

A ADJUDICAÇÃO EM CASO DE EMPATE ENTRE PROPOSTAS

JOÃO AMARAL E ALMEIDA

Docente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
Advogado

Palavras-chave: empate entre propostas; critério de adjudicação; sorteio.

Resumo: O artigo é dedicado à análise da questão colocada pelo empate entre propostas. Nos casos em que o procedimento não preveja um critério de desempate e quer o critério de adjudicação seja o do mais baixo preço quer seja o da proposta economicamente mais vantajosa, o autor integra a lacuna da lei com recurso à analogia, concluindo pelo critério do sorteio. Considera que o sorteio é, aliás, o único mecanismo verdadeiramente transparente e imparcial. Recomenda-o também, por isso, para os casos em que a entidade adjudicante pretenda estabelecer no programa do concurso um critério de desempate.

Keywords: *tie between tenders; award criterion; selection by draw.*

Abstract: *This paper analyses the issues that arise from situations where there is a tie between tenders. In cases where the procedural guidelines do not include a tiebreaker, and the award criterion is the tender with the lowest price or the most economically advantageous one, the author of this paper attempts to deal with the legal loophole that arises from this by using the tool of analogy, opting for a selection by draw. The author, in fact, considers that this is the most transparent and impartial solution possible, recommending it also in cases where the contracting authority wishes to establish a tiebreaker in the procedural guidelines.*

1. Fora dos casos em que só tenha sido apresentada uma proposta ou em que só uma, de entre todas as apresentadas, não padeça de motivos de exclusão, a adjudicação é o ato de escolha de *uma* das

DESASTRES NATURAIS E AS CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Cândido Mendes
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

FLAVIO AMARAL GARCIA

Professor de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Palavras-chave: desastres naturais; Contratação Emergencial; instrumentalidade das Formas; Interesse Público Primário e Secundário; Princípios da Realidade e Razoabilidade; diferentes graus de emergência.

Keywords: natural disasters; Emergency Hiring Plan; Instrumentality of the legal forms; (Primary and Secondary — Public/Private) Public Interest; Principle of Reasonableness and Reality; different levels of emergency.

Resumo: *Tendo por base a interpretação do Tribunal de Contas da União que vem exigindo nos casos de grandes catástrofes e desastres naturais, a partir de uma interpretação literal, que sejam cumpridas rigorosamente todas as formalidades previstas em lei para contratações diretas com fundamento em situação emergencial, o presente artigo pretende abordar o assunto a partir de uma outra ótica. Pretende-se demonstrar que a forma é um instrumento para atender valores constitucionalmente protegidos, como o direito à vida e à segurança das pessoas e dos bens públicos e privados. Exigências de pesquisa prévia com três empresas, escolha da proposta mais baixa, realização prévia de projetos técnicos para execução das obras, são formalidades incompatíveis com os cenários de destruição provocados por grandes desastres naturais. A legislação de contratação pública deve ser interpretada consoante os parâmetros de razoabilidade e realidade. Prevalência dos valores substantivos e dos interesses públicos primários. A interpretação literal da norma acaba por igualar gestores honestos e desonestos.*

Abstract: *This study aims to approach the Emergency Hiring Plan through a different point of view, considering the current literal interpretation of the Federal Audit Court (TCU), that even in exceptional cases, like natural disasters, has been, rigorously, fulfilling every administrative formalities provided by law for direct recruitment, i.e. Emergency hiring. In this sense, we expect to show that the process (legal form) is a tool for providing rights protected by the Constitution, such as right to life and security of people, public and private property. Thus, requirements such as previous research with three companies, selection of the lowest offer, and carrying out technical projects for works execution, are formalities incompatible with scenarios of destruction caused by major natural disasters. Summarizing, the public procurement legislation shall be read according to the criteria of reasonableness and reality, and Prevalence of primary substantive values and public interests. Moreover, the literal interpretation of the rule (laws) eventually equalize honest and dishonest managers.*

1. Introdução

Os desastres naturais provocam verdadeiras catástrofes nas cidades e nas vidas das pessoas. Exemplo não muito distante ocorreu na Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro, no início do ano de 2011. As chuvas que assolaram a região entre os dias 11 e 12 de janeiro de 2011 não encontram precedente na história recente da localidade.

Todos os 10 (dez) municípios castigados pela força das chuvas decretaram situação de emergência ou estado de calamidade pública.

A triste consequência foi o soterramento de cidadãos e integrantes das equipes de resgate, além da destruição de construções e plantações, com diversas vias urbanas e rurais interditadas e o tráfego interrompido.

A população, em geral, sofreu com os sistemas de abastecimento de água e energia prejudicados, bem como com problemas nos sistemas de transporte e comunicações.

As cenas de destruição foram amplamente divulgadas pela mídia, gerando profunda comoção na sociedade brasileira, e, especialmente, na fluminense, que se mobilizou para somar esforços no resgate das vítimas.

Desastres naturais dessa magnitude ocorrem, infelizmente, em várias regiões do país, ensejando providências imediatas dos gestores públicos, como a contratação emergencial prevista no artigo 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93.

PAGAMENTOS A REALIZAR NA SEQUÊNCIA DE RECUSA DE VISTO PRÉVIO PELO TRIBUNAL DA CONTAS

RUI GUERRA DA FONSECA

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Palavras-chave: *Tribunal de Contas; visto prévio; atos e contratos implicando despesa pública; cessação de efeitos; pagamentos; Parcerias Público-Privadas.*

Keywords: *Court of Auditors; visa; cancellation of acts and contracts; public expenditure; payments; public-private partnerships.*

Resumo: *Nos termos do artigo 45.º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, os atos e contratos que impliquem despesa pública podem produzir todos os seus efeitos antes do visto prévio, quando a ele estejam sujeitos, excepto quanto a pagamentos. A questão abordada no presente texto é a de saber que pagamentos podem apesar de tudo ser feitos, e com que limites, quando o Tribunal de Contas recusa o visto, assim obstando à manutenção dos efeitos do ato ou contrato.*

Abstract: *According to article 45.º of the Statute of the Portuguese Court of Auditors, acts of adjudication and contracts which imply public expenditure may be all effective even before the visa, when required, except in the matter of payments. This article addresses the question of which payments may after all be made, and what are their limits, when the Court of Auditors comes to refuse the visa, thus cancelling the effectiveness of those acts or contracts.*

I. Enquadramento: o Tribunal de Contas como instância de controlo (preventivo) das despesas ou encargos implicados na realização da função administrativa

1. A Constituição da República Portuguesa (CRP) qualifica o Tribunal de Contas como “o órgão supremo de fiscalização da legalidade

O APROVEITAMENTO DA CAPACIDADE FINANCEIRA DE TERCEIROS PARA EFEITOS DE PARTICIPAÇÃO NUM CONCURSO

DÉBORA MELO FERNANDES

Advogada

Palavras-chave: capacidade financeira; capacidade técnica; aproveitamento da capacidade de terceiros; concurso limitado; qualificação; efeito direto; declaração bancária; Diretivas; jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Keywords: financial ability; technical ability; rely on the ability of third parties; restricted tender; qualification; direct effect; bank declaration; Directives; case-law of the Court of Justice.

Resumo: *O Código dos Contratos Públicos não admite, por regra, a possibilidade de os candidatos num determinado procedimento concursal aproveitarem a capacidade financeira de terceiros para efeitos do preenchimento dos requisitos mínimos fixados pela entidade adjudicante. No presente artigo, a autora reflete sobre se estava na liberdade do legislador nacional limitar um direito consagrado nas Diretivas europeias em matéria de contratação pública e, em caso negativo, quais as consequências dessa limitação. Nele conclui que o legislador não podia ter procedido a tal limitação e que, por conseguinte, por força da teoria do efeito direto vertical, os candidatos num procedimento que tenha por objeto um contrato abrangido pelas Diretivas poderão invocar, perante a entidade adjudicante, o direito que lhes é diretamente atribuído por estas, mesmo contra o disposto no Código dos Contratos Públicos.*

Abstract: *As a rule, the Public Contracts Code does not allow candidates in a tender to rely on the financial ability of third parties for the purposes of filling the minimum requirements set by the awarding authority. In this article, the author reflects on whether the national legislator could have limited a right established in the European Directives on public contracts and, if not, what the consequences of such limitation are.*

The author concluded that the national legislator was not allowed to limit such right; therefore, in accordance with the theory of vertical direct effect, candidates in a tender procedure which object is a contract covered by the Directives may invoke before the awarding authority the right directly attributed to them by these Directives, even if contrary to the provisions of the Public Contracts Code.

1. Enquadramento da questão

A exigência, por parte de uma entidade adjudicante, de que os interessados em participar num concurso preencham determinados requisitos de capacidade técnica e/ou financeira ⁽¹⁾ destina-se a assegurar que apenas apresentarão proposta entidades que beneficiem de um conjunto de *situações, qualidades, características ou outros elementos de facto* que, à partida, garantam uma adequada execução do contrato a celebrar.

Se é certo que, em princípio, esses requisitos de capacidade têm de ser preenchidos pelos próprios interessados em participar no procedimento, a verdade é que tem sido admitido que um interessado aproveite, dentro de determinadas condições, a capacidade de terceiros ⁽²⁾

⁽¹⁾ Tendo em conta os procedimentos de contratação pública previstos no Código dos Contratos Públicos, a exigência do preenchimento de determinados requisitos de capacidade técnica ou financeira só pode ocorrer num concurso limitado por prévia qualificação, num procedimento de negociação, num diálogo concorrencial ou num sistema de qualificação. Hoje em dia, tal exigência é proibida nos ajustes diretos e nos concursos públicos, na medida em que foi eliminada destes procedimentos, por opção exclusiva do legislador português, a fase de qualificação, na qual tem lugar a aferição da capacidade técnica e financeira dos candidatos. Nestes procedimentos, apenas é possível agora avaliar as propostas, através dos seus *atributos*, estando completamente vedado às entidades adjudicantes proceder à avaliação de “*situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes*”, isto é, da capacidade técnica e financeira dos mesmos (cf. artigo 75.º/1 do Código dos Contratos Públicos).

⁽²⁾ Não cabe na economia do presente texto analisar o aproveitamento da capacidade de terceiros por via da constituição de agrupamentos de operadores económicos, embora os diferentes membros de um agrupamento também sejam, uns relativamente aos outros, terceiros. Para os efeitos deste texto, são considerados *terceiros* apenas as entidades com as quais não existe uma associação através da consti-

THE PORTUGUESE DEBARMENT SYSTEM FOR THOSE CONVICTED OF CORRUPTION

PEDRO CERQUEIRA GOMES

Assistant Professor in Instituto de Contabilidade
e Administração de Empresas do Porto (ISCAP).

Keywords: *Public Procurement; Corruption; Debarment system; Self-cleaning.*

Abstract: *Public Procurement is a friendly environment to corrupt activities, regarding public officials and suppliers. In this article we are going to focus on a mechanism that intends to deter corrupt suppliers from participating in a public tender — the debarment system for corrupted behaviors in the Portuguese legal framework. The Portuguese debarment system for corrupt suppliers (article 55 i) of Portuguese Public Procurement Code (PPPC) raises a number of issues that go from the definition of corruption to the time limits that are applied to these issues and the mechanism of self-cleaning. The purpose of this article is to identify and highlight the main issues of article 55 i) of PPPC, by given a National and European perspective of the state of art and consequently proposing some solutions.*

1. A context of recession — Portugal, Corruption and Public Procurement

Portugal is facing a profound economic recession due to an almost unparalleled financial crisis affecting the euro-zone that forced the Portuguese Government to sign a *Memorandum of Understanding*, on May 5, 2011 with the European Commission, European Central Bank and the IMF (*Troika*), in order to secure the sustainability of the public finances. Consequently, the Government and the Parliament have adopted strict constraints on public expenditure that pose some *challenges* for

O PROJECTO DE ARQUITETURA VALOR JURÍDICO NOS ERROS E OMISSÕES (NÓTULAS)

MARIA CRISTINA GALLEGRO DOS SANTOS
Juíza Desembargadora do Tribunal Central Administrativo Sul

Palavras-chave: projeto de arquitetura; projeto de execução; revisão de projeto; erros e omissões; nulidade do caderno de encargos.

***Resumo:** Tomando em conta o complexo normativo vigente, o projeto de arquitetura cruza-se com o mundo do direito administrativo pela mão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação (RJUE) [DL 555/99 de 16.12] em sede de controlo público preventivo das operações urbanísticas particulares e do Código dos Contratos Públicos (CCP) [DL 18/2008 de 29.1] através do regime geral relativo às peças do procedimento de formação dos contratos e da regulação específica do contrato de empreitada de obras públicas, além da legislação complementar que diretamente se lhe aplica.*

***Keywords:** architectural project; execution project; project review; errors and omissions; nullity of specifications.*

***Abstract:** Considering the body of regulation in force, the architectural project intertwines with the world of administrative law through the Legal Regime of Urbanization and Edification (LRUE) [DL 555/99 of 16.12], in terms of preventive public control of specific urban operations and the Public Procurement Code (CCP) [DL 18/2008 of 29.1], based on the general scheme concerning the documents of the procedure for the formation of contracts and the specific regulation of the public works contract, in addition to the complementary legislation that directly applies to it.*

1. O projeto de arquitetura no procedimento de controlo prévio de operação urbanística

Numa brevíssima passagem pelo RJUE, diremos que no exercício da competência de controlo público preventivo das operações urbanís-