VOTO REVISOR

Trata-se de fiscalização nas obras de dragagem do Porto de Rio Grande/RS, realizadas no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II – PND II e sob responsabilidade da Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR.

2. As obras foram orçadas em cerca de R$ 376 milhões e foram objeto de licitação realizada com fulcro no Regime Diferenciado de Contratação – RDC com abrangência internacional, prevendo-se o regime de execução denominado contratação integrada. A empresa vencedora e posteriormente contratada ofertou desconto de 2% sobre os valores estimados.

3. Especificamente, o objeto licitado compreendia a contratação de empresa para a elaboração dos projetos básico e executivo de dragagem, sinalização, balizamento e execução das obras de dragagem para a readequação da geometria do Porto de Rio Grande/RS.

4. Como bem colocado pela ilustre Ministra Relatora Ana Arraes:

"O regime diferenciado de contratações e, em especial, ***a contratação integrada****, constituem inovações que vêm sendo aplicadas pela Administração Pública há poucos anos.*

Os diversos entendimentos que orbitam esse novo tipo de contratação não estão, portanto, pacificados. ***Dúvidas e divergências são naturais e até mesmo desejáveis, porquanto provocam a discussão aprofundada da matéria e o aperfeiçoamento da jurisprudência a ela concernente****.*

Trata-se, por conseguinte, de assunto sobre o qual é relevante que este Tribunal se debruce e busque aprimorar seus entendimentos, de modo a servir de bússola segura a ser seguida pelos seus entes jurisdicionados". (grifou-se)

5. Sob essa ótica, em que pese a excelência do voto apresentado pela ilustre Relatora e sempre com o intuito de contribuir, entendo que merecem maiores reflexões as seguintes propostas de determinações constantes da minuta de acórdão, os quais se referem a requisitos para a utilização da contratação integrada:

"9.1.1. a opção pelo regime de contratação integrada com base no inciso II do art. 9º da Lei 12.462/2011 deve ser fundamentada na ***demonstração cabal de que os gastos totais com a implantação do empreendimento serão inferiores se comparados aos obtidos com os demais regimes de execução*** *e de que as características do objeto permitem que ocorra real competição entre as contratadas para a aplicação de metodologias distintas, inclusive* ***com a valoração monetária das vantagens a serem auferidas pela Administração Pública;***

9.1.2. nas licitações pelo regime de contratação integrada enquadradas no inciso II do art. 9º da Lei 12.462/2011, ***é obrigatória a inclusão nos editais de critérios objetivos de avaliação e julgamento de propostas que contemplem as metodologias executivas diferenciadas admissíveis****, em observância ao § 3º daquele artigo; ...*

9.4. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo que oriente suas unidades a observarem, nas futuras fiscalizações, os entendimentos expressos nos itens 9.1.1 e 9.1.2 deste acórdão; " (grifou-se)

6. Transcrevo, a seguir, os dispositivos da Lei 12.462/2011 que fundamentaram essas propostas:

"Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que ***técnica e economicamente justificada*** *e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:*

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54878722.

...

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias;

...

§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a ***apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas****."* (grifou-se)

II

7. Antes de adentrar o caso concreto, farei breves considerações sobre o regime de contratação integrada.

8. Nos termos da Lei 12.462/2011, art. 9º, esse regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia diferencia-se dos demais por três aspectos principais:

a) contratação com base em anteprojeto de engenharia;

b) elaboração dos projetos básico e executivo a cargo da contratada;

c) vedação de aditivos contratuais em função de falhas e omissões do projeto;

d) possibilidade de metodologias diferenciadas de execução.

9. Consoante André Pachioni Baeta (Regime Diferenciado de Contratações Públicas, Pini, São Paulo, 2014, p. 143):

"A contratação integrada é equivalente a uma contratação simultânea dos projetos básico/executivo e de uma posterior execução da obra no regime de empreitada integral."

10. Apesar de recente em nosso ordenamento jurídico, a exceção da previsão no Regulamento de Contratação da Petrobras (Decreto 2.745/1998), trata-se de prática amplamente disseminada no âmbito internacional, inclusive em financiamentos efetuados pelo Banco Mundial, e que vem mostrando bons resultados.

11. A Diretiva 18/04 do Parlamento Europeu – relativa a contratos públicos – assim estabelece "*dada a diversidade dos contratos de empreitada de obras públicas, as autoridades adjudicantes deverão poder prever tanto a adjudicação separada como a adjudicação conjunta de contratos para a concepção e a execução de obras. A presente diretiva não tem por objetivo prescrever a adjudicação conjunta ou separada de contratos*."

12. O **Federal Acquisition Regulation** - FAR dos Estados Unidos (item 36.302) também prevê a combinação de projeto e construção em um só contrato.

13. Consoante, José Antônio Pessoa Neto e Marcelo Bruto da Costa Correia, em sua obra "Regime Diferenciado de Contratação – RDC, Uma perspectiva gerencial" (Curitiba, Negócios Públicos do Brasil, 2015, p. 115), o modelo vem sendo aplicado pelo setor público em países diversos como França, Reino Unido, Grécia, Suécia, México, Estados Unidos, Austrália, Tailândia, Cingapura em obras de complexidades diversas, como edificações, hospitais, rodovias, ferrovias e instalações industriais. Ainda segundo os autores, em 2013, o modelo foi adotado nos Estados Unidos em cerca de 30% do universo – excluídas as obras de caráter militar e residencial – de contratações de construção governamental.

14. Veja-se, pois, que não se trata de uma inovação sem base ou precedentes, mas sim de um modelo já experimentado em outros países e que pode render bons frutos no Brasil. Por certo, não se trata de uma solução universal para as contratações públicas de obras e serviços de engenharia, mas de uma opção que pode, em determinadas circunstâncias, melhor atender o interesse público. Nesse aspecto, sobressai a importância da atuação do Tribunal de Contas da União no sentido de assegurar

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54878722.

que a contratação integrada seja bem aplicada, de forma que o gestor sopese adequadamente as vantagens do novo modelo e os riscos a ele associados.

III

15. Pois bem, a norma legal, além de impor que a utilização da contratação integrada deve ser utilizada preferencialmente, determinou que essa utilização seja justificada técnica e economicamente (arts. 8º, § 2º, e 9º da Lei 12.462/2011).

16. Com efeito, essas exigências legais ocorrem para garantir que o interesse público seja melhor atendido com a utilização da nova modalidade. Entretanto, de forma a não prejudicar a utilização do instituto e, até mesmo torná-lo inaplicável, não podem ser feitas exigências de dificílimo ou impossível cumprimento, sob pena de se desvirtuar o sentido da lei.

17. Sob essa ótica, a primeira proposta de determinação mencionada estabelece que as vantagens da utilização do regime de contratação integrada sejam obrigatoriamente valoradas monetariamente. Embora louvável essa exigência, creio que ela deve ser objeto de ulteriores considerações para que seja compatibilizada com a realidade fática em que se situa a utilização do regime de contratação integrada pela administração pública brasileira.

18. Isso porque, como será visto adiante, as vantagens/desvantagens do novo regime de contratação, embora possam ser esperadas e intuídas, nem sempre são diretamente traduzíveis em números ou valores monetários. Por exemplo, vislumbro dificuldades em se cotejar de pronto e cabalmente as vantagens e desvantagens de cada um dos regimes de execução de uma obra como: estímulo à competitividade do certame, tempo de execução do empreendimento, integração entre projeto e execução, previsibilidade de custos e transferência de riscos para os particulares. Essa dificuldade de expressão numérica/monetária, repito, não impede a percepção de que tais atributos representam vantagens/desvantagens econômicas ou técnicas.

19. Veja-se que a administração pública convive há décadas com diversos regimes de execução de obras públicas – execução direta, preço global, preço unitário, tarefa e empreitada integral (art. 6º, incisos VII e VIII, da Lei 8.666/1993) – e não tenho conhecimento de estudos realizados, quer pela administração pública quer pelas unidades técnicas do TCU, ou mesmo por entidades privadas, que demonstrem matematicamente, tampouco em termos monetários, as vantagens advindas da utilização de cada modalidade. Nem mesmo o aprofundado estudo empreendido no âmbito do Acórdão 1977/2013-Plenário, o qual tratou de se debruçar sobre as vantagens e desvantagens de cada um dos regimes de execução, atingiu tal nível de detalhamento quanto aos comparativos monetários.

20. Nem se diga que tais estudos inexistem porque não há determinação legal nesse sentido, pois a busca pela metodologia mais econômica advém do texto constitucional e independe de previsão legal. Na verdade, creio que a ausência dos mencionados estudos econômicos ocorre pela sua complexidade/inviabilidade em realizá-los e não há por que se supor que em relação a contratação integrada seria diferente. Em assim sendo, ao menos não no presente momento, não me parece adequado ou exequível dispensar tratamento diferenciado em relação à contratação integrada.

21. Outrossim, mesmo em hipóteses em que a norma de licitação expressamente exige a adoção da opção mais econômica, não vislumbro a existência de trabalhos que demonstrem monetariamente a opção a ser adotada em cada caso. A Lei 8.666/1993, por exemplo, traz as seguintes disposições:

"Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: ...

IV - ser ***subdivididas em tantas parcelas*** *quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado,* ***visando economicidade****;*

Art. 23 ...

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54878722.

§ 1º As ***obras, serviços e compras*** *efetuadas pela Administração* ***serão divididas em tantas parcelas*** *quantas se comprovarem* ***técnica e economicamente*** *viáveis ...”*

22. Não há estudos, por exemplo, sob o aspecto monetário, de quantas unidades residenciais devem ser objeto de cada parcela a ser licitada ou de quantos quilômetros de rodovia devem ser objeto de cada lote de construção ou manutenção. Em razão da complexidade em realizar tais estudos, os quais podem até mesmo não apontar resultados conclusivos em função das múltiplas variáveis envolvidas, a justificativa econômica de cada opção adotada acaba sendo baseada em dados empíricos e isso vem sendo aceito pela jurisprudência desta Corte de Contas. Nesse sentido, não extraio do mencionado comando da Lei 12.462/2011 o entendimento de que a contratação integrada somente poderá ser aplicada caso seja demonstrada matematicamente a sua vantagem econômica.

III.1

23. Essas constatações, entretanto, não devem impedir que se busque o aperfeiçoamento das metodologias de apreciação da vantajosidade de determinada opção colocada pelo legislador no tocante às contratações públicas. Assim, por não haver uma fórmula matemática que correlacione todas as vantagens e desvantagens monetárias da utilização de cada regime de execução de obra pública, o aperfeiçoamento da análise deve ocorrer da verificação do ocorrido na prática. Ou seja, caberia avaliar uma gama significativa de contratos, inclusive aditivos, e submetê-los a complexas análises estatísticas de forma que se possa extrair o impacto econômico da utilização de cada regime.

24. Para essa espécie de estudo, entretanto, é preciso haver base de dados, ou seja, uma amostra relevante de contratos cujas obras foram finalizadas. E aqui destaco que não basta olhar os valores da contratação inicial, pois as repercussões da contratação integrada adentram a execução do empreendimento, incluindo a fase de comissionamento e, em alguns casos, até mesmo uma fase inicial de operação assistida.

25. Em sendo assim, é preciso permitir que, respeitados os requisitos legalmente instituídos, sejam realizadas contratações integradas em quantidade suficiente para que o modelo seja bem experimentado e, com isso, sejam criadas bases de dados que sirvam de referenciais futuros para uma análise matemática de suas vantagens e desvantagens. No momento, entretanto, essa exigência não me parece razoável, ao menos não de órgãos que não possuam em sua carteira um expressivo número de contratos da espécie concluídos.

26. No presente estado de utilização da contratação integrada, creio que somente o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte – DNIT possui uma base de dados ampla o suficiente para fundamentar a realização de tais estudos. Assim, entendo que a matéria deva ser objeto de reflexões em processos que envolvam essa autarquia.

27. Não posso deixar, contudo, de registrar mais uma vez a experiência internacional, no sentido de demonstrar o potencial do novo modelo. Menciono, então, o seguinte trecho do Guia de Gerenciamento de Riscos de Obras Rodoviárias do DNIT, em que foram apreciados resultados obtidos pela agência federal do governo dos Estados Unidos para a administração de rodovias (**Federal Highway Administration** – FHWA):

“*A FHWA indica que a grande motivação para o uso da contratação do tipo* ***design-build*** [contratação integrada] *no lugar do tradicional* ***design-bid-build*** *(contratação do projeto, aprovação e posterior contratação da obra) é a possibilidade de se ter* ***uma redução global no prazo de entrega do empreendimento pronto*** *[...].* ***Quanto ao custo, a FHWA afirma ser mais difícil aferir os benefícios****, porém destaca que uma maior eficiência no orçamento deverá ser percebida nos projetos do tipo* ***design-build****,* ***dado que se permite que o contratado encontre maneiras mais eficientes de atingir os objetivos do projeto****.”* (grifou-se)

28. No mencionado estudo da FHWA (http://www.fhwa.dot.gov/reports/designbuild/designbuild.pdf), concluiu-se que, em média, a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54878722.

utilização da contratação integrada diminuiu o prazo de execução em 14.1%, reduziu o custo em 2,6% e não afetou a qualidade do produto entregue.

III.2

29. Por certo, a eventual dificuldade de quantificação monetária de todas as vantagens e desvantagens do modelo não deve prejudicar que se analise as suas peculiaridades de forma a atender o comando legal no sentido de que a contratação integrada deve ser devidamente justificada técnica e economicamente.

30. Nessa linha, tal qual exposto no voto condutor do Acórdão 1850/2015-Plenário, a valoração monetária das vantagens e desvantagens da contratação integrada deve ocorrer na medida do possível. Ademais, quando determinada vantagem ou desvantagem puder ser estimada quantitativamente, mesmo que não em termos monetários, isso deve ocorrer. Outrossim, acompanho nesse aspecto a eminente Ministra-Relatora no sentido de que a fundamentação não deve se limitar a argumentos genéricos e subjetivos.

IV

31. Passo, então, a discorrer sobre as características da contratação integrada de forma a subsidiar a posterior análise do caso concreto e justificar a conclusão acerca das dificuldades em se mensurar numericamente essas características.

32. De modo a não me alongar excessivamente neste voto, ressalto que me restringirei a manifestar acerca da hipótese de utilização da contratação integrada quando a execução do objeto puder ser efetuada mediante diferentes metodologias (inciso II do art. 9º da Lei n° 12.462/2011). Isso porque essa é a hipótese tratada nestes autos e que vem sendo costumeiramente utilizada pela administração pública.

IV.1

33. A primeira característica da modalidade é a contratação com base em anteprojeto de engenharia.

34. Consoante Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante (RDC e Contratação Integrada, Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 253), o anteprojeto na contratação integrada pode ser definido como:

"Peça fundamental da licitação, caracterizadora da obra ou serviço de engenharia a ser contratado e elaborado coerentemente com a alocação de riscos do certame, ***abrangendo todos os elementos necessários para permitir com isonomia, a elaboração e comparação das propostas a serem ofertadas pelos particulares, bem como a posterior elaboração do projeto básico"****.* (grifou-se)

35. Em algumas situações, por conter maiores indefinições do que o projeto básico, o anteprojeto de engenharia contém um maior grau de incerteza acerca do orçamento do objeto. Essas incertezas, de acordo com a sistemática da contratação integrada – em especial as maiores restrições à celebração de aditivos –, constituem risco adicional para os licitantes que devem precificá-los e considerá-los em sua proposta. Ou seja, o preço ofertado inicialmente tende a ser majorado em função da absorção desse risco.

IV.2

36. Por outro lado, há uma maior liberdade ao contratado para o desenvolvimento do projeto e definição das soluções técnicas. Em obra de minha autoria, teci os seguintes comentários a respeito:

"Trata-se de licitações em que ***há maior liberdade para as contratadas inovarem e buscarem a metodologia construtiva mais adequada à execução do objeto. Essa maior liberdade, poderá***

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54878722.

redundar que os licitantes vislumbrem alternativas com menores custos do que aquela eventualmente teria sido fixada no projeto básico.

Esses menores custos, em um ambiente competitivo, ***deverão repercutir em propostas mais vantajosas para a Administração, privilegiando o princípio da economicidade****. Ou seja*, ***os impactos econômicos propiciados pelas maiores incertezas acerca do orçamento da obra quando da licitação podem ser contrabalanceadas pela possibilidade de o contratado buscar melhores soluções quando da execução contratual.***

Essa possibilidade, destaco, ***corrige uma incoerência verificada nos demais modelos de obras públicas – em especial o da contratação por preço unitário. Isso porque, nesses casos, não há maiores estímulos para as contratadas inovarem e utilizar a sua capacidade de engenharia para reduzir os custos do empreendimento, pois a lógica é que, em regra, eventuais ganhos de eficiência devem ser repassados integralmente para a Administração****."* (grifou-se)

37. Consoante exposto no voto condutor do Acórdão 1850/2015-Plenário:

*"****Seria uma verdadeira licitação do tipo "melhor engenharia",*** *em que a empresa licitante com soluções técnicas mais adequadas e metodologias inovadoras estaria apta a ofertar as propostas com condições mais vantajosas para a Administração. As empresas competiriam tanto em termos de custos e margens de lucro utilizados em suas propostas quanto em termos de eficiência e tecnologia aplicada à execução do objeto."* (grifou-se)

38. Ou seja, em vez de somente um agente – autor do projeto básico – fixar a melhor solução de engenharia, permite-se que essa solução seja submetida à apreciação dos licitantes, os quais, no intuito de apresentar uma proposta competitiva, devem engendrar estudos para a apresentação de soluções diversas. Caso contrário, ou seja, haja a fixação da metodologia no projeto básico, mesmo que ela não seja a mais vantajosa para a Administração Pública, os licitantes nada poderiam fazer a respeito e a contratação se daria em bases antieconômicas.

39. Nesse sentido, trago as seguintes ponderações constantes do voto condutor do Acórdão 1.850/2015-Plenário:

"concordo com o exame da SeinfraHidro de que tal condição se aplicaria ao Ramal do Agreste, tendo em vista a existência de estruturas complexas como túneis, barragens e aquedutos. Por exemplo, ***a execução de um túnel escavado em rocha poderia ser realizada por meio de uma tuneladora ou mediante o emprego de explosões controladas. Embora o resultado final para o contratante seja efetivamente o mesmo túnel, ambas as metodologias executivas apresentam consequências bem distintas em termos de custo e prazo de execução, o que invariavelmente se refletirá nos preços ofertados à Administração pelas licitantes****."* (grifou-se)

40. Trata-se de situações em que o mercado oferece mais de uma solução, e a não definição no anteprojeto tem como reflexo aumentar a competitividade do certame e, consequentemente, propiciar preços melhores para a Administração.

41. No bojo do TC 012.174/2014-9, por exemplo, foi submetida ao TCU, em sede de representação, a análise da execução de aeroportos regionais. Embora tenha sido considerada prejudicada por perda de objeto, foram colocadas algumas situações interessantes por parte dos gestores, os quais alegaram que as alternativas para o projeto estrutural do terminal de passageiros, quais sejam, estrutura metálica, concreto armado pré-moldado e concreto armado moldado **in loco**, justificariam a utilização da contratação integrada.

42. Com efeito, partindo do pressuposto que o projeto estrutural é elemento significativo nas obras de execução de terminais de passageiros e que há mais de uma alternativa que atenda o interesse da Administração – com mesmos desempenho e durabilidade –, parece-me apropriado que as opções sejam objeto de disputa por parte dos licitantes. Isso porque, sempre falando em tese, poderá haver

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54878722.

empresas com maior expertise em determinada estrutura e outras que não trabalham com determinado tipo de estrutura, de forma que a não-fixação prévia da forma de execução acabaria por liberar exigências de habilitação técnica (profissional e operacional), estimular a participação de maior número de licitantes e, por conseguinte, propiciar uma proposta mais vantajosa para o contratante.

43. Por certo, de forma a se garantir que a contratação ocorra de acordo com o princípio da economicidade, a orçamentação base do anteprojeto deve considerar a alternativa que, em princípio, considerando a atualidade das soluções de engenharia vigentes no mercado ("estado da arte"), onere menos a Administração.

44. A respeito, trago à baila as seguintes ponderações efetuadas pelo Ministério Público junto ao TCU:

"40. Ao transferir ao particular a responsabilidade pela elaboração dos projetos e pela execução da obra, fornecendo no edital apenas anteprojeto de engenharia que possibilite caracterizar a obra ou serviço, a LRDC introduziu regime contratual que se amolda à espécie ligada às obrigações de resultado, já comentadas anteriormente. ***Afinal, não mais existem as amarras do PB, possibilitando ao contratado utilizar sua criatividade no intuito de apresentar, ao final, produto que atenda às condições expostas pela Administração Pública no ato convocatório****."* (grifou-se)

45. Outrossim, entendo de todo pertinentes as ponderações constantes do voto da Ministra-Relatora no sentido de que a possibilidade de se utilizar metodologias diversas deve se referir a parte significativa do objeto:

"Quando a condição atendida é a possibilidade de utilização de diferentes metodologias na execução da obra, ***estas devem se referir a aspectos de ordem maior de grandeza e de qualidade, capazes de ensejar uma real concorrência entre as propostas a envolver diversas metodologias, de forma a propiciar ganhos reais para a Administração****.*

Professam a ideia de que o dispositivo legal não deve ser banalizado – sob pena de ofensa ao princípio de hermenêutica jurídica de que a lei não contém palavras inúteis –, uma vez que, em algum nível mínimo, praticamente toda obra permite a execução com métodos distintos." (grifou-se)

46. Por outro lado, de forma diversa ao exposto no mencionado voto, manifesto o entendimento de que a norma legal, ao admitir a contratação integrada mediante a possibilidade de execução com diferentes metodologias, não fez distinção entre opções metodológicas de meio e fim. Ora, se houver vantagem para a utilização desse regime para determinadas opções construtivas de meio, como a escavação de túnel antes mencionada, não vejo fundamentos jurídicos para não utilizar a contratação integrada.

IV.3

47. Associada a essa permissão de que o contratado encontre maneiras mais eficientes de atingir os objetivos do projeto, está o foco da remuneração, que passa a ser pelos resultados ou produtos obtidos e não pelos meios empregados. Ou seja, afasta-se da lógica perversa de determinados modelos de contratação em que se estimula a ineficiência pelo fato de a remuneração ser pelos serviços realizados, de forma que não há interesse do contratado em otimizar a execução do empreendimento mediante a alteração de metodologias previstas no projeto básico.

48. Outrossim, ressalto que não faz parte do escopo deste voto analisar os pressupostos para a elaboração do anteprojeto de engenharia. Registro apenas que a norma legal estabelece diversos requisitos para que ele contenha todos os elementos necessários para a apresentação das propostas e orçamentação por parte da Administração Pública (condições de solidez, segurança, durabilidade, prazo de entrega, impactos ambientais, acessibilidade, dentre outros).

49. Ou seja, o anteprojeto não deve se tratar de uma peça imprecisa ou incompleta, que não defina adequadamente o objeto, mas sim de minucioso trabalho de engenharia que, aprofundando a melhor

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54878722.

alternativa oriunda dos estudos de viabilidade técnica e econômica, que o antecedem, permita à Administração demonstrar como deve ser atendido o interesse público, sem impedir que inovações incorporadas pela iniciativa privada possam melhorar ainda mais a vantajosidade no atendimento ao programa de necessidades.

IV.4

50. Como consequência da licitação por meio de anteprojeto, a execução dos projetos básicos e executivo ficará a cargo da contratada.

51. Segundo Pessoa Neto e Bruto da Costa Correia (ob. cit., p. 172 e 174), essa é a característica do modelo que permite significativa redução dos prazos de contratação de obras públicas:

"Em relação a projeto, porém, é possível sim acreditar em ganhos mais substantivos de tempo, particularmente em razão de três inovações da Contratação Integrada:

1) *Aceitação de projeto básico/executivo baseado na adequação de soluções técnicas e não na aprovação exaustiva dos projetos, inclusive de quantitativos e preços unitários;*
2) *Possibilidade de aceitação parcial dos projetos, com desenvolvimento concomitante ao andamento das obras;"*

51. A redução do prazo de execução das obras, segundo os autores, também decorre da "*redução substantiva dos custos de transação decorrentes da integração projeto-obra*" e do "*caráter* ***lump-sum*** [preço fechado] *do contrato, que permite que o contratado tenha maiores margens de ganho com a compressão do cronograma contratual*".

52. Trata-se, por certo, de dados que devem ser confirmados em trabalhos que considerem uma amostra razoável de dados empíricos.

IV.5

53. A terceira característica da contratação integrada é a vedação de realização de aditivos decorrentes de falhas e omissões do projeto.

54. Essas maiores restrições à celebração de aditivos acarretam maiores riscos para a contratada, a qual deverá assumir os respectivos ônus caso o necessário para a execução do objeto contratado seja além do previsto no anteprojeto de engenharia. Esse risco é potencializado pelo fato de que a ausência de projeto básico aumenta o grau de incerteza acerca do orçamento da obra.

55. Ciente dessa característica do novo regime, desde as primeiras aplicações do regime de contratação integrada, esta Corte de Contas (**v.g**. Acórdão 1510/2013-Plenário) vem propondo e determinando soluções que minimizem essa insegurança decorrente da transferência de riscos para o particular. Assim, mediante a elaboração da denominada "matriz de risco", deixa-se a cargo da Administração, tal qual na contratação por preço unitário, o risco referente a parcelas do objeto que, por exemplo, apresentem incertezas adicionais e possam repercutir em demasia na proposta de preço global a ser apresentada.

56. De qualquer forma, essas contingências potenciais a cargo dos licitantes deverão ser por eles precificadas. Assim, a norma legal, incorporando o mencionado entendimento do TCU, passou a prever a possibilidade de que as propostas contemplem um adicional a respeito, de forma que:

"§ 5º Se ***o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado****, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante."* (§ 5º do art. 9º da Lei 12.462/2011, incluído pela Lei 13.190/2015) (grifou-se)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54878722.

57. Veja-se que esse adicional incide sobre o valor inicial da contratação e não necessariamente aumentará o custo final do empreendimento. A razão para tanto é que a contrapartida desse adicional é afastar, de acordo com a abrangência do risco transferido, os recorrentes aditivos relacionados a imprecisões no projeto básico considerado durante a licitação.

58. São precisas a respeito as lições de Pessoa Neto e Bruto da Costa Correia (ob. cit., p. 133):

"Não é a transferência ou retenção de riscos que amplia ou minora o custo final do empreendimento*. O fato de a Administração reter riscos e mão contingenciá-los em seus orçamentos não os faz desaparecer. Não há maior exemplo disso do que a recorrência de termos aditivos relacionados a imprecisões em projetos básicos ou até mesmo projetos executivos.*

O que de fato, influencia o custo final da obra, particularmente das contingências, é a alocação eficiente de riscos, para aquele partícipe do contrato que detenha maior capacidade de gerenciar e mitigar os riscos em questão"*.* (grifou-se)

59. Ou seja, sobressai aqui outra característica acerca da distribuição dos riscos na contratação integrada, qual seja a permissão para que ocorra de acordo com a capacidade de cada parte em gerenciá-los e mitigá-los, o que pode contribuir para a redução do custo final do empreendimento. Nesse sentido, Baeta (ob. cit. p. 158) coloca que:

*"A alocação de riscos representa a repartição objetiva desses riscos entre as partes Quando feita de forma clara e eficiente****, diminui as incertezas futuras, proporcionando maior segurança jurídica para as partes e reduzindo o preço global do projeto****."* (grifou-se)

60. Finalmente, não é demais lembrar que significativa parcela dos problemas verificados pelo TCU nas contratações públicas ocorre no bojo desses aditivos contratuais (jogo de planilha, sobrepreço, extrapolação dos limites legais).

V

61. Dessas ponderações, busca-se demonstrar que a justificativa técnica e econômica de que trata o art. 9º da Lei 12.462/2011 abrange diversos fatores que nem sempre podem ser expressos monetariamente de per si, embora alguns, como a redução dos prazos, possam ser expressos numericamente. Assim, como já sinalizado, creio que somente uma comparação ampla que confronte contratos já executados mediante os diversos modelos de contratação poderá permitir uma análise científica das vantagens e desvantagens da utilização da contratação integrada de forma a permitir aos gestores públicos tomarem decisões em bases mais sólidas.

62. Em sendo assim, proponho alteração na proposta de determinação para compatibilizá-la com esse entendimento.

63. Outrossim, registro que, no bojo do TC 034.974/2015-6, está sendo feito um minucioso levantamento das contratações efetuadas com fulcro no Regime Diferenciado de Contratação, o que pode levar ao aprimoramento das constatações até aqui efetuadas.

VI

64. A segunda proposta de determinação diz respeito a obrigatoriedade da inclusão nos editais de critérios objetivos de avaliação e julgamento de propostas que contemplem as metodologias executivas diferenciadas, a teor do § 3º do art. 9º da Lei 12.462/2011.

65. Esse dispositivo já existia na versão original da Lei 12.462/2011, a qual previa que a contratação integrada obrigatoriamente seria realizada de acordo com o critério de julgamento de técnica e preço. Em sendo assim, era de todo razoável que a lei determinasse a definição de critérios de pontuação de metodologias como regra geral.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54878722.

66. Entretanto, com revogação do inciso III do § 2º do art. 9º dessa lei, essa obrigatoriedade de licitar mediante técnica e preço deixou de existir, de forma que passou a ser possível a realização de contratação integrada pelo critério de menor preço. Nesse novo panorama, o § 3º do art. 9º da Lei 12.462/2011 deve ser interpretado no sentido de que a pontuação das metodologias de execução deve ocorrer quando se utilizar o critério de julgamento técnica e preço.

67. Com efeito, é possível que metodologias diversas de execução não interfiram na qualidade do objeto. Ou seja, interessa à contratante o menor preço dentre as metodologias possíveis, de forma que seria um contrassenso exigir a ponderação técnica dessas metodologias, visto que desnecessária. Em outras palavras, exigir ponderação técnica onde não há necessidade equivaleria a utilizar uma licitação tipo técnica e preço sem que estejam presentes os pressupostos para tanto.

68. Tratar-se-á, pois, de situação já mencionada anteriormente em que a intenção de permitir a execução do objeto mediante mais de uma metodologia tem por escopo aumentar a competitividade e estimular a formulação de propostas mais vantajosas.

69. Antecipando-me à análise do caso concreto, considero aplicáveis as seguintes ponderações da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária – SeinfraHidroferrovia a respeito da existência de mais de uma metodologia de execução:

"Não se pode falar em vantagens específicas para a Administração com o uso de uma ou outra metodologia, tampouco existe uma metodologia específica mais vantajosa para a Administração*. Até mesmo porque as técnicas não são estanques e podem ser combinadas ou até variar em função de cada área do canal de acesso ao porto que está sendo atacada, ou da distância para o bota-fora, ou do tráfego operacional no momento, ou das condições climáticas etc. No caso de uma obra de dragagem como a que está sendo discutida,* ***o mais vantajoso para a Administração é que ela seja contratada a valores de mercado e executada com qualidade, dentro dos prazos estabelecidos e sem prejudicar a operação portuária, o que torna irrelevante a discussão quanto à exata metodologia a ser utilizada"****.* (grifou-se)

70. Em sendo assim creio que a mencionada proposta de determinação deve ser restrita às licitações tipo técnica e preço, situação em que efetivamente deverá haver a pontuação das metodologias previstas na licitação.

VII

71. Adentro agora o caso concreto e seu enquadramento nos pressupostos legais para a utilização da contração integrada.

72. A contratação mediante anteprojeto de engenharia foi assim justificada pela unidade técnica:

"A definição dos marcos intermediários [de medição] *por parte da própria contratada otimiza a realização do empreendimento, já que* ***ela pode planejar a melhor forma de executar os serviços de acordo com seus equipamentos, com o projeto e até com restrições impostas pela autoridade portuária ou por condições climáticas adversas. Ademais, as atividades comerciais do porto não são paralisadas para a execução da obra, o que demanda complexo planejamento e a criação de alternativas.*** *Em contratos de dragagem passados nos quais a SEP definiu os marcos intermediários eram recorrentes reclamações, por parte dos contratados, relacionadas a obstruções ou atrasos ao atingimento dos marcos por diversos motivos, como por exemplo a existência de materiais diferentes dos constantes no projeto básico fornecido pela SEP, grandes volumes a serem dragados entre os marcos subsequentes em períodos com condições climáticas desfavoráveis, cabeamento de eletricidade de instalações da Marinha do Brasil passando pela região a baixas profundidades, dentre outras.*

33. Sendo assim, ***a prática mostra que há otimização de recursos humanos e materiais quando os projetos e os marcos contratuais intermediários são elaborados pela própria empresa***

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54878722.

contratada para a realização das obras, sempre destacando que projetos e cronogramas de pagamento devem ser previamente aprovados pela SEP/PR".

... (grifou-se)

73. Especificamente em relação à possibilidade de se utilizar metodologias diversas para a execução do objeto, transcrevo os seguintes trechos da instrução da unidade técnica:

"A SEP apontou no termo de referência que o objeto da contratação envolve a possibilidade de execução com diferentes metodologias. O órgão considera que o futuro contratado, de acordo com seu ***know-how poderá optar por utilizar-se de diversos equipamentos e tecnologias, a fim de conseguir atingir os objetivos contratuais de forma eficiente, econômica e flexível****, já que* ***terá que transportar os sedimentos dragados até a área de despejo sob diferentes condições meteorológicas e de tráfego operacional de embarcações.***

Ademais, ***a executora terá a opção de realizar a coleta de sedimentos com diferentes níveis de profundidade, objetivando espaçar os períodos de intervenção, otimizar o volume da cisterna das dragas, por meio do controle de over flow, executar sandtraps ou armadilhas de areia*** *para captar os sedimentos resultantes do assoreamento, retificar o traçado do canal e utilizar diferentes tipos de equipamentos/dragas para manutenção das profundidades.* ***Desse modo, considera-se atendido o inciso II do caput do art. 9º".*** (grifou-se)

74. Em suas justificativas para a utilização da contratação integrada, a Secretaria Especial de Portos também ponderou que (peça 14, p. 41-44):

"A previsão de transferência do encargo de formular o projeto básico para contratação de obras e serviços de engenharia de dragagem promove uma lógica de cooperação mais acentuada com o particular, porque envolve esse parceiro privado na elaboração do projeto, ***possibilitando a obtenção de ganhos de eficiência na execução do contrato, dada a sua potencial expertise***.

A possibilidade de ganhos de eficiência é diretamente proporcional à abrangência das responsabilidades transferidas pelo contrato ao parceiro privado, conferindo-lhe uma margem mais ampla em relação à prestação a ser executada.

...

Como as obras serão executadas com o Porto operando, ***a capacidade dos equipamentos torna-se um dos principais parâmetros para a escolha da contratada capaz de realizar o empreendimento,*** *sem provocar a interdição dos canais de acesso e bacias de evolução. ...*

Face à ***dificuldade de monitorar os equipamentos de dragagem disponíveis no mundo****, de forma a se garantir o caráter concorrencial do certame,* ***optou-se por definir produtividades mínimas e prazos de execução das etapas, compatíveis com o contrato***. ...

*Dessa forma****, é permitida à Contratada a livre escolha do equipamento e quantidades a serem mobilizados para execução dos serviços, desde que a produtividade mínima e os preços máximos que nortearam o processo licitatório sejam garantidos***. ...

...

A SEP/PR, ***ao transferir às empresas de dragagem o desenvolvimento dos projetos Básico e Executivo e a definição do melhor método a ser utilizado na execução da obra, por meio da contratação integrada****, torna o PNDII* [Plano Nacional de Dragagem II] *atrativo, e* ***minimiza os riscos identificados pelas companhias de dragagem e manifestados à SEP/PR****, como instabilidade econômica no Brasil e no mundo e variações cambiais".* (grifou-se)

75. Dessas constatações, manifesto-me de acordo com a unidade técnica no sentido de que se pode considerar presentes os pressupostos para a utilização da contratação integrada. Isso porque resta demonstrado que a obra poderá ser realizada por meio de diferentes metodologias, de acordo com os

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54878722.

equipamentos a cargo da contratada e sua estratégia de execução. Trata-se, pois, de típica licitação em que se busca a "melhor engenharia" com as consequências técnicas e econômicas daí decorrentes.

76. Não olvido, por certo, que as justificativas efetuadas pela SEP/PR podem ser aprimoradas em termos qualitativos e quantitativos. Por exemplo, poderiam ter sido apresentados estudos demonstrando a prática internacional dos contratos de dragagem, os problemas verificados na utilização dos demais regimes de execução, a expectativa de redução dos prazos de contratação e execução, dentre outros.

77. Em sendo assim, parece-me adequado que a proposta de determinação a ser efetuada contemple essas possibilidades de aprimoramento da justificativa da contratação integrada. A própria experiência a ser obtida com a presente contratação poderá auxiliar o desenvolvimento de tais estudos futuros.

78. Feitas essas considerações, elogiando mais uma vez a aprofundada análise efetuada pela Ministra-Relatora, proponho alterações pontuais em sua proposta de encaminhamento, de acordo com o voto que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em tagDataSessao.

BENJAMIN ZYMLER
Revisor

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54878722.