

# COMPRANDO OS CANHÕES DE NAVARONE — UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NA DEFESA

*Pelo Mestre Pedro Coutinho<sup>(1)</sup>*

*SUMÁRIO:*

**1. Objectivo. 2. Direito da contratação pública na defesa: porquê e para quê? 3. Âmbito de aplicação do conceito contratação pública na defesa. 4. O Decreto-Lei 104/2011. 5. Conclusão. Bibliografia.**

## **1. Objectivo**

O presente artigo tem, assumidamente, uma finalidade introdutória e pedagógica. Assim é nosso objectivo proceder a uma breve explicitação da *raison d'être* da existência deste sector — largamente ignorado pela doutrina nacional, eventualmente por não ter no nosso país o relevo económico que tem noutros<sup>(2)</sup> —, e

---

<sup>(1)</sup> Mestre em Direito e doutorando pela Universidade Católica Portuguesa (Porto). Assistente convidado do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. Email: <psgpcoutinho@gmail.com>.

<sup>(2)</sup> Tanto pelo reduzido valor dispendido pelo Estado em equipamento e desenvolvimento de material militar como pela existência de um número muito pequeno de empresas no sector. A título de exemplo, dados da Agência Europeia de Defesa, disponíveis para consulta em <[http://www.eda.europa.eu/docs/default-source/documents/national-defence-data-2013—27-eda-ms\\_updated.pdf](http://www.eda.europa.eu/docs/default-source/documents/national-defence-data-2013—27-eda-ms_updated.pdf)>, revelam que em 2013 Portugal gastou 213 milhões

fornecer uma visão panorâmica do seu concreto âmbito de aplicação e principais especificidades.

## 2. Direito da contratação pública na defesa: porquê e para quê?

A primeira questão que abordaremos é a de saber por que razão existe um regime específico para a contratação pública na defesa.

Mesmo no seio da União Europeia, onde existe uma Política Europeia de Segurança e Defesa (anteriormente, PESC — Política Externa de Segurança Comum) as questões militares e de defesa, intrinsecamente ligadas à soberania individual de cada Estado, sempre permaneceram, precisamente por essa ligação umbilical, uma questão sensível e muito próxima de cada um deles. Aliás, o art. 346.º/1 alínea *b*) do TFUE (a que voltaremos oportunamente), reflecte precisamente essa realidade, ao consagrar uma excepção à aplicação dos Tratados no que diz respeito à produção e comércio de armas, munições e material de guerra, quando estejam em causa interesses essenciais do Estado-Membro.

É que, “a aquisição de bens e serviços destinados à Defesa Nacional abrange áreas da soberania restrita do estado e abrange mercados cujo funcionamento é largamente marcado por características de sigilo e necessidade de integração de juízos geopolíticos na decisão de contratação pública”<sup>(3)</sup>. Esta necessidade de sigilo em particular, faz com que as regras gerais da contratação pública, decorrentes da Directiva 2004/18, pautadas pelos princípios de transparência e concorrência, nem sempre (ou, no entender dos

---

de euros em procedimentos de contratação pública de compra de equipamentos, por contraste com os 955 milhões da Holanda e 481 da Grécia.

(3) MARCO CAPITÃO FERREIRA, *Contratação Pública no sector da defesa: O pacote de defesa europeia*, p. 96, in *Novas fronteiras da contratação pública*, coord. Eduardo Paz Ferreira, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

Estados-Membros, nunca) sejam adequadas à celebração de contratos no domínio da defesa.

Esta inadequação das regras gerais da contratação pública levou a que os Estados-membros invocassem constantemente a exceção prevista no art. 346.º/1 alínea b) do TFUE, subtraindo assim, na prática, a contratação pública na defesa à aplicação de quaisquer regras de contratação pública<sup>(4)</sup>. Segundo BAUDOUIN HEUNINCKX, o Estados-membros jogaram um jogo de “*trick or treat?*”<sup>(5)</sup> com a Comissão com base na inadequação das regras gerais, deixando implícito que na ausência de regulação específica, continuariam a invocar a referida exceção<sup>(6)</sup>.

Assim, e após um procedimento de consulta, surge a Directiva 2009/81 que “procura trazer a concorrência e a transparência para o campo dos mercados de contratação pública na defesa na União Europeia e mudar práticas de muitos anos, que viam a contratação pública na defesa como uma área de regulação que fugia à aplicação das regras da CE”<sup>(7)</sup>. A Directiva tem em conta, ou pelo menos tenta ter, as especificidades da contratação pública na defesa acima expostas, como o revelam, por exemplo, vários dos seus considerandos: “Os equipamentos de defesa e de segurança são cruciais para a segurança e soberania dos Estados-Membros e, em simultâneo, para a autonomia da União Europeia. Por conseguinte, as aquisições de bens e serviços nos sectores da defesa e da segurança revestem-se com frequência de um carácter sensível.” (considerando 8); “Desse carácter sensível decorrem requisitos especiais, nomeadamente nos domínios da segurança do abastecimento e da segurança da informação, que dizem respeito sobretudo às aquisições de armas, de munições e de material de guerra (...). (considerando 9); “Os contratos nos domínios da defesa e da segurança têm frequentemente informações classificadas que, por força

---

(4) Nesse sentido, TIM BRIGGS, *The new defence procurement directive*, Public Procurement Law Review, Num. 4, 2009, p. 130.

(5) Em português “Doçura ou travessura?”

(6) BAUDOUIN HEUNINCKX, *The EU Defence and Security Procurement Directive: trick or treat?*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2011, p. 9.

(7) ARIS GEORGOPOULOS, *The new Defence Procurement Directive enters into force*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2010.

das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas em vigor no Estado-Membro em causa, devem, por razões de segurança, ser protegidas contra um acesso não autorizado.” (considerando 20), para indicar apenas alguns.

Deve ainda, em sede do presente ponto, fazer-se alusão às respostas dos Estados-membros em sede do procedimento de consulta que antecedeu a Directiva 2009/81, por serem também relevante para ilustrar o *quid novi* da contratação pública na defesa. Nessa consulta, os Estado-Membro indicaram várias razões pelas quais consideravam desadequada a aplicação das regras da Directiva do sector público (então a Directiva 2004/18, entretanto revista e substituída pela Directiva 2014/24) e invocavam constantemente a excepção prevista no art. 346.º/1 alínea *b*) para a afastar. As principais causas foram identificadas como sendo as seguintes<sup>(8)</sup>:

- A desadequação do procedimento concursal com publicação no JOUE aos requisitos de confidencialidade;
- Os requisitos do procedimento de negociação eram demasiado limitados;
- Os critérios de selecção das propostas não incluíam condições respeitantes à segurança do abastecimento, confidencialidade e urgência;
- Não existiam disposições que permitissem melhorar o acesso ao mercado de pequenas e médias empresas;
- Não existia harmonização relativamente às contrapartidas.

Deixa-se já a indicação de que, com a excepção da matérias das contrapartidas, a Directiva cobre todos estes assuntos apontados pelos Estados-Membros.

Esta exposição levará, eventualmente, o leitor a questionar-se sobre o seguinte: se a defesa é uma área de competência dos

---

(8) Cf. BAUDOIN HEUNINCKX, *The EU Defence...*, p. 10 e também ARIS GEORGOPOULOS, *The Commission's Green Paper on defence procurement*, Public Procurement Law Review, Num. 2, 2005.

Estados-Membros, se apresenta tais necessidades de confidencialidade, sigilo e sensibilidade, então por que razão procura a UE que exista sequer algum tipo de regime aplicável à contratação pública na defesa? A resposta a esta pergunta é que, nas palavras de MARTIN TRYBUS, “a defesa tem implicações comerciais, sociais e outras relacionadas com a Comunidade. A contratação pública na defesa, a concorrência (*anti-trust*), o controlo de fusões e os auxílios de Estado (subsídios) e a igualdade de sexo nas forças armadas são exemplos. Existem bases legais para estes campos nos tratados”<sup>(9)</sup>.

Feito este enquadramento, estamos então em condições de prosseguir.

### **3. Âmbito de aplicação do conceito contratação pública na defesa**

O termo que até aqui utilizámos, contratação pública na defesa, nada mais é do que uma designação genérica, que abarca qualquer compra de material de guerra<sup>(10)</sup> por qualquer entidade estadual. No entanto, o âmbito de aplicação da Directiva está muito longe de coincidir, como agora veremos, com esta definição. De facto, pode desde já deixar-se um apontamento para dizer que muitas e muito importantes compras de bens e serviços no sector da defesa ficam de fora do âmbito de aplicação da Directiva 2009/81. Em verdade, podemos identificar três tipos de contratação pública no sector da defesa, que passaremos a identificar.

---

<sup>(9)</sup> MARTIN TRYBUS, *European Union Law and defence integration*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 198.

<sup>(10)</sup> Definido pela decisão 255/58 do Conselho. A lista em causa é bastante extensa. No entanto, não deve ser vista como exaustiva, sobretudo tendo em conta que se trata de uma lista datada de 1958.

*a.* Fora do mercado

O primeiro tipo de contratação pública que aqui se identifica é aquela que ocorre fora do mercado. Esta diz respeito às exclusões previstas no art. 12.º da Directiva 2009/81.

A alínea *a)* da deste artigo exclui os contratos regidos por “Regras processuais específicas ao abrigo de um acordo internacional ou de disposições acordadas entre um ou mais Estados-Membros e um ou mais países terceiros.” Ou seja, a situação, bastante comum, de um contrato celebrado entre dois Estados está excluída do âmbito da Directiva. Este tipo de contratação pode assumir um relevo muito grande, não só no que diz respeito ao número de contratos celebrados por esta via, como também pelo valor dos mesmos. Foi esta a via utilizada, por exemplo, para a aquisição para a Marinha Portuguesa, das fragatas da classe Karel Doorman (hoje Bartolomeu Dias), por 240 milhões de euros.

Por sua vez, a alínea *b)* exclui “Regras processuais específicas ao abrigo de um acordo internacional ou de uma disposição relativa ao estacionamento de tropas e respeitante a uma empresa de um Estado-Membro ou de um país terceiro”. Será o caso, para dar um exemplo nacional, do acordo entre Portugal e os Estados Unidos para utilização da Base das Lages por estes últimos. Para ilustrar a importância desta exclusão, diga-se que a aquisição de um número muito significativo dos aviões F-16 da Força Aérea Portuguesa foi operada por esta via.

Por fim, a alínea *c)* exclui os contratos regidos por “Regras processuais específicas de uma organização internacional, que proceda a aquisições em seu benefício ou a contratos a adjudicar por um Estado-Membro em conformidade com essas regras.” Também esta exclusão se reveste de grande importância. Para que isso se perceba, basta pensar na pertença a organizações internacionais de natureza militar (de entre as quais a NATO/OTAN será o melhor exemplo).

Em conclusão, estas são as situações em que “não se coloca, nem em abstracto, a aplicação de quaisquer regras de contratação pública”<sup>(11)</sup>.

---

(11) MARCO CAPITÃO FERREIRA, *ob cit.*, p. 96.

**b.** No mercado, mas respeitante a interesses essenciais de segurança

O segundo tipo de contratação pública diz respeito aos contratos celebrados no mercado, mas em relação aos quais se verifica um interesse essencial de segurança. Como vimos, o art. 346.º/1 do TFUE permite derrogar a aplicação dos Tratados, e, portanto, das regras da contratação pública neste tipo de circunstâncias. Se bem que subsistam dúvidas sobre o real âmbito de aplicação desta exceção, e se é inequívoco que dela foi feito, no passado e por ventura ainda no presente, um uso abusivo, é apesar disso claro que existe um núcleo de contratos aos quais não são aplicáveis as regras da contratação pública (nem as específicas da defesa, nem, por maioria de razão as do sector público em geral), por se verificar em relação a eles um interesse essencial para a defesa do Estado-Membro, que poderia ser prejudicado pela divulgação de informação. Esta exceção, como vimos decorrente do TFUE, encontra-se também acolhida na alínea *a*) do art. 13.º da Directiva, que refere que esta não é aplicável “Aos contratos em relação aos quais a aplicação das regras da presente directiva obrigaria um Estado-Membro a facultar informações, cuja divulgação considera contrária aos interesses essenciais da sua própria segurança”<sup>(12)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> A nosso ver levanta-se a questão, que aqui não cabe desenvolver tendo em conta o âmbito do artigo, de saber se, como e em que termos é sindicável a invocação desta exceção por parte de um Estado-Membro (embora, diga-se, a Comissão entenda que sim, como resulta da *infra* referida Comunicação interpretativa sobre o art. 346.º TFUE, e que também o TUE afirmou no Acórdão Comissão contra Espanha, processo C-414/97). É que, caso não seja sindicável, corre-se o sério risco de um Estado obviar a aplicação das regras de contratação pública na defesa (as poucas que são aplicáveis, em virtude do grande número de exceções), através da sistemática invocação desta exceção. Por outro lado, caso seja sindicável, um Estado poderá ver-se obrigado a divulgar (ainda que a um número limitado de pessoas e sob reserva de sigilo) uma informação, quando a principal função da exceção era a possibilidade de não divulgação dessa mesma informação. É que, para avaliar se a informação em causa era susceptível ou não de não divulgação, a UE terá que conhecer essa informação. Não resistimos a transcrever um diálogo da série “*Yes, Prime Minister*”, que ilustra bem o problema:

“BERNARD WOOLLEY: But you only need to know things on a need to know basis!

SIR HUMPHREY APPLEBY: I need to know everything! How else can I judge whether or not I need to know it?

A respeito da exceção do art. 346.º TFUE, um estudo de 2004 concluiu que a invocação desta levava a que mais de 50% da contratação pública no sector da defesa ocorresse à margem das regras Europeias sobre contratação pública<sup>(13)</sup>. Nesse sentido, e tentando obstar à eventual invocação abusiva a que já aludimos, a Comissão Europeia emitiu, ainda num estágio prévio à Directiva, a Comunicação Interpretativa 2006/779, procurando clarificar qual o concreto âmbito de aplicação então art. 296.º, hoje art. 346.º. Dessa Comunicação, há que destacar os seguintes pontos<sup>(14)</sup>:

- A Comissão referiu que, não obstante ter sido até então vista como tal, a exceção não se tratava de uma exceção automática sempre que estivesse em causa a compra de material de guerra;
- Reconheceu que o artigo em causa proporciona aos Estados-membros uma grande discricionariedade na avaliação das medidas necessárias à protecção de um interesse essencial de segurança;
- Reconheceu igualmente que a definição daquilo que é um interesse essencial de segurança cabe exclusivamente aos Estados-Membros,
- Tratando-se de uma exceção à aplicação dos Tratados, esta deve ser interpretada de forma restritiva, devendo os

---

BERNARD WOOLLEY: So that means you need to know things even when you don't need to know them. You need to know them not because you need to know them, but because you need to know whether or not you need to know. And if you don't need to know, then you still need to know, so that you know that there was no need to know”.

Para uma abordagem desde problema, vide NICOLAS POURBAIX, *The future scope of application of Article 346 TFEU*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2011 e MARTIN TRYBUS, *Defence procurement: the new Public Sector Directive and beyond*, Public Procurement Law Review, Num. 4, 2004.

<sup>(13)</sup> Cf. BAUDOIN HEUNINCKX, *Towards a coherent European defence procurement regime? European Defence Agency and European Commission initiatives*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2008, p. 2.

<sup>(14)</sup> Para maior detalhe, vide ARIS GEORGIOPOULOS, *The Commission's Interpretative Communication on the application of article 296 EC in the field of defence procurement*, Public Procurement Law Review, Num. 3, 2007.

Estados-Membros provar que a adopção dessa medida era necessária.

*c.* No mercado

Chegamos, por fim, à contratação pública que ocorre no mercado, e que não se encontra excluída da aplicação das regras da Directiva 2009/81 por nenhuma das razões e disposições que acima analisámos.

Definido, de certa forma, o âmbito de aplicação da Directiva pela negativa, cumpre também defini-lo pela positiva.

Numa redacção que não carece de grande explicação, refere o art. 2.º da Directiva que esta se aplica “aos contratos adjudicados nos domínios da defesa e da segurança que tenham por objecto:

- 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 directamente 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”.

Embora não caiba aqui desenvolver esse assunto, deixa-se uma nota para referir, como bem aponta NICOLAS POURBAIX, que a articulação entre a definição positiva do âmbito de aplicação positivo da Directiva e a definição da exclusão por via do art. 346.º TFUE não se afigura fácil na medida em que, especialmente tendo em conta a definição de equipamento militar contida na Directiva, ao definir o seu âmbito de aplicação positivo a Directiva utiliza a

mesma terminologia que o art. 346.º TFUE utiliza para definir as situações excluídas<sup>(15)</sup>.

Um último ponto para dizer que, tal como as Directivas respeitantes à contratação pública em geral, também a Directiva 2009/81 apenas se aplica a contratos de acima de um determinado limiar de valor. No caso, esses limiares encontram-se definidos no art. 8.º, e traduzem-se em 412 000 euros para os contratos de fornecimento e de serviços, e de 5 150 000 euros para os contratos de empreitada. Apesar disso, o segundo parágrafo do considerando 15 da Directiva inclui uma referência à aplicação dos princípios da contratação pública mesmo abaixo dos limiares da Directiva, algo que, como é sabido, resulta da jurisprudência do TUE, designadamente do Ac. Telaustria.

#### d. Síntese

Como vimos, o elevado número e a variedade de exclusões do âmbito de aplicação da Directiva 2009/81, que por efeito da própria, quer por aplicação do art. 346.º TFUE<sup>(16)</sup> faz com que o campo de aplicação da mesma seja substancialmente mais reduzido do que inicialmente se poderia pensar, tendo em conta que se trata da Directiva da contratação pública na defesa.

Todavia, sendo certo, como aludimos acima, que não apenas muitos como também muito importantes contratos (arriscaríamos mesmo dizer, os mais importantes), ficam fora do âmbito de aplicação, tal não significa que não haja ainda um número significativo de contratos, com um valor também ele significativo, ao quais as regras da contratação pública na defesa constantes da Directiva são aplicáveis. Assim, importa averiguar um pouco sobre o conteúdo das mesmas, o que faremos de seguida.

---

<sup>(15)</sup> Cf. NICOLAS POURBAIX, *ob. cit.*, pp. 2 e 3.

<sup>(16)</sup> Alguma doutrina adiantou mesmo que a invocação deste artigo seria a principal razão pela qual a Directiva nunca seria aplicada a não ser de forma residual. Cf. NUNO CUNHA RODRIGUES, *A contratação pública como instrumento de política económica*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 503.

## 4. O Decreto-Lei 104/2011

### a. Aspectos gerais

Uma vez explicada a premissa segundo a qual a contratação pública na defesa é diferente e portanto deve ter um regime diferente, e esclarecido também o âmbito do conceito, cumpre agora fazer referência, em traços gerais, ao regime dos contratos públicos que caiam na alçada da Directiva 2009/81.

Se até aqui não nos referimos às normas substantivas da Directiva, ou seja àquelas que definem quais são e como correm os procedimentos concursais com vista à celebração de contratos cujo objecto se enquadre no âmbito de aplicação da Directiva, tal deve-se ao seguinte. Entre nós, a Directiva 2009/81 foi transposta para o ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei 104/2011. Este, como muitas vezes sucede, limita-se praticamente a transcrever *ipsis verbis* as normas da Directiva. Assim, ao falarmos das normas e especificidades do regime do DL 104/2011 face ao regime geral da contratação pública, estamos simultaneamente a referir-nos ao regime da Directiva.

De acordo com o que fomos expondo acima sobre as especificidade do sector e sobre as razões pelas quais os Estados-Membro derogavam a aplicação das Directivas de contratação pública, não é surpreendente que as principais nuances deste regime visem dar uma resposta às preocupações manifestadas em sede do procedimento de consulta.

### b. Os procedimentos disponíveis

A primeira diferença a salientar diz respeito aos procedimentos disponíveis para as entidades adjudicantes. Recorde-se que uma das razões invocadas pelos Estados-Membros para a não aplicação das regras gerais da contratação pública dizia respeito à incompatibilidade entre a natureza sensível da informação e o procedimento de concurso público. Assim, a Directiva e o DL 104/2011, abordam esta questão determinando desde logo que não exista, neste domí-

nio, o procedimento de concurso público, sendo os procedimentos aplicáveis o de negociação, seja ele com ou sem publicação no Jornal Oficial, o diálogo concorrencial e o concurso limitado por prévia qualificação.

A segunda diferença resulta, por sua vez, da opinião dos EM segundo a qual o conjunto de circunstâncias que nas Directiva de contratação pública permitiam recorrer ao procedimento por negociação eram demasiado limitadas. Atendendo a essa preocupação, o procedimento de negociação (com prévia publicação) foi transformado num dos procedimentos regra, a par do concurso limitado por prévia qualificação — art. 25.º da Directiva e 14.º do DL —, sendo os restantes (ou seja, o procedimento de negociação sem prévia publicação e o diálogo concorrencial) apenas aplicáveis nas circunstâncias expressamente previstas.

Esta opção pela exclusão do procedimento concursal aberto e a adopção do procedimento de negociação com publicação e concurso limitado por prévia qualificação como procedimentos regra não serve apenas para garantir a confidencialidade, mas serve vários propósitos, designadamente o de limitar os custos na avaliação de propostas (tendo a conta a habitual complexidade técnica das propostas nestes domínios, os custos de avaliação de um grande número de propostas poderiam ser bastante elevados)<sup>(17)</sup>.

### c. Os critérios de selecção

A seguinte falha apontada pelo Estados que a Directiva procurou colmatar diz respeito aos critérios de selecção das propostas. Como vimos, os critérios de selecção, quer de candidatos quer das propostas, das Directivas gerais de contratação pública não incluíam condições respeitantes à segurança do abastecimento, confidencia-

---

<sup>(17)</sup> Sobre este assunto, *vide* detalhadamente MARTIN TRYBUS, *Buying defence and security in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 312 e ss. O autor questiona mesmo se será justificada a exclusão total do concurso público da Directiva, afirmando que em alguns tipo de contrato, como por exemplo a compra de munições, não é imediatamente óbvio que este seja desadequado.

dade e urgência. Como tal, a Directiva e o DL proporcionam às entidades adjudicantes a possibilidade de incluir nos critérios de avaliação e selecção este requisitos.

De entre este, destacaremos apenas alguns do mais importantes. Começando desde logo pelo art. 39.º/1 do DL 104/2011. Este artigo permite à entidade adjudicante “fixar condições especiais de execução do contrato, nomeadamente no que respeita à subcontratação, à segurança das informações classificadas e à segurança do fornecimento (...)”, condições estas cujo preenchimento ou não será, naturalmente, tido em conta no momento de avaliação e classificação da proposta.

Também os arts. 54.º e 55.º do mesmo diploma permitem que a entidade adjudicante especifique nas peças de procedimento quais os requisitos e medidas que entende serem necessários para a garantia da segurança de informações e de fornecimento.

Uma última nota quanto a este ponto para referir que neste particular o DL 104/2011 não foi tão longe nem tão detalhadamente quanto o permitia a Directiva, uma vez que esta referia, por exemplo, que determinadas condutas anteriores (uma violação das suas obrigações em matéria de segurança ou abastecimento, bem como qualquer outra situação que levasse a entidade adjudicante a não considerar suficientemente fiável o candidato), pudessem determinar a exclusão do candidato (art. 39.º/2, alíneas *d*) e *e*) da Directiva). Além disso, a Directiva regula de forma bastante detalhada uma série de critérios de selecção qualitativa (arts. 39.º e ss), que foram transpostos de uma forma *de minimis*, pelo legislador nacional.

#### *d.* A possibilidade de subcontratação

A consagração da possibilidade de a entidade adjudicante exigir ao adjudicatário que subcontrate uma parte do contrato prende-se, a nosso ver, com o objectivo de permitir um melhor acesso das PME's ao mercado, algo que, recorde-se, era uma das inadequações apontadas pelos consultados ao regime geral da contratação pública face às especificidades do sector em análise.

No entanto, apesar desta nossa opinião, tal não significa que este objectivo resulte expressamente quer da Directiva que do DL 104/2011.

De facto, esse objectivo apenas nos parece resultar da leitura das entrelinhas das normas aplicáveis à subcontratação (art. 21.º da Directiva e arts. 59.º e ss do DL). Sucintamente, este regime prevê a possibilidade de a entidade adjudicante exigir ao adjudicatário que subcontrate até 30% do valor do contrato, sob ressalva porém, de a determinação do valor ou percentagem do contrato a subcontratar “Ser proporcional à natureza e ao valor do contrato” e “Ser proporcional à natureza do respectivo sector industrial, em termos do nível de concorrência nesse mercado e das capacidades técnicas pertinentes da base industrial.” (alíneas *a*) e *b*) do art. 59.º/5 do DL 104/2011).

Além disso, o facto de a entidade adjudicante poder solicitar ao adjudicatário que indique os terceiros aos quais tenciona subcontratar, faz-nos pensar que a entidade adjudicante poderá avaliar isso mesmo com base em critérios como a dimensão da empresa a subcontratar (desde que, naturalmente, tal se encontre pré-estabelecido nas regras do concurso), e portanto procurar por essa via facilitar o acesso das PME’s ao mercado.

#### *e.* As contrapartidas

A última nota deste ponto diz respeito à matéria das contrapartidas. Contrariamente aos pontos anteriores, e não obstante ser também a ausência de harmonização quanto às contrapartidas uma das razões apuradas para a não utilização das Directivas gerais da contratação pública, a Directiva 2009/81 optou por não as referir de todo, o que faz com que a ausência de harmonização subsista, podendo os Estados-Membros regular livremente essa matéria.

O Legislador português optou por revogar na totalidade o regime das contrapartidas, por via do DL 105/2011, deixando, assim, essa figura de ser aplicável aos contratos públicos no sector da defesa entre nós celebrados. Esta solução poderá ter ocorrido por se considerar que a existência de contrapartidas não é con-

forme nem à Directiva nem aos Tratados. É, aliás, nesse sentido que depõe MARTIN TRYBUS ao referir que “Offsets cannot be reconciled with the Defence Directive and are difficult to justify on the basis of Article 346 TFEU as they normally economic and financial requirements rather than national security considerations (...). Perhaps this is so obvious that neither the TFEU nor the Defence Directive mention offsets at all”<sup>(18)</sup>.

## 5. Conclusão

Em conclusão e síntese, deve dizer-se que é inequívoco que a contratação pública no sector da defesa apresenta grande especificidades, e que por isso mesmo merece um regime diferenciado. O regime actualmente aplicável, resultante da Directiva 2009/81 e do DL 104/2011 parece-nos ser, de um modo geral, bem adaptado às circunstâncias específicas. No entanto, o facto de continuar a haver um grande número de contratos que escapam, ao regime, seja por via das exclusões previstas na Directiva, seja por via da excepção do art. 346.º do TFUE, faz com que exista um sério risco de se estar a construir um edifício sobre um solo de areia, e que por via dessas fugas se esteja a obstaculizar a concorrência e a transparência.

---

<sup>(18)</sup> MARTIN TRYBUS, *Defence Procurement*, in *EU Public Contract Law — Public Procurement and Beyond*, Martin Trybus, Roberto Caranta e Gunilla Edelstam (eds.), Bruylant, 2013, pp. 279 e 280.

## Bibliografia

- BRIGGS, TIM, *The new defence procurement directive*, Public Procurement Law Review, Num. 4, 2009.
- FERREIRA, MARCO CAPITÃO, *Contratação Pública no sector da defesa: O pacote de defesa europeia*, in *Novas fronteiras da contratação pública*, coord. Eduardo Paz Ferreira, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- GEORGOPOULOS, ARIS, *The Commission's Green Paper on defence procurement*, Public Procurement Law Review, Num. 2, 2005.
- , *The Commission's Interpretative Communication on the application of article 296 EC in the field of defence procurement*, Public Procurement Law Review, Num. 3, 2007.
- , *The new Defence Procurement Directive enters into force*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2010.
- HEUNINCKX, BAUDOIN, *The EU Defence and Security Procurement Directive: trick or treat?*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2011.
- , *Towards a coherent European defence procurement regime? European Defence Agency and European Commission initiatives*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2008.
- POURBAIX, NICOLAS, *The future scope of application of Article 346 TFEU*, Public Procurement Law Review, Num. 1, 2011.
- RODRIGUES, NUNO CUNHA, *A contratação pública como instrumento de política económica*, Coimbra, Almedina, 2013.
- TRYBUS, MARTIN, *Buying defence and security in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- , *Defence procurement: the new Public Sector Directive and beyond*, Public Procurement Law Review, Num. 4, 2004.
- , *Defence Procurement*, in *EU Public Contract Law — Public Procurement and Beyond*, Martin Trybus, Roberto Caranta e Gunilla Edelman (eds.), Bruylant, 2013.
- , *European Union Law and defence integration*, Oxford, Hart Publishing, 2004.