

Acórdão n.º 18/2022 – 1.ª Secção/SS, 03/06/2022

SUMÁRIO

1. A disposição do art.º 223.º (posteriormente art.º 296.º) do Tratado que institui a Comunidade Europeia (atual art.º 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) corporizou a necessidade sentida pelos Estados-membros de salvaguardar as questões relacionadas com a defesa e segurança, evitando a sua total comunitarização.
2. A aplicação desta norma à contratação pública não deveria significar, porém, uma total exclusão da aplicabilidade das regras gerais da contratação aos contratos em matéria de defesa, mercado que, pela sua importância económica e relevância estratégica, não poderia nem deveria ficar de fora das regras do mercado interno.
3. Apesar de o art.º 3.º da Diretiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, não excluir liminarmente do seu âmbito de aplicação os contratos do domínio da defesa, mas apenas os produtos que se enquadrassem na alínea b) do art.º 296.º, os Estados-Membros serviram-se desta cláusula para excluir do âmbito das regras da contratação pública tudo o que pudesse estar relacionado com a defesa, independentemente da natureza dos bens ou serviços transacionados.
4. A Diretiva 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, define regras procedimentais específicas para os contratos adjudicados nos domínios da defesa e da segurança, tendo sido transposta pelo Estado Português através do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 06 de outubro, aí se prevendo os seguintes procedimentos: negociação, com ou sem publicação, diálogo concorrencial e concurso limitado por prévia qualificação.
5. A transposição deste regime específico para os contratos celebrados no setor da defesa levou à necessidade da sua compatibilização com o CCP, tendo o Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, introduzido duas importantes alterações:
 - a. Aditou uma alínea e) ao art.º 4.º, n.º 1, nos termos da qual o CCP passou a deixar de ser aplicável aos contratos celebrados ao abrigo do disposto no artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia;
 - b. Aditou ao art.º 5.º, n.º 4, uma nova alínea h), dispondo que a Parte II do CCP é inaplicável à formação dos “*contratos celebrados ao abrigo do disposto no*

regime jurídico dos contratos públicos no domínio da defesa e da segurança, designadamente do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro”.

6. A aplicação da alínea h) do n.º 4 do art.º 5.º pressupõe necessariamente existência de um regime especial que seja aplicável, o que leva à interpretação restritiva do art.º 5.º-B, n.º 1, do CCP, sendo o seu âmbito de aplicação limitado apenas aos contratos que não estejam abrangidos por legislação específica.
7. A contratação *in house* começou por ser uma figura de construção jurisprudencial, baseada em decisões do TJUE que reconheceram a existência de uma derrogação aos princípios da contratação pública quando estejamos perante um contrato “interno”, celebrado entre sujeitos ligados por vínculos de controlo e dependência, tendo sido acolhida pelo legislador comunitário no art.º 12.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos.
8. À data de elaboração da Diretiva 2009/81/CE era já abundante a jurisprudência do TJUE sobre contratação *in house*, pelo que a sua omissão na referida diretiva não pode considerar-se involuntária, e já depois da entrada em vigor de tal Diretiva a Comissão foi confrontada com pedidos no sentido da expressa previsão da contratação *in house* numa futura revisão da diretiva, tendo rejeitado tal pretensão.
9. Apesar de o legislador europeu apenas em 2014 ter expressamente consagrado a contratação *in house*, em Portugal ela está prevista desde a primeira versão do CCP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.
10. Quando em 2011 o legislador nacional aprovou o Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, se entendesse aplicável e não contrário àquele diploma europeu, poderia ter previsto expressamente a exclusão dos contratos *in house* do âmbito de aplicação do diploma, o que não fez certamente por entender que essa previsão contrariaria a diretiva comunitária.
11. O Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, na esteira da Diretiva 2009/81/CE, regulou expressamente os procedimentos aplicáveis à formação dos contratos no setor da defesa, não tendo excluído desses procedimentos as situações de contratação *in house* - não o tendo feito, não se pode ir procurar ao CCP tal exclusão, por não se tratar de uma qualquer lacuna que deva ser dessa forma colmatada.

12. O legislador europeu não quis consagrar no setor da defesa a possibilidade de contratação *in house*, na medida em que, neste setor em concreto, poderia dar lugar a situações de distorção do mercado interno, através, por exemplo, de possíveis financiamentos encobertos de entidades/sociedades públicas sob a capa de contratos de prestação de serviços (que poderiam até violar as regras de proibição de auxílios de Estado às empresas).
13. A contratação *in house* envolvendo empresas detidas pelo Estado representa um risco acrescido no setor da defesa relativamente à contratação pública comum, pelo que se compreende que à maior flexibilidade dos procedimentos de base negocial, tenha o legislador contraposto a não exclusão das situações de contratação *in house*, na busca do equilíbrio entre as especificidades do setor da defesa e a necessidade de assegurar a transparência e a concorrência.
14. A preterição total do procedimento legalmente exigido é causa de nulidade, nos termos do disposto no art.º 161.º, n.º 1, alínea l), do Código do Procedimento Administrativo, para que remete o n.º 2 do artigo 284.º do CCP, aplicável por força do disposto no art.º 65.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro.

DESCRITORES: LEI DE PROGRAMAÇÃO MILITAR / SETOR DA DEFESA / MERCADO INTERNO DA DEFESA / CONTRATAÇÃO IN-HOUSE / DIRETIVA 2009/81/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, DE 13 DE JULHO DE 2009 / DECRETO-LEI N.º 104/2011, DE 6 DE OUTUBRO / CONTRATOS EXCLUÍDOS / CONTRATAÇÃO EXCLUÍDA / APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS

1.^a Secção – SS
Data:
03/06/2022
Processo:139/2022

RELATOR: Conselheiro Alziro Cardoso

NÃO TRANSITADO

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

I. RELATÓRIO

O presente processo compreendeu as seguintes etapas fundamentais:

1. A Direção-Geral de Recursos da Defesa Nacional (DGRDN) submeteu a fiscalização prévia, em 01-02-2022, o «*Contrato Interadministrativo entre o Ministério da Defesa Nacional e a IdD-Portugal Defence, S.A. para a Gestão do Programa de Aquisição de Seis Navios de Patrulha Oceânicos (NPO) da Classe “Viana do Castelo” Destinados à Marinha Portuguesa*», celebrado em 28-01-2022 e com prazo de execução entre 2022 e 2029, tendo o valor máximo de € 4.245.000,00 (quatro milhões duzentos e quarenta e cinco mil euros), acrescido de IVA à taxa legal em vigor.
2. O processo foi objeto de devolução à Requerente, em 08-02-2022, pelo Departamento de Fiscalização Prévia da Direção-Geral do TdC, para prestar informação complementar bem como, querendo, se pronunciar sobre questões suscitadas e exercer o contraditório, o que veio fazer por ofício datado de 04-03-2022.
3. Em Sessão Diária de Visto de 17-03-2022 foi decidido devolver o contrato à entidade adjudicante para ulterior pronúncia, tendo esta apresentado documentos e nova alegação através de ofício datado de 27-04-2022.
4. Em Sessão Diária de Visto de 06-05-2022 foi decidido devolver novamente o contrato à entidade adjudicante para ulterior pronúncia, tendo esta apresentado nova alegação, devidamente ponderada no presente acórdão.

II. FUNDAMENTAÇÃO

I.1. FACTOS PROVADOS

5. Com relevo para a presente decisão, consideram-se assentes os seguintes factos, evidenciados pelos documentos constantes do processo:

A. Do procedimento pré-contratual

- a. Através da Resolução n.º 72/2021, de 20/05/2021 (publicada no *Diário da República*, 1.ª série, n.º 111, de 09/06/2021, p. 28 e ss.), o Conselho de Ministros decidiu, além do mais:

“4 — Autorizar o Ministério da Defesa Nacional a celebrar um contrato com a IdD — Portugal Defence, S. A., ao abrigo do disposto nos artigos 5.º-A, 336.º e 338.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual, e do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, tendo por objeto a prestação de serviços de gestão do programa em causa, para a totalidade da duração do mesmo, tal como definida no anexo I à presente resolução, acrescida do prazo de garantia do último navio, incluindo as atividades associadas à condução dos procedimentos de contratação que se mostrem necessários no âmbito do programa, designadamente os respeitantes à construção, à revisão do projeto de engenharia e ao fornecimento dos bens e serviços de apoio logístico para sustentar o ciclo de vida dos navios, até ao montante máximo de 1,5 % do valor da componente do programa a que se refere a alínea a) do n.º 1, o qual está incluído no montante a que se refere a alínea b) do n.º 1 tal como definido no anexo II, devendo o mesmo obedecer aos termos de referência constantes do anexo III à presente resolução e da qual faz parte integrante.

5 — Determinar que o acompanhamento e fiscalização da execução do contrato referido no número anterior são assegurados por uma equipa constituída de representantes do Ministério da Defesa Nacional, sem prejuízo do disposto no artigo 290.º-A do CCP.

(...)

7 — Delegar, com a faculdade de subdelegação, no membro do Governo responsável pela área da defesa nacional, a competência para a prática de todos os atos subsequentes a realizar no âmbito da presente resolução.”

- b. No anexo III à referida Resolução foi determinado que “o contrato a celebrar entre o MDN e a IdD, S. A., cumpra as seguintes disposições:
- 1 — O objeto do contrato a celebrar consistirá na prestação de serviços de gestão do programa em causa, tal como definido no n.º 3 da presente resolução, devendo respeitar o âmbito do Programa estabelecido na documentação atinente, a apresentar pela Marinha Portuguesa (Marinha).
 - 2 — A remuneração da IdD, S. A., deve incluir três partes alíquotas, não podendo ultrapassar, no seu conjunto, o montante máximo de 1,5 % do valor da componente do Programa a que se refere a alínea a) do n.º 1 da presente resolução, melhor detalhada no anexo II, assim consideradas:
 - a) Uma associada aos custos de arranque da capacidade de gestão do programa, com o valor previsional de € 254 700;
 - b) Uma associada ao ritmo de execução da prestação dos serviços de gestão do programa, para os anos de 2021 até 2031 (atendendo ao período de garantia de dois anos), com o valor previsional médio anual de € 304 868, correspondente a um montante global de € 3 353 550 para a totalidade do período do programa;
 - c) Uma componente final indexada à performance dos serviços prestados, medida em função do cumprimento dos prazos que vierem a ser definidos no contrato a celebrar e dos resultados a alcançar, designadamente quanto aos preços e prazos de entrega dos navios, com o valor previsional de € 636 750.
 - 3 — A IdD, S. A., fica dispensada da prestação de cauções contratuais.
 - 4 — A Marinha apoiará o Ministério da Defesa Nacional no âmbito do contrato a celebrar com a IdD, S. A., e, através da Equipa de Acompanhamento e Fiscalização (EAF), a que se refere o n.º 6 da presente resolução, apoiará o MDN na sua função de acompanhamento e fiscalização deste contrato, designadamente quanto à preparação e condução dos procedimentos a serem realizados pela IdD, S. A., até à respetiva adjudicação.
 - 5 — A Marinha, através da EAF, apoiará ainda o MDN na função de acompanhamento e fiscalização das construções, durante a fase de execução do respetivo contrato e até à assinatura do auto de receção definitivo do último navio, incluindo o dever de informação à IdD, S. A., de todos os elementos necessários à gestão do programa, bem como de outros aspetos que se venham a revelar pertinentes.
 - 6 — No contrato a celebrar será ainda previsto o estabelecimento dos mecanismos concretos de colaboração entre a IdD, S. A., a Direção-Geral de Recursos da Defesa Nacional, a Marinha e a EAF, relativos à partilha de informação entre

estas entidades de todos os elementos necessários à gestão e fiscalização da execução do programa, bem como de outros aspetos que se venham a revelar pertinentes.

7 — *Todas as faturas no âmbito do programa deverão ser emitidas pelo(s) fornecedor(es) em nome do beneficiário, a Marinha, que procederá ao respetivo pagamento.*

8 — *A IdD, S. A., deve explorar, na máxima extensão possível e no respeito pelo quadro legal aplicável, a participação da indústria nacional no programa de aquisição em causa, tendo em conta designadamente os requisitos de segurança de abastecimento e de segurança da informação, que vierem a ser definidos, quer na fase de construção dos navios, quer na perspetiva da fase de manutenção dos navios durante o seu ciclo de vida, e maximizar as parcerias internacionais que se mostrem ajustadas, nomeadamente tendo em conta a participação portuguesa em projetos cooperativos no âmbito da União Europeia ou da Organização do Tratado do Atlântico Norte.*

9 — *Todos os contratos outorgados em representação do MDN, em execução do Programa de Aquisição dos seis NPO, serão remetidos a «visto prévio» ou a «declaração de conformidade» pelo Tribunal de Contas, nos termos da lei.»*

- c. Em 22/07/2021, Sua Excelência o Senhor Ministro da Defesa Nacional proferiu o seguinte despacho: “(...) à DGRDN, para que com carácter de urgência diligencie pelo início dos trabalhos tendentes à elaboração do contrato a celebrar entre o MDN e a IdD”.
- d. Através do Despacho n.º 7325/2021, de 09/07/2021 (publicado no *Diário da República*, 2.ª série, parte C, n.º 142, de 23/07/2021, p. 30), Sua Excelência o Senhor Ministro da Defesa Nacional delegou “no diretor-geral de Recursos da Defesa Nacional, Dr. Vasco Manuel Dias Costa Hilário, com faculdade de subdelegação, a competência para a prática de todos os atos necessários à elaboração da minuta do contrato a celebrar entre o MDN e a IdD, incluindo a designação de uma equipa de negociação do contrato, constituída por representantes da Direção-Geral de Recursos da Defesa Nacional, bem como por representantes da Marinha Portuguesa a indicar pelo Chefe do Estado-Maior da Armada”.
- e. Através do Despacho n.º 23/DIR/2021, de 26/07/2021 (nessa data assinado, apesar de datado de 23/06/2021), Sua Excelência o Senhor Diretor-Geral dos Recursos da Defesa Nacional determinou a composição da “*Equipa de Negociação*”

do contrato a celebrar entre o Ministério da Defesa Nacional (MDN) e a IdD – Portugal Defence, SA (IdD)”, mais tendo determinado que:

“2. A Equipa de Negociação deve preparar uma proposta de minuta de contrato, contendo todos os termos e condições do contrato a celebrar entre o MDN e a IdD, abrangendo quer o clausulado contratual quer as especificações técnicas a cumprir, a qual deverá ser remetida à minha apreciação, previamente ao seu envio à IdD para efeitos de negociação.

3 – Findo o processo negocial, a minuta de contrato daí resultante será remetida, nos termos do definido pelo Despacho n.º 7325/2021, de 9 de julho, a Sua Excelência o Ministro da Defesa Nacional para efeitos de aprovação, acompanhada do relatório final da Equipa de Negociação.”.

- f. Por ofício datado de 14/09/2021, Sua Excelência o Senhor Diretor-Geral dos Recursos da Defesa Nacional convidou “a IdD-Portugal Defence (IdD) à negociação da proposta de minuta do contrato a celebrar, em anexo, para a aquisição de seis NPO da Classe “Viana do Castelo”.
- g. Por ofício datado de 12/11/2021, Sua Excelência o Senhor Diretor-Geral dos Recursos da Defesa Nacional envio a minuta de contrato negociada entre as partes ao Gabinete de Sua Excelência o Senhor Ministro da Defesa Nacional, para efeitos de aprovação.
- h. Por despacho proferido em 19/12/2021, Sua Excelência o Senhor Ministro da Defesa Nacional aprovou a minuta de contrato a celebrar entre o Ministério da Defesa Nacional e a IdD – Portugal Defence, S.A.
- i. Através do Despacho n.º 1158/2022, de 21/01/2022 (publicado no *Diário da República*, 2.ª série, parte C, n.º 20, de 28/01/2022, p. 47), Sua Excelência o Senhor Ministro da Defesa Nacional delegou, com faculdade de subdelegação, “no diretor-geral de Recursos da Defesa Nacional, Dr. Vasco Manuel Costa Dias Hilário, o exercício das seguintes competências:
 - a) A outorga do contrato com a IdD — Portugal Defence, S. A., em representação do Ministério da Defesa Nacional, nos termos do n.º 1 do artigo 106.º do Código dos Contratos Públicos (CCP);
 - b) A instrução do processo de fiscalização prévia do contrato junto do Tribunal de Contas;
 - c) A designação do gestor do contrato a que se refere o artigo 290.º -A, do CCP;

- d) *A constituição da equipa de acompanhamento e fiscalização da execução do contrato, nos termos e para os efeitos do disposto designadamente no artigo 305.º do CCP;*
- e) *O exercício do poder de conformação da relação contratual previsto na alínea b) do artigo 302.º do CCP;*
- f) *A autorização dos pagamentos contratualmente devidos, nos termos do artigo 29.º do Decreto- -Lei n.º 155/92, de 28 de julho, na sua atual redação.”*

- j. Por email datado de 21/01/2022, a IdD foi notificada para efeitos de outorga do contrato e apresentação da documentação necessária.

- k. Não foi remetido aos autos pela entidade adjudicante qualquer convite ou outra documentação que evidencie a existência de negociação prévia à aprovação da minuta do contrato com outra entidade que não a *IdD-Portugal Defence S.A.*

- l. Não foi efetuada qualquer publicação da intenção de contratar em qualquer jornal oficial.

- m. A *IdD – Portugal Defence, S.A.* (IdD), é uma sociedade anónima de capitais exclusivamente públicos que tem por objeto social:
 - a) Assegurar a interface I&D (investigação e desenvolvimento) entre a Economia da Defesa e os Centros de Investigação e Desenvolvimento das Universidades Portuguesas;
 - b) Gerir as participações sociais que lhe estejam cometidas;
 - c) Assegurar a interface público/privado na Economia da Defesa;
 - d) Apoiar as operações de rentabilização de património na área da Defesa Nacional, nomeadamente no âmbito da execução da respetiva Lei de Infraestruturas e gerir o património da Defesa Nacional que lhe esteja cometido, em articulação com a Direção-Geral de Recursos da Defesa Nacional (DGRDN) e a *Estamo – Participações Imobiliárias, S.A.*;
 - e) Assessorar as transações de equipamentos militares, nomeadamente no âmbito da execução da Lei de Programação Militar, em articulação com a DGRDN;
 - f) Assegurar a conceção, a indústria, o comércio e a manutenção de material de defesa e de desmilitarização de munições e outros acessórios, a conversão de materiais e ainda todas as atividades e produtos que com eles se relacionem.

B. Do contrato sujeito a fiscalização

- n. Em 28/01/2022 foi outorgado “Contrato Interadministrativo entre o Ministério da Defesa Nacional e a IdD-Portugal Defence, S.A. para a Gestão do Programa de Aquisição de Seis Navios de Patrulha Oceânicos (NPO) da Classe “Viana do Castelo” Destinados à Marinha Portuguesa”, que “define os termos e condições da gestão do PROGRAMA NPO, a assegurar pela Portugal Defence, relativo à aquisição de seis Navios de Patrulha Oceânicos, da classe “Viana do Castelo”, destinados à Marinha Portuguesa, para a totalidade da duração do mesmo e mediante um preço máximo global e parcial fixo, e data certa, e que compreende a revisão do projeto de engenharia, o fornecimento de seis NPO e dos bens e serviços de apoio logístico para sustentar o respetivo ciclo de vida”, vigorando e produzindo efeitos a partir da data da comunicação da concessão do Visto do Tribunal de Contas até à data em que ocorrer a receção definitiva do último NPO.
- o. Nos termos da cláusula 2.^a, n.º 2, “a gestão do PROGRAMA NPO, a que se refere o número anterior, compreende:
- a. Numa primeira fase, a prestação pela Portugal Defence, na qualidade de entidade adjudicante do Contrato de CONSTRUÇÃO, de todos os serviços inerentes à preparação, escolha e condução do procedimento de formação do contrato, que inclui a elaboração das peças procedimentais, a constituição do júri, a análise, avaliação e negociação das propostas, a adjudicação, a elaboração e outorga do referido contrato, e que culmina com a sua entrada em vigor;
- b. Numa segunda fase, que se inicia com a entrada em vigor do Contrato de CONSTRUÇÃO, e inclui a gestão do PROGRAMA NPO pela Portugal Defence, tendo em vista a revisão do projeto de engenharia e o fornecimento dos seis NPO e dos bens e serviços de apoio logístico para sustentar o ciclo de vida dos navios, e que termina na data da RECEÇÃO DEFINITIVA do último NPO”.
- p. A cláusula 4.^a do contrato prevê que “O PROGRAMA NPO é financiado através da LPM, com orçamento global máximo de €352.000.000 (trezentos e cinquenta e dois milhões de euros), acrescido de IVA à taxa legal em vigor, não podendo exceder, em cada ano económico, os montantes anuais previstos na RCM, acrescidos do saldo apurado no exercício orçamental anterior”.

- q. O preço global do contrato é de €4.245.000,00 (quatro milhões duzentos e quarenta e cinco mil euros), acrescido de IVA à taxa legal em vigor, “a pagar nos seguintes termos e condições:
- a. Uma primeira componente, no valor de € 254.700,00, associada à conclusão das seguintes prestações:
 - i. Plano Global de Execução do Contrato - € 20.000,00;
 - ii. Versão final completa das peças do procedimento de formação do Contrato de CONSTRUÇÃO - € 74.700,00;
 - iii. Conclusão do procedimento de formação do Contrato de CONSTRUÇÃO, correspondente à outorga do contrato - € 150.000,00;
 - iv. Conclusão da instrução do processo de fiscalização prévia junto do Tribunal de Contas, que ocorrerá com a decisão sobre o visto - € 10.000,00.
 - b. Uma segunda componente, no valor de € 3.353.550,00, a pagar em 11 (onze) prestações anuais de € 304.868,18 cada, no período de 2022 a 2032, correspondentes às prestações associadas à gestão global e ao ritmo de execução do PROGRAMA NPO, incluindo a revisão do projeto de engenharia, a construção e entrega dos seis NPO, e o fornecimento dos bens e serviços de apoio logístico, para a totalidade do período do programa e atendendo ao período de garantia de dois anos, de acordo com os seguintes marcos físicos:
 - i.2022: com a entrega do SIGAF;
 - ii.2023: com o início da construção do 1.º NPO, conforme marco físico que vier a ser definido no Contrato de CONSTRUÇÃO;
 - iii.2024: correspondente ao ‘entregável’ (marco físico) que vier a ser definido no Contrato de CONSTRUÇÃO;
 - iv.2025 a 2030: com a RECEÇÃO PROVISÓRIA de cada NPO;
 - v.2031 e 2032: com a RECEÇÃO DEFINITIVA do 5.º e 6.º NPO.
 - c. Uma terceira componente, final e indexada à performance da gestão do PROGRAMA NPO no valor de € 636.750,00, medida em função do cumprimento dos prazos definidos no presente contrato e dos resultados alcançados, designadamente quanto aos preços e prazos de entrega dos navios:
 - i. Pelo cumprimento dos prazos de RECEÇÃO PROVISÓRIA dos navios, o valor de € 50.000,00 por cada NPO;
 - ii. Pelo cumprimento do preço contratual inicial de cada NPO que vier a ser fixado no Contrato de CONSTRUÇÃO, a quantia de € 56.125,00 por cada NPO”.
- r. A cláusula 8.ª prevê que as entidades responsáveis pela execução do contrato são:

“a) A Portugal Defence, na qualidade de entidade responsável pela gestão do PROGRAMA NPO nos termos definidos na RCM e no contrato, obrigando-se a gerir, em nome próprio e sob sua responsabilidade, o PROGRAMA NPO durante todo o período de duração do mesmo, assumindo o risco pela sua execução, nos termos previstos no presente contrato e na lei;

b) O MDN, enquanto entidade responsável por assegurar, por si ou através da Marinha, o fornecimento do MFE, que inclui o apoio logístico à construção dos NPO e a sustentação do acompanhamento e fiscalização da construção dos navios, conforme previsto na RCM e no contrato;

c) A Marinha, enquanto entidade destinatária final e utilizadora dos NPO, e que exerce as funções de AM, de acompanhamento e fiscalização da construção dos NPO, através da EAF, e de EEF, bem como designa os respetivos peritos nos termos da legislação aplicável.”

s. Nos termos da redação original da cláusula 28.^a, era permitida a subcontratação e a cessão da posição contratual pela Portugal Defence, mediante autorização prévia, por escrito, do MDN.

t. Em 26/04/2022, as partes outorgaram uma adenda ao contrato, nos seguintes termos:

“CLÁUSULA 1.º

Objeto da adenda

A presente adenda procede à alteração da cláusula 28.^a do contrato celebrado entre as partes em 28 de janeiro de 2022, a qual passa a ter a seguinte redação:

“CLÁUSULA 28.^a

Subcontratação e cessão da posição contratual

A Portugal Defence não poderá ceder ou transferir para terceiro a posição que ocupa no presente contrato enquanto entidade gestora do Programa NPO, nem proceder à subcontratação quanto a alguma ou algumas das prestações contratuais compreendidas na gestão do programa.”

CLÁUSULA 2.^a

Vigência e produção de efeitos da adenda

A presente adenda entra em vigor e produz efeitos nos mesmos termos definidos na cláusula 42.º do contrato.”

C. Do processo neste tribunal

- u. A Direção-Geral de Recursos da Defesa Nacional submeteu em 01/02/2022 a fiscalização prévia o “Contrato Interadministrativo entre o Ministério da Defesa Nacional e a IdD-Portugal Defence S.A. para a Gestão do Programa de Aquisição de Seis Navios de Patrulha Oceânicos (NPO) da Classe “Viana do Castelo” Destinados à Marinha Portuguesa”, celebrado em 28/01/2022.
- v. Através do Ofício DFP - 3612/2022, datado de 08/02/2022, a entidade Requerente foi notificada, para juntar documentos e, entre outros, prestar os seguintes esclarecimentos:
1. *Considerando que, nos termos da RCM n.º 72/2021, “o Ministro da Defesa Nacional determinou que a gestão do programa de aquisição de seis NPO fosse cometida à IdD, S.A., em articulação com a Direção-Geral de Recursos da Defesa Nacional e com a Marinha Portuguesa”, esclareça por que motivo a Marinha Portuguesa não é outorgante do contrato em apreço, e bem assim como considera possível a correlativa assunção de responsabilidades, como seja a de entidade corresponsável pela execução do Programa NPO, num contrato em que não é parte.*
 2. *Esclareça, fundamentadamente, qual a base legal que alicerçou o procedimento não concorrencial que culminou com a outorga do contrato em apreço, pronunciando-se especificamente sobre a eventual não aplicação do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, ao procedimento em apreço.*
 3. *Sem prejuízo da resposta à questão anterior, demonstre que se encontram preenchidos todos os pressupostos para o recurso a contratação excluída ao abrigo do disposto nos artigos 5.º-A e B do CCP, remetendo documentação demonstrativa de todos os factos alegados.*
 4. *Justifique a ausência de procedimento pré-contratual, indicando se houve convite, caderno de encargos, relatório de análise de proposta, atas das negociações entre as partes e subsequente tramitação antes da autorização de adjudicação, e remeta esses mesmos elementos caso existam, já que a sua falta, nos termos da alínea l) do artigo 161.º do CPA, implica a nulidade dos contratos por preterição total do procedimento exigido, como também tem sido jurisprudência deste Tribunal (vide os Acórdãos n.ºs 7/2018- 1ª S/SS e 26/2018- 1ª S/SS).*
 5. *Sem prejuízo da resposta à questão anterior, esclareça qual a entidade que elaborou os anexos ao contrato ora em apreço, e em que medida os mesmos vinculam a obrigação da cocontratante no âmbito do cumprimento das suas obrigações contratuais, nomeadamente as da primeira fase de gestão do Programa NPO, nas quais se insere a obrigação de elaboração das peças do procedimento.*
 6. *Remeta a decisão de adjudicação, porquanto apenas foi enviada aos autos a aprovação da minuta do contrato pelo Ministro da Defesa Nacional.*

7. Pese embora se afaste a aplicação da parte II do CCP para a formação do contrato em apreço, face ao disposto no artigo 5.º-B do referido Código, a celebração dos contratos no âmbito do setor público fica sujeita aos princípios gerais de atividade administrativa, bem como, com as devidas adaptações, aos princípios gerais da contratação pública, devendo ser cumpridos alguns formalismos previstos na parte II, do CCP, pelo que:

a. Esclareça concretamente com que critério foi calculado por essa entidade a estimativa dos preços parcelares, relativamente a cada uma das fases da prestação de serviços em apreço, demonstrando-o documentalmente;

b. Demonstre que a despesa associada ao contrato em apreço respeita os princípios da economia, eficiência e eficácia;

c. Demonstre que os valores dos serviços associados ao contrato se contêm dentro dos preços de mercado para serviços de idêntica natureza, remetendo toda a documentação que serviu de suporte à decisão de contratar sem sujeição às regras da concorrência;

d. Remeta os estudos realizados nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 18.º da Lei de Enquadramento Orçamental que antecederam a aprovação do programa de aquisição de seis navios de patrulha oceânicos (NPO), neles destacando a parte relativa ao contrato em apreço.

8. Tendo em consideração a especial relação entre as partes decorrente da aplicação do artigo 5.º-A do CCP, esclareça como considera admissível o previsto da Cláusula 28.ª do contrato, ao prever que a IdD pode subcontratar ou ceder a posição contratual, mediante autorização prévia do MDN.

9. Na sequência da questão anterior, esclareça se prevê a subcontratação para a prestação de serviços, e obra, a contratualizar contratualizados no procedimento pré-contratual relativo ao contrato de CONSTRUÇÃO processo remetido.

10. Esclareça e evidencie documentalmente a separação de funções e responsabilidades entre a equipa de acompanhamento e fiscalização da execução do contrato e o gestor do contrato, considerando o disposto no artigo 290.º-A do CCP.

11. Demonstre, documentalmente, que o objeto do contrato em apreço se encontra abrangido pelas dotações inscritas na Lei de Programação Militar (LPM) para os anos de 2021 a 2029, na capacidade “Patrulha e Fiscalização”, projeto “Aquisição Novos Meios de Patrulha e Fiscalização”.

12. Tendo presente o 5.º § dos considerandos ínsitos no contrato em apreço, e a cláusula 6.ª do caderno de encargos, na medida em que procederam à alteração dos prazos de receção provisória previstos na RCM n.º 72/2021, pronuncie-se acerca da legalidade dos mesmos, designadamente demonstrando que não existe qualquer discrepância relativamente aos prazos previstos naquele instrumento legal.

13. No seguimento do ponto anterior, esclareça, ainda, como considera legalmente possível a previsão de encargos na cláusula 6.ª do contrato em apreço, a serem suportados entre 2022 a 2032, atendendo ao horizonte temporal definido no Anexo I à RCM n.º 72/2021 (até 2031).

14. Justifique em que termos o escalonamento do encargo resultante do contrato se mostra ajustado aos prazos de execução e ao pagamento faseado das prestações objeto do mesmo estabelecidos, respetivamente, na cláusula 6.ª e 18.ª do instrumento contratual, balizando a respetiva programação temporal e financeira para cada um dos anos de execução do contrato.

15. Atenta a descrição do objeto contratual esclareça, por referência ao disposto no n.º 2 da cláusula 2.ª do contrato, se a IdD assumirá alguma das competências que nos termos do CCP são atribuídas ao órgão competente para a decisão de contratar e, em caso de resposta afirmativa, demonstre que o instrumento em causa é suficiente para o efeito.

16. Sem prejuízo da resposta à questão anterior, esclareça se a verba prevista na cláusula 4.ª do contrato foi ou será de alguma forma transferida para a cocontratante, fundamentando legalmente a sua resposta.

17. Pronuncie-se sobre a legalidade do previsto no n.º 2 da cláusula 16.ª do contrato quanto ao valor atribuído ao silêncio, identificando a norma legal em que se fundamenta a atribuição dos efeitos aí previstos, relacionando a sua resposta com as competências do órgão com competência para decisão de contratar.

18. Esclareça se o valor a que respeita a cláusula 27.º do contrato já se encontra inserido no preço contratual.

(...)”

w. A Requerente veio responder àquela notificação através de email datado de 07/03/2022 (registo n.º 3416/2022), nos seguintes termos:

“1. (...)

O estatuto da Marinha no seio do contrato sub judice reflete a sua posição relativa no Programa de Aquisição de seis novos Navios de Patrulha Oceânicos (doravante designado Programa NPO), delimitada por algumas obrigações, atenta a particular articulação de responsabilidades que o contrato em apreço pressupõe, no contexto da relação jurídica interadministrativa, nos termos admitidos na Resolução do Conselho de Ministros (RCM) n.º 72/2021, de 9 de junho.

Com efeito, ela espelha uma opção do poder político, que sem ignorar, naturalmente, o papel relevante da Marinha, face ao domínio e à capacitação técnica deste ramo das Forças Armadas, reconhece, unicamente, ao Ministério da Defesa Nacional (MDN) a qualidade de parte no contrato (n.º 4 da RCM n.º 72/2021, de 9 de junho). Importa,

ademais, sublinhar que, mesmo que não fosse despicienda a eventual qualificação da Marinha enquanto parte no contrato, a par do MDN, o interesse público que subjaz a este contrato é assegurado por este Ministério, compreendendo, por maioria de razão, os anseios e o interesse da Marinha, sabendo que, face ao disposto no artigo 4.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 183/2014, de 29 de dezembro, na sua redação atual – que aprovou a orgânica do Ministério da Defesa Nacional –, aquele ramo está integrado na administração direta do Estado através do MDN. Desse ponto de vista, o MDN representa a visão de conjunto que abarca não só os legítimos anseios da Marinha, mas também a definição da orientação estratégica do segmento da indústria da defesa nacional, beneficiando, portanto, da reunião num só ente da “parte” representada pelo MDN, assumindo-se como uma realidade jurídica constituída e corporizada pela pessoa coletiva Estado/MDN, que recolhe no seu seio a Marinha.

A correlativa assunção das responsabilidades da Marinha no contrato não se esgota, nem se confunde com um hipotético estatuto de “parte”, nem é incompatível, na perspetiva deste Ministério, com o acervo de competências que lhe são fixadas no contrato, claramente instrumentais à necessária fluidez da sua execução, mas sob a batuta do MDN, este sim outorgante do contrato. Tão pouco as tarefas que caem na alçada da Marinha podem ser elevadas para um plano jurídico-formal de igualdade, face às partes identificadas no contrato, na linha das relações contratuais insinuadas na RCM n.º 72/2021, de 9 de junho. Na verdade, também, neste particular, a inserção da Marinha no contrato incorpora o papel reservado a esta entidade, concretamente, na alínea b) do n.º 1, conjugada com o introito, e no n.º 1, do Anexo III, todos da mesma RCM, devendo, pois, o objeto do contrato, por um lado, congregar o “material e serviços a fornecer pelo Estado”, “a providenciar pela Marinha” e, por outra banda, “respeitar o âmbito do Programa estabelecido na documentação atinente, a apresentar pela Marinha Portuguesa”.

Conclui-se que, de um ângulo estritamente técnico-funcional, não existirá, certamente, outra instituição nacional que privilegie e domine o conhecimento da “construção naval de guerra” e assuma, por isso, o patrocínio da informação relativa às especificações técnicas dos NPO a construir, sendo, além do mais, ela a destinatária do “produto final”. O que, aliás, em bom rigor, a RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, nem sequer poderia contornar, tendo como seguro que os padrões, ao nível da conceção técnica dos navios devem obedecer à definição de critérios objetivos, que repousa na esfera jurídica daquele ramo, de acordo com a Lei Orgânica n.º 2/2021, de 9 de agosto (Lei Orgânica de Bases da Organização das Forças Armadas).

Deste modo, a Marinha, com o enquadramento ora exposto, tem de assumir, especificamente no domínio das suas atribuições, as vestes de autoridade técnica, atento o disposto no artigo 7.º, n. os 4 e 5, alíneas c), da Lei Orgânica n.º 2/2021 – tipo

de autoridade que consiste no poder de fixar e difundir normas de natureza especializada, sem que tal inclua competência disciplinar em matéria de conformação operacional e técnica dos navios a construir.

A autoridade técnica da Marinha, reconhecida pelas partes no contrato, advém-lhe, pois, das competências atribuídas, pela lei orgânica (Decreto-Lei 185/2014, de 29 de dezembro, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 19/2022, de 24 de janeiro) do ramo e respetiva regulamentação, designadamente ao Estado-Maior da Armada, à Superintendência do Material e à Direção de Navios.

A Marinha deve assumir, no âmbito da relação contratual interadministrativa constituída, que o contrato sob análise titulou, não uma posição de parte – pois não assume na relação em concreto um vínculo obrigacional em que deva ser credora de prestações perante a IdD Portugal Defence, SA, (adiante designada apenas por IDD) - mas apenas uma posição de prestação de atividade administrativa de cooperação e de colaboração para com esta entidade e com o MDN, através da Direção-Geral de Recursos da Defesa Nacional (DGRDN), na conformação técnica dos navios a construir e em função desse escopo, que se projeta, em particular nas cláusulas 1.ª, alíneas a) e d), e 9.ª, do contrato.

A partir daí, sendo esses os exatos limites da intervenção da Marinha, eles não lhe permitem catapultar a sua ação para um patamar que caracterize ou exteriorize poderes próprios de qualquer parte num contrato, à luz do regime previsto no Código dos Contratos Públicos (CCP), posto que a sua qualificação de “autoridade técnica” não esvazia, nem substitui, a capacidade do MDN na definição do rumo do interesses público que subjaz ao Programa NPO e, concomitantemente, na edificação da decisão final capaz de determinar a produção de efeitos jurídicos na esfera jurídica da outra parte. Para ilustrar o que acabou de ser dito, basta atentar no disposto no n.º 4 da cláusula 26.ª para alcançar que, as modificações substantivas admitidas no contrato, e que revestem carácter determinante para a sua execução, estão sujeitas à aprovação obrigatória do MDN, sem prejuízo da intermediação prévia da Marinha.

É, pois, no MDN, na realidade, que radicam os poderes de conformação do contrato, bem como o exclusivo exercício dos poderes de resolução sancionatória do contrato, ou da aplicação de penalidades por mora do cocontratante IdD, poderes esses tutelados pelo contraente público nos termos dos artigos 302.º e ss. do CCP, e que, despidos deles, não é possível a qualquer entidade abrangida pelo artigo 2.º do mesmo CCP, arrogar-se ou reivindicar a titularidade da plenitude de poderes só consentida a uma parte rotulada de contraente público.

Afigura-se, assim, seguro afirmar que estão, essencialmente, acopladas à Marinha as funções de natureza consultiva, ilustradas pela designação de peritos [Cfr. cláusula 8.ª, n.º 1, alínea c), do contrato], e de apoio à tomada de decisões pelo MDN, traduzido

na fixação de parâmetros técnicos, conforme já se enfatizou anteriormente, e no acompanhamento e fiscalização, quer deste contrato, quer do contrato de construção, nos termos, respetivamente, dos n. os 4 e 5, do Anexo III da RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, sem que a natureza dessas funções belisque a subordinação daquele ramo ao MDN, no tocante à consagração do exercício de poderes previstos no CCP, no âmbito deste contrato, material e formalmente privativos do contraente público assim qualificado.

Em suma, o recorte de responsabilidades da Marinha definido no contrato está comprimido, em boa verdade, pela manifestação da vontade do MDN, situando-se, neste circunspeto, aquele ramo num plano infra, no quadro das relações que fluem do contrato, de cooperação com o MDN, cabendo a este o exercício dos poderes de autoridade previstos no CCP, já anteriormente referidos, e assegurar, nessa medida, a prossecução do interesse público inerente ao preenchimento das necessidades operacionais da Marinha.

2. (...)

O procedimento adotado, de natureza não concorrencial, resulta de uma opção adstrita ao exercício da atividade administrativa do Governo, vertida no introito e no n.º 4 da RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, balizada pelo recurso ao regime consagrado no artigo 5.º-A do CCP, não estando o presente contrato, por via disso, sujeito à parte II do mesmo CCP.

A convocação do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, prevista na RCM, visa acautelar a possibilidade de recorrer aos mecanismos consagrados naquele diploma para efeitos da aquisição dos navios e fornecimentos conexos, e não para estabelecer, do ponto de vista do MDN, qualquer compromisso com a obrigatoriedade da adoção de um procedimento concorrencial no âmbito deste contrato, sob pena de entrar em contradição com o figurino desenhado, ab initio, na RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, inspirado pela figura da contratação excluída.

Isso não quer dizer que a chamada à demanda do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, seja excluída, posto que o desígnio da RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, não se circunscreve a marcar as referências do procedimento que conformou o presente contrato, abarcando, naturalmente, os procedimentos subsequentes relativos, quer à construção dos seis NPO, quer ao 'Material e serviços a fornecer pelo Estado' e, nesse caso, admitida a aplicação do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, nos termos, aliás, aflowerados na cláusula 12.ª do contrato.

Sem prejuízo do que foi dito anteriormente, convém, ainda, realçar que a integração da Diretiva n.º 2009/81/CE no nosso ordenamento jurídico, através do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, não inibe ou afasta o recurso às soluções contempladas no regime regra da contratação pública adotado na Diretiva n.º 2014/24/UE, e enxertadas

no CCP, conforme é pugnado na linha da orientação defendida no ponto 2.1 da Comunicação 2019/C157/01, da Comissão Europeia. A motivação da posição inscrita naquela comunicação facilmente se alcança, quando confrontada com a invocação do disposto no artigo 5.º-A do CCP, no procedimento em curso, em detrimento do regime previsto no Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro. Na verdade, sabendo que o Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, não abarcou uma norma com a amplitude do disposto no artigo 5.º-A do CCP, revelar-se-ia pouco curial que a busca de soluções aplicáveis ao setor de defesa, em matéria de aquisição de material de guerra, fosse sujeita a um regime mais apertado, em contravenção com o regime mais flexível previsto no artigo 5.º-A, do CCP, aplicável aos demais sectores da Administração Pública.

A inaplicabilidade do CCP ao sector da Defesa seria tanto mais estranha, quando a natureza e a sensibilidade das aquisições de material de guerra recomendariam o recurso a soluções mais ágeis e abrangentes, admitidas pelo artigo 5.º-A do CCP, e ficasse, ao invés, confinado unicamente ao regime alinhado no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, cujas soluções no domínio da contratação excluída, em comparação com as regras tipificadas no artigo 5.º-A do CCP, revelam um espectro mais restritivo e vocacionado para dimensões específicas no contexto da Defesa, que, não sendo obviamente desprezíveis, são, todavia, claramente redutoras da visão da formação de contratos, que carecem, seguramente, das soluções amplificadas pela matriz normativa do artigo 5.º-A do CCP.

3. (...)

A não aplicação da parte II do CCP, resulta da observação de três condições cumulativas, fixadas nas alíneas a), b) e c), do n.º 1 do artigo 5.º-A do CCP, que se encontram preenchidas, conforme se demonstrará:

- Quanto ao requisito estatuído na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º-A do CCP, densificado pelo disposto no seu n.º 3, pode facilmente concluir-se que, sendo a totalidade do capital social da IdD – Portugal Defence, S.A., por um lado, e a nomeação de um representante quer na assembleia geral, quer no conselho da administração da IdD, por outro, num caso e noutro detidos e assegurados unicamente pelo Estado, impende sobre o MDN o controle da IdD, designadamente no que respeita às orientações estratégicas sectoriais, em tudo semelhante àquele que é exercido relativamente aos seus serviços, de tal modo que não se vislumbra qualquer autonomia na tomada de decisões relevantes da vida daquela entidade, sem antes serem filtradas pelo “acionista” Estado, tendo como seguro o compromisso incontornável da IdD com os objetivos estratégicos configurados pelo MDN, e a influência dominante que este exerce sobre aquele, atento o disposto nos artigos 5.º e 9.º, do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, conjugado com o artigo 8.º da

orgânica do MDN: “Sem prejuízo dos poderes conferidos por lei ao Conselho de Ministros ou ao membro do Governo responsável pela área das finanças, compete ao Ministro da Defesa Nacional participar no exercício da função acionista do Estado e exercer as competências legalmente atribuídas ao ministério setorial, a respeito das empresas do setor empresarial do Estado nas áreas da defesa nacional e da promoção da base tecnológica e industrial de defesa.”

- Relativamente à condição prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º-A do CCP, a atividade da IdD é centrada, toda ela, no desenvolvimento de funções que lhe foram confiadas pelo MDN, mediante a previsão expressa no artigo 2.º dos respetivos estatutos, corolário da visão estratégica perfilhada pelo Estado português, acolhida no artigo 1.º, n.º 5, da Lei Orgânica n.º 2/2019, de 17 de junho - que aprovou a Lei de Programação Militar (LPM). Ademais a percentagem de atividade desenvolvida pela IdD em prol do MDN (próxima dos 100%) resulta clara da observação do volume de negócios registado nos últimos 3 exercícios económicos (n.º 6 do artigo 5.º-A):

RENDIMENTOS E GASTOS	PERÍODOS		
	2021 (EST)	2020	2019
Vendas	56 382,15	36 576,68	47 539,02
Prestações de serviços	1 272 763,68	1 294 042,41	1 270 908,27
Transferências correntes e subsídios à exploração obtidos	1 000 000,00	1 000 000,00	750 000,00

Em que, 95% do valor da rubrica “prestações de serviços” se refere a rendimentos provenientes dos serviços de desmilitarização contratualizados com a DGRDN e titulados pelos contratos de aquisição de serviços de desmilitarização de munições e explosivos provenientes dos Ramos das Forças Armadas, e 100% do valor da rubrica “Transferências correntes e subsídios à exploração obtidos”, é proveniente do MDN, destinando-se à realização de atividades, no plano nacional e internacional, de desenvolvimento e implementação da estratégia de promoção das indústrias de defesa nacionais, incluindo as da Base Tecnológica e Industrial de Defesa (BTID), conforme previsto no artigo 7.º e no Anexo I da Lei que aprovou o Orçamento do Estado para 2021.

- No que tange ao requisito previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º-A do CCP, conforme já se teve o ensejo de dizer anteriormente, o capital social da IdD é detido, exclusivamente, pelo Estado, de acordo com o disposto no artigo 3.º, n.º 1, dos estatutos da IdD, que ora se juntam em anexo (Elementos_Complementares_Estatutos IDD 29-06-2020 Certif).

4. (...)

A nulidade cominada pela alínea l) do artigo 161.º do CPA pressupõe a “preterição total do procedimento legalmente exigido”.

Ora, aos contratos abrangidos pelo regime de contratação excluída – como sucede com o contrato celebrado entre a IdD e o MDN - não é aplicável a parte II do CCP, o que significa que à entidade adjudicante não lhe é exigido aplicar qualquer um dos procedimentos de formação dos contratos aí previstos, sem prejuízo da sujeição “aos princípios gerais da atividade administrativa, bem como, com as devidas adaptações face à natureza do contrato, aos princípios gerais da contratação pública previstos no n.º 1 do artigo 1.º-A, devendo sempre ser feita menção à norma que fundamenta a não aplicação da parte II ao contrato em causa” (artigos 5.º-A, n.º 1, e 5.º-B, n.º 1, ambos do CCP), o que se fez na RCM n.º 72/2001, de 9 de junho de 2021 que serviu de base à decisão de contratar, em especial no respetivo introito.

Por sua vez, o n.º 2 do referido artigo 5.º-B estabelece que “os contratos com objeto passível de ato administrativo e demais contratos sobre o exercício de poderes públicos ficam sujeitos às normas constantes do Código do Procedimento Administrativo, com as necessárias adaptações”.

E sobre estas normas a doutrina de Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira ensina que «(...) o facto de aos contratos (...) não se aplicar o regime da contratação pública do Código não significa que a sua formação decorra livremente, ao sabor da vontade ou conveniência da respetiva entidade adjudicante. Longe, muito longe disso, ainda que as restrições legais não sejam equiparáveis às constantes do CCP.” (Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública, Almedina, 2016, páginas 161 e 162).

No entender dos autores deverão ser observados, com as necessárias adaptações, os princípios ou as normas (consoante se trate da previsão hoje incorporada no n.º 1 ou no n.º 2, do referido artigo 5.º-B do CCP) que regulam o procedimento e os atos administrativos, designadamente os princípios da “procedimentalização (e respetiva documentação) da atividade administrativa” (artigo 1.º do CPA entre outros), da participação dos interessados na formação da decisão (artigo 100.º do CPA) ou da exigência de decisão e respetiva notificação (artigos 114.º e 126.º e ss. do CPA), e não quaisquer normas constantes da parte II do CCP.

Neste conspecto, cumpre assinalar, que numa redação anterior o n.º 5 do artigo 5.º do CCP exigia que, quanto aos contratos de aquisição de serviços de saúde, de carácter social, de educação e de formação profissional – previstos na alínea f) do n.º 5 do artigo 4.º do CCP, e, por isso, subtraídos ao regime da parte II do Código – lhes fosse aplicável o disposto nos artigos 49.º e 78.º do CCP – referentes, respetivamente, às especificações técnicas que devem incluir-se no caderno de encargos e à publicação do anúncio da adjudicação de contratos sobre tais serviços.

*Esta exigência, de acordo com a doutrina, parecia «(...) contradizer, pelo menos em parte, a mencionada regra da inaplicabilidade do Código, pois a exigência de um caderno de encargos (implícita na remissão para o art.º 49.º) e a publicação de um anúncio de adjudicação (insita na remissão para o art.º 78.º) pressupõem a existência de um procedimento pré-contratual de que aquele caderno de encargos constitui uma peça e aquela adjudicação um remate» (Mário Esteves de Oliveira e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*, Almedina, 2016, página 159).*

Talvez por essa mesma razão a referida norma tenha sido revogada.

Termos em que não podemos deixar de concluir que o processo em questão não é (nem tem de ser) composto pelas peças procedimentais exigidas pelo artigo 40.º do CCP e, nomeadamente, “convite, caderno de encargos, relatório de análise de proposta, atas das negociações entre as partes e subsequente tramitação”, pois que o processo em questão, inserindo-se no âmbito do regime contratação excluída, fica dispensado de tal tramitação, por força do n.º 1 do artigo 5.º-A do CCP.

Da mesma forma, não podemos deixar de concluir que os princípios essenciais que regulam a atividade administrativa foram observados, encontrando-se o processo devidamente instruído e documentado, designadamente através de:

- Autorização da despesa e da inerente decisão de contratar, conforme deliberado através dos n. os 1 e 4 da RCM n.º 72/2021, de 9 de junho (deliberação já junta aos autos);*
- Delegação de competências no Diretor-Geral de Recursos da Defesa Nacional para elaboração da minuta de contrato, para efeitos de negociação com a IDD, conforme determinado pelo Despacho do Ministro da Defesa Nacional n.º 7325/2021, de 9 de julho, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 142, de 23 de julho (documento já junto aos autos);*
- Constituição da Equipa de Negociação, pelo Despacho do Diretor-Geral de Recursos da Defesa Nacional n.º 23/DIR/2021, de 26 de julho de 2021 (doc. já junto aos autos);*
- Envio de convite à IDD para negociação, acompanhada de proposta de minuta de contrato, através do Ofício da DGRDN n.º 6377, de 14 de setembro de 2021, que ora se junta em anexo (Elementos_Complementares_Ofício-Convite Ofício-Convite 6377 14-09-2021 e MINUTA 14-09-2021);*
- Envio da minuta de contrato negociada entre as partes ao Gabinete de S. Ex.ª O Ministro da Defesa Nacional, para efeitos de aprovação, conforme Ofício da DGRDN n.º 7976, de 12 de novembro de 2021, que ora se junta em anexo (Elementos_Complementares_Ofício 7976 12-11-2021 e MINUTA 12-11-2021);*

- *Ofício da IDD n.º CA-319/2021 de 16-11-2021 e Email DGRDN de 7-12-2021 (Elementos_: Complementares_Ofício CA-31916-11-2021 e Email 7-12-2021);*
- *Aprovação da minuta do contrato por despacho de S. Ex.ª o Ministro da Defesa Nacional de 19 de dezembro de 2021 (documento já junto aos autos);*
- *Despacho de S. Ex.ª o Ministro da Defesa Nacional n.º 1158/2022, de 21 de janeiro, publicado no Diário da República, 2.ª Série, n.º 20/2022, de 28 de janeiro, que procede à delegação de competências no Diretor-Geral de Recursos da Defesa Nacional para a outorga do contrato, em representação do MDN, e para a prática dos atos subsequentes (já junto aos autos);*
- *Despacho do Diretor-Geral de Recursos da Defesa Nacional n.º 4/DIR/2022, de 21 de janeiro, que procede à constituição da Equipa de Acompanhamento e Fiscalização do Contrato e designação do Gestor do Contrato, nos termos do artigo 290.º-A do CCP (doc. já junto aos autos);*
- *Notificação da IDD para efeitos de outorga do contrato e apresentação da documentação necessária – email de 21 de janeiro de 2022, que ora se junta em anexo (Elementos Complementares_Notificação Outorga Contrato 21-01-2022);*
- *Contrato outorgado a 28-01-2022.*

Conclui-se, assim, pelo exposto, que, não sendo aplicável a parte II do CCP ao contrato em apreço e não sendo, em consequência, exigível a observação das regras que regulam os procedimentos pré-contratuais de formação dos contratos, não se verifica “preterição total do procedimento exigido”, logo, não opera a nulidade prevista na alínea l) do artigo 161.º do CPA.

Sobre a eventual nulidade do contrato sub judice por preterição total do procedimento, o Tribunal de Contas invoca ainda a sua jurisprudência, designadamente os Acórdãos n. os 7/2018-1.ª S/SS e 26/2018-1.ª S/SS.

Compulsados os mesmos, verifica-se que, em ambos os acórdãos, é cominada a nulidade de contratos públicos sujeitos à parte II do Código: é que, em ambos os casos, estamos perante um procedimento pré-contratual por “ajuste direto” (um deles alegadamente fundado no artigo 259.º do CCP, outro no artigo 24.º CCP), o que significa que as entidades adjudicantes estavam obrigadas a cumprir as regras e tramitação procedimental constante do CCP, regras essas que o Tribunal considerou não terem sido observadas.

Ora, não é o caso presente: conforme já foi sublinhado, ao contrário do que acontece no caso do procedimento de ajuste direto ou em qualquer um dos outros procedimentos pré-contratuais previstos no n.º 1 do artigo 16.º do CCP, no regime de contratação excluída a entidade adjudicante fica dispensada tout court da adoção da

tramitação procedimental, ou da aplicação de qualquer regra especialmente prevista na parte II do CCP (n.º 1 do artigo 5.º-B do CCP).

5. (...)

Os anexos que acompanham o contrato foram elaborados pelo MDN e pela Marinha – neste caso, em particular, no que respeita à definição de especificações técnicas que devem ser observadas na construção dos NPO, de acordo com o n.º 1 do anexo III da RCM n.º 72/2021, de 9 de junho - “devendo respeitar o âmbito do Programa estabelecido na documentação atinente a apresentar pela Marinha Portuguesa” -, tendo, naturalmente, sido objeto de discussão e avaliação prévia no quadro das negociações com o cocontratante.

A ampla autonomia reconhecida à IdD na condução da gestão do Programa NPO, na qualidade de cocontratante, aferida, designadamente, na estatuição de um quadro de referência do Caderno de Encargos (Anexo I-QRCE), previsto na cláusula 3.ª, alínea a), do contrato, é calibrada, no entanto, por um significativo feixe de mecanismos ao dispor do MDN, que permitem sintonizar a ação da IDD com as obrigações contratuais que lhe estão adstritas, com particular enfoque nas garantias que devem ser asseguradas no quadro dos contratos a celebrar pela IDD, “em representação do MDN”, no âmbito da execução do contrato em análise, atendendo ao interesse público subjacente.

A “tenaz” em torno do cumprimento das obrigações contratuais da IdD é desenhada no contrato através de um duplo eixo:

- Desde logo, num plano técnico, a vontade da IdD está comprimida, para além do referido anexo I, também pelo anexo II do contrato, e que retrata a Especificação de Requisitos dos NPO_{3S} a contemplar na construção dos navios. Dito de outro modo, quaisquer modificações de natureza técnica na construção dos navios que o cocontratante pretenda introduzir na primeira fase do procedimento só pode ser operada mediante o aval da “Autoridade para as Modificações”, de harmonia com o disposto na alínea a) da cláusula 1.ª do contrato.

Sem perder de vista a autonomia da IdD, o contrato consagrou na cláusula 9.ª a existência de Equipa Conjunta de Coordenação (ECC) que permita o fluxo de informação de modo célere e a coordenação entre a Marinha, entidade que efetivamente detém experiência secular na construção dos navios, e a IDD na execução do contrato.

- Noutra plano, reconduzível a uma dimensão contratual, que não se confunde com a perspetiva técnica, a autonomia da IDD, fundada até em opções de cariz comercial, não sendo inconciliável com as obrigações tecidas no contrato, também não poderia assentar em total discricionariedade que, no limite, poderia desvirtuar a matriz nuclear do Programa NPO, principalmente nos domínios financeiro, técnico e até jurídico.

Precisamente para atalhar os riscos que, eventuais, ações ou opções da IDD pudessem significar para as finalidades do Programa NPO, foi o contrato blindado em sucessivas comportas que, e a despeito da colaboração da Marinha na configuração dos interesses que o MDN representa, desaguam na prolação da decisão final do MDN, sem ignorar, claro está, as soluções equacionadas quer no “fórum” constituído à sombra da ECC, quer pela IDD.

Deste modo, o percurso das etapas compreendidas no Programa NPO, desdobradas no contrato, ainda que espelhe a autonomia da IDD, é balanceado, se for o caso, pelo crivo primacial das decisões que pontuam e condicionam, inapelavelmente, a ação do cocontratante, expressas, nomeadamente, nas cláusulas 6.ª, n.º 6, 9.ª, n.º 8, 12.ª, n.º 5, 16.ª, n.º 1, alíneas a) e b), 26.ª, n.º 4, e 28.ª, n.º 1, do contrato.

Cabendo ao MDN dirimir ou decidir as situações ou questões suscitadas pela IdD, autorizado pelos artigos, designadamente, 302.º e 307.º, n.º 2, alínea a), do CCP, a falta de reporte ou o incumprimento das decisões tomadas ao abrigo das cláusulas retromencionadas, equivale ao incumprimento de obrigações agregadas ao cocontratante, sancionado nos termos da cláusula 33ª, n.º 1, alínea a), do contrato, com a respetiva resolução.

Convém, ainda, destacar que o poder de resolução do MDN, escorado nos seus poderes de direção e fiscalização, não se confina a este contrato, espraiando-se na valoração do cumprimento das obrigações da IDD na esfera do contrato de construção, mediante a extensão dos efeitos da resolução do contrato admitida pela cláusula 37.ª.

6. (...)

Conforme resulta do exposto na resposta à questão 4, é nosso entendimento de que a sujeição “com as devidas adaptações face à natureza do contrato, aos princípios gerais da contratação pública previstos no n.º 1 do artigo 1.º-A”, não significa a aplicação ou cumprimento de “alguns formalismos” em concreto previstos na parte II do CCP, sob pena de contradição insanável com a previsão normativa ínsita no n.º 1 do artigo 5.º-B.

Por esta razão, é nosso entendimento não serem aplicáveis, em concreto, designadamente, a necessidade de rececionar formalmente uma proposta (artigo 56.º do CCP), proceder à sua análise (artigo 70.º do CCP) e efetuar a respetiva adjudicação (artigo 76.º do CCP).

De qualquer modo, esclarece-se, quanto à “aparente ausência de decisão de adjudicação” cuja exigência formal se contesta pelas razões já expostas, que a decisão de aprovação da minuta do contrato tem implícita a adjudicação da prestação de serviços de gestão do Programa NPO nos termos e condições previstos no contrato, o qual foi negociado em conformidade com o superiormente determinado, considerando-se assim, que o ato de aprovação da minuta do contrato reveste efeito

equivalente ao ato de adjudicação (de uma proposta cujos termos e condições integram o contrato a celebrar).

7. (...)

7. a. Quanto a esta questão, sublinha-se que os valores parcelares contratualmente fixados são os previstos na RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, mais concretamente, no n.º 2 do seu Anexo III, que determina o seguinte:

“2 — A remuneração da IdD, S. A., deve incluir três partes alíquotas, não podendo ultrapassar, no seu conjunto, o montante máximo de 1,5 % do valor da componente do Programa a que se refere a alínea a) do n.º 1 da presente resolução, melhor detalhada no anexo II, assim consideradas:

a) Uma associada aos custos de arranque da capacidade de gestão do programa, com o valor previsional de € 254 700;

b) Uma associada ao ritmo de execução da prestação dos serviços de gestão do programa, para os anos de 2021 até 2031 (atendendo ao período de garantia de dois anos), com o valor previsional médio anual de € 304 868, correspondente a um montante global de € 3 353 550 para a totalidade do período do programa;

c) Uma componente final indexada à performance dos serviços prestados, medida em função do cumprimento dos prazos que vierem a ser definidos no contrato a celebrar e dos resultados a alcançar, designadamente quanto aos preços e prazos de entrega dos navios, com o valor previsional de € 636 750.”. Tais valores parcelares correspondem, assim, aos custos e à remuneração inerentes às prestações contratuais a executar em cada um dos momentos mais relevantes da gestão do Programa NPO pelo cocontratante, com base nos encargos estimados no ponto seguinte.

Por outro lado, no decurso da negociação, foi acordada a decomposição do preço no que respeita às partes alíquotas a que se referem as alíneas a) e c) suprarreferidas (€ 254.700,00€ e 636.750,00€, respetivamente), tendo em conta a valorização dos serviços a prestar na 1.ª fase e os resultados a alcançar pela IDD no âmbito da gestão do Programa NPO.

Destaca-se, no que respeita à primeira componente remuneratória identificada na alínea a) do n.º 1 da Cláusula 6.ª, o facto de pretender assegurar o financiamento necessário à concretização de um conjunto de trabalhos que se têm por essenciais à formação do contrato a celebrar com o construtor dos NPO. Acresce o facto de se pretender que os seis NPO sejam dotados de capacidades multifuncionais que lhes acrescentem flexibilidade de emprego operacional e que permitam contribuir e dar resposta a missões no extremo superior do espectro de empenhamentos, com particular realce para a guerra de minas, a vigilância submarina, a projeção de força e a recolha de informações operacionais. Estas capacidades acrescidas serão essenciais para que os

novos NPO possam ser utilizados no quadro da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN/NATO), através da possível participação no âmbito da segurança coletiva, viabilizando também o empenhamento destes meios navais no contexto da Organização das Nações Unidas (ONU) e da União Europeia, em missões de segurança marítima e em operações de paz.

7. b. Neste âmbito, cumpre referir que, o cálculo da despesa associada ao presente contrato (remuneração da IdD), teve por base os custos resultantes da gestão do Programa NPO, cobrindo todo o período em referência, ou seja, desde a data de produção de efeitos do contrato, após o Visto do Tribunal de Contas, até 2032, considerando os dois anos do período de garantia dos navios a entregar, perfazendo uma duração total previsível de 10/11 anos.

Dada a duração e especial complexidade do Programa, tiveram-se em consideração, entre outros, os seguintes custos:

a) Os custos inerentes aos recursos humanos que será necessário afetar à gestão do Programa NPO. Em rigor, na medida em que todo o processo de contratação relativa à construção dos NPO será conduzido pela IDD, a mesma terá de proceder à constituição de uma equipa de projeto, à qual serão afetadas 4 a 5 pessoas, obedecendo a um modelo de governação com a seguinte estrutura a que corresponde um encargo anual estimado em 305.000,00€:

i. Um gestor do projeto, que assegurará a coordenação funcional entre as áreas financeira, jurídica e técnica, bem como a interligação com as entidades envolvidas: DGRDN, Marinha Portuguesa e construtor(es) dos NPO;

ii. Um controller financeiro, responsável pela gestão financeira do Programa NPO;

iii. Um a dois juristas, responsáveis pela preparação, condução e conclusão dos procedimentos contratuais, bem como pela execução jurídica dos contratos de construção;

iv. Um a dois engenheiros navais, responsáveis pelo apoio à revisão do Projeto de Engenharia da classe “Viana do Castelo”, definição dos requisitos técnicos e acompanhamento da execução técnica dos contratos de construção, juntamente com a Marinha Portuguesa.

b) Os custos com deslocações, estadas, ajudas de custo e km's para acompanhamento da execução do Programa NPO (fases de construção e entrega), com o valor anual de aproximadamente 15.000,00€;

c) Os custos com software e hardware de alocação exclusiva à gestão do Programa NPO, com o valor anual de 4.000,00€;

d) Os custos com instalações, comunicações e outros bens consumíveis, no valor anual estimado de 19.000,00€;

e) Os custos com seguros e outros custos, com o valor anual de 20.000,00€.

7. c. O valor global da remuneração da IdD representará, assim, no máximo, 1,5 % do valor da componente do Programa NPO a que se refere a alínea a) do n.º 1 da presente RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, ou seja, 4.245.000,00€, correspondente a 1,5% do valor total previsto para a construção dos seis NPO fixado em 283 milhões de euros, o qual será pago nos termos e condições previstos na cláusula 6.ª do contrato celebrado. Sublinhe-se que a remuneração da IDD contrasta, em muito, com os preços praticados para a prestação de serviços de idêntica natureza e objeto similar, cobrados por exemplo pela 'Nato Support Procurement Agency' (NSPA), cujo 'fee' mínimo, como é do conhecimento desse Tribunal, é de 3% do orçamento do respetivo programa aquisitivo.

Face ao exposto nos pontos precedentes, considera-se que a despesa associada ao contrato sub judice, observa os princípios da economia, eficiência e eficácia que presidem à assunção de compromissos e à realização da despesa pública por parte dos serviços e entidades do Estado, a que se refere o artigo 18.º da Lei do Enquadramento Orçamental (LOE) (Lei n.º 151/2015, de 11 de setembro, com as alterações dadas pelas Leis n.º 2/2018, de 29 de janeiro, 37/2018, de 7 de agosto, e n.º 41/2020, de 18 de agosto), na medida em que se traduzem na: "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 adequados para atingir o resultado que se pretende alcançar."

7. d. Sobre os estudos que antecederam a aprovação do Programa NPO, importa salientar que os mesmos se alicerçam, primeiramente, na documentação estruturante relativa às capacidades militares.

A referida documentação estabelece que para o cumprimento das missões cometidas às Forças Armadas, especificadas nas Missões das Forças Armadas 2014 (MIFA 2014) e decorrente dos respetivos cenários de emprego, do conceito de ação militar e das orientações específicas, definidos no Conceito Estratégico Militar (CEM 2014). Verifica-se, assim, a necessária edificação e sustentação das capacidades militares (Como capacidade militar deverá ser entendido o conjunto de elementos que se articulam de forma harmoniosa e complementar e que contribuem para a realização de um conjunto de tarefas operacionais ou efeito que é necessário atingir, englobando componentes de Doutrina, Organização, Treino, Material, Liderança, Pessoal, Infraestruturas e Interoperabilidade (DOTMLPII)) constantes no Sistema de Forças

2014 (SF 2014) (Aprovado pelo Conselho Superior de Defesa Nacional em 30 de julho de 2014), garantindo a qualidade e quantidade dos meios e forças identificados, consubstanciando desta forma a estratégia genética do Estado.

Nesta conformidade, o SF 2014 estabelece, na capacidade “Patrulha e Fiscalização”, a necessidade de edificar a totalidade dos 10 (dez) Navios de Patrulha Oceânicos, para substituição das corvetas das classes “João Coutinho” (Classe de navios que entrou ao serviço entre 1970 e 1971, inicialmente composta por seis navios: NRP “João Coutinho”, NRP “António Enes”, NRP “Jacinto Cândido”, NRP “General Pereira D’Eça”, NRP “Augusto de Castilho” e NRP “Honório Barreto”. Atualmente apenas uma está operacional: NRP “António Enes”) e “Batista de Andrade” (Classe de navios que entrou ao serviço entre 1974 e 1975, inicialmente composta por quatro navios: NRP “Baptista de Andrade”, NRP “João Roby”, NRP “Afonso Cerqueira” e NRP “Oliveira e Carmo”. Atualmente apenas uma está operacional: NRP “João Roby”), e que têm como finalidade:

- 1) Assegurar uma adequada mobilidade e capacidade para o exercício de uma ação continuada de vigilância, controlo e fiscalização nos espaços marítimos sob soberania e jurisdição nacionais, designadamente em áreas oceânicas da Zona Económica Exclusiva e da plataforma continental, assim como a busca e salvamento nas áreas marítimas sob responsabilidade nacional [Search And Rescue (SAR)];
- 2) Participar, no plano da cooperação internacional, em ações combinadas visando a segurança no mar (e.g. Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira - FRONTEX), bem como a fiscalização no âmbito de acordos internacionais relativos à exploração dos recursos naturais (e.g. Northwest Atlantic Fisheries Organization (NAFO) ou North East Atlantic Fisheries Commission (NEAFC));
- 3) Executar tarefas de âmbito diverso, designadamente o apoio:
 - i. A missões operacionais atribuídas aos meios combatentes (como a guerra de minas);
 - ii. Ao controlo das fronteiras marítimas e da imigração ilegal;
 - iii. A ações contra o narcotráfico;
 - iv. À assistência às populações em caso de acidente, catástrofe e de calamidade pública.

O Programa original relativo à Aquisição de Navios de Patrulha Oceânica destinados à Marinha Portuguesa, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 183/2004, de 22 de dezembro, conheceu várias vicissitudes e viria a ser definitivamente interrompido por força da crise financeira que o país atravessou no período 2011-2014, tendo sido entregues apenas 2 navios (NRP “Viana do Castelo” e NRP “Figueira da Foz”) dos 10 programados. Somente em 2015, no quadro do investimento aprovado pela Lei Orgânica n.º 7/2015, de 18 de maio, viria a ser possível retomar o programa

de aquisição de novos navios, com a construção, em Portugal, de mais dois NPO (NRP “Sines” e NRP “Setúbal”), fruto da parceria de duas empresas nacionais.

Atualmente, verifica-se que das dez corvetas a substituir, apenas duas se mantêm operacionais, sendo que os custos de sustentação destes meios crescem de forma insustentável, a cada ano que passa, devido à sua, cada vez maior, obsolescência logística.

Os quatro NPO entretanto construídos, têm cumprido de uma forma reconhecidamente muito satisfatória as missões que lhes foram atribuídas, mostrando a sua polivalência e excelentes capacidades para suportar o mar. Para além destes atributos, os NPO são meios com custos de operação significativamente mais baixos que as corvetas, desde logo por terem sensivelmente metade dos elementos da guarnição.

Adicionalmente, a alteração do contexto estratégico internacional vem colocar um enfoque na vigilância submarina por forma a garantir a salvaguarda das comunicações intercontinentais (cabos submarinos) e o controlo efetivo da plataforma continental. Deste modo, entende-se que a próxima série de NPO (a 3.ª) poderá, mantendo o seu carácter de meio de duplo-uso e enquanto plataforma de alto valor operacional, possuidora de grande flexibilidade de emprego e de elevada adaptabilidade para acomodar a incorporação de novas tecnologia, desempenhar missões militares, em especial de recolha de informações/vigilância submarina, reforçando significativamente o contributo de Portugal para o esforço de defesa comum da Organização do Tratado do Atlântico Norte (NATO) e da União Europeia (EU), num ambiente de grande incerteza estratégica.

Considera-se, assim, que o Programa NPO é uma prioridade para o interesse nacional, reafirmada em sede do processo legislativo de aprovação da Lei Orgânica n.º 2/2019, de 17 de junho, que procedeu à revisão da Lei de Programação Militar (LPM) e na RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, e que veio incluir, nas suas dotações, as verbas necessárias para concretizar o programa de construção da 3.ª série de NPO.

A estimativa das incidências orçamental e financeira, ano a ano, e em termos globais, do Programa NPO foi efetuada no contexto acima descrito, aquando dos trabalhos preparatórios de revisão da Lei de Programação Militar (LPM), aprovada pela Lei Orgânica n.º 2/2019, de 17 de junho, tendo por base o custo atualizado de construção dos NPO da 2.ª série, acrescido de custos de novos sistemas a atualizar e/ou adquirir, fruto das lições apreendidas, como por exemplo, os sistemas de propulsão, armamento e as embarcações de apoio (semirrígidas).

Assim, as dotações financeiras para o programa de aquisição dos seis NPO (3.ª série), encontram-se inscritas no mapa anexo à LPM a que se refere o n.º 1 dos seus artigos

1.º e 4.º, na capacidade Marinha – Patrulha e fiscalização – entre os anos 2019 a 2030, como segue:

(Em milhões de Euros)

LPM/NPO	2019	2020	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030	Total
LPM - dotações capacidade	1,9	0,5	16,0	40,0	26,0	28,0	30,00	33,0	58,0	58,0	62,50	10,0	363,9
RCM 72/2021, 9JUN - Programa NPO	-	-	16,5	40,0	26,0	28,0	30,0	33,0	58,0	58,0	62,5	-	352,0

A Ficha de projeto (confidencial, entregue na Assembleia da República) prevê apenas o valor total agregado da despesa máxima prevista para o Programa NPO (2019-2029), ou seja, 352 milhões de euros, o qual inclui todos os encargos inerentes à sua execução, incluindo os encargos com a gestão do programa.

E, nos termos do n.º 4 da RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, o montante relativo ao contrato em apreço (gestão do programa) está incluído na componente do Programa a que se refere a alínea b) do n.º 1 da referida Resolução, pelo que os valores desagregados do Programa NPO são os seguintes:

(Em milhões de Euros – valores sem IVA)

Programa NPO	2021	2022	2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030	Total
Aquisição dos 6 NPO (*)	13,3	32,2	21,0	22,5	24,1	26,5	46,6	46,6	50,2	-	283,0
MFE, AL e MAF (**)	3,2	7,2	4,8	5,2	5,55	6,15	11,0	11,0	10,7	-	64,8
Gestão do Programa (***)	-	0,6	0,3	0,3	0,35	0,35	0,4	0,4	1,5	-	4,2
ST alínea b) n.º 1	3,2	7,8	5,1	5,5	5,9	6,5	11,4	11,4	12,2	-	69,0
Total	16,5	40,0	26,0	28,0	30,0	33,0	58,0	58,0	62,5	-	352,0

(*) Componente a que se refere a alínea a) do n.º 1 da RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, que inclui, para além dos navios, a revisão projeto de engenharia e o fornecimento dos bens e serviços de apoio logístico.

(**) Componente a que se refere a alínea b) do n.º 1 da RCM 72/2021, de 9 de junho, e que inclui o Material a Fornecer pelo Estado (MFE) – equipamentos e sistema SEWACO – o apoio logístico à construção e o acompanhamento e fiscalização da construção dos navios.

(***) Custos de gestão do programa previstos no contrato com a IDD (incluídos no montante aprovado para a componente a que se refere a alínea b) do n.º 1 da RCM). É de referir, ainda, que nos termos do n.º 4 do artigo 8.º da LPM, os saldos verificados no fim de 2021 transitarão para o orçamento do corrente ano, e assim sucessivamente, para reforço das dotações da mesma Capacidade, até à completa execução do Programa NPO, através de abertura de créditos especiais, autorizada pelo membro do Governo responsável pela área da Defesa Nacional.

8. (...)

A subcontratação ou cedência de posição contratual, conforme foi enfatizado no ponto 5 desta resposta, está, inelutavelmente, subordinada à autorização prévia, por escrito, do MDN, de harmonia com o disposto no n.º 1 da cláusula 28.ª.

Assim, para além de critérios contratuais que possam obstar à subcontratação arrolada pela cocontratante, de acordo com o n.º 4 daquela cláusula, o MDN, na sua decisão, deve, naturalmente, observar outros limites de ordem legal. O que, no caso em apreço, tendo como pano de fundo a autovinculação imposta pelos pressupostos que presidiram à especial relação contratual a estabelecer entre o MDN e a IDD a coberto do artigo 5.º-A do CCP, ela condicionará a hipotética subcontratação ou cedência de posição contratual da IDD, restringida ao universo de pessoas coletivas, que comunguem da mesma natureza “pública”, suscetível de ser abrangido e integrado no leque de entidades adjudicantes vertido no artigo 2.º daquele diploma, desde que, sublinha-se, integrem a previsão de “controlo análogo” insita naquele normativo. Apenas e só neste caso será possível a subcontratação ou a cessão de posição contratual.

9. (...)

No âmbito da 1.ª fase da gestão do Programa NPO não foi ponderada, nem suscitada, a possibilidade de a IdD proceder à subcontratação de prestação de serviços, dadas, precisamente, as características inerentes àquela entidade e que justificaram a sua escolha.

Contudo, em tese, tal possibilidade não pode ser totalmente excluída, tendo em conta a longa duração do contrato, pelo que, à cautela, não se podem ignorar as vicissitudes que podem perturbar a vida deste contrato, em último caso, até pela circunstância de poderem ocorrer alterações societárias na estrutura da própria cocontratante, de algum modo visionadas na cláusula 29.ª, permitindo-se, nesse caso, ao MDN a faculdade de se socorrer da prerrogativa consentida pela cláusula 28.ª, nos estritos limites sinalizados no ponto anterior.

Já no âmbito do contrato de construção, em que a IDD surgirá eivada de outro estatuto - o de contraente público - ao abrigo do qual, ainda que em representação ou no interesse do MDN, irá estabelecer com o(s) operador(es) económico(s) uma relação sinalagmática, constituindo, neste particular, um encargo que é assacado à IDD delimitar os termos em que o(s) cocontratante(s) possam recorrer à subcontratação, sendo certo, todavia, que deve obedecer às condições e limites consignados, em especial, no artigo 59.º, do Decreto-Lei n.º 104/2011, e no capítulo VI da parte III do CCP.

10. (...)

No âmbito dos contratos da Defesa, em particular os de maior expressão financeira e complexidade, a função de acompanhamento permanente da execução contratual é, desde há muito, assegurada pelas designadas Missões ou Equipas de Acompanhamento e Fiscalização (MAF ou EAF), como acontece no caso presente.

A partir de janeiro de 2018, com a entrada em vigor da figura do “gestor do contrato” introduzida pela revisão de 2017 do CCP, o chefe ou coordenador da(s) MAF ou EAF passou a ser designado como “gestor do contrato”. Compete assim, ao chefe da equipa garantir as funções que, por lei, são atribuídas ao gestor do contrato, cabendo-lhe assegurar, designadamente, a função de principal interlocutor e representante do contraente público no seu relacionamento com o cocontratante na fase de execução contrato e a coordenação dos trabalhos a desenvolver pela MAF ou EAF, conforme definido no respetivo despacho de constituição, de modo a assegurar o acompanhamento permanente da execução contratual nas suas várias vertentes (técnica, material e financeira) e o reporte periódico à entidade adjudicante, para os efeitos que forem tidos por convenientes.

Deste modo, o Despacho n.º 4/DIR/2022, já junto aos autos, seguiu a mesma metodologia, constituindo a EAF e definindo as atribuições desta, e indicando expressamente que a função prevista no artigo 290.º-A do CCP é assegurada pelo chefe da EAF, conforme especificado no contrato (cláusula 21.ª, n.º 2) e no n.º 3 daquele Despacho.

Assim, não obstante as alterações recentemente introduzidas no artigo 290.º-A, pelo Decreto-lei n.º 30/2021, de 21 de maio, não se vislumbra a necessidade de alterar a metodologia que tem vindo a ser adotada para este tipo de contratos, uma vez que, optando a entidade adjudicante por atribuir a função de “gestor do contrato” a um determinado indivíduo (no caso, ao chefe da EAF), a equipa, cujos trabalhos este coordena, terá a função de coadjuvar o gestor do contrato no exercício da sua função.

11. (...)

Sobre esta matéria remete-se para a resposta ao quesito 7.d.

12. (...)

Para melhor enquadramento das questões 12. e 13. importa referir o seguinte:

A LPM atualmente em vigor foi aprovada pela Lei Orgânica n.º 2/2019, de 17 de junho. Os fatores de planeamento que serviram de suporte à lei previam, à data, dotações entre os anos de 2020 a 2029, a assinatura do contrato de construção dos NPO em 2019 e as entregas dos navios, respetivamente em 2022, 2024, 2026, 2027, 2028 e 2029. Após trabalhos internos de preparação e decisão política, foi proposta a RCM a autorizar a despesa, em 29 de outubro de 2020. A RCM foi aprovada no dia da Marinha (20 de maio de 2021), decorridos cerca de sete meses depois da proposta inicial e dois anos após a aprovação da LPM. Neste contexto, a RCM continha já uma primeira “atualização” do plano de entregas, a saber: 2023, 2024, 2026, 2027, 2028 e 2029. O valor total das dotações iniciais previstas na LPM para o programa manteve-se, tendo sido atualizada a dotação prevista para o ano de 2021 (somatório das dotações previstas de 2020/2021).

O contrato agora objeto de fiscalização foi assinado em 28 de janeiro de 2022. Mais de um ano após a proposta de RCM e cerca de 3 anos após a revisão da LPM. Durante os trabalhos de elaboração do contrato, foi considerado como o mais adequado, prever o melhor planejamento de entregas conhecido à data, sem qualquer alteração dos montantes máximos estipulados para a despesa, prevista na RCM e enquadrada legalmente nas dotações da LPM aprovadas pela Assembleia da República. Ficou assim estipulado, contratualmente, as seguintes datas de entregas que deverão constar no contrato de construção ainda a ser elaborado e contratualizado: 2025, 2026, 2027, 2028, 2029 e 2030. Estas datas refletem, necessariamente, o hiato temporal já decorrido desde a aprovação da LPM. Importa relevar que durante a execução do programa, a LPM será revista, pelo menos, mais duas vezes e que o plano de entregas e a calendarização financeira serão, nesse contexto, atualizados conforme se revelar necessário.

Neste enquadramento, durante a preparação e negociação da minuta de contrato a celebrar com a IDD constatou-se que, tendo em conta os prazos médios de construção dos navios, bem como o tempo necessário para a execução de todos os serviços e trabalhos que necessariamente precedem o início da sua construção, o calendário de entregas previsto no Anexo I à RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, não era já exequível, tornando-se por essa razão necessário reajustar, mais uma vez, os prazos de receção provisória dos NPO.

Tendo sido a questão identificada e colocada superiormente a S. Ex.ª o Ministro da Defesa Nacional, a indicação expressa resultante do seu Despacho de 22 de julho de 2021, constante do ofício n.º 3268/CG (já junto aos autos sob a designação Elementos_ Complementares_Despacho MDN 22-07-2021), foi no sentido de que “(...) os prazos previstos (leia-se, na RCM) para a entrega dos navios devem ter-se por indicativos ou previsionais (...)”, termos em que foi atualizado o calendário de entregas, prevendo-se atualmente que a entrega do primeiro navio ocorra no ano de 2025 (ao invés de 2023) e o sexto no ano de 2030 (ao invés de 2029).

Ou seja, o deslizamento dos prazos referidos reflete um juízo de antecipação assumido por S. Ex.ª o Ministro da Defesa Nacional, em que os prazos previstos na referida RCM cedem à realidade das circunstâncias, situação a que não será, certamente, alheia a inevitável introdução de ajustamentos na RCM, o que só deverá acontecer após a revisão da própria LPM, (conforme previsto no seu artigo 15.º, será revista no presente ano para entrar em vigor em 2023). Refira-se que, neste tipo de programas de edificação de capacidades militares a longo prazo, esta situação não é inédita assistindo-se, por vezes, a uma falta de sintonia entre os calendários de execução planeados e a sua efetiva operacionalização e a conseqüente necessidade de atualização.

13. (...)

A programação financeira (anual) prevista no Anexo II da RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, tem por base o calendário de entregas dos NPO constante do Anexo I, o qual, conforme referido no ponto anterior, foi ajustado, em face dos prazos de execução expectáveis e mediante concordância expressa de S. Ex.ª o Ministro da Defesa Nacional, provocando naturalmente o diferimento dos correspondentes encargos.

Sendo certo que a RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, aprova o montante máximo de despesa global do Programa (352.000.000,00€ acrescido de IVA à taxa legal em vigor), e estabelece os tetos máximos anuais a respeitar entre os anos de 2021 a 2029 constantes do Anexo II, salienta-se que aos montantes máximos anuais (dotações iniciais) crescem os saldos transitados apurados na execução orçamental dos anos anteriores, até à completa execução do programa, conforme previsto no n.º 2 da RCM, em conformidade com o permitido pelo o n.º 4 do artigo 8.º da LPM:

“4 — Os saldos verificados no fim de cada ano económico transitam para o orçamento do ano seguinte, para reforço das dotações das mesmas capacidades até à sua completa execução, através de abertura de créditos especiais, autorizada pelo membro do Governo responsável pela área da defesa nacional.”

Em igual sentido, as dotações anuais serão reforçadas pela transferência de verbas oriundas da restituição do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) suportado pelo Estado, conforme previsto no n.º 3 da RCM n.º 72/2021 com suporte no n.º 2 do artigo 8.º da LPM.

Assim, reputa-se como legalmente possível a previsão de encargos para além do ano de 2029, desde que os mesmos se contenham dentro do limite máximo de despesa aprovado pela RCM 72/2021, de 9 de junho, e sejam satisfeitos através dos montantes que venham a resultar da transição de saldos não executados em ano(s) anterior(es). Tendo em conta que, conforme já salientado, a atual LPM vai ser objeto de revisão no curto prazo (processo de revisão a iniciar ainda este ano), a programação financeira da capacidade “Patrulha e Fiscalização” e, conseqüentemente, do Programa NPO, deverá ser objeto do necessário ajustamento, através dos respetivos e adequados instrumentos.

14. (...)

De acordo com os fatores de planeamento utilizados, a programação financeira anual, conforme estabelecido nas cláusulas 6.ª e 8.ª, é a que consta na seguinte tabela:

ANO	Entregável	Regular Montante s/IVA	Prémio Montante s/IVA	total p/ano
2022	Piano Global de Execução do Contrato	20 000,00 €		559 568,18 €
	Versão final peças procedimento de formação do contrato de CONSTRUÇÃO	74 700,00 €		
	Conclusão do procedimento de formação do contrato de CONSTRUÇÃO, correspondente à outorga do contrato	150 000,00 €		
	Conclusão do procedimento de fiscalização prévia junto do Tribunal de Contas, que ocorrerá com a decisão sobre o visto	10 000,00 €		
	Com a receção provisória do SIGAF	304 868,18 €		
2023	Com o início da construção do 1.º NPO, conforme marco físico que vier a ser definido no contrato de CONSTRUÇÃO	304 868,18 €		304 868,18 €
2024	Correspondente ao entregável, marco físico, que vier a ser definido no contrato de CONSTRUÇÃO	304 868,18 €		304 868,18 €
2025	NPO351 - com a realização da Receção Provisória do navio	304 868,18 €		354 868,18 €
	NPO351 - cumprimento do prazo máximo (2025) para a realização da Receção Provisória do navio		50 000,00 €	
2026	NPO352 - com a realização da Receção Provisória do navio	304 868,18 €		354 868,19 €
	NPO352 - cumprimento do prazo máximo (2026) para a realização da Receção Provisória do navio		0,01 €	
2027	NPO353 - com a realização da Receção Provisória do navio	304 868,18 €		410 993,18 €
	NPO353 - cumprimento do prazo máximo (2027) para a realização da Receção Provisória do navio		50 000,00 €	
	NPO351 - cumprimento do preço contratual que vier a ser fixado no contrato de CONSTRUÇÃO, apurado aquando da realização da Receção Definitiva do navio		56 125,00 €	
2028	NPO354 - com a realização da Receção Provisória do navio	304 868,18 €		410 993,18 €
	NPO354 - cumprimento do prazo máximo (2028) para a realização da Receção Provisória do navio		50 000,00 €	
	NPO352 - cumprimento do preço contratual que vier a ser fixado no contrato de CONSTRUÇÃO, apurado aquando da realização da Receção Definitiva do navio		56 125,00 €	
2029	NPO355 - com a realização da Receção Provisória do navio	304 868,18 €		410 993,18 €
2029	NPO355 - cumprimento do prazo máximo (2029) para a realização da Receção Provisória do navio		50 000,00 €	
2029	NPO353 - cumprimento do preço contratual que vier a ser fixado no contrato de CONSTRUÇÃO, apurado aquando da realização da Receção Definitiva do navio		56 125,00 €	
2030	NPO356 - com a realização da Receção Provisória do navio	304 868,18 €		410 993,18 €
	NPO356 - cumprimento do prazo máximo (2030) para a realização da Receção Provisória do navio		50 000,00 €	
	NPO354 - cumprimento do preço contratual que vier a ser fixado no contrato de CONSTRUÇÃO, apurado aquando da realização da Receção Definitiva do navio		56 125,00 €	
2031	NPO355 - com a realização da Receção Definitiva do navio	304 868,18 €		360 993,18 €
	NPO355 - cumprimento do preço contratual que vier a ser fixado no contrato de CONSTRUÇÃO, apurado aquando da realização da Receção Definitiva do navio		56 125,00 €	
2032	NPO356 - com a realização da Receção Definitiva do navio	304 868,18 €		360 993,19 €
	NPO356 - cumprimento do preço contratual que vier a ser fixado no contrato de CONSTRUÇÃO, apurado aquando da realização da Receção Definitiva do navio		56 125,00 €	
		0,01 €		
	TOTAL	3 608 250,00 €	636 750,00 €	4 245 000,00 €

15. (...)

Conforme decorre, desde logo, da RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, e do contrato assinado, a IDD assumirá algumas competências do MDN, como será o caso da prática do ato de adjudicação e outorga na esfera do contrato de construção. No entanto, como já se teve oportunidade de assinalar na resposta à questão 5, esse e outros passos que conformam a ação da IDD no âmbito do contrato, são sindicados e submetidos à aprovação do MDN, pelo que, em bom rigor, materialmente, a projeção dos efeitos dos atos a produzir pela IDD, está sujeita à emanação, vinculativa, da decisão do MDN.

Neste sentido, no contexto do procedimento de formação do contrato para a construção dos navios, a escolha do tipo de procedimento adjudicatório a realizar e o respetivo preço-base ou a definição e formulação do tipo contratual público a estabelecer por parte da IDD, será realizada de forma autónoma e diretamente

responsável, mas sempre sob a atividade de coordenação do MDN, através da DGRDN, que reserva na sua esfera jurídica de competências, no contexto contratual em causa, certos poderes típicos da superintendência administrativa, concernentes à conformação da relação contratual estabelecida, devendo a IDD cooperar e colaborar neste particular podendo, no limite, ser até suscitada a anulação e revogação dos atos da IDD, nas matérias que atinjam os fundamentos da satisfação da necessidade em apreço.

Assim, o contrato interadministrativo adotado na relação a constituir entre o MDN e a IDD, autorizado pelo disposto nos artigos 5.º-A e 338.º, do CCP, afigura-se suficiente, na perspetiva deste Ministério, estribada, ainda, na obrigatoriedade que impende sobre a IDD relativamente aos contratos “outorgados em representação do MDN, em execução do Programa de Aquisição dos seis NPO,” serem remetidos a «visto prévio» ou a «declaração de conformidade» pelo Tribunal de Contas.

Diga-se, aliás, que o regime consagrado no artigo 338.º, do CCP, limita-se a amplificar a herança do regime inovador previsto nos artigos 179.º e seguintes do Código de Procedimento Administrativo (CPA) aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, entretanto revogado pelo artigo 14.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 7 de janeiro (que aprovou o CCP), no quadro, designadamente, das relações de cooperação entre os entes públicos. Não é seguramente, um acaso, que a opção de enxertamento daquele regime tenha recaído, precisamente, no CCP.

Na verdade, o regime sinalizado constituiu um traço indelével na composição do exercício dos poderes públicos da Administração, projetada na possibilidade de recorrer aos contratos administrativos para prosseguir as suas atribuições. Mas mais, defendia Vieira de Andrade (CEFA, pág. 101) que, para além dos contratos administrativos nominais consignados no nosso ordenamento jurídico, admitia a faculdade da administração celebrar quaisquer contratos atípicos, apenas com as limitações decorrentes da lei ou da natureza das relações a estabelecer, corolário da tese acolhida no sistema jurídico português “dos contratos administrativos substitutivos e integrativos de atos administrativos”. Esta posição doutrinária já vivificada no CPA aprovado pelo DL n.º 442/91, tem, hoje, pleno eco no art.º 336.º, do CCP, alargada aos “demais contratos sobre o exercício de poderes públicos”.

A autonomia contratual dos contraentes públicos expressa-se, ainda, com relevância para a questão em apreço, num segmento específico dos contratos: os contratos administrativos de cooperação, que resultam da cooperação entre contraentes públicos. A qualificação em torno deste tipo dos contratos administrativos, enquanto instrumento capaz de aquilatar a cooperação entre entes públicos na realização de atribuições comuns ou o cumprimento de deveres legais da mesma natureza tem na sua génese, em particular, a distinta e a notável marca do Professor Sérvulo Correia

(Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, págs. 420 e segs.).

O recurso à modalidade do contrato interadministrativo, consentido pelo artigo 338.º, também daquele diploma, pode assumir roupagens distintas, desde que não ofendam ou contrariem a lei ou a “natureza do poder exercido através do contrato”, não excluindo aquele comando legal a aplicação das disposições constantes da parte III, do CCP. O n.º 2, do artigo 338.º, do CCP, acolhe, claramente, a admissibilidade da sua aplicação, em certas circunstâncias, “pelo qual um deles se submeta ao exercício dos poderes de autoridade pelo outro”, pois, conforme refere Jorge Andrade da Silva (Código comentado e anotado, 2008), “o n.º 1 (...) não afasta a possibilidade da celebração de contratos heterogêneos, que pressupõem alguma subordinação de uma das partes à outra.”.

Firmado no normativo ínsito no n.º 2, do artigo 338.º, do CCP, permitiu-se convocar o artigo 336.º, que praticamente o precede, para (re)definir através da consensualização alcançada pelas partes, sobre o modo do exercício dos poderes públicos pela idD, relativamente à prática de determinados atos administrativos na alçada do MDN. O contrato celebrado conciliou, pois, no seu regaço, a elasticidade, excepcional, conferida com larga margem aos contraentes públicos na edificação dos “compromissos” que densificam os contratos interadministrativos, por um lado, e a importação das regras previstas no artigo 336.º, admitida pelo n.º 2, do artigo 338.º, por outro, e que traduz um adágio sobejamente conhecido e aplicado na interpretação das normas jurídicas: “quem pode o mais, pode o menos”. Por outras palavras, se o artigo 336.º abraça a possibilidade dos particulares concorrerem com o contraente público na definição de parte ou totalidade do ato administrativo, mediante a outorga de um contrato – V. os abundantes exemplos contidos, a este propósito, na anot.^a ao art.º 336.º, do CCP (Código comentado de Jorge Andrade da Silva) -, então, não se descortinaria qualquer razão para que a relação entre dois contraentes públicos não pudesse ser norteadada por idêntico princípio, sabendo, ademais, que, não sendo um princípio absoluto, tratando-se de duas entidades públicas, sobressaem especiais garantias na observação dos parâmetros de legalidade na conformação da respetiva relação.

Isto sem querer dizer que, in casu, o contraente público fosse despido das vestes de autoridade que caracterizam o exercício dos poderes públicos, assumindo o MDN, indiscutivelmente, uma posição altaneira na relação estabelecida com a IDD, face à subordinação jurídica deste no contrato celebrado entre ambos.

Portanto, sem perder de vista os poderes públicos do MDN, o contrato preservou na esfera jurídica do MDN um núcleo de poderes, refletidos, em última análise, num instrumento de “veto”, à sua disposição, sobre as decisões tomadas pela IDD, conforme a melhor explanação já alinhada na resposta à questão ao ponto 5. Dito de

outro modo, qualquer decisão adotada, hipoteticamente, pela IDD, ancorada nas competências do MDN, franqueadas por este contrato, que manche, designadamente, os princípios ou normas legais do CCP que conformam este contrato, soçobra, de imediato, sendo certo que o MDN não hesitará em socorrer-se do referido instrumento, que, povoa, aliás, diversas cláusulas estipuladas no contrato, nos termos já referidos no ponto 5.

Bem vistas as coisas, poder-se-á até afirmar, num plano substantivo, que a decisão de contratar, verdadeiramente, nunca descola totalmente do perímetro das competências do MDN, já que, qualquer desalinhamento da pronúncia da IDD com os valores que inspiram o CCP, autoriza o MDN a laquear os seus efeitos, de acordo, nomeadamente através da figura da “resolução”, invocada no art.º 336.º, conjugado com os artigos 302.º e 307.º, n.º 2, al. a), todos do CCP, tomando com certo que as posições (decisões) relativas das partes assentes, no contrato, não colocam o MDN e a IDD num plano paritário, cedendo a segunda, face à primeira.

Sendo esta a linha de raciocínio que estratifica a opção por este contrato, atípico, reconheça-se, resultante da interação defendida entre os artigos 338.º e 336.º, do CCP, admite-se, contudo, visto de um ângulo conceptual, a possibilidade, subsidiária, do recurso à figura da delegação de poderes prevista no artigo 44.º, n.º 1, in fine, do CPA, enquanto uma exigência formal que se constituirá como necessária ao suporte de transferência do exercício de poderes para a IDD, em concreto, face ao(s) procedimento(s) concursal(ais) a desenvolver que venham a estar previsto(s) no âmbito do Plano Global de Execução do Contrato planeado pela IDD – sujeito à aprovação do MDN, conforme a cláusula 16ª, n.º 1, alínea a) - , atento o facto da IDD ser uma sociedade integrada no perímetro do sector público empresarial da defesa nos termos do artigo 8.º, do Decreto-Lei n.º 183/2014, de 29 de dezembro, submetida à influência dominante do MDN, ao abrigo do disposto no artigo 9.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, cujo escopo concorre para o desenvolvimento da base tecnológica e industrial da defesa na esteira do artigo 1.º, n.º 5, da Lei Orgânica n.º 2/2019, de 17 de junho.

Assim, Sua Excelência o Ministro da Defesa Nacional, habilitado para o efeito pelo n.º 7 da RCM n.º 72/2021, e pelo artigo 109.º, n.ºs 1 e 3, do CCP, em face do(s) efetivos(s) contrato(s) a celebrar tendo em vista a execução do Programa NPO, poderá vir a delegar, na IDD, com maior ou menor extensão, consoante o caso, os poderes que o próprio contrato já admite.

Salienta-se que a possibilidade da delegação de competências em órgão de diferente pessoa coletiva, encontra previsão no n.º 1 do artigo 44.º, do CPA – “Os órgãos administrativos normalmente competentes para decidir em determinada matéria podem, sempre que para tal estejam habilitados por lei, permitir, através de um ato

de delegação de poderes, que outro órgão ou agente da mesma pessoa coletiva ou outro órgão de diferente pessoa coletiva pratique atos administrativos sobre a mesma matéria.” – e acolhimento na doutrina.

Nesta ponderação, não é despiciendo o facto de a IDD, não obstante a sua natureza jurídica empresarial, ser uma “entidade pública reclassificada” (à luz da lei orçamental financiada por “receitas gerais” inscritas no orçamento do programa orçamental da Defesa - art.º 12.º, n.º 1, da LOE 2021) e estar sujeita ao “controlo análogo” do Estado, à semelhança do que acontece com os institutos públicos. E, como nos ensina Marcello Caetano, a propósito das várias categorias de institutos públicos “o que faz com que uma empresa, em sentido económico, possa ser considerada pública, é a conjugação dos capitais públicos com a direção pública, ou seja, os capitais são fornecidos por uma pessoa coletiva de direito público e os órgãos dirigentes da empresa são nomeados e exonerados pelo Governo, ao qual pertencem ainda os poderes de tutela.” (CAETANO, Marcello, Manual de Direito Administrativo, 10ª Edição revista e atualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Tomo I, Coimbra Editora, 1973, pág. 378). Dito de outro modo, por Freitas do Amaral, “as empresas públicas, como de resto todos os institutos públicos, estão sujeitas à intervenção do Governo, que reveste as modalidades da superintendência e da tutela (...) É que, enquanto as autarquias locais são independentes do Estado, as empresas públicas (como os demais institutos públicos) não o são. Gozam de autonomia, é certo, mas não de independência. As empresas públicas não se autoadministram, como as autarquias locais: desenvolvem uma administração estadual indireta.” (AMARAL, Diogo Freitas do, Curso de Direito Administrativo, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1987, pág. 355/358).

Integrando-se a IDD no conceito de “empresa pública”, por força dos artigos 2.º, 3.º, 5.º e 13.º, do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, na sua redação atual, e exercendo o Estado (através do Ministro da tutela e do Ministro das Finanças) uma influência dominante direta, traduzido nos poderes e controlo do Governo, previstos designadamente nos artigos 24.º a 29.º, do referido diploma, não parecem subsistir razões substantivas que obstem à delegação de poderes, entendida como “o acto pelo qual um órgão da Administração, normalmente competente em determinada matéria, permite, de acordo com a lei, que outro órgão ou agente pratiquem atos administrativos sobre a mesma matéria.” (Idem, pág. 633/634), para tanto bastando que estejam reunidos os três requisitos legais, ou seja, para além do ato de delegação propriamente dito, a existência de uma norma habilitante (que preveja expressamente a faculdade de um órgão delegar poderes noutra) e a existência de dois órgãos, o delegante (o normalmente competente) e o delegado (o eventualmente competente), da mesma pessoa coletiva ou de pessoas coletivas distintas. Isso mesmo admite João Caupers, ao afirmar: “Embora a maioria esmagadora dos casos de delegação ocorra,

entre nós no âmbito de relações interorgânicas, ou seja, entre órgãos da mesma pessoa colectiva pública (...) em Portugal, conhecem-se múltiplos casos de delegação entre órgãos de pessoas coletivas diferentes: delegações de competências da câmara municipal nas juntas de freguesia (...), e delegações de membros do Governo em órgãos directivos de institutos públicos. Se nos recordarmos do que noutro ponto se disse quanto ao significado da personalidade colectiva dos entes públicos a que chamámos instrumentais, facilmente se compreenderá que a previsão da delegação nestes de competências de órgãos do Estado resulta de eles não serem tratados como pessoas colectivas autónomas, mas como serviços integrantes da organização estadual.” (CAUPERS, João, *Direito Administrativo I – Guia de Estudo*, Editorial Notícias, 1996). Salienta-se que, no conceito de administração indireta (instrumental), estão incluídos os institutos públicos e as empresas públicas.

16. (...)

A verba prevista na cláusula 4.^a do contrato não será objeto de transferência para a IDD, sendo a sua execução uma competência exclusiva a cargo da Marinha, nos termos da cláusula 1.^a, alínea e), do contrato, de acordo com as dotações inscritas na capacidade Marinha – Patrulha e Fiscalização - conforme mapa anexo à LPM, e conforme decorre do n.º 3 da RCM n.º 72/2021 e do n.º 7 do seu Anexo III.

17. (...)

Tomando como segura a ampla margem de conformação consentida às partes na regulação deste contrato, amplificada pela natureza interadministrativa do contrato (artigos 5.º-A e 338.º do CCP), o “silêncio” previsto no n.º 2 da cláusula 16.^a resulta do acordo gizado entre os outorgantes, enquanto mecanismo que visa imprimir celeridade na condução do Programa NPO+, obstando a situações que, resultado da falta de resposta, inquinassem o cumprimento de prazos na construção dos NPO, iluminado pelo princípio da liberdade contratual, autorizado pelos artigos 279.º e 280.º, n.º 4, do CCP.

Admitindo que o “deferimento tácito” possa emergir, resultado, nomeadamente, de um equívoco na contagem do prazo de 15 dias para a pronúncia do MDN, consagrado no n.º 2 da cláusula 16.^a – não se pretende, note-se, que o “silêncio” possa constituir o paradigma no processo decisório do MDN -, a mesma cláusula 16.^a, no número 3, contém uma solução de recurso que permite que o MDN emita “ordens, instruções e diretivas” suscetíveis de corrigirem os eventuais efeitos perniciosos decorrentes da circunstância de ser tomada uma “decisão” tácita que contrarie as finalidades do Programa NPO - ainda que a ratio da cláusula 16.^a, n.º 3, seja mais abrangente, envolvida pelos poderes de direção e fiscalização do cumprimento do conjunto de obrigações contratuais acopladas à IDD, que vai para além no n.º 2 da cláusula 16.^a, e

não almeje, portanto, prevenir, unicamente, quaisquer efeitos não desejados pelo MDN, ditados pelo seu “silêncio”.

18. (...)

O valor previsto na cláusula 27.^a não se encontra inserido no preço contratual. A percentagem residual do valor de eventuais serviços ou trabalhos complementares correspondente a 1% do preço contratual, reflete a necessidade de balizar a elasticidade conferida pelo artigo 370.º, n.º 4, do CCP, recentemente alterado, consignando assim uma limitação dissuasora de “trabalhos imprevistos” que, a verificar-se, estará sujeita a uma nova autorização de despesa, tudo se passando como se de uma nova “resolução” se tratasse.

(...).”

- x. Em Sessão Diária de Visto de 17-03-2022 foi decidido devolver o contrato à entidade adjudicante, entre outros, para os seguintes efeitos:

“1. Atendendo ao objeto contratual e ao âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 104/2011, indique qual a norma que fundamenta o afastamento do regime de contratação especial previsto no Decreto-Lei n.º 104/2011.

2. Remeta todas as atas respeitantes às reuniões de negociação do contrato em apreço.

3. Demonstre, documentalmente, que os valores dos serviços associados ao contrato se contêm dentro dos preços de mercado para serviços de idêntica natureza, remetendo toda a documentação que serviu de suporte à decisão de contratar sem sujeição às regras da concorrência.

4. Remeta os estudos realizados nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 18.º da Lei de Enquadramento Orçamental que antecederam a aprovação do programa de aquisição de seis navios de patrulha oceânicos (NPO), neles evidenciando a parte relativa ao contrato em apreço.

5. Pondere proceder à retificação do clausulado contratual, através de adenda, de forma a eliminar do mesmo a possibilidade de subcontratação prevista na cláusula 28.^a.

(...).”

- y. A entidade Requerente veio responder àquela notificação através de email datado de 27-04-2022 (registo n.º 6539/2022), nos seguintes termos:

“1. (...)

Conforme sublinhado na resposta anterior formulada por esta Direção-Geral de Recursos da Defesa Nacional, relativamente à questão suscitada no ponto 2 do texto anexo ao Of.º DFP – 3612/2022, de 8 de fevereiro, a integração da Diretiva n.º 2009/81/CE (Diretiva da Defesa) no ordenamento jurídico nacional, através do

Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, não inibe ou afasta o recurso às soluções contempladas no regime regra da contratação pública adotado pela Diretiva n.º 2014/24/EU (Diretiva Clássica), e enxertadas no CCP, na esteira da linha da orientação pugnada no ponto 2.1 da Comunicação 2019/C 157/01, da Comissão Europeia (Publicada no JOUE C 157/01 de 8.5.2019).

E tanto assim é, que o próprio artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, admite o convívio entre um e outro diploma, prevendo a aplicação, subsidiária, do CCP, em tudo o que não esteja regulado naquele diploma.

É, pois, o comando legal ínsito no artigo 73.º, do Decreto-Lei n.º 104/2011, que autoriza o recurso ao disposto no artigo 5.º-A, do CCP, sabendo que o Decreto-Lei n.º 104/2011 não contém uma norma que perfilhe uma solução idêntica ou análoga à prevista naquele dispositivo do CCP, o qual se afigura decisivo na promoção de uma solução consentânea com a natureza das entidades envolvidas, partes no contrato.

2. (...)

A documentação relevante referente à negociação do contrato foi já enviada a esse Tribunal em sede da resposta anterior, nomeadamente os documentos que marcam o início e o final do processo negocial, do qual, formalmente, não foram lavradas atas.

3. (...)

Para o efeito, enviam-se em anexo dois Sales Agreement celebrados com a NSPA (Nato Support Procurement Agency), que atestam o valor (fee) cobrado por esta Agência em serviços similares:

- Elemento Complementar_3_SA PRT 53 AAA*
- Elemento Complementar_3_SA PRT 62 RC*

4. (...)

Sobre esta questão reitera-se o explanado na resposta anterior no sentido de que os estudos que antecederam a aprovação do Programa NPO, alicerçam-se, não nos estudos a que se refere o n.º 3 do artigo 18.º da LEO, mas sim na documentação estruturante relativa às capacidades militares - nomeadamente Missões das Forças Armadas 2014 (MIFA 2014), Conceito Estratégico Militar (CEM 2014) e Sistema de Forças 2014 (SF 2014) – que conformaram a informação com base na qual a Assembleia da República, autorizou e integrou, na Lei de Programação Militar (LPM), aprovada pela Lei Orgânica n.º 2/2019 de 17 de junho, o Programa de Aquisição de Seis Navios de Patrulha Oceânicos (Programa NPO) e o respetivo financiamento.

Ademais, afigura-se que a necessidade dos estudos a que se refere o n.º 3 do artigo 18.º da LEO - “3 - Sem prejuízo do disposto nos números anteriores a avaliação da economia, da eficiência e da eficácia de investimentos públicos que envolvam montantes totais 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.” – se encontra satisfeita através dos mapas financeiros que acompanham a LPM enquanto ‘plano ou programa plurianual legalmente aprovado’, onde constam as estimativas das incidências orçamentais, ano a ano e globais, conforme mapa Anexo à LPM (anexo a que se refere o n.º 1 do artigo 1.º da LPM).

Pese embora o suprarreferido, importa salientar o seguinte:

Os NPO da classe «Viana do Castelo» destinam-se a prover a edificação da capacidade de patrulha e vigilância, com os 10 NPO previstos no sistema de forças, aprovado pelo Conselho Superior de Defesa Nacional, nos termos do artigo 5.º da Lei Orgânica de Bases da Organização das Forças Armadas, aprovada pela Lei Orgânica n.º 2/2021, de 9 de agosto.

O espectro de missões previstas na capacidade de patrulha e vigilância são nomeadamente o de patrulha dos espaços marítimos sob soberania, jurisdição ou responsabilidade nacional, no cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português no âmbito da salvaguarda da vida humana no mar e da busca e salvamento marítimo, designadamente os decorrentes das convenções Safety of Life at Sea (SOLAS - 1974) e Maritime Search and Rescue (SAR - 1979). Além disso, esses navios são também fundamentais para assegurar a fiscalização da pesca, o controlo dos esquemas de separação de tráfego, a prevenção e combate à poluição marítima, bem como a prevenção e combate a atividades ilegais como o narcotráfico, a imigração ilegal, o tráfico de pessoas ou armas e outros ilícitos, em colaboração com outras autoridades nacionais e europeias.

No âmbito da capacidade, pretende-se também assegurar o empenhamento de meios navais oceânicos em missões de capacitação operacional marítima dos Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa e uma contribuição mais expressiva em operações de segurança cooperativa no âmbito da Iniciativa 5+5 e da União Europeia (UE), designadamente no combate às redes de migração irregular, no âmbito da Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira, e na preservação dos recursos piscícolas, no quadro da Organização das Pescarias do Noroeste Atlântico e da Comissão de Pescas do Atlântico Nordeste.

Existe, por outro lado, a necessidade de dotar os novos navios com capacidades multifunções que lhes acrescentem flexibilidade de emprego operacional e que permitam contribuir e dar resposta a missões no extremo superior do espectro de empenhamentos, com particular realce para a guerra de minas, a vigilância submarina, a projeção de força e a recolha de informações operacionais. Essas capacidades acrescidas permitirão empregar meios no quadro da Organização do Tratado do Atlântico Norte, através da possível participação no âmbito da segurança coletiva, viabilizando também o empenhamento destes meios navais no contexto da

Organização das Nações Unidas e da UE, em missões de segurança marítima e em operações de paz.

No presente, esta capacidade tem sido assegurada recorrendo a quatro NPO e às duas corvetas das classes «João Coutinho» e «Baptista de Andrade» (que restam das 10 iniciais), estas com 46 e 50 anos de idade e que há muito ultrapassaram a estimativa de vida útil de 35 anos para a qual foram projetadas.

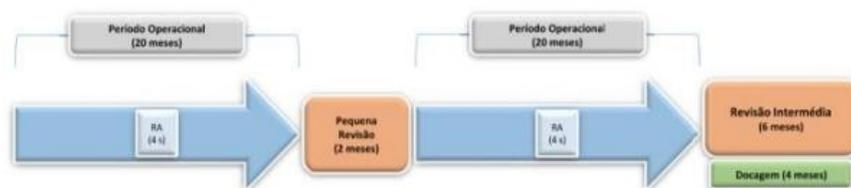
Por se ter ultrapassado largamente a vida útil das corvetas, verifica-se em concomitância um significativo desgaste/fadiga das plataformas, bem como uma obsolescência generalizada dos sistemas e equipamentos instalados, pelo que se considera não ser economicamente viável a realização de ações de manutenção de regeneração, executando-se apenas as estritamente necessárias para garantir os padrões mínimos de operacionalidade e de segurança destes meios.

Os quatro NPO, entretanto, construídos, têm cumprido, de uma forma reconhecidamente satisfatória, as missões que lhes foram sendo atribuídas, demonstrando a sua polivalência e excelentes capacidades para suportar o mar, sendo, contudo, em número significativamente insuficiente para garantir as obrigações do Estado e da Marinha no mar.

Procura-se assim, com a conclusão deste programa, garantir a edificação da capacidade de patrulha e vigilância com meios que cumpram o largo espectro de missões a atribuir, que sejam tecnologicamente evoluídos e que permitam obter um conjunto alargado de ganhos de eficiência pela sua gestão integrada, tanto na sua componente de operação como de manutenção.

Estatisticamente, nas Marinhas, a relação de custos entre a aquisição de sistemas e a sua operação e manutenção é de um para três unidades monetárias (Melo, Gouveia 2019. Uma Marinha útil e minimamente significativa. Comissão Cultural de Marinha, Cadernos Navais n.º 53 julho – setembro, ISBN: 978-989-8159-92-2), pelo que, considerando que o programa de aquisição dos 6 navios orça em 352.000.000,00 €, estima-se os encargos com a operação e manutenção, ao longo dos 35 anos do seu ciclo de vida, em cerca 1.055.800.000,00 €, conforme granulado nos pontos seguintes.

No que à manutenção planeada dos navios concerne, está estabelecido um ciclo operacional de 48 meses, repetível ao longo da sua vida útil, e que prevê ações de manutenção com diferentes alcances (conforme ilustração infra).



Adicionalmente, considerando um custo não recorrente referente à componente de modernização de meio de vida (cerca de 25% do custo dos navios), imperativa para a manutenção das capacidades operacionais e à sustentação logística do meio naval, estima-se que o encargo global de manutenção, ao longo do ciclo de vida, para todos os navios, seja de 438.300.000 €.

Relativamente à operação, considerando o conceito de emprego padrão destes navios (220 dias de missão/60 % de navegação), influenciado, em grande medida, pelo facto da guarnição dos NPO ser 37% inferior à das corvetas, e atento ao histórico existente, estima-se que o custo de operação dos NPO seja cerca de 27% inferior ao de uma corveta (quadro infra), o que representa um encargo total, para os 6 navios ao longo dos 35 anos de vida útil, de cerca de 617.500.000 €.

CLASSE NAVIO	DIAS MISSÃO	GUARN	COMBUS	LUB	VENCIMENTOS	SUPLEMENTO EMBARQUE	ALIMENTAÇÃO	TOTAL ANUAL POR NAVIO
CORV	220	70	1 262 494,25 €	16 308,86 €	2 450 000,00 €	200 200,00 €	95 903,50 €	4 024 906,62 €
NPO'S	220	44	1 207 075,48 €	7 244,90 €	1 540 000,00 €	125 840,00 €	60 282,20 €	2 940 442,58 €
% DIF		-37%	-4%	-56%	-37%	-37%	-37%	-27%

Já quanto ao valor do contrato ora em apreço dado o âmbito dos serviços a contratar, aponta-se que este não provoca outras incidências orçamentais e financeiras para além das já previstas na LPM, na RCM n.º 72/2021 e no plano de pagamentos previsto e já conhecido desse Tribunal.

5. (...)

Não obstante se reiterar a fundamentação constante da resposta anterior formulada por esta Direção-Geral, que propugna pela possibilidade de subcontratação desde que, eventuais subcontratados, reúnam as mesmas condições que permitiram a contratação da IdD à luz do artigo 5.º-A, n.º 1, do CCP, tendo em vista ir ao encontro da recomendação ventilada por esse Tribunal, foi acolhida, pelas partes, a alteração da cláusula 28.ª do contrato, a qual veda a possibilidade de recurso à subcontratação para a prestação dos serviços contratualizados à IdD, bem como à cessação da posição contratual, conforme adenda que se junta em anexo.”

z. Em Sessão Diária de Visto de 06/05/2022 foi decidido devolver novamente o contrato à entidade adjudicante para ulterior pronúncia, nos seguintes termos:

“1. Atento o disposto nos artigos 2.º e 3.º da LPM e no n.º 2, do artigo 4.º da LOMDN, esclareça como considera legalmente possível a atribuição da competência para a gestão da aquisição dos 6 NPO à IDD, uma vez que as competências que resultam de tal atribuição não parecem ser passíveis de delegação em entidades que não integram os serviços centrais do MDN;

2. Sem prejuízo da questão anterior, demonstre, justificadamente, que a despesa que o contrato em apreço comporta se pode considerar como estando incluída no

âmbito dos investimentos públicos das Forças Armadas, a que respeita o n.º 1 do artigo 1.º da LPM;

- 3. Enquadre ainda a prestação de serviços em apreço no âmbito do objeto social da IDD, demonstrando que o mesmo se insere nas atribuições que lhe estão legalmente atribuídas;*
- 4. Atendendo à missão e know how da Armada Portuguesa, esclareça como considera que a gestão da aquisição dos 6 navios NPO, se encontra melhor acometida à IDD;*
- 5. Atendendo a que não se considera estar ainda demonstrado, nem por via dos estudos prévia, nem por via da documentação relativa a “Sales Agreement” celebrados com a NSPA, insiste-se para que demonstre que a decisão de contratar os serviços em apreço (e não a aquisição dos NPOs) foi devida e legalmente fundamentada, com base em estudos de custo-benefício, que abordem as matérias da economia, eficácia e eficiência da celebração do contrato em apreço, com a IDD, com comparação com outras alternativas, quer sejam por via de externalização, quer por via de utilização de recursos internos;*
- 6. Na sequência da questão anterior, demonstre detalhadamente, a adequação dos preços relativos a cada componente do objeto contratual;*
- 7. Tendo presente a natureza do contrato em apreço, bem como o objeto do mesmo, esclareça de que forma considera que o superior interesse segurança e defesa nacional se encontra devidamente acautelado por uma entidade externa às Forças Armadas.”*

- aa.** A entidade requerente veio responder àquela notificação através de email datado de 25/05/2022 (registo n.º 7862/2022), nos seguintes termos:

“1. (...)

Conforme salientado na resposta formulada pela Direção-geral de Recursos da Defesa Nacional (DGRDN) às questões suscitadas nos pontos 15 e 16 do V/Of.º DFP – 3612/2022, de 8 de fevereiro, para as quais se remete, a gestão pela IDD do programa de aquisição dos seis NPO resultada determinação expressa na RCM n.º 72/2021. Todavia, este aspeto não significa que o mesmo se encontre eximido do controle do MDN, nos termos fixados no contrato interadministrativo celebrado com a IDD, à luz do artigo 338.º, do CCP.

Efetivamente, n.º 1 do artigo 2.º da LPM atribui ao Governo a competência para promover a execução do objeto compreendido na presente Lei, a qual é, tendencialmente, centralizada nos serviços centrais do Ministério da Defesa Nacional (MDN), determinando o n.º 2 que tal execução se concretiza através da assunção dos compromissos necessários para implementação das capacidades nela previstas.

Os artigos 2.º e 3.º da LPM remetem-nos, pois, para um plano que cai na alçada da decisão e do acompanhamento político-financeiro, respetivamente, do Governo e da Assembleia da República, que não é posto em causa neste Programa, na medida que os mecanismos de controle da execução do contrato celebrado com a IDD, por um lado, e as verbas acopladas a este Programa, por outro, mantêm-se em ambos os casos na esfera da competência dos serviços centrais do MDN.

A circunstância do citado artigo 2.º, n.º 1, da LPM, conferir, tendencialmente, aos serviços centrais do MDN a promoção da execução da LPM não é, quanto a nós, de todo incompatível com a opção assumida ou, pelo menos, não se traduz numa impossibilidade absoluta da “transferência” das atribuições do MDN para a IDD no que diz respeito à condução dos procedimentos de contratação, conforme resulta, aliás, do n.º 3 do artigo 6º da LPM, sendo certo que são planos distintos.

Na realidade, no que refere à condução dos procedimentos de contratação, o artigo 6.º, n.º 1, conjugado com o n.º 2 do mesmo artigo, da LPM, esclarece que os respetivos procedimentos podem ser conduzidos de forma centralizada pelos serviços centrais do MDN, não excluindo, porém, que outras entidades possam desenvolver tais procedimentos. Tanto assim é que o n.º 3 daquele artigo admite que tais procedimentos possam ser conduzidos de forma descentralizada.

Por outro lado, importa reiterar que, conforme sublinhado na RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, a IDD é uma entidade pública, com natureza empresarial, que irá assegurar a gestão do Programa NPO em articulação com os serviços centrais do MDN, concretamente, com a DGRDN. Neste âmbito, e nos termos do contrato submetido à apreciação desse douto Tribunal, a IDD irá prestar serviços de gestão do Programa NPO, prosseguindo, em articulação com a DGRDN e com a Marinha portuguesa, as atividades associadas à condução dos procedimentos de contratação respeitantes à construção, à revisão do projeto de engenharia e ao fornecimento dos bens e serviços de apoio logístico para sustentar o ciclo de vida dos Navios.

Recorde-se, por último que a IDD é detida exclusivamente pelo Estado português, não podendo, ainda que parcialmente, ser participada por entidades que não pertençam ao setor público (artigo 3.º, n.º 3 dos Estatutos) e foi criada por prosseguir finalidades públicas que lhe foram confiadas estatutariamente pelo MDN. Nos termos do artigo 2º dos Estatutos, a IDD foi criada para prosseguir o seguinte objeto social:

Artigo Segundo

(Objeto)

1. A sociedade tem por objeto:

- a) Assegurar a interface I&D entre a Economia da Defesa e os Centros de Investigação e Desenvolvimento das Universidades Portuguesas;
- b) Gerir as participações sociais que lhe estejam cometidas;

- c) Assegurar a interface público/privado na Economia da Defesa;*
- d) Apoiar as operações de rentabilização de património na área da Defesa Nacional, nomeadamente no âmbito da execução da respetiva Lei de Infraestruturas e gerir o património da Defesa Nacional que lhe seja cometido, em articulação com a Direção-Geral de Recursos da Defesa Nacional (DGRDN) e a Estamo, Participações Imobiliárias, S.A.;*
- e) Assessorar as transações de equipamentos militares, nomeadamente no âmbito da execução da Lei de Programação Militar, em articulação com a DGRDN;*
- f) Assegurar a conceção, a indústria, o comércio e a manutenção de material de defesa e de desmilitarização de munições e outros acessórios, a conversão de materiais e ainda todas as atividades e produtos que com eles se relacionem.*

Com efeito, ainda que a IdD não se compreenda nos serviços centrais do MDN referidos no n.º 2 do artigo 4.º da LOMDN, integra-se, todavia, no seu perímetro empresarial conforme o disposto no artigo 8.º da LOMDN, constituindo uma das entidades através das quais este Ministério prossegue as suas atribuições, conforme resulta do artigo 3.º:

“O MDN prossegue as suas atribuições através das Forças Armadas e dos serviços integrados na administração direta do Estado, de organismos integrados na administração indireta do Estado, de órgãos consultivos, de outras estruturas e de entidades integradas no setor empresarial do Estado.”.

2. (...)

Em complemento à resposta às questões suscitadas nos pontos 11 e 4, respetivamente, dos V./ Of. DFP – 3612/2022, de 8 de fevereiro, e DFP - 8916/2022, de 18 de março, os encargos com o contrato em apreço inscrevem-se na dotação financeira prevista no mapa anexo à LPM, a que se refere o n.º 1, do seu artigo 4º, na capacidade Marinha-Patrolha e fiscalização. Com efeito, o investimento público nas Forças Armadas em matéria de armamento e equipamento, concretizado nas dotações aprovadas pela LPM, pela sua dimensão, complexidade e natureza, não pode deixar de ser entendido como abrangendo todos os encargos necessários à concretização da edificação da respetiva capacidade (artigo 1.º, n.º 1, da LPM), incluindo as despesas administrativas como, por exemplo, as relativas a assessorias técnicas ou à gestão, acompanhamento da execução e fiscalização dos programas.

Entende-se assim, que a contraprestação da IDD decorrente dos serviços de gestão do Programa, incluindo a tramitação do procedimento de contratação relativo à construção dos seis NPO, integra-se na referida dotação, a título de custos relativos aos serviços prestados, os quais embora tenham uma natureza instrumental, são essenciais à concretização das prestações principais do Programa NPO.

3. (...)

A prestação de serviços compreendidos no objeto da RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, e do contrato em apreço, enquadra-se no objeto social da IDD, encontrando fundamento estatutário na alínea e) do n.º 1 do artigo 2.º dos seus Estatutos, que comete à IDD:

e) Assessorar as transações de equipamentos militares, nomeadamente no âmbito da execução da Lei de Programação Militar, em articulação com a DGRDN”.

4. (...)

A missão e o know how da Armada Portuguesa encontram-se plenamente salvaguardados, conforme tivemos oportunidade de enfatizar na resposta às questões referidas nos pontos 1 e 5 do V/ Of.º DFP – 3612/2022, de 8 de fevereiro, na medida em que estamos perante planos distintos de atuação.

Desde logo, porque o objeto da prestação de serviços que a IDD irá desenvolver se encontra perfeitamente delimitado, abarcando a prossecução de atividades de natureza administrativa-jurídica conexas com a prossecução do procedimento de formação do contrato com o construtor naval, balizadas por critérios técnico-navais previamente demarcados. Com efeito, a definição das especificações técnicas (ERNPO3S), incluindo as alterações e ajustamentos técnicos que sejam necessários efetuar em resultado da revisão do projeto de engenharia, são competência da Marinha Portuguesa, mais concretamente, da Autoridade para as Modificações Técnicas, conforme previsto na cláusula 1ª, alínea a), do contrato em apreço. Efetivamente, as ERNPO3S – da autoria da Marinha através da Autoridade para as Modificações referida – contém a especificação de requisitos para a construção dos navios, incluindo as características, especificações, quantidades e requisitos técnicos, operacionais e de desempenho dos NPO, aplicáveis à revisão do projeto de engenharia, à construção dos navios, aos bens e serviços de apoio logístico e ao acompanhamento e fiscalização da construção, que poderá ser objeto de construção (cf. alínea f) da cláusula 1ª do contrato).

Concomitantemente, nos termos do n.º 6 da RCM n.º 72/2021, será a Equipa de Acompanhamento e Fiscalização (EAF), da qual farão parte representantes da Marinha, que realizará as atividades de direção, acompanhamento e fiscalização técnicas da construção dos Navios, de forma permanente e ininterrupta até à receção definitiva do último Navio (cf. alínea d) da cláusula 1ª, e alínea c), da cláusula 8ª).

Por seu lado, as atividades a desenvolver pela IDD no âmbito da gestão do Programa NPO encontram-se elencadas na cláusula 15ª do contrato, subsumindo-se aos demais aspetos da execução e gestão daquele Programa, incluindo as funções cometidas ao gestor do contrato de construção a celebrar.

É aliás a circunstância de a execução deste Programa envolver, de acordo com as respetivas competências, as entidades em causa, que se prevê, na cláusula 9.º do contrato, a criação de uma Equipa Conjunta de Coordenação, que será responsável por assegurar a colaboração entre as entidades envolvidas, em respeito das funções a cargo de cada uma delas.

5. (...)

Em complemento às respostas relativas às questões suscitadas nos pontos 7, b), c) e d) do V/Of.º DFP – 3612/2022, de 8 de fevereiro, e 3 e 4, do V/Of.º DFP – 8916/2022, de 18 de março, importa assinalar que a próxima série de NPO (a 3.ª) poderá - mantendo o seu carácter de duplo-uso e enquanto plataforma de alto valor operacional, possuidora de grande flexibilidade de emprego e de elevada adaptabilidade para acomodar a incorporação de novas tecnologia - desempenhar missões militares, em especial de recolha de informações/vigilância submarina, reforçando significativamente o contributo de Portugal para o esforço de defesa comum da Organização do Tratado do Atlântico Norte (NATO) e da União Europeia (EU), num ambiente de grande incerteza estratégica.

Por este motivo, o Programa NPO é uma prioridade para o interesse nacional, refletido pela aprovação da Lei Orgânica n.º 2/2019, de 17 de junho, que procedeu à revisão da LPM e na RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, que incluiu nas suas dotações as verbas necessárias para concretizar o programa de construção da 3.ª série de NPO.

Convém referir, neste particular, que “compete ao Governo, sob direção e supervisão do membro do Governo responsável pela área da defesa nacional, promover a execução da presente lei, a qual é, tendencialmente, centralizada nos serviços centrais do Ministério da Defesa Nacional, sem prejuízo da competência da Assembleia da República”, conforme previsto no n.º 1, do artigo 2.º, da LPM.

Embora possa parecer “redundante” a citação de legislação, designadamente o previsto nos n.ºs 2, 3 e 4, do artigo 1.º da LPM, importa não perder de vista o aí estatuído e aprovado por inédito consenso político, pela Assembleia da República, permitindo-nos sublinhar o texto com alguns aspetos relevantes para o tema em análise:

“2 — As capacidades inscritas na presente lei são as necessárias à consecução dos objetivos de forças decorrentes do planeamento de forças, tendo em conta a inerente programação financeira, garantindo uma visão coerente e integrada da defesa nacional e respondendo a objetivos de interoperabilidade, flexibilidade e adaptabilidade.

3 — A interoperabilidade, flexibilidade e adaptabilidade são promovidas através da aquisição de meios que permitam operações conjuntas e que maximizem as diferentes valências presentes nas Forças Armadas, respondendo às necessidades de defesa no atual ambiente de segurança internacional.

4 — A presente lei visa também promover o duplo uso das capacidades militares, permitindo, em respeito pelo enquadramento constitucional, responder a necessidades no âmbito de missões civis.

5 — A presente lei visa ainda, respeitando as regras em matéria de concorrência, potenciar o investimento na economia nacional, através das indústrias da defesa, do apoio à inovação e ao desenvolvimento, e da criação de emprego qualificado, constituindo-se como uma alavanca para o desenvolvimento da Base Tecnológica e Industrial de Defesa.

Foi neste sentido que se decidiu que “a gestão do programa de aquisição de seis NPO fosse cometida à IdD, S. A., em articulação com a Direção-Geral de Recursos da Defesa Nacional e com a Marinha Portuguesa, explorando, na máxima extensão possível, as possibilidades conferidas designadamente pelo artigo 5.º-A do Código dos Contratos Públicos”.

Isto é, fazendo uso das virtualidades da IDD, a qual, reitera-se, não executará financeiramente o contrato de aquisição do Programa de Aquisição dos NPO, pretende-se, seguindo-se, aliás, um modelo concetual análogo e inspirado num modelo com anos de maturidade e provas dadas utilizado pela “NATO Support and Procurement Agency” (NSPA) o qual, com base em um contrato prévio celebrado com o País cliente (“Sales Agreement”), atua e gere programas de aquisição em nome do cliente e celebra, por conta deste, contratos com os fornecedores de material militar. A NSPA, enquanto entidade que não pode gerar lucros nem apresentar prejuízos, aplica uma “fee” relativo aos serviços prestados, que pode variar entre 3% a 6% ou, nalguns casos, até superior.

À semelhança do que acontece em Espanha ou na Holanda, a IDD foi criada para exercer competências de assessoria no âmbito da aquisição, gestão do ciclo de vida e alienação/desativação dos equipamentos militares, com ganhos de eficiência e eficácia para o MDN.

Trata-se, portanto, de um modelo semelhante aos designados “contratos chave na mão”, ou seja, de gestão completa de Programas de aquisições militares complexos, em que a IDD tem a função de assegurar a execução de todo o processo, desde a aquisição à entrada em operação, incluindo a monitorização da manutenção e a venda, preferencialmente, antes do fim da vida útil dos equipamentos (ciclos longos de 30 a 40 anos).

Tratando-se de processos de contratação altamente especializados e de elevado risco financeiro, torna-se fundamental assegurar uma gestão integrada, conduzida por equipas multidisciplinares, dotadas dos necessários conhecimentos jurídicos, técnicos e financeiros, que a IDD, pela sua especial vocação, tem vantagem em concretizar.

Para validar esta metodologia, do ponto de vista da sua economicidade, eficácia e eficiência, utilizou-se, pois, como fator comparador, os contratos celebrados pela NSPA. No caso da IDD, a gestão do Programa NPO compreende todo o período da sua extensa duração, cerca de 10 anos, em contrapartida de uma remuneração que representa 1,5% do valor afeto à construção dos 6 NPO (283 milhões de euros), valor esse que contrasta fortemente com o valor praticado pela NSPA, o qual, tendo em conta a dimensão e complexidade do programa, poderia atingir 6% do valor do programa, ou seja, 17 milhões de euros.

Note-se que este modelo é inovador em Portugal e apenas agora está a ser testado. De todo o modo, conforme preconizado na RCM n.º 72/2021, considera-se que esta solução permite, respeitando as regras da concorrência a que se encontra vinculada, potenciar a economia de defesa, em particular, e o investimento na economia nacional, no geral, garantindo o retorno nacional do investimento efetuado.

Seguramente que ela constitui um ensaio para outro tipo de estratégia no tocante à atividade das indústrias da defesa nacional, imprimindo outro rumo, que não se confunde com o vetor industrial a que tradicionalmente está associado, vocacionando, in casu, a IDD, para a assunção de um papel congregador e de escala na gestão de recursos, focada, em particular, no desenvolvimento das indústrias de defesa nacional, e que este Programa procura figurar como exemplo inovador.

6. (...)

Relativamente a esta questão, não existem outros dados para além daqueles que foram reportados na nossa resposta à questão alinhada no ponto 7, a), b) e c), do V/Of.º DFP – 3612/2022, de 8 de fevereiro.

7. (...)

Julgamos que a resposta a esta questão se encontra nas respostas dadas às questões precedentes 1, 3, e 4. Efetivamente, embora a IDD configure uma entidade externa à estrutura orgânica das Forças Armadas, é também uma entidade inserida no perímetro da Defesa, encontrando-se o seu objeto social (identificado em 1) e as atividades por esta desenvolvidas perfeitamente enquadradas no âmbito da segurança e defesa nacional, confere se extrai do artigo 3.º da LOMDN.

Das atividades desenvolvidas pela IDD destacam-se:

- a) *A gestão das participações do Estado nas Empresas ligadas à segurança e à defesa: Arsenal do Alfeite, ETI, Navalrocha, OGMA, EID, EDISOFT e Extra - Explosivos da Trafaria). O Arsenal do Alfeite presta serviços de construção, manutenção e reparação de navios, sistemas de armamento e de equipamentos militares e de segurança da Marinha Portuguesa e de outras Marinhas da NATO; a ETI (EMPORDEF – Tecnologias de Informação, S.A.) atua no mercado do Virtual Training, desenvolvendo*

sistemas para formação e simulação e soluções de apoio à manutenção nos setores aeronáutico, segurança e defesa; a Navalrocha – Sociedade de Construção e Reparações Navais, S.A. é um estaleiro que oferece soluções one-stop-shop de reparação naval; a OGMA – Indústria Aeronáutica de Portugal, S.A. tem por objeto a fabricação de aeroestruturas e da manutenção e reparação de aeronaves; a EID – Empresa de Investigação e Desenvolvimento de Eletrónica, S.A. desenvolve, produz e fornece equipamentos e sistemas avançados para o setor da defesa, nas áreas das Comunicações Navais, Comunicações Táticas, Comunicações Militares e Integração de Sistemas; a EDISOFT – Empresa de Serviços e Desenvolvimento de Software, S.A. desenvolve soluções de engenharia de software, integração de sistemas e consultoria tecnológica para sistemas críticos em meio terrestre, marítimo, espacial ou no ciberespaço para os mercados da defesa e civil; a Extra – Explosivos da Trafaria, S.A. é uma empresa de eliminação de materiais energéticos;

- b) A atividade de desmilitarização de munições, explosivos e outros acessórios provenientes das Forças Armadas; e
- c) A atividade de gestão do património da defesa nacional, em execução da Lei de Infraestruturas Militares (em articulação com a DGRDN e a ESTAMO).

Como se pode observar, a atividade desenvolvida pela IDD concorre para a prossecução da política de defesa nacional. Por esta razão, as ações representativas do seu capital social pertencem exclusivamente ao Estado, a pessoas coletivas de direito público ou a empresas públicas do setor empresarial do Estado, conforme determinado o n.º 3 do artigo 3.º dos seus Estatutos.

Acresce, por último, que a equipa da IDD, desde ao nível do seu conselho de administração, como dos seus diretores e demais colaboradores, possui as adequadas credenciações de segurança nacionais, da União Europeia e Nato, em grau adequado às respetivas competências, emitidas pelo Gabinete Nacional de Segurança (GNS).”

II.2. FACTOS NÃO PROVADOS

- 6. Com relevo para a decisão final de fiscalização prévia não há factos que se devam considerar não provados.

II.3 MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

7. A consideração como provada da matéria de facto acima elencada baseou-se no expreso reconhecimento de factos pelo requerente e na prova documental por ele fornecida, tendo o tribunal extraído os factos diretamente dos documentos apresentados e esclarecimentos prestados.

III - DE DIREITO

8. As principais questões a apreciar no presente acórdão são as seguintes:
- a) O regime legal aplicável à formação do contrato submetido a fiscalização;
 - b) A conseqüente análise da legalidade ou ilegalidade do procedimento seguido para a formação do contrato e suas conseqüências jurídicas;
 - c) As conseqüências da análise efetuada ao nível da concessão ou recusa do visto.

a) O regime legal aplicável à formação do contrato submetido a fiscalização

9. O contrato submetido a fiscalização tem por objeto *“a Gestão do Programa de Aquisição de Seis Navios de Patrulha Oceânicos (NPO) da Classe “Viana do Castelo” Destinados à Marinha Portuguesa”, gestão essa “a assegurar pela Portugal Defence, relativo à aquisição de seis Navios de Patrulha Oceânicos, da classe “Viana do Castelo”, destinados à Marinha Portuguesa, para a totalidade da duração do mesmo e mediante um preço máximo global e parcial fixo, e data certa, e que compreende a revisão do projeto de engenharia, o fornecimento de seis NPO e dos bens e serviços de apoio logístico para sustentar o respetivo ciclo de vida”.*
10. Insere-se este contrato no âmbito da execução da Lei de Programação Militar (LPM – Lei Orgânica n.º 2/2019, de 17 de junho), na qual se previu a alocação das verbas necessárias para a aquisição de navios como aqueles a cuja gestão do processo de aquisição se destina o contrato em apreço.
11. Os navios a adquirir, de acordo com as informações prestadas pela entidade requerente, têm como finalidade:
- “1) *Assegurar uma adequada mobilidade e capacidade para o exercício de uma ação continuada de vigilância, controlo e fiscalização nos espaços marítimos sob soberania e jurisdição nacionais, designadamente em áreas oceânicas da Zona Económica Exclusiva e da plataforma continental, assim como a busca e salvamento nas áreas marítimas sob responsabilidade nacional [Search And Rescue (SAR)];*
 - 2) *Participar, no plano da cooperação internacional, em ações combinadas visando a segurança no mar (e.g. Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira - FRONTEX), bem como a fiscalização no âmbito de acordos internacionais relativos à exploração dos recursos*

naturais (e.g Northwest Atlantic Fisheries Organization (NAFO) ou North East Atlantic Fisheries Commission (NEAFC));

- 3) *Executar tarefas de âmbito diverso, designadamente o apoio:*
- i. A missões operacionais atribuídas aos meios combatentes (como a guerra de minas);*
 - ii. Ao controlo das fronteiras marítimas e da imigração ilegal;*
 - iii. A ações contra o narcotráfico;*
 - iv. À assistência às populações em caso de acidente, catástrofe e de calamidade pública.*
12. Face à natureza do objeto contratual *sub judice*, importa fazer o enquadramento jurídico da situação, analisando a evolução das regras de contratação pública (europeia e nacionais) no que diz respeito ao setor da defesa.
13. Com o objetivo de eliminar as distorções às liberdades fundamentais comunitárias, desde o início do processo de integração europeia houve a preocupação definir regras comuns no âmbito da contratação pública, assim assegurando a transparência e igualdade de acesso ao mercado de todos os operadores atuando no mercado comum.
14. Porém, ao mesmo tempo sempre sentiram os Estados-membros a necessidade de salvaguardar as questões relacionadas com a defesa e segurança, evitando a sua total comunitarização.
15. Nessa medida, o art.º 223.º (posteriormente art.º 296.º) do Tratado que institui a Comunidade Europeia (atual art.º 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), estatua que:
- “1. As disposições dos Tratados não prejudicam a aplicação das seguintes regras:*
- 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 proteção 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 devem alterar as condições de concorrência no mercado interno no que diz respeito aos produtos não destinados a fins especificamente militares.*
- 2. O Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, pode introduzir modificações nesta lista, que foi fixada em 15 de abril de 1958, dos produtos aos quais se aplicam as disposições da alínea b) do n.º 1.”*
16. A aplicação desta norma à contratação pública não deveria significar, porém, uma total exclusão da aplicabilidade das regras gerais da contratação aos contratos em matéria de

defesa, mercado que, pela sua importância económica e relevância estratégica, não poderia nem deveria ficar de fora das regras do mercado interno.

17. Por isso, e em coerência com esta preocupação dos tratados, as normas europeias em matéria de contratação pública não excluía liminarmente do seu âmbito de aplicação os contratos do domínio da defesa, mas apenas os produtos que se enquadrassem na alínea b) do citado art.º 296.º - v. art.º 3.º da Diretiva 93/36/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos públicos de fornecimento: *“sem prejuízo do disposto nos artigos 2.º e 4.º e no n.º 1 do artigo 5.º, a presente diretiva aplica-se a todos os produtos abrangidos pela alínea a) do artigo 1.º, incluindo os que são objeto de contratos de fornecimento celebrados por entidades adjudicantes no domínio da defesa, com exceção dos produtos a que se aplica o n.º 1, alínea b), do artigo 223.º do Tratado”*.
18. Todavia, esta não foi a prática seguida pelos Estados-Membros, que se serviram desta cláusula – que se pretendia excepcional – para excluir do âmbito das regras da contratação pública tudo o que pudesse estar relacionado com a defesa, independentemente da natureza dos bens ou serviços transacionados (Markus Ukkola, *Systemic Interpretation in EU Public Procurement Law*, Helsinki: Unigrafia, 2018, p. 212), tendo-se num estudo de 2004 concluído que mais de 50% da contratação neste setor era feita à margem das regras europeias da contratação pública (Pedro Coutinho, “Comprando os Canhões de Navarone — Uma Introdução ao Direito da Contratação Pública na Defesa”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 76, 2016, p. 346).
19. Ciente desta realidade e dos entraves e distorções que colocava ao desenvolvimento do mercado interno, a Comissão Europeia publicou em 2006 a *Comunicação interpretativa sobre a aplicação do artigo 296.º do Tratado no âmbito dos contratos públicos no sector da defesa* (07/12/2006 - COM(2006) 779 final), na qual notava que *“o sector da defesa europeu continua fragmentado em mercados nacionais, com 25 clientes e 25 quadros regulamentares distintos”,* sendo esse *“um importante obstáculo à cooperação e à concorrência intra-europeias”,* gerando *“custos suplementares”,* e sendo *“causa de ineficiência, tendo, portanto, um impacto negativo na competitividade da base industrial e tecnológica da defesa europeia e nos esforços suportados pelos Estados-Membros para equiparem adequadamente as suas forças armadas”*
20. No entender da Comissão, *“o quadro normativo dos contratos públicos no sector da defesa é um elemento importante desta fragmentação. Na sua maioria, estes contratos não estão subordinados às regras do mercado interno e são adjudicados com base nas regras de contratação pública nacionais, cujos critérios de seleção, procedimentos de publicação, etc.*

divergem bastante, como diverge a taxa de publicação de anúncios de concurso pelos Ministérios da Defesa dos vários Estados-Membros. Esta situação pode limitar o acesso dos fornecedores comunitários aos mercados nacionais, prejudicando assim a concorrência intra-europeia”, notando que “persistem incertezas quanto ao âmbito de aplicação do artigo 296.º do TCE, que permite que os Estados-Membros derroguem as regras do mercado interno quando estão em jogo os seus interesses de segurança essenciais. Como a linha divisória entre aquisições no sector da defesa relacionadas e não relacionadas com interesses de segurança essenciais não é nítida, nem sempre é claro que regras devem ser aplicadas a que contratos. A aplicação do artigo 296.º do TCE é, assim, problemática, variando consideravelmente de Estado-Membro para Estado-Membro”.

21. Para fazer face a este quadro, a Comissão deixou claro na sua nota interpretativa que a exceção prevista no art.º 296.º tinha de ser objeto de uma interpretação restritiva e que a simples inclusão de determinado material na lista ali referida não poderia determinar a exclusão automática das regras europeias de contratação pública, tal só podendo ocorrer quando se esteja perante a necessidade de proteção dos interesses de segurança essenciais do Estado-Membro – *“outros interesses, nomeadamente industriais ou económicos, não podem justificar por si sós uma isenção ao abrigo do n.º 1, alínea b), do artigo 296.º do TCE, mesmo que estejam relacionados com a produção ou o comércio de armas, munições e material de guerra”.*
22. Nessa mesma comunicação, e para fazer face aos problemas detetados, anunciou a Comissão estar a *“prosseguir os trabalhos preparatórios com vista à eventual elaboração de uma proposta de diretiva para o equipamento militar não abrangido pelo artigo 296.º do TCE”.*
23. A negociação desta diretiva no seio do Conselho foi feita essencialmente entre dois blocos: os Estados que pretendiam uma maior liberalização do mercado interno de defesa e aqueles que pretendiam continuar a proteger a exclusividade dos seus mercados nacionais (para uma análise das negociações que precederam a aprovação da diretiva v. Daniel Fiott, *Defence Industrial Cooperation in the European Union - The State, the Firm and Europe*, Routledge, 2020).
24. O resultado do processo legislativo europeu permitiu alcançar o que Pedro Fernández Sánchez apelida de *“postura intermédia e equilibrada, aprovando um regime jurídico que, a um tempo, se revelaria mais flexível em matéria militar, acolhendo as preocupações dos Estados-membros quanto à sua defesa e segurança interna, sem que, a outro tempo, permitisse a pura derrogação do regime concorrencial de contratação pública”* (*Direito da Contratação Pública*, volume I, Lisboa, AAFDL Editora, 2021, p. 224).

25. Esse resultado corporizou-se na 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 de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança.
26. Nesta são definidas regras procedimentais específicas para os contratos adjudicados 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) obras, fornecimentos e serviços diretamente relacionados com o equipamento referido nas alíneas a) e b) em relação a um ou a todos os elementos do seu ciclo de vida;
 - d) obras e serviços para fins militares específicos, ou obras e serviços sensíveis.
27. Apesar de nos seus artigos 12.º e 13.º estarem previstas exclusões ao seu âmbito de aplicação, com a diretiva em apreço ficou definitivamente estabilizado e consagrado o quadro normativo pelo qual se tem de reger a contratação pública no setor da defesa no âmbito da União Europeia.
28. O Estado Português cumpriu a obrigação de transposição que sobre si impendia através do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 06 de outubro, no qual incorporou as normas previstas naquele diploma europeu.
29. No que toca às modalidades de contratação, foi excluído o procedimento de concurso público, sendo os seguintes os procedimentos aplicáveis: o de negociação, com ou sem publicação, o diálogo concorrencial e o concurso limitado por prévia qualificação (Pedro Coutinho, “Comprando...”, *cit.*, p. 350).
30. A transposição deste regime específico para os contratos celebrados no setor da defesa levou à necessidade da sua compatibilização com o CCP. Até à alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, não havia qualquer referência no CCP ao Decreto-Lei n.º 104/2011, de 06 de outubro, estando apenas prevista na alínea i) do n.º 4 do art.º 5.º a inaplicabilidade da Parte II à formação dos “*contratos diretamente abrangidos pelo disposto no artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*”.

31. O Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, veio introduzir duas importantes alterações:
- Aditou uma alínea e) ao art.º 4.º, n.º 1, nos termos da qual o CCP passou a deixar de ser aplicável aos contratos celebrados ao abrigo do disposto no artigo 346.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia;
 - Aditou ao art.º 5.º, n.º 4, uma nova alínea h), dispondo que a Parte II do CCP é inaplicável à formação dos *“contratos celebrados ao abrigo do disposto no regime jurídico dos contratos públicos no domínio da defesa e da segurança, designadamente do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro”*.
32. A compatibilização destas duas normas implica algum esforço interpretativo, tudo culminando numa avaliação a efetuar pela entidade adjudicante da adequação ou não do regime previsto no Decreto-Lei n.º 104/2011, de 06 de outubro, às especiais necessidades de segurança que a celebração do contrato em causa envolva, conforme explana Pedro Fernández Sánchez: *“torna-se necessário que a entidade adjudicante proceda a uma avaliação destinada a apurar se as necessidades de segurança a proteger com o contrato são ou não compatíveis com o regime de contratação previsto no Decreto-Lei n.º 104/2011. Se esse regime puder ser aplicado, pode invocar a alínea h) do n.º 4 do artigo 5.º para a formação do contrato. Se esse regime tão-pouco for suficiente para dotar a entidade adjudicante da flexibilidade necessária para a prossecução das missões de interesse público a que se refere o artigo 346.º do TFUE, a entidade adjudicante ficará então autorizada a invocar a alínea e) do n.º 1 do artigo 4.º do CCP”* (Ob. cit., p. 206).
33. Em suma:
- quando a situação se enquadre na exceção prevista no art.º 346.º do TFUE e, nessa medida, os especiais interesses de segurança e defesa exijam não só o afastamento total do CCP, mas também do próprio Decreto-Lei 104/2011, de 06 de outubro, poderá e deverá ser invocado o art.º 4.º, n.º 1, alínea e), do referido CCP;
 - quando o contrato a celebrar preencha os elementos do âmbito de aplicação daquele Decreto-Lei, deve a situação ser enquadrada no art.º 5.º, n.º 4, alínea h), daquele Código, que afasta a aplicação da Parte II na formação do contrato, aplicando-se somente o referido Decreto-Lei.
34. Note-se que a aplicação da referida alínea h) do n.º 4 do art.º 5.º pressupõe necessariamente existência de um regime especial que seja aplicável – *“O legislador do CCP só se pode encontrar seguro de que a inaplicabilidade da sua Parte II aos contratos em matéria militar não ofende as liberdades comunitárias se a entidade adjudicante tiver*

confirmado que a formação desses contratos é, ainda, regulada por uma lei especial que assegura a proteção daquelas liberdades” (Idem, p. 225).

35. Por esse motivo, o art.º 5.º-B, n.º 1, do CCP, quando dispõe que “*A celebração dos contratos a que se referem os artigos 5.º e 5.º-A fica sujeita aos princípios gerais da atividade administrativa, bem como, com as devidas adaptações face à natureza do contrato, aos princípios gerais da contratação pública previstos no n.º 1 do artigo 1.º-A, devendo sempre ser feita menção à norma que fundamenta a não aplicação da parte II ao contrato em causa*”, deve ser interpretado restritivamente, sendo o seu âmbito de aplicação limitado apenas aos contratos que não estejam abrangidos por legislação específica. Nessa hipótese aplica-se somente o disposto nessa mesma legislação.

b) Da legalidade ou ilegalidade do procedimento seguido para a formação do contrato e suas consequências jurídicas

36. Feito este percurso pelo regime jurídico da contratação pública no setor da defesa, debrucemo-nos sobre o contrato submetido a fiscalização prévia.

37. Conforme decorre do elenco de factos provados e é admitido pela DGRDN nas respostas apresentadas às notificações efetuadas por este tribunal, a celebração do contrato submetido a fiscalização não foi precedida de quaisquer dos procedimentos previstos na parte II do CCP, nem de quaisquer dos procedimentos previstos no Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro.

38. Estriba a entidade adjudicante a defesa dessa sua atuação no disposto no art.º 5.º-A do CCP, dizendo que a IdD é uma sociedade totalmente detida pelo Estado e que desenvolve a quase totalidade da sua atividade para este, estando por essa via legitimada a contratação *in house*, excluída das regras da Parte II do CCP pela citada norma.

39. Para defender a aplicabilidade ao caso do referido instituto, a entidade adjudicante, na resposta à primeira notificação que lhe foi efetuada por este tribunal, apresenta em síntese duas linhas de argumentação:

- a) o contrato aqui em apreço está balizado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 72/2021, de 20/05/2021, e nesta o Governo optou expressamente pelo regime do art.º 5.º-A do CCP, sendo a referência feita nesse diploma ao Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro apenas para *“acautelar a possibilidade de recorrer aos mecanismos consagrados naquele diploma para efeitos da aquisição dos navios e fornecimentos conexos, e não para*

estabelecer, do ponto de vista do MDN, qualquer compromisso com a obrigatoriedade da adoção de um procedimento concorrencial no âmbito deste contrato, sob pena de entrar em contradição com o figurino desenhado, ab initio, na RCM n.º 72/2021, de 9 de junho, inspirado pela figura da contratação excluída”;

b) ainda que assim não se entenda, o Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, não impede o recurso às soluções contempladas no regime regra da contratação pública, conforme é pugnado na linha da orientação defendida no ponto 2.1 da Comunicação 2019/C157/01, da Comissão Europeia.

40. No que diz respeito ao primeiro argumento avançado, a simples leitura da Resolução do Conselho de Ministros não permite retirar a conclusão que está na base do raciocínio da entidade requerente.
41. Com efeito, o ponto 4. dessa Resolução diz expressamente que se autoriza “*o Ministério da Defesa Nacional a celebrar um contrato com a IdD — Portugal Defence, S. A., ao abrigo do disposto nos artigos 5.º-A, 336.º e 338.º do Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, na sua redação atual, e do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, tendo por objeto a prestação de serviços de gestão do programa em causa, para a totalidade da duração do mesmo, tal como definida no anexo I à presente resolução*”.
42. A letra da Resolução é clara ao enquadrar o contrato aqui em apreço – e não qualquer outro como os de construção dos navios a celebrar posteriormente ou procedimentos conexos – no âmbito do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro. Não se tratou aqui de um mero acautelar da possibilidade de celebração de contratos posteriores ao abrigo de tal diploma, mas sim de expressamente se enquadrar este contrato de gestão da aquisição no mencionado regime especial aplicável ao setor da defesa.
43. E, diga-se, nem de outra forma poderia ser, pois o contrato submetido a fiscalização cai efetivamente no âmbito de aplicação do citado diploma legal, uma vez que se encontram preenchidas as disposições que delimitam o seu âmbito (previstas na secção I do Capítulo primeiro, artigos 1.º a 5.º), tanto em termos subjetivos como objetivos.
44. Os navios de patrulha oceânica, face à descrição que dos mesmos é feita pela entidade requerente, são navios de guerra, pelo que se enquadram no ponto 9, alínea a), da lista fixada em 15 de abril de 1958 pela Decisão n.º 255/58 do Conselho, para a qual remete o art.º 1.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro.

45. Trata-se, pois, de equipamento militar, caindo na hipótese da alínea a) do n.º 2 do art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, o que legitima o enquadramento deste contrato – que tem por objeto a prestação de serviços diretamente relacionados com a aquisição e gestão do ciclo de vida de tais equipamentos – na alínea c) de tal norma.
46. Com efeito, o contrato aqui em apreço, tendo por objeto a gestão do programa de aquisição dos referidos navios, é indubitavelmente um contrato de prestação de serviços diretamente relacionado com esses equipamentos militares, em relação a um ou todos os elementos do seu ciclo de vida, abrangido pela previsão da alínea c) do n.º 2 do citado artigo 1.º n.º 2.
47. Analisado o objeto contratual trazido à apreciação do tribunal, estamos perante um contrato de prestação de “serviços de consultadoria em gestão e afins”, a que alude o ponto 16 do Anexo I à Diretiva 2009/81/CE, sendo que – no seguimento do considerando 36 dessa mesma Diretiva – o artigo 2.º, alínea c), da mesma (de teor quase integralmente idêntico ao supra citado artigo 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro) faz incluir este contrato no seu âmbito de aplicação.
48. O âmbito subjetivo previsto no artigo 2.º está igualmente preenchido, porque o regime se aplica aos contratos incluídos no âmbito objetivo do diploma, celebrados por “qualquer *das entidades adjudicantes nos termos do Código dos Contratos Públicos (CCP) que prossigam atribuições nos domínios da defesa e da segurança*”, sem haver qualquer limitação ou exclusão relativamente à outra parte em função da natureza.
49. Nessa medida, e face ao disposto no artigo 4.º, n.º 1, do citado Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, que estabelece o âmbito objetivo de aplicação do diploma, são-lhe aplicáveis as regras relativas a procedimentos, peças do procedimento, publicidade e transparência, adjudicação e subcontratação, previstas nesse mesmo diploma.
50. Ou seja – e ao contrário do defendido pela entidade Requerente – não podem restar dúvidas quanto a estarmos efetivamente perante um contrato ao qual se aplica o regime estabelecido no Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro.
51. Por outro lado, não se vislumbra que no caso concreto se verifiquem quaisquer dos motivos previstos no artigo 5.º desse mesmo diploma legal e que permitiriam a exclusão do contrato do seu âmbito de aplicação.
52. Ora, perante um contrato com este objeto, poderia o Governo optar por uma de duas soluções:

- a) ou argumentar, justificando devidamente, que os especiais interesses de segurança e defesa aqui envolvidos enquadravam a situação no art.º 346.º do TFUE e, nessa medida, o contrato estava excluído da aplicação do CCP, por via do disposto no art.º 4.º, n.º 1, alínea e), do CCP;
- b) ou enquadrar este contrato no Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, ficando o mesmo dispensado da aplicação da Parte II do CCP, por força do disposto no art.º 5.º, n.º 4, alínea h).
53. Na Resolução do Conselho de Ministros n.º 72/2021, de 20/05/2021, o Governo não invocou qualquer motivo que pudesse justificar o enquadramento deste contrato na exceção prevista no art.º 346.º.
54. Compreende-se que o não tenha feito, se tivermos em consideração que já em momento anterior tentou o Governo português enquadrar na referida norma a construção de dois navios de patrulha oceânicos (os dois primeiros dos quatro já em funções, a que alude a entidade requerente no seu contraditório), não tendo o Tribunal de Justiça da União Europeia validado essa pretensão.
55. Com efeito, no acórdão do Tribunal Geral (Primeira Secção) de 18 de junho de 2013 (*República Portuguesa contra Comissão Europeia*, processo T-509/09, EU:T:2013:323) o TJUE rejeitou o argumento apresentado pelo Governo Português, segundo o qual “os navios-patrulha oceânicos (...) [são] navios de guerra abrangidos pela lista a que se refere o artigo 296.º CE” pelo que “podia beneficiar das exceções previstas nos artigos 2.º e 3.º da Diretiva 93/36 e que, por conseguinte, as regras de adjudicação dos contratos públicos não eram aplicáveis no caso em apreço” (pág. 33).
56. Não sendo aplicável a exceção do art.º 346.º do TFUE, enquadrou o Governo o contrato *sub judice* no Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, pelo que fica excluída a aplicação da Parte II do CCP à formação do mesmo, nos termos do citado art.º 5.º, n.º 4, alínea h) do mesmo diploma.
57. E ficando excluída a aplicação daquela Parte II teria o contrato de ser formado de acordo com as regras constantes do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, regime especial para o qual aquela alínea h) remete.
58. Só assim não seria se a entidade adjudicante tivesse demonstrado que a prestação contratual aqui em apreço não estava submetida à concorrência de mercado (art.º 14.º, n.º 1, *a contrario*, do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro. Ora, apesar da entidade adjudicante afirmar na sua resposta que o procedimento adotado tem “natureza não

concorrencial” (cf. facto constante da alínea w), da matéria de facto provada) e que se aplica ao caso o art.º 5.º, n.º 1, do CCP, a verdade é que não fez neste processo a demonstração de que inexistia mercado para um contrato de gestão deste tipo.

59. Ou seja, deveria a entidade adjudicante ter demonstrado a inexistência de mercado relevante para a prestação contratual aqui em apreço, o que não é o caso, pelo que, por força do já mencionado artigo 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, e das restantes disposições que delimitam o âmbito de aplicação deste diploma, conjugado com o art.º 5.º, n.º1 e 4.º, al. h) do CCP, estava a formação deste contrato obrigatoriamente sujeita às regras relativas a procedimentos, peças do procedimento, publicidade e transparência, adjudicação e subcontratação, ali previstas.
60. Sucede que na mesma Resolução, o Conselho de Ministros diz que o contrato aqui em apreciação seria celebrado não apenas ao abrigo do mencionado diploma, mas também ao abrigo dos artigos 5.º-A, 336.º e 338.º do CCP.
61. Ora, o Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro não prevê a contratação *in house*, que está consagrada no art.º 5.º-A do CCP. Como se referiu, o âmbito subjetivo do diploma aplica-se qualquer que seja a natureza da entidade cocontratante.
62. A contratação *in house* começou por ser uma figura de construção jurisprudencial, baseada em decisões do TJUE que reconheceram a existência de uma derrogação aos princípios da contratação pública quando estejamos perante um contrato “interno”, celebrado entre sujeitos ligados por vínculos de controlo e dependência – veja-se o acórdão deste tribunal n.º 50/2011, de 21/06, 1ª SECÇÃO/SS.
63. A evolução jurisprudencial acabou por ser acolhida pelo legislador comunitário no art.º 12.º da Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos.
64. Uma vez que a Diretiva 2009/81/CE é anterior a essa consagração legislativa da figura da contratação *in house*, poder-se-ia ponderar a eventual aplicação de tal figura subsidiariamente aos contratos do setor da defesa.
65. Mas em tal ponderação há, logo à partida, que considerar duas circunstâncias:
 - a) à data de elaboração da Diretiva 2009/81/CE era já abundante a jurisprudência do TJUE sobre contratação *in house*, pelo que a sua omissão na referida diretiva não poderá de todo considerar-se involuntária – do mesmo modo que em 2014 o legislador europeu expressamente consagrou a exclusão decorrente desse tipo de

contratação, podê-lo-ia ter feito em 2009 – se o não fez, não se terá tratado de uma omissão;

- b) por outro lado, já depois da entrada em vigor da Diretiva 2009/81/CE a Comissão foi confrontada com pedidos no sentido da expressa previsão da contratação *in house* numa futura revisão da diretiva, tendo rejeitado tal pretensão – no *Documento de Trabalho da Comissão* (SWD(2016) 407 final), de 30/11/2016, que acompanhou o *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2009/81/CE relativa aos contratos públicos nos domínios da defesa e da segurança, para dar cumprimento ao artigo 73.º, n.º 2, dessa diretiva* (COM(2016)762), de 15/12/2006, dá-se conta dos pedidos de alguns Estados-membros no sentido de adaptar a Diretiva 2009/81/CE às soluções mais flexíveis introduzidas pelas diretivas de 2014, tendo um deles expressamente referido a necessidade de previsão expressa da contratação *in house*.

66. E se assim é no plano europeu, ainda mais o será no plano nacional.

67. Apesar de o legislador europeu apenas em 2014 ter expressamente consagrado a contratação *in house*, em Portugal ela está prevista desde a primeira versão do CCP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro.

68. Com efeito, muito embora tenha sofrido aperfeiçoamentos posteriores, a redação original do art.º 5.º, n.º 2, do CCP, previa já a exclusão de contratos celebrados entre entidades adjudicantes e outras entidades sobre as quais a adjudicante exercesse, isoladamente ou em conjunto com outras entidades adjudicantes, um controlo análogo ao que exerce sobre os seus próprios serviços, e em que as entidades adjudicatárias desenvolvessem o essencial da sua atividade em benefício de uma ou de várias entidades adjudicantes que exerçam sobre ela o referido controlo análogo.

69. Ora, quando em 2011 o legislador nacional aprovou o Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, transpondo a Diretiva 2009/81/CE, se entendesse aplicável e não contrário àquele diploma europeu, poderia ter previsto expressamente a exclusão dos contratos *in house* do âmbito de aplicação do diploma, o que não fez.

70. E se o não fez, terá sido certamente por entender que essa previsão contrariaria a diretiva comunitária, que não fazia alusão à contratação *in house*.

71. E aqui entramos já na análise da segunda linha argumentativa da entidade requerente (cfr. *supra* § 39., b): a de que o Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, não impede o

- recurso às soluções contempladas no regime regra da contratação pública, invocando o ponto 2.1 da Comunicação 2019/C157/01, da Comissão Europeia.
72. Começando desde logo pela Comunicação referida em último lugar, não se vê de que forma possa ser aplicável à decisão do caso.
 73. Trata-se da *Comunicação da Comissão relativa a orientações para a cooperação em matéria de contratos públicos nos domínios da defesa e da segurança (Diretiva 2009/81/CE relativa aos contratos públicos nos domínios de defesa e segurança)*, publicada no JOUE, n.º C-157, de 08/05/2019.
 74. Como do seu título imediatamente se extrai, versa sobre a cooperação em matéria de contratos e o ponto 2.1 invocado pela requerente em nada contribui para a solução deste caso, uma vez que diz respeito a contratação conjunta sem recurso a uma central de compras, no âmbito de procedimentos de contratação conjunta dos Estados-membros.
 75. Defende a Requerente (na resposta apresentada à notificação ordenada na Sessão Diária de Visto de 17/03/2022) que *“o próprio artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, admite o convívio entre um e outro diploma, prevendo a aplicação, subsidiária, do CCP, em tudo o que não esteja regulado naquele diploma. É, pois, o comando legal insito no artigo 73.º, do Decreto-Lei n.º 104/2011, que autoriza o recurso ao disposto no artigo 5.º-A, do CCP, sabendo que o Decreto-Lei n.º 104/2011 não contém uma norma que perfilhe uma solução idêntica ou análoga à prevista naquele dispositivo do CCP, o qual se afigura decisivo na promoção de uma solução consentânea com a natureza das entidades envolvidas, partes no contrato”*.
 76. O art.º 73.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, efetivamente estatui a aplicação subsidiária do CCP, com as necessárias adaptações, a tudo o que não esteja nesse diploma expressamente regulado.
 77. Sucede que aqui, conforme acima se deixou já exposto, não estamos perante qualquer omissão ou lacuna que deva ser preenchida através da aplicação subsidiária do CCP.
 78. O Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, na esteira da Diretiva 2009/81/CE, regulou expressamente os procedimentos aplicáveis à formação dos contratos no setor da defesa, não tendo excluído desses procedimentos as situações de contratação *in house*.
 79. Não o tendo feito, não se pode ir procurar ao CCP tal exclusão, por não se tratar de uma qualquer lacuna que deva ser dessa forma colmatada.

80. Sempre que a situação em concreto esteja dentro do âmbito de aplicação da lei especial (como é o Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro), evidentemente não se pode aplicar a lei geral (ou seja as normas do CCP). Não se pode aplicar o regime do CCP, quando o caso esteja regulado pelo Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro.
81. A interpretação defendida pela entidade Requerente choca ainda com a redução teleológica que acima vimos ser necessário fazer do disposto no art.º 5.º-B, n.º 1 do CCP.
82. Com efeito, a tese defendida pela Requerente leva ao seguinte percurso:
- 1) A formação do contrato aqui em apreço, por se enquadrar no âmbito do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, não está sujeita à parte II do CCP, por força do disposto no art.º 5.º, n.º 4, alínea h) deste diploma;
 - 2) Contudo, uma vez que o Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, não prevê a contratação *in house*, deve recorrer-se ao art.º 5.º-A do CCP, por via da remissão genérica do art.º 73.º;
 - 3) A aplicação de tal art.º 5.º-A, por seu turno, leva à exclusão da Parte II do CCP quanto à formação do contrato (exclusão essa que já estava garantida no passo 1), por força do art.º 5.º, n.º 4, alínea h));
 - 4) Nos termos do disposto no art.º 5.º-B, n.º 1 – e porque a aplicação do regime especial instituído pelo Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, fora já excluída no passo 2) – à formação do contrato aqui em apreço aplicam-se apenas os princípios gerais da atividade administrativa.
83. Sucede que, como acima se deixou dito (§ 35), a exclusão consagrada no art.º 5.º, n.º 4, alínea h), tem como pressuposto essencial o facto de haver um regime especial que seja aplicável, e o art.º 5.º-B, n.º 1, tem de ser interpretado como sendo aplicável apenas aos casos de exclusão que não tenham por fundamento a existência de tal regime especial.
84. A interpretação defendida pela Requerente – que acaba por desembocar na aplicação apenas dos princípios gerais da atividade administrativa a um contrato para o qual existe um regime especial – contraria frontalmente aquela interpretação das normas legais que, a nosso ver, é a mais correta, pelo que não pode merecer acolhimento.
85. Mas ainda que assim não fosse, a considerar-se aplicável, o art.º 5.º-A do CCP, exigiria sempre a demonstração pela Entidade fiscalizada da obediência aos critérios cumulativos do n.º 5 desse preceito, o que no caso em apreciação não foi demonstrado.
86. Não colhe também a argumentação avançada pela Requerente quanto defende que *“revelar-se-ia pouco curial que a busca de soluções aplicáveis ao setor de defesa, em matéria de*

aquisição de material de guerra, fosse sujeita a um regime mais apertado, em contravenção com o regime mais flexível previsto no artigo 5.º-A, do CCP, aplicável aos demais sectores da Administração Pública. A inaplicabilidade do CCP ao sector da Defesa seria tanto mais estranha, quando a natureza e a sensibilidade das aquisições de material de guerra recomendariam o recurso a soluções mais ágeis e abrangentes, admitidas pelo artigo 5.º-A do CCP, e ficasse, ao invés, confinado unicamente ao regime alinhado no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, cujas soluções no domínio da contratação excluída, em comparação com as regras tipificadas no artigo 5.º-A do CCP, revelam um espectro mais restritivo e vocacionado para dimensões específicas no contexto da Defesa, que, não sendo obviamente desprezíveis, são, todavia, claramente redutoras da visão da formação de contratos, que carecem, seguramente, das soluções amplificadas pela matriz normativa do artigo 5.º-A do CCP”.

87. Como se disse *supra* (§§ 18 a 25), a regulamentação da contratação pública no setor da defesa resultou da ponderação e equilíbrio entre as especificidades de tal área e a necessidade de garantir que a prática seguida pelos Estados-membros de exclusão dos contratos de defesa das regras da contratação pública – altamente limitadora da concretização do mercado interno – cessasse.
88. No âmbito dessa ponderação, pretendeu o legislador europeu estabelecer um regime mais flexível (e não mais apertado, ao contrário do defendido pela requerente), dando primazia aos procedimentos negociais em detrimento dos concursais, assim conferindo maior margem de liberdade às entidades adjudicantes.
89. Contudo, como constatou a Comissão na *Comunicação interpretativa sobre a aplicação do artigo 296.º do Tratado* (cfr. *supra* § 19), a prática dos Estados-membros havia levado à fragmentação do mercado da defesa, situação que se pretendeu combater com a aprovação de diretivas especificamente direcionadas para a contratação pública nesse setor, com vista à integração dos mercados.
90. Por isso, facilmente se compreende que não tenha o legislador europeu querido consagrar neste setor a possibilidade de contratação *in house*, na medida em que, neste setor em concreto, poderia dar lugar a situações de distorção do mercado interno, através, por exemplo, de possíveis financiamentos encobertos de entidades/sociedades públicas sob a capa de contratos de prestação de serviços (que poderiam até violar as regras de proibição de auxílios de Estado às empresas).

91. Mais se diga que a contratação *in house* envolvendo empresas detidas pelo Estado representa um risco acrescido no setor da defesa relativamente à contratação pública comum.
92. Como notam Martin Lundmark e Susanne Oxenstierna em “Defence Procurement and Economic Efficiency – In Search for a Framework for Comparative Analyses” (*Department of Defence Economics, Swedish Defence Research Agency (FOI)*, 16 de julho de 2015, p. 10), o setor da defesa é particularmente vulnerável ao conluio, na medida em que “os especialistas em contratação de defesa, tanto do Estado como das empresas, têm frequentemente um passado semelhante – frequentaram as mesmas escolas e serviços militares – ou conheceram-se ao longo dos anos, pelo que pode haver conluio entre os agentes dos dois lados da mesa de negociações, o que inibe a concorrência e os negócios podem favorecer a indústria” (tradução nossa do original inglês).
93. No caso da contratação *in house* estes receios são acrescidos, na medida em que é normal existir – e frequentemente ocorre – uma grande permeabilidade entre cargos governativos no setor da defesa e cargos de gestão nas empresas controladas pelo Estado nesse mesmo setor, agravando os apontados riscos de inibição da concorrência.
94. Perante esta realidade, compreende-se que à maior flexibilidade dos procedimentos de base negocial, tenha o legislador contraposto a não exclusão das situações de contratação *in house*, sempre na busca do almejado equilíbrio entre as especificidades do setor da defesa e a necessidade de assegurar a transparência e a concorrência.
95. A conclusão de todo o percurso interpretativo vindo de fazer é a de que não poderia a Requerente ter recorrido ao disposto no art.º 5.º-A do CCP, antes devendo o contrato submetido a fiscalização prévia ter sido precedido de um dos procedimentos consagrados no art.º 14.º do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, que é o único diploma, como lei especial, aplicável ao contrato.
96. Não foi isso que sucedeu, não tendo a Requerente seguido qualquer dos procedimentos previstos no referido Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro, como admite nas respostas apresentadas neste processo e decorre do elenco de factos provados.
97. Houve, pois, uma preterição total do procedimento legalmente exigido, que é causa de nulidade, nos termos do disposto no art.º 161.º, n.º 1, alínea I), do Código do Procedimento Administrativo, para que remete o n.º 2 do artigo 284.º do CCP, aplicável por força do disposto no art.º 65.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 104/2011, de 6 de outubro.

c) Efeitos das ilegalidades do contrato no processo de fiscalização prévia: recusa de visto

98. Sendo o processo de fiscalização prévia orientado para a prolação de uma decisão final de concessão ou recusa de visto, as ilegalidades identificadas têm de ser enquadradas nas previsões das alíneas do art.º 44.º, n.º 3 da LOPTC.
99. Como vimos, o contrato sob apreciação está afetado de nulidade, o que é um fundamento absoluto de recusa de visto, não sendo permitida a concessão deste ainda que acompanhada de recomendações – art.º 44.º, n.º 3, alínea a) e n.º 4 (*a contrario*) da LOPTC.
100. Além disso, a ilegalidade verificada tem inegável influência no resultado financeiro do contrato.
101. É jurisprudência unânime deste tribunal que a alteração do resultado financeiro do contrato pode ser meramente potencial e que este ocorre quando no âmbito de procedimento regulado pelo CCP se violam regras fundamentais sobre o imperativo de um procedimento concorrencial (neste sentido veja-se, por todos, o Acórdão 17/2021 – 1.ª S/SS, de 29/06/2021, e a jurisprudência aí citada).
102. Assim, também por força do disposto na alínea c) do art.º 44.º, n.º 3 da LOPTC deve o visto ser recusado.
103. Em conclusão, verificam-se os fundamentos de recusa de visto ao contrato submetido a fiscalização prévia previstos no artigo 44.º, n.º 3, alíneas a) e c) da LOPTC.

III. Decisão

Pelos fundamentos supra indicados e ao abrigo do disposto no artigo 44.º, n.º 3, alíneas a) e c), da LOPTC, acordam os juízes do Tribunal de Contas, em subsecção da 1.ª Secção, em recusar o visto ao contrato identificado no § 1 supra.

Isento de emolumentos, nos termos do artigo 7.º da Lei de Programação Militar (Lei Orgânica n.º 2/2019, de 17 de junho).

Lisboa, 03 de junho de 2022.

Os Juízes Conselheiros,

Alziro Antunes Cardoso – Relator

participou na sessão por videoconferência, e assina digitalmente o Acórdão

Miguel Pestana de Vasconcelos

participou na sessão por videoconferência, e votou favoravelmente o Acórdão

Sofia Mesquita David

participou na sessão por videoconferência, e votou favoravelmente o Acórdão