

## II

*(Comunicações)*

## COMUNICAÇÕES DAS INSTITUIÇÕES, ÓRGÃOS E ORGANISMOS DA UNIÃO EUROPEIA

## COMISSÃO EUROPEIA

**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)****(Texto relevante para efeitos do EEE)**

(2019/C 157/01)

## 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a importância de reforçar a cooperação europeia no domínio da defesa, designadamente no que diz respeito aos contratos públicos, foi sublinhada em diversas ocasiões. O Conselho Europeu, nas suas conclusões de dezembro de 2013 <sup>(1)</sup>, e a Declaração Conjunta UE-NATO, de julho de 2016 <sup>(2)</sup>, salientaram, em particular, que a cooperação no domínio da defesa é a resposta certa aos cada vez maiores desafios em matéria de segurança, à subida dos custos dos novos sistemas de defesa e às restrições orçamentais dos Estados-Membros, bem como aos elevados níveis de duplicação e fragmentação no setor da defesa da UE.

O relatório da Comissão sobre a avaliação da Diretiva 2009/81/CE relativa aos contratos públicos no setor da defesa <sup>(3)</sup> (a seguir, «a diretiva»), publicado em 30 de novembro de 2016 <sup>(4)</sup>, concluiu que a diretiva não entrava a contratação pública em regime de cooperação. Esta conclusão baseou-se nos debates com peritos dos Estados-Membros e nos resultados das consultas das partes interessadas. Teve igualmente em conta a avaliação da Agência Europeia de Defesa (AED) <sup>(5)</sup>, segundo a qual os problemas com o lançamento de iniciativas de cooperação no domínio da defesa se devem sobretudo a outros elementos, como os cortes orçamentais no setor da defesa, a insuficiente sincronização dos ciclos orçamentais e a falta de harmonização dos requisitos.

Ao mesmo tempo, a Comissão anunciou na avaliação que iria fornecer orientações nesse sentido. O mesmo anúncio foi efetuado no Plano de Ação Europeu no Domínio da Defesa <sup>(6)</sup>, também adotado em novembro de 2016. Com a presente comunicação, a Comissão cumpre o compromisso assumido no relatório sobre a avaliação da diretiva e no Plano de Ação Europeu no Domínio da Defesa (PAED).

A Comissão considera igualmente que é necessário clarificar uma série de opções para a cooperação em matéria de contratos públicos por dois ou mais Estados-Membros, a fim de incentivar as autoridades dos Estados-Membros a utilizarem plenamente as possibilidades — previstas na diretiva — no domínio da defesa e da segurança sensível.

Tal como anunciado no PAED em junho de 2017, a Comissão publicou uma comunicação destinada a lançar o Fundo Europeu de Defesa <sup>(7)</sup>, composto pelas vertentes de investigação e de capacidades.

<sup>(1)</sup> Conclusões do Conselho Europeu EUCO 217/13 de 20 de dezembro de 2013, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-217-2013-INIT/pt/pdf>.

<sup>(2)</sup> Declaração conjunta do presidente do Conselho Europeu, do presidente da Comissão Europeia e do secretário-geral da Organização do Tratado do Atlântico Norte, de 8 de julho de 2016, [https://www.nato.int/cps/en/natohq/official\\_texts\\_133163.htm](https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_133163.htm).

<sup>(3)</sup> 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, e que altera as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE (JO L 216 de 20.8.2009, p. 76).

<sup>(4)</sup> 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) 0762 final].

<sup>(5)</sup> Debatida com os Estados-Membros a nível dos peritos e dos diretores nacionais de armamento.

<sup>(6)</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões «Plano de ação europeu no domínio da defesa» [COM(2016) 0950 final].

<sup>(7)</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões «Lançar o Fundo Europeu de Defesa» [COM(2017) 295 final].

Nas suas conclusões de 22 e 23 de junho de 2017 <sup>(8)</sup>, o Conselho Europeu subscreveu as iniciativas acima mencionadas, baseadas na cooperação industrial europeia no domínio da defesa. Na sequência do acordo alcançado pelos legisladores, o regulamento que institui o Programa Europeu de Desenvolvimento Industrial no domínio da Defesa (PEDID) foi adotado em 18 de julho de 2018 <sup>(9)</sup>; por seu turno, a Ação Preparatória em Matéria de Investigação no Domínio da Defesa, que apoia a investigação colaborativa no domínio da defesa, tem vindo a produzir resultados desde 2017, tendo os dois primeiros programas de trabalho sido adotados em 11 de abril de 2017 e em 9 de março de 2018.

Em 13 de junho de 2018, a Comissão adotou a proposta de regulamento que institui o Fundo Europeu de Defesa <sup>(10)</sup> para o quadro financeiro plurianual para o período 2021-2027, que propõe uma dotação orçamental global de 13 mil milhões de euros para este período, a fim de apoiar projetos colaborativos de investigação e desenvolvimento no domínio da defesa.

Tendo em conta estes desenvolvimentos, a Comissão reitera a necessidade de reforçar a cooperação entre os Estados-Membros em matéria de contratos públicos no setor da defesa. A presente comunicação fornece orientações sobre as várias possibilidades de cooperação em matéria de contratos públicos no setor da defesa, com base nas disposições pertinentes da diretiva. Se for caso disso, serão tidas em conta as disposições da Diretiva 2014/24/UE (a seguir, «a Diretiva 2014/24/UE») <sup>(11)</sup> relativa aos contratos públicos, na medida em que forneçam orientações sobre a forma de abordar determinadas questões que não são completamente resolvidas pela diretiva. Com a publicação da presente comunicação, a Comissão procura prestar esclarecimentos às autoridades adjudicantes dos Estados-Membros, a fim de aumentar a segurança jurídica e minimizar os riscos (incluindo os riscos potenciais) decorrentes do incumprimento da legislação da UE em matéria de contratos públicos. Na opinião da Comissão, tal terá um efeito positivo na cooperação entre os Estados-Membros em matéria de contratos públicos no setor da defesa.

A presente comunicação analisa as possibilidades que a diretiva relativa aos contratos públicos no setor da defesa e a Diretiva 2014/24/UE relativa aos contratos públicos oferecem aos Estados-Membros para a contratação pública em regime de cooperação, apresentando exemplos de cenários de cooperação em matéria de contratos públicos neste setor, que poderão ser viabilizados pelas disposições de ambas as diretivas. Esses cenários diferem entre si em certos aspetos, mas têm um elemento comum muito importante: referem-se a situações em que dois ou mais Estados-Membros (eventualmente em cooperação com um ou mais países terceiros) trabalham em conjunto, mediante acordos *ad hoc* ou estruturados, para adquirir equipamentos (ou serviços) militares para sua própria utilização.

É de salientar que os cenários de cooperação em matéria de contratos públicos abrangidos pela presente comunicação podem, em princípio, aplicar-se tanto no domínio do equipamento militar como no do equipamento de segurança sensível, uma vez que a diretiva se aplica a ambos os domínios <sup>(12)</sup>.

A presente comunicação centra-se nas disposições da diretiva relativa aos contratos públicos no setor da defesa e não aborda outras questões, como o alinhamento dos requisitos técnicos, a sincronização dos ciclos orçamentais nacionais e outras questões jurídicas e administrativas que podem ter um impacto muito significativo na cooperação em matéria de contratos públicos no setor da defesa. A AED (Agência Europeia de Defesa) está a cooperar com os Estados-Membros em muitos destes tópicos. A comunicação tem igualmente em conta o *vade-mécum* da AED sobre a cooperação em matéria de contratos públicos no setor da defesa (originalmente de abril de 2015).

A presente comunicação não é juridicamente vinculativa. O Tribunal de Justiça da União Europeia é a única instituição competente para fornecer uma interpretação juridicamente vinculativa da legislação da UE.

A secção 3 da presente comunicação substitui a secção 3.3 «Cooperative programmes» da nota de orientação «Defence and Security- specific exclusions» <sup>(13)</sup> (exclusões específicas nos domínios da defesa e da segurança), de 2010, e o ponto 6 da nota de orientação «Research and Development» <sup>(14)</sup> (investigação e desenvolvimento), de 2010; a secção 4 substitui a secção 2.4 «Contract award rules of international organisations» (regras de adjudicação de contratos de organizações internacionais) da nota de orientação «Defence- and Security-specific exclusions» <sup>(15)</sup>, de 2010.

<sup>(8)</sup> <http://www.consilium.europa.eu/media/23985/22-23-euco-final-conclusions.pdf>

<sup>(9)</sup> Regulamento (UE) 2018/1092 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de julho de 2018, que estabelece o Programa Europeu de Desenvolvimento Industrial no domínio da Defesa destinado a apoiar a competitividade e a capacidade inovadora da indústria de defesa da União (JO L 200 de 7.8.2018, p. 30).  
<https://eda.europa.eu/docs/default-source/documents/2018-07-18-edidp-regulation-eu-2018-1092.pdf>

<sup>(10)</sup> Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que cria o Fundo Europeu de Defesa [COM(2018) 476 final — 2018/0254 (COD)].

<sup>(11)</sup> Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO L 94 de 28.3.2014, p. 65).

<sup>(12)</sup> O âmbito de aplicação da diretiva encontra-se definido no seu artigo 2.º

<sup>(13)</sup> <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15408/attachments/1/translations/>

<sup>(14)</sup> <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/14833/attachments/1/translations/>

<sup>(15)</sup> <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15408/attachments/1/translations/>

## 2. PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO CONJUNTA DOS ESTADOS-MEMBROS

A presente secção analisa as várias possibilidades de contratação conjunta por autoridades adjudicantes de diferentes Estados-Membros. A contratação conjunta pode ser realizada com ou sem recurso a uma central de compras. Nos termos do artigo 1.º, n.º 18, da diretiva, uma central de compras pode ser um organismo público europeu ou uma autoridade/entidade adjudicante de um Estado-Membro (cenário do «país líder»).

### 2.1. Contratação conjunta sem recurso a uma central de compras

Embora a diretiva não preveja quaisquer regras especificamente relacionadas com os procedimentos de contratação conjunta que envolvem autoridades adjudicantes de dois ou mais Estados-Membros, o contexto regulamentar — previsto na Diretiva 2014/24/UE (em especial, no artigo 39.º) — revela que a possibilidade de organizar procedimentos conjuntos não é incompatível com os objetivos da diretiva, desde que sejam respeitados determinados requisitos. Importa, em especial, que a utilização de um procedimento de contratação conjunta não resulte no incumprimento dos requisitos da diretiva. A este respeito, afigura-se que, na medida em que as autoridades adjudicantes baseiem os seus procedimentos de contratação conjunta nos procedimentos previstos no artigo 39.º da Diretiva 2014/24/UE para os contratos públicos abrangidos pelo âmbito de aplicação da diretiva, esses procedimentos são compatíveis com a diretiva.

O artigo 39.º da Diretiva 2014/24/UE estabelece os elementos que devem ser determinados nos acordos ou contratos de contratação conjunta: as responsabilidades das partes na contratação conjunta, as disposições nacionais aplicáveis (nomeadamente em matéria de vias de recurso) e a organização interna do procedimento de contratação. Por razões de transparência e de segurança jurídica, a atribuição de responsabilidades e a legislação nacional aplicável devem ser mencionadas nos documentos do concurso.

Quando um procedimento de contratação é efetuado, na sua totalidade, conjuntamente em nome de duas ou mais autoridades adjudicantes em causa, estas ficam solidariamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações que lhes incumbem por força da diretiva. Tal significa, na prática, que todas as autoridades adjudicantes assumem a responsabilidade por eventuais irregularidades ou erros no procedimento, à luz das obrigações decorrentes da diretiva.

No entanto, os operadores económicos que pretendam exercer os seus direitos ao abrigo da diretiva não têm de recorrer a todas as entidades adjudicantes que participam na contratação conjunta, mas apenas à autoridade adjudicante que é responsável pela gestão do procedimento de concurso. Assim, os operadores económicos relacionam-se apenas com uma única entidade adjudicante.

### 2.2. Contratação conjunta com recurso a uma central de compras

O artigo 10.º da diretiva regula a aquisição de empreitadas, fornecimentos ou serviços recorrendo a uma central de compras. Embora o artigo 10.º não preveja regras especificamente relacionadas com situações em que vários Estados-Membros efetuam em conjunto aquisições através de uma central de compras, o contexto regulamentar revela que a possibilidade de organizar tais procedimentos de contratação conjunta não é incompatível com os objetivos da diretiva, desde que sejam respeitados determinados requisitos, designadamente, que o recurso a uma central de compras não resulte no incumprimento dos requisitos da diretiva. Por conseguinte, os contratos conjuntos celebrados por várias autoridades adjudicantes de diferentes Estados-Membros com recurso a uma central de compras parecem ser um instrumento plenamente válido para os contratos públicos no setor da defesa, desde que um acordo entre os Estados-Membros participantes permita essa contratação conjunta.

O artigo 1.º, n.º 18, da diretiva define uma central de compras como uma autoridade/entidade adjudicante ou um organismo público europeu que:

- adquire fornecimentos e/ou serviços destinados a autoridades/entidades adjudicantes, ou
- procede à adjudicação de contratos ou celebra acordos-quadro de empreitada, de fornecimentos ou de serviços destinados a autoridades/entidades adjudicantes <sup>(16)</sup>;

<sup>(16)</sup> A definição correspondente da Diretiva 2014/24/UE relativa aos contratos públicos é diferente em certos aspetos. Nos termos do artigo 2.º, n.º 16, da referida diretiva, uma central de compras é «uma autoridade adjudicante que realize atividades de aquisição centralizadas e, eventualmente, atividades de aquisição auxiliares», ao passo que, nos termos do artigo 2.º, n.º 14, da mesma diretiva, atividades de compras centralizadas são «atividades realizadas a título permanente, numa das seguintes formas:

- a) aquisição de fornecimentos e/ou serviços destinados a autoridades adjudicantes;
- b) adjudicação de contratos públicos ou celebração de acordos-quadro de obras, fornecimentos ou serviços destinados a autoridades adjudicantes.»

Alguns aspetos organizacionais da participação das centrais de compras estão definidos na Diretiva 2014/24/UE, a qual impõe uma obrigação de comunicação eletrónica.

Deste modo, a central de compras pode ser a central de compras de um dos Estados-Membros que participam na contratação conjunta ou um organismo público europeu.

#### 2.2.1. Quando um organismo público europeu atua como central de compras

Tal como acima referido, o artigo 1.º, n.º 18, da diretiva reconhece que um organismo público europeu que não seja, ele próprio, uma autoridade/entidade adjudicante pode atuar como central de compras, na aceção do artigo 10.º A diretiva não define a noção de «organismo público europeu». No entanto, o considerando 23 indica que «os Estados-Membros também deverão ser livres de designar organismos públicos europeus que não estão sujeitos à presente diretiva, como a Agência Europeia de Defesa, como centrais de compras, desde que estes organismos apliquem a essas compras regras compatíveis com todas as disposições da presente diretiva».

Caso a central de compras não seja, ela própria, uma entidade adjudicante, as entidades adjudicantes que a ela recorrem são obrigadas a garantir que as regras por ela aplicadas são conformes com as da diretiva. Para além desta especificidade, as regras que regem a utilização de um organismo público europeu como central de compras são as mesmas que regem o recurso a uma central de compras que é uma autoridade/entidade adjudicante, tal como se descreve a seguir.

#### 2.2.2. Cenário do país líder

O cenário do país líder refere-se a uma situação em que dois ou mais Estados-Membros efetuam uma aquisição conjunta para a qual designam a autoridade/entidade adjudicante de um dos Estados-Membros participantes como central de compras.

##### a) Direito aplicável e responsabilidades das centrais de compras e dos seus utilizadores

Embora a diretiva não preveja quaisquer regras especificamente relacionadas com o cenário do país líder, a Comissão considera que o contexto regulamentar – previsto na Diretiva 2014/24/UE (em especial, no artigo 39.º) – revela que a possibilidade de organizar procedimentos de contratação conjunta não é incompatível com os objetivos da diretiva, desde que sejam respeitados determinados requisitos. É importante, em especial, que a utilização do cenário do país líder não resulte no incumprimento dos requisitos da diretiva. A este respeito, a Comissão é de opinião que tal incumprimento está excluído nas situações em que as autoridades adjudicantes seguem, *mutatis mutandis*, os procedimentos previstos no artigo 39.º da Diretiva 2014/24/UE para os contratos abrangidos pelo âmbito de aplicação da diretiva.

Assim, numa situação em que dois ou mais Estados-Membros efetuam uma aquisição conjunta e para tal designam a autoridade/entidade adjudicante de um dos Estados-Membros participantes como central de compras, a aquisição conjunta deve ser efetuada em conformidade com as disposições nacionais do Estado-Membro onde a central de compras está situada (artigo 39.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE). Além disso, por analogia com o artigo 39.º, n.º 4, da Diretiva 2014/24/UE, os acordos ou contratos entre os Estados-Membros participantes terão de determinar o seguinte: as responsabilidades da central de compras e das outras autoridades adjudicantes, as disposições nacionais aplicáveis (nomeadamente em matéria de vias de recurso) e a organização interna do procedimento de contratação. Por razões de transparência e de segurança jurídica, a atribuição de responsabilidades e a legislação nacional aplicável devem ser mencionadas nas especificações e nos documentos do concurso.

##### b) Responsabilidade pela conformidade com a diretiva

No que diz respeito à questão da repartição da responsabilidade pela conformidade com a diretiva, o artigo 10.º prevê o seguinte: «considera-se que as autoridades/entidades adjudicantes que contratam empreitadas, fornecimentos e/ou serviços recorrendo a uma central de compras [...] cumpriram o disposto na presente diretiva sempre que a central de compras o tenha cumprido». Isto significa que uma autoridade adjudicante que adquire obras, fornecimentos ou serviços recorrendo a uma central de compras cumpre as obrigações que lhe incumbem por força da diretiva, desde que a central de compras através da qual a aquisição é efetuada aplique a diretiva mediante a legislação nacional de transposição.

Pode haver situações em que a central de compras apenas efetua algumas partes do procedimento de contratação para as outras autoridades adjudicantes. É por exemplo o caso quando a central de compras é responsável pela adjudicação de um acordo-quadro e a autoridade adjudicante individual é responsável pela reabertura do concurso para a adjudicação de contratos específicos com base nesse acordo-quadro. Em tais situações, as entidades adjudicantes que utilizam a central de compras são as únicas responsáveis pelo cumprimento das obrigações decorrentes da diretiva no que diz respeito às partes do procedimento de contratação por elas realizadas.

Um acordo entre os Estados-Membros participantes tornará possível essa contratação conjunta.

### 3. PROGRAMAS CONCERTADOS PARA O DESENVOLVIMENTO DE NOVOS PRODUTOS — ARTIGO 13.º, ALÍNEA C), DA DIRETIVA

O artigo 13.º, alínea c), da diretiva diz respeito a uma categoria específica de iniciativas de cooperação no domínio da defesa. Nele se estabelece uma exclusão específica para os programas concertados com base na investigação e desenvolvimento. A diretiva não se aplica «aos contratos adjudicados no âmbito de um programa concertado com base na investigação e desenvolvimento, levado a cabo conjuntamente por, pelo menos, dois Estados-Membros, para o desenvolvimento de um novo produto, e, se for caso disso, para as fases subsequentes de todas ou de partes do ciclo de vida desse produto».

Esta exclusão reconhece a especial importância dos programas concertados para o reforço das capacidades militares da UE e para a criação de uma Base Industrial e Tecnológica de Defesa Europeia (BITDE) forte e competitiva, uma vez que esses programas «contribuem para desenvolver novas tecnologias e suportam os elevados custos de investigação e desenvolvimento de sistemas complexos de armas» (considerando 28 da diretiva).

O artigo 11.º da diretiva deixa claro que: «Nenhuma das regras, procedimentos, programas, acordos, disposições ou contratos referidos na presente secção podem ser utilizados no intuito de contornar as disposições da presente diretiva». Isto diz igualmente respeito à aplicação do artigo 13.º, alínea c), da diretiva.

#### 3.1. «Com base na investigação e desenvolvimento»

Para que o artigo 13.º, alínea c), seja aplicável, um programa concertado tem de ter por base atividades de investigação e desenvolvimento (a seguir, «I&D»). Para efeitos da Diretiva 2009/81/CE, o conceito de «investigação e desenvolvimento» é definido no artigo 1.º, n.º 27, sendo que o considerando 13 fornece explicações complementares.

O artigo 1.º, n.º 27, define «investigação e desenvolvimento» da seguinte maneira: «todas as atividades, incluindo a investigação fundamental, a investigação aplicada e o desenvolvimento experimental, podendo este último abranger o fabrico de demonstradores tecnológicos, ou seja, dispositivos que permitem demonstrar o desempenho de um novo conceito ou de uma nova tecnologia num meio adequado ou representativo».

O considerando 13 afirma o seguinte: «para efeitos da presente diretiva, a expressão «investigação e desenvolvimento» deverá abranger investigação fundamental, investigação aplicada e desenvolvimento experimental. Investigação fundamental consiste em trabalho experimental ou teórico realizado principalmente com o objetivo de adquirir novos conhecimentos sobre os fundamentos de fenómenos e factos observáveis, sem qualquer aplicação ou utilização previstas. Investigação aplicada consiste igualmente em trabalhos originais realizados com o objetivo de adquirir novos conhecimentos. No entanto, dirige-se principalmente a um determinado fim ou objetivo prático. Desenvolvimento experimental consiste em trabalho baseado em conhecimentos existentes resultantes de investigação e/ou experiência prática com o objetivo de iniciar a fabricação de novos materiais, produtos ou dispositivos, estabelecer novos processos, sistemas e serviços ou melhorar consideravelmente os já existentes. O desenvolvimento experimental pode incluir a realização de demonstradores tecnológicos, ou seja, dispositivos para demonstrar o desempenho de uma nova conceção ou tecnologia num ambiente relevante ou representativo. A expressão «investigação e desenvolvimento» não inclui a elaboração e qualificação de protótipos de pré-produção, ferramentas e engenharia industrial, desenho industrial ou fabricação».

A condição segundo a qual um programa concertado tem de se basear na investigação e desenvolvimento implica que o programa tem de incluir uma fase de investigação e desenvolvimento.

Para facilitar a compreensão, «I&D» ao abrigo do artigo 13.º, alínea c), abrange, em geral, os níveis de maturidade tecnológica (*Technology Readiness Levels*, TRL) <sup>(17)</sup> 1 a 7. Estes TRL constituem I&D, na medida em que envolvem a aquisição de novos conhecimentos ou a combinação, configuração, utilização e teste de conhecimentos e competências existentes com o objetivo de desenvolver novos produtos, materiais, sistemas, processos e serviços, ou de melhorar os existentes. Para efeitos do artigo 13.º, alínea c), não é necessário que o programa concertado inclua atividades que abrangem todos os diferentes níveis de TRL. A preparação de um protótipo de pré-produção (uma versão testada para detetar problemas e qualificar processos de fabrico antes do início da produção) não pode, contudo, ser considerada como uma atividade de investigação e desenvolvimento para efeitos da diretiva.

Importa esclarecer que a definição de I&D para efeitos da diretiva não prejudica as definições de I&D contidas noutros atos da UE.

#### 3.2 Desenvolvimento de um novo produto

Uma das condições para a aplicabilidade do artigo 13.º, alínea c), é o objetivo do programa, nomeadamente o desenvolvimento de um novo produto.

<sup>(17)</sup> É fornecida uma descrição dos TRL no âmbito do programa Horizonte 2020: [http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/wp/2014\\_2015/annexes/h2020-wp1415-annex-g-trl\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/research/participants/data/ref/h2020/wp/2014_2015/annexes/h2020-wp1415-annex-g-trl_en.pdf).

Em consonância com os objetivos mais amplos do artigo 13.º, alínea c) – a saber, ajudar a desenvolver novas tecnologias e suportar os elevados custos de I&D de sistemas de armamento complexos –, os programas criados em regime de cooperação com base em I&D para a atualização de produtos existentes podem, em determinadas circunstâncias, ser também abrangidos pelo âmbito de aplicação dessa disposição. Para que o artigo 13.º, alínea c), seja aplicável, a atualização em questão deve levar a alterações substanciais ou a melhorias substanciais do produto. Os critérios pertinentes para avaliar essas alterações ou melhorias podem incluir: alterações significativas do equipamento existente; a amplitude das novas funcionalidades do equipamento; alterações estruturais nas plataformas.

### 3.3. Fases posteriores do ciclo de vida

A par do desenvolvimento de um novo produto, o artigo 13.º, alínea c), estabelece que o programa pode incluir as fases subsequentes da totalidade ou de partes do ciclo de vida do produto, tais como a criação de protótipos na fase de pré-produção, a produção ou a manutenção. Os contratos relativos a estas últimas fases são abrangidos pela exclusão, desde que sejam adjudicados também no âmbito do programa concertado. Em contrapartida, um Estado-Membro que participe na fase de investigação e desenvolvimento, mas decida efetuar separadamente as aquisições para as fases posteriores do ciclo de vida do produto, terá de aplicar a diretiva para a adjudicação desses contratos.

### 3.4. Contratos adjudicados no âmbito de um programa concertado

O artigo 13.º, alínea c), é aplicável a todos os contratos adjudicados pelas autoridades/entidades adjudicantes dos Estados-Membros, ou em seu nome, no âmbito de um programa concertado baseado em I&D, desde que o contrato preencha as outras condições dessa disposição. A este respeito, o considerando 28 afirma explicitamente que a exceção constante do artigo 13.º, alínea c), deve aplicar-se aos programas baseados em I&D que sejam geridos por organizações internacionais, tais como as agências da Organização Conjunta de Cooperação em Matéria de Armamento (OCCAR) ou da NATO, ou por agências da União, como a Agência Europeia de Defesa (AED), que, em seguida, procedem à adjudicação de contratos em nome dos Estados-Membros. O mesmo se aplica aos contratos adjudicados por autoridades/entidades adjudicantes de um Estado-Membro ao abrigo do modelo «país líder», agindo em seu nome e em nome de, pelo menos, um outro Estado-Membro.

Os contratos são adjudicados «no âmbito de um programa concertado» quando são adjudicados pela entidade ou entidades designadas para o efeito pelas disposições que regem o programa concertado e segundo as regras e os procedimentos delas constantes. A existência de várias disposições, em que cada uma das quais abrange diferentes fases do programa, ou de alterações na configuração dos Estados-Membros participantes (desde que pelo menos dois deles façam parte do programa), não exclui o cumprimento desta condição para a aplicabilidade do artigo 13.º, alínea c).

### 3.5. Programas «levados a cabo conjuntamente por, pelo menos, dois Estados-Membros»

Os programas concertados têm de ser «levados a cabo conjuntamente por, pelo menos, dois Estados-Membros». A participação pode ou não estar limitada aos Estados-Membros da UE. Por outras palavras, os programas concertados que contam com a participação de países terceiros estão também abrangidos pela isenção, desde que pelo menos dois Estados-Membros também participem. Em qualquer caso, e em conformidade com o artigo 11.º, as expressões «levados a cabo conjuntamente» e «programa concertado» implicam que o programa tem de se basear num conceito de cooperação genuína. Por conseguinte, a participação num programa concertado é interpretada como significando mais do que a mera aquisição do equipamento, e inclui, em especial, a partilha proporcional dos riscos e oportunidades técnicos e financeiros, a participação na gestão do programa e a tomada de decisões sobre o mesmo. Dadas as diferenças entre os orçamentos de defesa dos Estados-Membros e as necessidades das respetivas forças armadas, a dimensão das contribuições individuais para os programas concertados pode variar consideravelmente. Assim, para se poder avaliar se um programa se baseia num conceito de cooperação genuína para efeitos da aplicação do artigo 13.º, alínea c), há que colocar a tónica na natureza colaborativa do programa e na qualidade da participação de cada Estado-Membro, mais do que numa abordagem quantitativa.

Um programa de I&D gerido por instituições ou agências da UE, ou seja, executado em conformidade com as regras da UE e financiado pelo orçamento da UE (ou por outra organização internacional em que participem, pelo menos, dois Estados-Membros), constituiria um programa concertado levado a cabo conjuntamente por, pelo menos, dois Estados-Membros na aceção do artigo 13.º, alínea c). Um programa desse género poderia — como qualquer programa de I&D — ser continuado para as fases posteriores à I&D; nesse caso, os contratos adjudicados no âmbito do programa de acompanhamento poderiam também ser excluídos nos termos do artigo 13.º, alínea c) (ver secção 3.3 acima).

### 3.6. Estados-Membros que aderem posteriormente

Com o objetivo de estimular a participação dos Estados-Membros em programas concertados baseados em I&D, a exclusão prevista no artigo 13.º, alínea c), deve ser interpretada como permitindo a um Estado-Membro aderir a um programa após o termo da fase de I&D para as fases posteriores do ciclo de vida do produto, desde que se torne membro de pleno direito do programa. Tal significa que a participação desse Estado-Membro é formalizada num acordo ou contrato com os outros Estados-Membros participantes e implica que o novo Estado-Membro tem os mesmos direitos e obrigações específicos que são reservados aos membros do programa concertado. Em conformidade com o artigo 11.º da diretiva, a participação no programa do(s) Estado(s)-Membro(s) que adere(m) posteriormente tem de ser uma participação genuína, sem que haja a intenção de contornar as regras da diretiva. Neste caso, o Estado-Membro em causa tem igualmente de notificar a sua adesão ao programa.

### 3.7. Notificação à Comissão

A parte final do artigo 13.º, alínea c), enumera as informações que os Estados-Membros têm de comunicar à Comissão após a conclusão do programa <sup>(18)</sup>. Embora não especifique quão pormenorizada tem de ser a informação sobre a parte de I&D, a repartição de custos e a parte prevista de compras, esta disposição deve ser interpretada, com base no seu significado geral, como exigindo informações suficientes para demonstrar o seguinte:

- 1) que o programa diz respeito ao desenvolvimento de um novo produto, ou de um produto atualizado, que satisfaz as condições referidas no ponto 3.2;
- 2) que a participação dos Estados-Membros em conformidade com o artigo 11.º da diretiva é mais do que uma mera contribuição simbólica para um programa nacional e que se trata de uma participação genuína.

Para o efeito, a notificação deve indicar, pelo menos, a parte das despesas de investigação e desenvolvimento em relação ao custo total do programa e o acordo de repartição de custos. A informação sobre a parte das compras prevista por cada Estado-Membro só tem de ser fornecida se essa informação já estiver disponível no momento da notificação.

Todos os Estados-Membros participantes são responsáveis pela sua própria notificação. Os Estados-Membros que adiram a um programa concertado após as fases iniciais (inclusive após o termo da fase de I&D) devem igualmente notificar a Comissão da sua adesão ao programa (com a possibilidade, como opção, de pôr os outros Estados-Membros participantes em cópia).

As notificações podem ser enviadas por correio ou por correio eletrónico para a DG GROW (unidade G3). O endereço de correio eletrónico para as notificações é: GROW-DEFENCE@ec.europa.eu.

O endereço postal é:

Comissão Europeia  
DG GROW/G3  
1049 Bruxelles/Brussel  
BELGIQUE/BELGIË

Em termos de calendário, o artigo 13.º, alínea c), indica claramente que a notificação deve ter lugar «após a conclusão de um programa concertado». Isto significa que a notificação deve ser feita logo após a conclusão do programa concertado entre os vários Estados-Membros. Em qualquer caso, a notificação deve ter lugar antes da adjudicação dos contratos.

## 4. CONTRATAÇÃO PÚBLICA ATRAVÉS DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS — ARTIGO 12.º, ALÍNEA C), DA DIRETIVA

O termo «organização internacional» não está definido na diretiva. A nota de orientação «Defence- and Security- specific exclusions» <sup>(19)</sup>, de 2010, faz referência a «uma instituição permanente dotada de personalidade jurídica própria, criada por um tratado entre Estados soberanos ou organizações intergovernamentais e dotada das suas próprias regras e estruturas organizativas». A definição dada pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas <sup>(20)</sup> é a seguinte: «uma organização criada por um tratado ou outro instrumento de direito internacional, que possui a sua própria personalidade jurídica internacional».

O artigo 12.º, alínea c), da diretiva estabelece duas exceções.

De acordo com a primeira exceção, a diretiva não se aplica aos contratos regidos pelas regras processuais específicas de uma organização internacional que proceda a aquisições em seu benefício. A última frase do considerando 26 da diretiva esclarece que isto se refere «aos contratos adjudicados para os seus fins por organizações internacionais». Uma vez que a diretiva é dirigida aos Estados-Membros e não pode vincular organizações internacionais, nos termos do artigo 12.º, alínea c), as regras da diretiva não são aplicáveis às aquisições efetuadas por uma organização internacional em seu próprio nome e por sua própria conta.

As aquisições efetuadas por uma organização internacional para os seus próprios fins devem ser entendidas como compreendendo as aquisições de equipamento/serviços de defesa que tenham sido efetuadas por uma organização internacional para (a realização d)as suas próprias finalidades ou missões, tal como normalmente definidas nos instrumentos constitutivos pertinentes. Por outras palavras, deve existir uma ligação clara entre as finalidades e as missões da organização internacional e aquilo que é adquirido e determinado na adjudicação do contrato.

<sup>(18)</sup> Esta informação tem de ser notificada à Comissão nos casos em que um programa concertado é celebrado apenas entre Estados-Membros.

<sup>(19)</sup> Diretiva 2009/81/CE 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, Nota de orientação intitulada «Defence- and security- specific exclusions» da Direção-Geral Mercado Interno e Serviços, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15408/attachments/1/translations/>.

<sup>(20)</sup> Yearbook of the International Law Commission (anuário da Comissão de Direito Internacional) 2011, volume II, segunda parte, [http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_2011\\_v2\\_p2.pdf&lang=EFS](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2011_v2_p2.pdf&lang=EFS).

De acordo com a segunda exceção prevista no artigo 12.º, alínea c), a diretiva não se aplica aos «contratos a adjudicar por um Estado-Membro», em conformidade com as regras processuais de uma organização internacional. Pode ser o caso, por exemplo, quando um Estado-Membro atua em nome de uma organização internacional ou recebe uma contribuição financeira dessa organização internacional para a execução do contrato que o obriga a aplicar as regras processuais específicas dessa organização internacional em matéria de contratos públicos.

O artigo 11.º esclarece que os Estados-Membros não podem recorrer a adjudicações de contratos por intermédio de organizações internacionais no intuito de contornar as disposições da diretiva. O recurso à exceção do artigo 12.º, alínea c), exige que o Estado-Membro que a ela pretenda recorrer possa justificar tal decisão [ou seja, demonstrar que estão preenchidas as condições previstas no artigo 12.º, alínea c)].

## 5. COOPERAÇÃO ENTRE ESTADOS PARA A CONVERGÊNCIA DAS CAPACIDADES EXISTENTES

Algumas disposições da diretiva abrangem explicitamente situações em que pelo menos dois Estados-Membros lançam uma iniciativa de cooperação no domínio da defesa. Um exemplo deste tipo de disposições é o artigo 13.º, alínea c), que trata de programas concertados com base na I&D para o desenvolvimento de um novo produto, levados a cabo conjuntamente por, pelo menos, dois Estados-Membros (tal como ilustrado na secção 3).

Podem também verificar-se situações em que a decisão de cooperar e iniciar um processo de convergência de capacidades (por exemplo, «mutualização e partilha») com outro Estado-Membro ou com um país terceiro é tomada quando a capacidade militar em questão já está em serviço nesse Estado ou país.

### 5.1. Cooperação no domínio da defesa estabelecida numa fase posterior

O estabelecimento de uma cooperação no domínio da defesa pode requerer a aquisição por um Estado-Membro de uma capacidade já detida por outro Estado-Membro ou por um país terceiro. Se a aquisição for feita com base nas existências desse outro Estado ou país, o artigo 13.º, alínea f), estabelece que a diretiva não é aplicável a essa aquisição. A comunicação da Comissão sobre os contratos entre governos explica as regras e as melhores práticas aplicáveis nesses casos <sup>(21)</sup>.

### 5.2. Procedimento por negociação sem publicação de anúncio de concurso: artigo 28.º, n.º 1, alínea e)

Para além das aquisições entre governos, é também possível efetuar a aquisição diretamente ao produtor do equipamento em questão. O artigo 28.º, n.º 1, alínea e), da diretiva determina que as autoridades/entidades adjudicantes podem adjudicar os contratos de obras, de fornecimento e de serviços recorrendo a um procedimento por negociação, sem publicação prévia de um anúncio de concurso, «quando, por motivos técnicos ou atinentes à proteção de direitos de exclusividade, o contrato só possa ser executado por um operador económico determinado».

A utilização deste procedimento tem de ser justificada no anúncio de adjudicação do contrato, em conformidade com o artigo 30.º, n.º 3, da diretiva <sup>(22)</sup>.

O considerando 52 da diretiva contém explicações complementares relativas ao artigo 28.º, n.º 1, alínea e), da diretiva e exemplos de situações em que o contrato só pode ser adjudicado a um operador económico específico. O referido considerando tem a seguinte redação: «Pode ocorrer, para determinadas aquisições no âmbito da presente diretiva, que apenas um operador económico, em virtude de deter direitos de exclusividade ou por motivos técnicos, possa executar o contrato. Em tal caso, a autoridade/entidade adjudicante deverá ser autorizada a adjudicar contratos ou acordos-quadro diretamente a este operador económico único. No entanto, os motivos técnicos que explicam que apenas um operador económico pode executar o contrato deverão ser rigorosamente definidos e justificados caso a caso. Estes podem incluir, por exemplo, a inviabilidade técnica estrita de qualquer outro candidato diferente do operador económico escolhido atingir os objetivos exigidos, ou a necessidade de utilizar conhecimentos, instrumentos ou meios específicos que apenas um operador tem à sua disposição. Tal pode ocorrer, por exemplo, relativamente à modificação ou retromodificação de equipamento especialmente complexo. Estes motivos técnicos também podem resultar de requisitos específicos de interoperabilidade ou de segurança que devam ser respeitados a fim de garantir o funcionamento das forças armadas ou das forças de segurança».

<sup>(21)</sup> Comunicação da Comissão «Orientações para a adjudicação de contratos governo a governo (G2G) nos domínios da defesa e da segurança» [artigo 13.º, alínea f), da Diretiva 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho], de 30 de novembro de 2016, C(2016) 7727 final (JO C 450 de 2.12.2016, p. 1).

<sup>(22)</sup> As autoridades/entidades adjudicantes que tenham adjudicado um contrato ou celebrado um acordo-quadro enviarão um anúncio com os resultados do processo, no prazo de 48 dias após a adjudicação do contrato público ou a celebração do acordo-quadro. No caso dos acordos-quadro celebrados nos termos do artigo 29.º, as autoridades/entidades adjudicantes não são obrigadas a enviar um anúncio dos resultados de cada adjudicação feita com base nesse acordo. Podem não ser publicadas certas informações relativas à adjudicação de um contrato ou à celebração de um acordo-quadro, caso a sua divulgação possa obstar à aplicação da lei, ser contrária ao interesse público, nomeadamente aos interesses de defesa ou de segurança, lesar os legítimos interesses comerciais de operadores económicos públicos ou privados, ou prejudicar uma concorrência leal entre eles.



Uma vez que a aquisição é efetuada com base no artigo 28.º, n.º 1, alínea e), da diretiva, a adjudicação do contrato pelo Estado-Membro adquirente fica sujeita às disposições da diretiva em matéria de procedimentos de recurso (artigo 55.º e seguintes). Além disso, em cada situação, a existência de motivos técnicos que impedem a publicação do anúncio de concurso tem de ser bem explicada e justificada, tendo igualmente em conta que a aplicabilidade da exceção deve ser apreciada caso a caso e interpretada de forma restritiva.

Em situações de cooperação entre Estados no setor da defesa, se um Estado-Membro adquirir (diretamente ao produtor) uma capacidade de defesa já detida por outro Estado-Membro ou por um país terceiro que participe na cooperação, podem, por exemplo, verificar-se «motivos técnicos», na aceção do artigo 28.º, n.º 1, alínea e), se estiverem reunidas as seguintes condições:

- uma iniciativa de cooperação genuína no domínio da defesa (por exemplo, «mutualização e partilha», manutenção conjunta e apoio em serviço, ou operação conjunta) é estabelecida por um acordo ou contrato internacional entre o Estado-Membro adquirente e outros Estados-Membros ou países terceiros,
- tal é feito antes da definição da estratégia de contratação pelo Estado-Membro adquirente,
- após ter avaliado se os produtos/equipamentos existentes no mercado permitem implementar a iniciativa de cooperação no domínio da defesa, o Estado-Membro adquirente apresenta como justificação que a aquisição de equipamentos idênticos aos que já se encontram em serviço no outro Estado-Membro ou num país terceiro é a única maneira de aplicar a iniciativa de cooperação no domínio da defesa. Esta avaliação pode, por exemplo, assumir a forma da análise de mercado prevista no capítulo 3 da comunicação da Comissão intitulada «Orientações para a adjudicação de contratos governo a governo (G2G) nos domínios da defesa e da segurança» [artigo 13.º, alínea f), da Diretiva 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho].

Os «motivos» acima referidos para a aplicação do artigo 28.º, n.º 1, alínea e), não se aplicam à adjudicação inicial pelo Estado-Membro que adquiriu em primeiro lugar a capacidade em questão.

---