**

***“Indique quais os critérios objetivos que fundamentaram o preço base do procedimento, nos termos do n.º 3 do artigo 47.º do CCP, conjugado com o disposto no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro”.***



**Resposta:**

*“O preço base foi determinado tendo como base os preços e condições de comercialização estabelecidas na Adenda n.º 2 ao Protocolo AUXDEFENSE, nomeadamente um desconto de 25% sobre o melhor preço de mercado praticado pela empresa para o produto em causa (fórmula de cálculo em anexo à Adenda 2). Contribuíram igualmente para a determinação do preço base os montantes que estão previstos na Lei de Programação Militar e que não podem ser excedidos, bem como as necessidades mínimas do Exército neste tipo de equipamentos (1000) definidas igualmente no despacho do Sr. Ministro da Defesa Nacional.”*

- x) Em 05.02.2020, os contratos foram novamente devolvidos à entidade fiscalizada, já na fase jurisdicional do processo, para esclarecimentos de dúvidas subsistentes, tendo o Exército respondido, em 20.03.2020, o seguinte:

**Questão 1:**

***“Efetue o necessário enquadramento dos bens a adquirir, nos termos previstos no n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro”.***

**Resposta:**

*“Os bens a adquirir no âmbito do Contrato B0086\_2019, celebrado entre o Estado Português (Exército) e a Fibrauto Lda (1000 capacetes balísticos IIIA para equipar o Ramo), foram concebidos e desenvolvidos especialmente para fins militares ao abrigo do protocolo de cooperação AUXDEFENSE, conforme decorre das Cláusulas 1ª e 2ª do Protocolo.*

*Os capacetes balísticos fazem parte do vestuário militar de combate e constam da “Lista Militar Comum da União Europeia”, atualmente denominada “Lista de Produtos Relacionados com a Defesa”, aprovada pela Lei n.º 37/2011, de 22 de junho, e atualizada pelo Decreto-Lei n.º 98/2019, de 30 de julho, especificamente da rubrica ML 13:*

*“ML13 – Equipamento blindado ou de protecção, construções e seus componentes, como se segue: (...) c) Capacetes fabricados segundo normas ou especificações*



*militares, ou normas nacionais equivalentes, e invólucros, forros e almofadas de proteção de capacetes especialmente concebidos para os mesmos;”*

*Os bens a adquirir no âmbito do Contrato B0086A\_2019, celebrado entre o Estado Português (Exército) e a Latino Confecções Ldª (coletes balísticos, cotoveleiras e joelheiras para equipar o Ramo), foram igualmente concebidos e desenvolvidos especialmente para fins militares ao abrigo do protocolo de cooperação AUXDEFENSE (Cláusulas 1ª e 2ª). Fazem parte do vestuário militar de combate e constam especificamente da rubrica ML13 da Lista de Produtos Relacionados com a Defesa:*

*“ML13 – Equipamento blindado ou de protecção, construções e seus componentes, como se segue: (...) b) Construções de materiais metálicos ou não metálicos ou suas combinações, especialmente concebidas para proporcionar proteção balística a sistemas militares, e componentes especialmente concebidos para as mesmas;*

*d) Fatos blindados ou vestuário de proteção e respetivos componentes, como se segue:*

*1) Fatos blindados ou vestuário de proteção ligeiros fabricados segundo normas ou especificações militares, ou equivalentes, e componentes especialmente concebidos para os mesmos;”*

**Questão 2:**

***“Identifique claramente quais os direitos exclusivos em causa no âmbito da presente contratação, nos termos da alínea e) do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, atestando ainda a inexistência de alternativas no mercado para os bens em causa”.***

**Resposta:**

*“Nos termos do protocolado entre as partes executantes do projeto AUXDEFENSE, o MDN cedeu os direitos de produção e comercialização dos produtos inovadores daí resultantes, conforme patente na cláusula 12.ª do Protocolo inicial e cláusula 2.ª da Adenda n.º 2.*

*Assim, nos termos da referida cl. 12.ª e da alínea a) do n.º 1 da cláusula 2.ª da Adenda n.º 2, a entidade executante FIBRAUTO Ldª, detém os direitos exclusivos de industrialização, produção e comercialização dos capacetes balísticos.*

*Por seu turno, nos termos da cl. 12.ª do protocolo inicial e da alínea b) do n.º 1 da cláusula 2.ª da Adenda n.º 2, a entidade executante LATINO, detém os direitos*



*exclusivos de industrialização, produção e comercialização dos coletes tático-balísticos, cotoveleiras e joelheiras.*

*Mais se informa que já foi requerida, junto do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) a conversão dos registos provisórios, das patentes e modelos de utilidade, em definitivos, encontrando-se o processo ainda a aguardar decisão.*

*Igualmente foi, entretanto, requerido o averbamento (registo) dos direitos exclusivos de exploração dos produtos em causa (licenças de exploração), a favor das entidades acima referidas, junto das Autoridades Nacional e Europeia.*

*(...)*

*Os produtos finais desenvolvidos no âmbito do projeto AUXDEFENSE resultaram, pois, de especificações técnicas identificadas pelos Ramos das Forças Armadas, e desenvolvidas em colaboração com as restantes entidades executantes, e da utilização de materiais e tecnologias inovadoras, representando soluções únicas e inovadoras em termos de mercado, já reconhecidas pelo INPI”.*

**Questão 3:**

***“Esclareça inequivocamente se a alegada aptidão técnica exclusiva dos cocontratantes resulta das anteriores relações contratuais das partes, justificando legalmente a sua resposta”.***

**Resposta:**

*“A “aptidão técnica exclusiva” dos cocontratantes advém, em primeira linha, do facto destas entidades, subscritoras do Protocolo AUXDEFENSE, na qualidade de entidades executantes, terem sido as que, em colaboração com as demais entidades envolvidas, levaram a cabo as atividades de investigação e desenvolvimento dos materiais auxéticos que resultaram nos produtos inovadores ora a adquirir pelo Exército. Estas entidades dominam assim todo o know-how técnico relativo à composição e fabrico destes produtos especialmente concebidos para uso militar.*

*A jusante, e de acordo com o Protocolado entre as partes, estas entidades beneficiam ainda dos direitos exclusivos de exploração, fabrico e comercialização dos referidos produtos, cujas patentes e modelos de utilidade se encontram, conforme já referido no ponto anterior, em processo de conversão para registo definitivo.*





*Neste contexto, salienta-se que a escolha dos projetos de I&D e das respetivas entidades executantes, que viriam a participar na execução destes projetos, cofinanciados pelo Ministério da Defesa Nacional, foi sujeita a um procedimento de natureza concursal com critérios pré-definidos, designado de “CALL I&D DEFESA DE 2014”. Os projetos assim selecionados deram origem à celebração de diversos Protocolos de execução de projetos I&D com interesse para o universo da Defesa Nacional, a maioria dos quais (em razão do valor) foram submetidos à fiscalização do Vosso Tribunal.*

*Foi o caso do Protocolo AUXDEFENSE, celebrado em 12 de outubro de 2015, que envolveu um “agrupamento” de oito entidades, entre as quais as ora cocontratantes, e que obteve visto prévio do Vosso Tribunal em 22-12-2015. Este protocolo, na sua versão inicial, já reconhecia que os direitos de propriedade intelectual/industrial (DPIs), designadamente os direitos de exploração dos produtos daí resultantes, ficariam na titularidade das respetivas entidades executantes, em troca de determinados benefícios para o MDN (vd. Cláusula 12.ª).*

*A necessidade de regular designadamente a titularidade dos DPIs nos referidos Protocolos, encontra a sua base legal no Despacho MDN n.º 11940/2014 – Direitos de Propriedade Intelectual associados aos projetos de Investigação e Desenvolvimento de Defesa, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 186, de 26 de setembro de 2014, o qual, nos termos do seu artigo 5.º, impõe que os contratos ou acordos celebrados pelos serviços centrais do Ministério da Defesa Nacional ou pelas Forças Armadas, com quaisquer entidades públicas ou privadas, cujo objeto implique atividade inventiva ou criativa, devem dispor obrigatoriamente sobre a titularidade dos direitos de propriedade industrial e regular a exploração dos resultados, devendo dispor designadamente “a quem pertence a titularidade da invenção ou criação” e “os benefícios que resultam para o Ministério da Defesa Nacional”.*

*Em conformidade, o Protocolo inicial dispõe sobre os DPIs, designadamente na sua cláusula 12.ª, sendo que a Adenda n.º 2 veio complementar tais disposições aplicáveis na fase da industrialização, produção e comercialização (exploração) dos produtos inovadores desenvolvidos ao abrigo do Protocolo AUXDEFENSE”.*

**Questão 4:**



***“Pronuncie-se sobre a validade da adenda n.º 2 ao Protocolo anteriormente celebrado, tendo em conta que a mesma foi outorgada já depois de decorrido o seu prazo de vigência (36 meses)”.***

**Resposta:**

*“É nosso entendimento que o prazo a que se refere o Douto Tribunal (36 meses), fixado pelo n.º 4 da cláusula 3.ª do Protocolo inicial é o prazo de execução do projeto, ou seja, o prazo de execução e entrega dos pacotes de trabalhos (workpackages, indicados no Anexo B do protocolo) da fase de I&D (investigação e desenvolvimento), a realizar pelas entidades executantes, e não o prazo de vigência do Protocolo em si, o qual se mantém em vigor no que respeita às cláusulas aplicáveis às fases subsequentes, nos termos e ao abrigo da sua cláusula 18.ª”.*

**Questão 5:**

***“Fundamente o preço base de ambos os procedimentos pré-contratuais, apresentando os cálculos efetuados e que levaram à sua determinação”.***

**Resposta:**

*“Para o cálculo do preço base de ambos os procedimentos, foram considerados os montantes inscritos na Lei n.º 2/2019, de 17 de junho de 2019 e as quantidades definidas no despacho de Sua Exa o Ministro da Defesa Nacional, que impunha “o fornecimento de mil capacetes balísticos, o fornecimento de mil coletes balísticos, mil pares de joelheiras e mil pares de cotoveleiras”.*

**Questão 6:**

***“Fundamente ainda os PVP referidos nos anexos à adenda n.º 2 ao Protocolo, apresentando os valores conexos aos diversos fatores que o compõem”.***

**Resposta:**

*“Relativamente aos valores dos diversos fatores que compõem o PVP constantes dos Anexos à Adenda n.º 2 e em complemento aos mesmos, enviam-se em anexo os*



*elementos disponibilizados pelas empresas Fibrauto e Latino (Anexo B e C respetivamente)”.*

**Questão 7:**

***“Esclareça acerca de necessidades futuras a contratualizar, derivada do mencionado Protocolo”.***

**Resposta:**

*“As necessidades do Exército relativamente a esta tipologia de bens não se cingem apenas a estes contratos. O objetivo do Exército é equipar todos os militares ao seu serviço com estes equipamentos, havendo por isso a necessidade de futuras aquisições ao abrigo do Protocolo. Contudo, só o poderá fazer de acordo com a sua disponibilidade financeira para esta tipologia de aquisições”.*

**– DE DIREITO**

- 4.** A fiscalização prévia do Tribunal de Contas incide sobre *“a legalidade e o cabimento orçamental dos atos e contratos de qualquer natureza que sejam geradores de despesa ou representativos de quaisquer encargos e responsabilidades”<sup>2</sup>*, não englobando, pois, quaisquer apreciações sobre o mérito da gestão ou oportunidade dos respetivos negócios jurídicos, aspetos que apenas no âmbito da fiscalização sucessiva a cargo deste Tribunal podem ser avaliados<sup>3</sup>.
- 5.** Estando em causa aquisições patrimoniais que implicam despesas de montante superior ao limiar legalmente previsto (350.000,00€), por parte de entidade sujeita à jurisdição do Tribunal de Contas (Exército Português), os respetivos contratos encontram-se sujeitos à fiscalização prévia deste Tribunal, por força do estipulado no artigo 46.º, n.º 1. al. b), conjugado com o artigo 48.º, n.º 1, ambos da LOPTC.

---

<sup>2</sup> Cfr. artigos 5.º, n.º 1. al. c) e 44.º, n.º 1 ambos da LOPTC.

<sup>3</sup> Cfr. Artigo 50.º, n.º 1 da LOPTC.



6. Consequentemente, estando assentes os elementos de facto descritos no § 3 do presente acórdão, cumpre, com base neles, apreciar as questões legais que os contratos suscitam.
7. Assim, a questão principal que importa apreciar, na perspetiva do direito, relaciona-se com a verificação ou não de fundamentos que sustentem o invocado recurso ao **procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso**, tendo por base o artigo 16.º, alínea e), do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro.

**A – Da aplicabilidade do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro (Regime da contratação pública nos domínios da defesa e da segurança)**

8. Como questão prévia, coloca-se a dúvida de saber se, ao caso concreto, se aplica o regime legal especificamente estabelecido no mencionado Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, conforme entendido pela entidade fiscalizada, ou se se aplica antes o regime geral de contratação pública regulado no Código dos Contratos Públicos (CCP).
9. O artigo 4.º, n.º 1, al. e), do CCP, estabelece que o regime legal estabelecido neste Código não se aplica aos contratos celebrados ao abrigo do disposto no artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)<sup>4</sup>.
10. Concretizando, o artigo 346.º do TFUE determina, com relevância no âmbito dos contratos públicos, que:  
*«a) Nenhum Estado-Membro é obrigado a fornecer informações cuja divulgação considere contrária aos interesses essenciais da sua própria segurança;*  
*b) Qualquer Estado-Membro pode tomar as medidas que considere necessárias à protecção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra; tais medidas não*

---

<sup>4</sup> Corresponde ao ex-artigo 296.º do TCE (Tratado da Comunidade Europeia).

*devem alterar as condições de concorrência no mercado interno no que diz respeito aos produtos não destinados a fins especificamente militares.»*

- 11.** Em decorrência deste normativo, foi aprovada a Diretiva 2009/81/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos públicos por entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança.
- 12.** Por sua vez, no plano nacional, o Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, veio estabelecer a disciplina aplicável à contratação pública nos domínios da defesa e da segurança (doravante RCPDS), transpondo a mencionada Diretiva n.º 2009/81/CE.
- 13.** O seu âmbito de aplicação, previsto no artigo 1.º, n.º 2, abrange a formação dos contratos nos domínios da defesa e da segurança que tenham por objeto:
  - a) O fornecimento de equipamento militar, incluindo quaisquer partes, componentes e ou elementos de ligação do mesmo;
  - b) O fornecimento de equipamento sensível, incluindo quaisquer partes, componentes e ou elementos de ligação do mesmo;
  - c) Empreitadas de obras públicas, fornecimentos e serviços diretamente relacionados com o equipamento referido nas alíneas anteriores;
  - d) Empreitadas de obras públicas, fornecimentos e serviços para fins militares específicos, ou obras e serviços sensíveis.
- 14.** Por sua vez, o n.º 3 do artigo 1.º esclarece que, para efeitos de aplicação do diploma, considera-se equipamento militar, nomeadamente, os tipos de produtos incluídos na lista de armas, munições e material de guerra, aprovada pela Decisão do Conselho n.º 255/58, de 15 de abril, interpretada em função do carácter evolutivo da tecnologia, das políticas de contratos e dos requisitos militares, com base na Lista Militar Comum da União Europeia.



- 15.** No caso concreto, está em causa a aquisição de capacetes e coletes balísticos, bem como de joelheiras e cotoveleiras, equipamentos destinados ao apetrechamento dos soldados do Exército português.
- 16.** E no entender da entidade fiscalizada, tal como consta do Despacho n.º 7581/2019, do Ministro da Defesa Nacional, de 02.07.2019, que autorizou a respetiva despesa, *«os equipamentos a adquirir pelo Exército são, na sua essência e finalidade, bens militares designados «equipamentos de combate», cujo Vocabulário Comum para os Contratos Públicos (CPV) é o «35800000-2 - Equipamento individual e de apoio», que inclui também o CPV 35812300-2 - «Equipamento de combate». Atendendo a essa caracterização, os bens enunciados (capacetes, coletes, joelheiras e cotoveleiras), pelas suas características intrínsecas e CPV, inserem-se no conceito de «produtos militares», pese embora o facto de os produtos inovadores desenvolvidos ao abrigo do Protocolo potenciarem usos civis.»*
- 17.** Além disso, no âmbito dos esclarecimentos prestados a este Tribunal, a entidade fiscalizada acrescentou ainda que os equipamentos em causa são equipamentos militares pois encontram-se incluídos na Lista Militar Comum da União Europeia, na rubrica ML13, alíneas c) e d).
- 18.** Ora, da análise da mencionada Lista, adotada pelo Conselho em 26 de fevereiro de 2018, constata-se que, na rubrica ML13, intitulada “Equipamento blindado ou de proteção, construções e seus componentes”, estão englobados, nas referidas alíneas, os seguintes equipamentos:
- «c. Capacetes fabricados segundo normas ou especificações militares, ou normas nacionais equivalentes, e invólucros, forros e almofadas de proteção de capacetes especialmente concebidos para os mesmos;*
- d. Fatos blindados ou vestuário de proteção e respetivos componentes, como se segue:*
- 1. Fatos blindados ou vestuário de proteção ligeiros fabricados segundo normas ou especificações militares, ou equivalentes, e componentes especialmente concebidos para os mesmos.»*

- 19.** Constituindo o presente regime uma exceção ao princípio geral de que os contratos no setor da defesa devem subordinar-se às regras do mercado interno, o mesmo deve ser interpretado de forma restritiva, como aliás decorre do Acórdão do TJUE<sup>5</sup>, proferido no Processo C-414/97 (Comissão/Espanha): *«como o Tribunal já decidiu no acórdão de 15 de Maio de 1986, Johnston (222/84, Colect., p. 1651, n.º 26), que o Tratado só prevê derrogações aplicáveis em caso de situações susceptíveis de porem em causa a segurança pública nos artigos 36.º, 48.º, 56.º, 223.º e 224.º do Tratado CE (que passaram, após alteração, a artigos 30.º CE, 39.º CE, 46.º CE, 296.º CE e 297.º CE), que dizem respeito a determinadas hipóteses excepcionais. Devido ao seu carácter limitado, estas disposições não podem ser objecto de interpretação extensiva.»*
- 20.** Por outro lado, conforme resulta do Acórdão TJUE, proferido no Processo T 26/01 (*Fiocchi munizioni/Comissão*), apenas podem beneficiar da sujeição ao regime específico dos contratos públicos no setor da defesa e da segurança os equipamentos constantes da mencionada Lista Militar Comum da União Europeia que tenham sido concebidos, desenvolvidos e produzidos para fins especificamente militares e já não que os que possam ter uma aplicação dual ou mista (militar e civil).
- 21.** A mesma conclusão se retira do teor do Acórdão TJUE proferido no Processo C-337/05 (Comissão/Itália), relacionado com a aquisição de helicópteros: *«(...) no que respeita às exigências legítimas de interesse nacional previstas nos artigos 296.º CE e 2.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 93/36, dado que estes helicópteros são bens de utilização dupla, qualquer Estado-Membro pode, por força do artigo 296.º, n.º 1, alínea b), CE, tomar as medidas que considere necessárias à protecção dos interesses essenciais da sua segurança e que estejam relacionadas com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra, desde que, porém, essas medidas não alterem as condições da concorrência no mercado comum, no que diz respeito aos produtos não destinados a fins especificamente militares. Consequentemente, a compra de equipamentos, cuja utilização para fins militares não é certa, deve*

---

<sup>5</sup> Tribunal de Justiça da União Europeia.

*necessariamente observar as regras relativas à adjudicação dos contratos públicos. O fornecimento de helicópteros a corpos militares, para utilização civil, deve observar estas mesmas regras.»*

- 22.** Ora, regressando ao caso *sub judice*, é o próprio despacho autorizador da despesa supracitado no §16 a esclarecer que os equipamentos a adquirir são «*produtos militares, pese embora o facto de os produtos inovadores desenvolvidos ao abrigo do Protocolo potenciarem usos civis*». Ou seja, admite-se expressamente que os capacetes, coletes, cotoveleiras e joelheiras a adquirir, desenvolvidos no âmbito do projeto de I&D AUXDEFENSE, possam ter uma aplicação dual (militar e civil).
- 23.** Donde decorre que nos suscita sérias reservas que os equipamentos a adquirir à luz dos contratos em análise possam ser considerados “equipamentos para fins especificamente militares”, para efeitos de sujeição das referidas aquisições ao regime legal constante do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro.
- 24.** Ainda assim, procederemos à análise dos procedimentos aquisitivos realizados, quer numa ótica de aplicação do mencionado RCPDS ao caso concreto, quer na da eventual sujeição das aquisições ao regime geral estabelecido no CCP.

**B – Das aquisições realizadas ao abrigo do artigo 16.º, alínea e) do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro (RCPDS)**

- 25.** Conforme resulta do respetivo despacho autorizador (*Despacho n.º 7581/2019, do Ministro da Defesa Nacional, de 02.07.2019, publicado no DR. 2.ª Série, n.º 163, de 27.08.2019*), as aquisições em causa assentam no seguinte fundamento legal: «(...) *Pelos motivos técnicos acima descritos e pela proteção de direitos subjacentes às fases de produção e de comercialização dos produtos inovadores, os respetivos contratos só podem ser executados pelas entidades supra identificadas. Assim, ao abrigo da alínea e) do artigo 16.º do referido diploma, deve ser adotado o procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso.*»





**26.** Analisemos, pois, o que dispõe a invocada norma legal:

**Secção II**  
**Procedimento por negociação sem publicação de**  
**anúncio de concurso**

**Artigo 16.º**

**Regra geral**

*No caso dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos de fornecimento e dos contratos de serviços pode adotar-se o presente procedimento quando:*

*(...)*

*e) Por motivos técnicos ou atinentes à protecção de direitos exclusivos, o contrato só possa ser executado por uma entidade determinada.*

**27.** Tal normativo do ordenamento jurídico nacional concretiza a transposição do disposto no artigo 28.º, n.º 1, al. e), da Diretiva europeia 2009/81/CE:

*Nos seguintes casos, as autoridades/entidades adjudicantes podem celebrar os seus contratos recorrendo a um procedimento por negociação sem publicação prévia de um anúncio de concurso e justificam o recurso a este procedimento no anúncio de concurso nos termos do n.º 3 do artigo 30.º:*

*1. No caso dos contratos de empreitada, dos contratos de fornecimento e dos contratos de serviços:*

*(...)*

*e) Quando, por motivos técnicos ou atinentes à protecção de direitos de exclusividade, o contrato só possa ser executado por um operador económico determinado. (...).*

**28.** No caso do RCPDS, a regra geral de escolha do procedimento é a constante do respetivo artigo 15.º, n.º 1, segundo o qual as entidades adjudicantes devem, em princípio, adotar um procedimento concorrencial, seja o procedimento de negociação com publicação de anúncio de concurso, seja o concurso limitado por prévia qualificação.

**29.** É essa regra geral que dá corpo aos princípios jurídicos constantes do artigo 6.º do mesmo diploma: «As entidades adjudicantes devem tratar os interessados,



*candidatos e concorrentes de acordo com os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da concorrência, agindo de forma transparente».*

- 30.** Consequentemente, só em casos excecionais legalmente previstos e restritivamente interpretados pode ser utilizado um procedimento não concorrencial, conforme determina o n.º 2 do citado artigo 15.º do RCPDS.
- 31.** No caso *sub judice*, invoca-se como fundamento para a derrogação da regra geral de utilização de um procedimento concorrencial o facto de estar em causa a aquisição de equipamentos militares (capacetes, coletes, joelheiras e cotoveleiras), cujas especificações técnicas coincidem *in totum* com os equipamentos desenvolvidos por duas empresas que participaram no projeto de I&D AUXDEFENSE:
- a) A empresa FIBRAUTO, no caso dos capacetes balísticos;
  - b) A empresa LATINO, em relação ao fornecimento de coletes balísticos, joelheiras e cotoveleiras.
- 32.** E invoca-se esse fundamento com base num pretenso direito exclusivo de que gozam essas empresas, bem como numa aptidão técnica resultante do facto de, segundo a entidade adjudicante, serem as únicas aptas a fornecer os equipamentos em causa, dadas as especificações técnicas estabelecidas nas peças dos respetivos procedimentos aquisitivos.
- 33.** Concretizando, o despacho ministerial autorizador das aquisições fundamenta o procedimento utilizado da seguinte forma: ***«Na vertente «Sobrevivência», os produtos relacionados com a proteção balística, desenvolvidos no âmbito do Projeto AUXDEFENSE, representam uma solução única em termos de mercado, materializando uma redução significativa de peso sem comprometimento do desempenho de proteção, incorporando tecnologia especialmente desenvolvida, a nível nacional, para promover os níveis de proteção adequados, sem comprometer os índices de conforto e de usabilidade por parte dos militares, constituindo-se em equipamentos que recorrem a tecnologia de última geração com base em nanomateriais e estruturas com comportamento auxético.***



*As formulações utilizadas para produção dos capacetes e coletes balísticos, e das joelheiras e cotoveleiras, assim como os respetivos modelos/desenhos, são resultado de um intenso trabalho de investigação e desenvolvimento no domínio da ciência e engenharia dos materiais, que culminou em soluções multicamada e compósitas únicas, dominadas pelas entidades envolvidas no seu desenvolvimento e que materializam uma relevante vantagem competitiva para a Base Tecnológica Industrial de Defesa. Também o design exclusivo de cada um dos elementos, no que se refere à relação forma-função, foi criteriosamente elaborado com base em princípios biomiméticos, culminando em elementos únicos, cumprindo todos os requisitos de interação com o meio e com o corpo humano.*

*As entidades industriais envolvidas no desenvolvimento destes elementos são, na área dos capacetes balísticos, a empresa FIBRAUTO - Fabrico de Objetos em Polyester, Lda., e no que concerne aos coletes balísticos, joelheiras e cotoveleiras, a empresa LATINO Confeções, Lda., as quais possuem todas as competências técnicas necessárias ao seu fornecimento, decorrente de um cuidado processo de scale-up industrial.*

*Ao abrigo do Protocolo e das Adendas acima referidas, **é salvaguardada a proteção legal dos Direitos de Propriedade Intelectual, sendo reconhecida a titularidade dos direitos de indústria, produção e comercialização dos produtos resultantes do AUXDEFENSE, cedidos pelo Ministério da Defesa Nacional às entidades executantes identificadas.***» (destacado nosso)

**34.** Vejamos cada um desses fundamentos:

- 35.** Começando pela aptidão técnica, a entidade adjudicante delimitou as especificações técnicas dos equipamentos a adquirir concretizando, sem mais, que se tratam dos equipamentos que foram desenvolvidos no âmbito do projeto de I&D AUXDEFENSE, os quais configuram, no seu entender, “uma solução única em termos de mercado”.
- 36.** Convém recordar que o quadro legal da contratação pública – seja o europeu, seja o nacional – proíbe a utilização, nas peças dos procedimentos, de especificações

técnicas que possam constituir uma forma de “fecho do mercado” criando artificialmente uma situação de potencial exclusividade assente em motivos de aptidão técnica.

**37.** Nesse sentido, o próprio artigo 37.º, n.º 1, do RCPDS<sup>6</sup> concretiza que «As especificações técnicas, tal como definidas no anexo III da Diretiva n.º 2009/81/CE, do Parlamento e do Conselho, de 13 de julho, devem constar do caderno de encargos e são fixadas nos termos definidos no CCP, **de forma a permitir o acesso dos concorrentes em condições de igualdade e a não criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos à concorrência** de acordo com as especificidades constantes do número seguinte». (destacado nosso)

**38.** Da leitura deste preceito, conjugado com o n.º 2 do mesmo, que densifica as regras aplicáveis às especificações técnicas, resulta que estas devem ser estabelecidas com base em normas nacionais ou internacionais, devendo ser acompanhadas da menção “ou equivalente”, de modo a alargar o número de soluções técnicas admitidas e, consequentemente, o número de potenciais concorrentes.

**39.** Por outro lado, o referido n.º 1 do artigo 37.º do RCPDS remete-nos para o que dispõe o CCP sobre a matéria, ou seja, para o artigo 49.º, do qual resultam as seguintes determinações:

*«(...) 8 - A menos que o objeto do contrato o justifique, as especificações técnicas não podem fazer referência a determinado fabrico ou proveniência, a um procedimento específico que caracterize os produtos ou serviços prestados por determinado fornecedor, ou a marcas comerciais, patentes, tipos, origens ou modos de produção determinados que tenham por efeito favorecer ou eliminar determinadas empresas ou produtos.*

*9 - As referências mencionadas no número anterior só são autorizadas, a título excecional, no caso de não ser possível uma descrição suficientemente precisa e*

---

<sup>6</sup> Norma que transpõe o artigo 18.º da Diretiva n.º 2009/81/CE.

*inteligível do objeto do contrato nos termos do n.º 7, devendo, no entanto, ser acompanhada da menção “ou equivalente”.*»

- 40.** No caso concreto sucedeu o oposto, em clara violação da lei, uma vez que, conforme se demonstrou, foram utilizadas especificações técnicas que nos remetem, sem alternativa, para determinados produtos em concreto, os quais, por sua vez, pré-determinaram as entidades fornecedoras.
- 41.** A jurisprudência do Tribunal de Contas sobre o assunto é muito clara quanto à ilegalidade da utilização de especificações técnicas que favorecem determinadas empresas. Veja-se, por exemplo, o Acórdão n.º 22/11 - 08.ABR.2011 - 1ª S/SS: *«A inclusão de artigos de determinada marca comercial é uma circunstância que pode afetar, de modo negativo, a concorrência, por ser suscetível de beneficiar ou prejudicar uns concorrentes, relativamente a outros, o que pode projetar-se no resultado financeiro do contrato, alterando este.»*
- 42.** Derivando agora para o segundo fundamento invocado no mencionado despacho ministerial - a questão dos direitos exclusivos de que gozam as duas entidades fornecedoras -, é correto afirmar que, no âmbito do Protocolo celebrado na sequência do Projeto de I&D AUXDEFENSE, o Ministério da Defesa Nacional optou por ceder às entidades executantes a titularidade dos direitos de indústria, produção e comercialização dos produtos resultantes desse projeto.
- 43.** Porém, tal opção de cedência de direitos efetuada em troca de desconto no preço a praticar junto das Forças Armadas portuguesas, permite às referidas empresas produzir e comercializar livremente tais produtos, nos mercados nacionais e internacionais, militares e civis, não podendo, porém, constituir para o Ministério da Defesa Nacional ou para as entidades que gravitem na sua esfera, nomeadamente, para o Exército português, uma autovinculação perante tais fornecedores, traduzida numa obrigação legal de adquirir os bens fornecidos por essas empresas, sob pena de violação dos princípios e normas legais atinentes ao funcionamento do mercado interno e da contratação pública, nomeadamente os princípios da concorrência e da igualdade de tratamento de todos os potenciais interessados.



- 44.** Essa é, aliás, como não podia deixar de ser, a leitura conforme com o que dispõe a cláusula 12.ª, n.ºs 4 e 5, do Protocolo AUXDEFENSE, segundo a qual *“As entidades executantes ficam com os direitos de produção dos produtos resultantes do projeto AUXDEFENSE, incluindo projeto, desenhos e testes, ficando o MDN com direito a condições especiais para a aquisição dos produtos resultantes” e “Sem prejuízo do disposto na lei, e tendo em atenção acordos posteriores que se venham a celebrar visando a industrialização ou comercialização desses produtos, é assegurado ao MDN um preço de aquisição cujo valor máximo será de 75% do melhor preço de mercado que as entidades venham a praticar junto de outras entidades clientes”.*
- 45.** Resumindo, de acordo com o mencionado protocolo as empresas em causa têm o direito de comercializar livremente os produtos desenvolvidos no âmbito do Projeto de I&D AUXDEFENSE, tendo o Ministério da Defesa Nacional o direito a beneficiar de condições especiais de aquisição, nomeadamente, um desconto de, pelo menos, 25% sobre o preço de mercado praticado por essas empresas para os produtos em questão.
- 46.** Mas esse desconto especial não pode constituir fundamento para o “fecho do mercado” em torno destas empresas, como pretende fazer a entidade adjudicante, não sendo sequer líquido que as mesmas possam participar num eventual procedimento aberto à concorrência, dada a forte possibilidade de se encontrarem em situação que lhes confira vantagem falseadora das condições normais de concorrência, tendo em conta o que dispõe o CCP, nomeadamente no seu artigo 55.º, n.º 1, alínea i).
- 47.** A não ser assim, o projeto de I&D AUXDEFENSE teria constituído um instrumento de privilégio ou favorecimento dessas empresas num futuro mercado, o que é, de forma clara, ilegal.
- 48.** É a própria Diretiva n.º 2009/81/CE, que o proíbe, conforme se clarifica no considerando 55:



*«Incentivar os contratos de investigação e desenvolvimento constitui um meio crucial de reforçar a base industrial e tecnológica de defesa da União Europeia e a abertura à concorrência dos contratos contribui para a realização deste objetivo. A importância da investigação e desenvolvimento neste domínio específico justifica um máximo de flexibilidade na adjudicação dos contratos de fornecimentos e serviços de investigação. Ao mesmo tempo, porém, **esta flexibilidade não deverá prejudicar a concorrência leal nas fases seguintes do ciclo de vida de um produto.** Por conseguinte, os contratos de investigação e desenvolvimento deverão abranger atividades apenas até uma fase em que a maturidade das novas tecnologias pode ser razoavelmente avaliada e o risco pode ser gerido. **Os contratos de investigação e desenvolvimento não deverão ser utilizados para além dessa fase como forma de evitar as disposições da presente diretiva, nomeadamente predeterminando a escolha do proponente para as fases seguintes.**» (destacado nosso)*

49. Ou seja, o facto de uma determinada empresa participar num projeto de I&D, aí concebendo e desenvolvendo um produto passível de ser comercializado, não pode constituir um meio de predeterminar a escolha dessa empresa como fornecedora natural numa eventual aquisição pública futura.
50. Retornando à problemática dos direitos exclusivos, é preciso não olvidar que tais direitos se consolidarão na esfera das referidas empresas, após registo definitivo junto do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), por opção do próprio Ministério da Defesa Nacional, que foi responsável pelo Projeto de I&D AUXDEFENSE, ou seja, tais direitos não resultam de um poder próprio e controlável pelas empresas, mas sim de fatores exógenos às mesmas. E assim é porque o MDN optou por ceder tais direitos quando poderia ter optado por reservá-los para si, com vista à sua utilização no âmbito duma indústria militar de cariz público.
51. Acontece que, à luz do quadro legal vigente em matéria de contratos públicos, a existência de direitos exclusivos legalmente protegidos deve derivar de circunstâncias intrínsecas à própria empresa e não de quaisquer fatores exógenos. Nesse sentido, vide a Decisão n.º 1238/2018, da 1.ª Secção do Tribunal de Contas,

tomada no Processo de Fiscalização Prévia n.º 2909/2018 (disponível em [www.tcontas.pt](http://www.tcontas.pt)): “(...) Porém, também não se nos afigura que o conceito de direito exclusivo da referida subalínea iii) da alínea e) tenha a amplitude que lhe pretende conferir a entidade fiscalizada. Essa proteção de direitos exclusivos ainda se refere a uma exclusividade inerente à entidade adjudicatária, como sugere claramente a menção exemplificativa aos «direitos de propriedade intelectual» constante dessa subalínea: trata-se, afinal, de verificar se, para a prestação dos serviços pretendidos, apenas a entidade adjudicatária dispõe de condições para tal prestação, em virtude de ser titular de um direito exclusivo à sua realização, não havendo qualquer outra entidade autorizada a prestá-los”.

- 52.** Ora, a invocada impossibilidade de recorrer a outros fornecedores não existe, na prática, dado que, a nível nacional e europeu, existirão certamente outras empresas aptas a fornecer equipamentos com idênticas especificações técnicas, ainda que não totalmente coincidentes com as previstas no caderno de encargos. Por outro lado, caso se considere, tal como o faz a entidade fiscalizada, que tal impossibilidade existe, de facto – por se partir do pressuposto de que só os equipamentos comercializados por aquelas empresas cumprem as especificações do caderno de encargos – ainda assim tal adjudicação seria ilegal, dado que a exclusividade em que assenta terá sido criada “artificialmente” pela própria entidade adjudicante, conforme apontado no precedente §50.
- 53.** O artigo 24.º, n.º 4, do CCP, aplicável *ex vi* do artigo 73.º do RCPDS, concretiza, a propósito da invocação de direitos exclusivos como fundamento da não submissão de uma aquisição à concorrência, que tal invocação apenas é legalmente possível quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar.
- 54.** Mas, como vimos, no caso *sub judice*, a pretensa exclusividade resultou de uma restrição artificial da concorrência, consequência da introdução no procedimento adjudicatório, pela própria entidade adjudicante, de especificações técnicas que





apontam para “uma solução única”, predeterminando, assim, em concreto, os bens a adquirir e as empresas que os deverão fornecer, sem cuidar de verificar se existia uma “alternativa razoável”.

- 55.** Como tem sido afirmado em diversos acórdãos deste Tribunal<sup>7</sup>, *“não podemos perder de vista que o princípio alfa da contratação pública é o princípio da concorrência, traduzido, consequentemente, na norma-regra de que os procedimentos aquisitivos devem ser abertos ao mercado, princípio que não pode ser desgarrado dos princípios que visam o tratamento igualitário e não discriminatório dos operadores económicos”*.
- 56.** Donde decorre que a derrogação desse princípio-regra de abertura à concorrência apenas pode ocorrer em casos muito excecionais, nomeadamente quando as prestações contratuais em causa apenas possam ser confiadas a uma certa entidade, por uma razão objetiva e concreta, legalmente prevista, e não, como nos casos em análise, em consequência de decisões da entidade adjudicante que restringiram a concorrência.
- 57.** Não sendo, por esse facto, aplicável ao caso concreto a invocada norma do artigo 16.º, alínea e), do RCPDS, designadamente, porque os pressupostos em que assentou tal invocação não tem sustentação legal, foram igualmente violados os princípios da igualdade de tratamento dos operadores económicos e da não discriminação dos mesmos, plasmados no artigo 6.º do mesmo diploma, uma vez que a presente aquisição não foi submetida à concorrência.
- 58.** Consequentemente, ainda que se considere aplicável ao caso em concreto o regime legal estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro - o que, como já referimos, nos suscita sérias dúvidas -, a verdade é que, mesmo à luz desse regime, a entidade adjudicante deveria ter adotado procedimentos de natureza concursal, designadamente o procedimento de negociação com publicação de anúncio de

---

<sup>7</sup> Cfr. A título de exemplo, o Acórdão n.º 11/2020 – 1.ª S/SS, de 18.02.2020.

concurso ou o concurso limitado por prévia qualificação, conforme determina o artigo 15.º, n.º 1, do mencionado regime jurídico.

- 59.** Ao invés, adotou dois procedimentos de negociação sem publicação de anúncio de concurso, isto é, sem submissão à concorrência, com base em pressupostos (motivos técnicos e direitos exclusivos) que, no caso em concreto e pelos motivos já expostos, não podem ser invocados, o que, nos termos do artigo 161.º, nº 2, alínea I) do Código do Procedimento Administrativo, e conforme a jurisprudência unânime deste Tribunal, determina a nulidade dos referidos procedimentos e dos respetivos contratos, por preterição total dos procedimentos que seriam exigidos no caso concreto.
- 60.** A nulidade suprarreferida constitui fundamento legal para recusa de visto aos contratos em questão, nos termos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.
- 61.** Por outro lado, a preterição do procedimento pré-contratual legalmente devido, em ambos os processos, traduzida na adoção ilegal de procedimentos com convite a uma única entidade, consubstancia igualmente uma prática suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do supracitado artigo 44.º da LOPTC, constitui, igualmente, motivo de recusa de visto dos referidos contratos.

#### **C – Da eventual aplicação do regime do Código dos Contratos Públicos (CCP)**

- 62.** Como tivemos ocasião de explicitar no § 58, temos sérias reservas sobre a aplicabilidade aos contratos em análise do regime legal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, o que não nos impediu de explicitar que, mesmo assim, os procedimentos adjudicatórios adotados não cumpriram o estabelecido nesse regime.

- 63.** Procuraremos agora demonstrar que igual conclusão se retiraria ainda que tivesse sido aplicado ao caso concreto o regime da formação de contratos estabelecido no Código dos Contratos Públicos (CCP).
- 64.** A entidade adjudicante optou, em ambos os processos submetidos a fiscalização prévia, pelo lançamento de procedimentos fechados, isto é, sem submissão à concorrência, a que corresponde, no caso do RCPDS, o procedimento de negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso previsto no artigo 16.º e, no CCP, o ajuste direto, especialmente regulado no artigo 24.º.
- 65.** O fundamento para o recurso ao procedimento de negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso foi, como vimos, uma pretensa existência de motivos técnicos ou atinentes à proteção de direitos exclusivos, determinando que o contrato só possa ser confiado a uma certa entidade [artigo 16.º, alínea e) do RCPDS].
- 66.** Ora, esse mesmo fundamento encontra acomodação no artigo 24.º, n.º 1, al. e), subalíneas ii) e iii), do CCP, ou seja, quando o contrato só possa ser confiado a uma determinada entidade, seja por motivos técnicos, seja pela necessidade de proteger direitos exclusivos, incluindo direitos de propriedade intelectual.
- 67.** Donde resulta que tudo o que foi referido a propósito do RCPDS, nomeadamente nos §§ 31 a 61, se aplicaria mesmo que os procedimentos aquisitivos em causa tivessem seguido a disciplina jurídica imposta pelo CCP.

#### **EM CONCLUSÃO**

- 68.** Quer por aplicação do RCPDS, quer pelo regime do CCP, foram adotados dois procedimentos aquisitivos sem submissão à concorrência, com base em pressupostos (motivos técnicos e direitos exclusivos) que, no caso em concreto e pelos motivos já expostos, não podem ser invocados, o que, nos termos do artigo 161.º, n.º 2, alínea I) do Código do Procedimento Administrativo, determina a nulidade dos referidos procedimentos e dos respetivos contratos, por preterição total dos procedimentos que seriam exigidos no caso concreto.

**69.** A nulidade suprarreferida constitui fundamento legal para recusa de visto aos contratos em questão, nos termos previstos na alínea a) do n.º 3 do artigo 44.º da LOPTC.

**70.** Por outro lado, a preterição do procedimento pré-contratual legalmente devido, traduzida na adoção ilegal de procedimentos com convite a uma única entidade, consubstancia igualmente uma prática suscetível de alterar o resultado financeiro do contrato, o que, nos termos da alínea c) do n.º 3 do supracitado artigo 44.º da LOPTC, constitui, igualmente, motivo de recusa de visto dos referidos contratos.

### **III – DECISÃO**

**Pelos fundamentos supra indicados, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em subsecção da 1.ª Secção, em decidir recusar o visto aos contratos identificados no §1. deste acórdão.**

**Não são devidos emolumentos, nos termos do artigo 7.º, da Lei da Programação Militar, aprovada pela Lei Orgânica n.º 2/2019, de 17 de junho.**

Lisboa, 1 de abril de 2020

Os Juízes Conselheiros,

Apresentou projeto de Acórdão por videoconferência

---

(Fernando Oliveira Silva, Relator)

---

(Alziro Antunes Cardoso)



Participou na Sessão por videoconferência e  
votou favoravelmente o Acórdão

---

(José Santos Quelhas)