VOTO

Trata-se de representação da Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas – Apeop em face do Edital de Pré-Qualificação da Concorrência 02/2015, promovida pela Universidade Federal de São Paulo – Unifesp para "contratação de empresa especializada para execução de obra de construção de edifícios acadêmicos e administrativos" nos *campi* Osasco (R$ 72 milhões), Baixada Santista (R$ 96 milhões), Diadema (R$ 85 milhões) e Zona Leste (R$ 80 milhões), com valor total estimado de R$ 333 milhões. As licitantes poderiam ser qualificadas para contratação de uma, duas, três ou quatro obras "de acordo com o dimensionamento das CATs [Certidão de Acervo Técnico] apresentadas, conforme detalhado (...) e conforme patrimônio proporcional ao valor médio dos empreendimentos".

2. A representante apontou diversas impropriedades no aludido edital, dentre as quais se destacaram exigências restritivas para qualificação técnica e econômico-financeira, prazo inferior ao mínimo legal para apresentação das propostas e proibição de reajustes de preços.

3. Após a obtenção de esclarecimentos preliminares apresentados pela Unifesp e da respectiva análise realizada pela Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro – Secex/RJ e pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrbana), concedi medida cautelar para determinar a suspensão do certame até que o Tribunal decidisse sobre o mérito da representação. No despacho então proferido, destaquei que a fumaça do bom direito se revelava presente, em síntese, pelas seguintes situações: (i) adoção indevida de etapa de pré-qualificação, sem a necessária justificativa; (ii) exigência de atestados de serviços usualmente subcontratados, para fins de comprovação das capacidades técnico-operacional e técnico-profissional dos licitantes; (iii) exigência de atestados de serviços com quantitativos acima de 50% dos previstos no menor lote do objeto da licitação; (iv) exigência de atestados técnicos para comprovação da capacidade técnico-operacional relativa a serviços inexistentes nas obras licitadas ou irrelevantes em seu conjunto; (v) limitação do somatório de atestados técnicos para comprovação da capacidade técnico-operacional dos licitantes; (vi) exigência de patrimônio líquido, para fins de demonstração da capacidade econômico-financeira dos licitantes, acima de 10% do valor do menor lote objeto da licitação; (vii) fixação do prazo de apenas 15 dias úteis entre a data de convocação das empresas pré-qualificadas e a data de apresentação das propostas de preço; (viii) ausência de critério de reajuste de preços; (ix) adoção do regime de empreitada integral sem justificativa para tal opção.

4. A cautelar foi referendada pelo Plenário na sessão de 09/12/2015.

5. Após análise das oitivas, a SeinfraUrbana apresentou conclusões divergentes: (i) o auditor propôs que o prosseguimento de todo certame fosse condicionado à republicação do edital, com diversos ajustes sugeridos; (ii) os dirigentes manifestaram-se por que seja excepcionada dessa proposta a continuidade do certame das obras do campus de Osasco, que se encontra em estágio mais avançado, condicionando essa continuidade exclusivamente à abertura do prazo de 45 dias para apresentação das propostas e à inclusão de critério de reajustamento no contrato que vier a ser firmado.

6. Tem razão a SeinfraUrbana quando afirma que diversos dos procedimentos adotados pela Unifesp desatendem a orientação jurisprudencial deste Tribunal contrária à estipulação de condições e parâmetros restritivos em certames licitatórios. A análise dessa jurisprudência revela que as diversas deliberações que a sedimentaram possuem como substrato a preocupação com a redução da competitividade que deve caracterizar as licitações. Nesse sentido enquadram-se todas as orientações que se opõem à adoção da pré-qualificação e às exigências constantes de atestados técnico-operacionais e técnico-profissionais.

7. Destaco, no entanto, que se tratam de orientações cujos limites e percentuais mencionados como limítrofes foram construídos de forma jurisprudencial, uma vez que não se encontram fixados em lei e se sujeitam a interpretações permeadas por certo grau de subjetivismo. Tais orientações

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55077025.

refletem a prudência deste Tribunal em sinalizar aos gestores que a fixação de requisitos excessivos pode resultar em licitações desprovidas de uma efetiva disputa que lhe dê sentido. As determinações exaradas pela Corte em tais situações têm, portanto, caráter preventivo, e não corretivo.

8. No caso que se examina, as informações prestadas pela Unifesp revelam que foram pré-qualificadas/habilitadas 12 empresas, apesar do rigor das exigências editalícias. Trata-se, portanto, de um cenário em que as restrições impostas pela Unifesp não se mostraram suficientes para inviabilizar a existência de um universo de competidores. Não há, portanto, que se pretender prevenir a inexistência de razoável número de licitantes porque esse número já existe.

9. Essas considerações são aplicáveis aos seguintes pontos, tais como retratados pela SeinfraUrbana: (i) "exigência de atestados de serviços usualmente subcontratados, para fins de comprovação das capacidades técnico-operacional e técnico-profissional dos licitantes"; (ii) "exigência de atestados de serviços com quantitativos acima de 50% dos previstos no menor lote do objeto da licitação"; (iii) "exigência de atestados técnicos para comprovação da capacidade técnico operacional relativa a serviços inexistentes nas obras licitadas ou irrelevantes em seu conjunto"; (iv) "limitação do somatório de atestados técnicos para a comprovação da capacidade técnico-operacional dos licitantes".

10. No que se refere à adoção de etapa de pré-qualificação, tanto a doutrina como a jurisprudência são unânimes em afirmar que deve ser adotada somente quando se pretenda contratar objetos que se revistam de maior complexidade ou que possuam peculiaridades que requeiram que o futuro contratado detenha competências não ordinárias ou usuais. As obras em questão não apresentam tais características.

11. A análise da documentação relacionada ao certame demonstra que a Unifesp adotou a pré-qualificação calcada em premissa equivocada, uma vez que, além do art. 114 da Lei 8.666/1993, invocou em sua fundamentação a Lei 12.462/2011 e o Decreto 7.581/2011, inaplicáveis ao caso por não se tratar de um procedimento regido pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. As justificativas apresentadas pela Unifesp alegaram a "relevância e a complexidade das obras" (que teriam, inclusive, motivado a elaboração de "Mapa de Análise de Riscos"), assinalaram que, "para a Unifesp, as obras licitadas são peculiares", destacaram que a pré-qualificação "permite um melhor planejamento, bem como maior eficiência e economicidade em todo o processo" e invocaram o poder discricionário do gestor "quando da avaliação da necessidade ou não de uma análise mais detida da qualificação dos interessados".

12. A SeinfraUrbana rebateu adequadamente as alegações produzidas e demonstrou que não se encontram presentes as condições que recomendariam a adoção de uma etapa de pré-qualificação para as obras pretendidas pela Unifesp. Não tenho reparos à análise efetuada, transcrita no relatório que antecedeu este voto.

13. Ocorre que este Tribunal usualmente condena a desnecessária inclusão de etapa de pré-qualificação em procedimentos licitatórios como uma espécie de medida acautelatória, para que não ocorra a indesejada frustração da competição, quer pela restrição no número de competidores, em função de exigências superlativas incluídas no processo pré-qualificatório, quer pela facilitação da existência de acordos entre concorrentes para apresentação de suas propostas de preços, uma vez que os competidores pré-habilitados passam a ter conhecimento daqueles que serão seus concorrentes diretos. A preocupação deste Tribunal tem lastro na melhor doutrina, que interpreta a cautela legislativa em admitir a pré-qualificação apenas em situações excepcionais exatamente como fruto do receio do legislador de que ela venha a restringir indevidamente a competitividade dos certames.

14. Conforme já mencionei, a Unifesp utilizou-se da pré-qualificação de forma equivocada, pautada em uma fundamentação que não lhe era aplicável. Mais que isso, adotou essa etapa desprovida do intuito de efetivamente selecionar empresas que revelassem maior aptidão em aspectos específicos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55077025.

relacionados a pontos críticos das obras que pretendia construir. Como mencionou a SeinfraUrbana, as questões levantadas no "Mapa de Riscos" elaborado não foram consideradas na pré-qualificação e os aspectos trazidos na manifestação da Unifesp perante este tribunal não têm correspondência nas exigências requeridas naquela etapa. Os fatores avaliativos levados para a pré-qualificação da Unifesp são aqueles usualmente adotados em obras comuns. De tudo o quanto foi dito, resta nítido que a real intenção da pré-qualificação foi a de proporcionar uma alegada celeridade administrativa ao procedimento, possibilitando a antecipação das etapas de habilitação dos certames, que foi efetuada de forma prévia e uma única vez para as quatro obras pretendidas.

15. Considerando, então, que a pré-qualificação, da forma como foi efetuada, consistiu apenas em uma "antecipação" da etapa de habilitação, sem exigência de requisitos especialmente restritivos, não se verificou, ao final, uma real limitação no universo dos concorrentes. Como já se mencionou, houve habilitação de 12 concorrentes, sendo dois deles em razão do provimento de recursos apresentados, o que demonstra ausência de prévio ânimo restringente. Portanto, embora utilizada de forma inadequada, os resultados do certame não foram, até aqui, prejudicados em decorrência da pré-qualificação realizada.

16. Ainda sobre o tema, registro que o Edital da Concorrência 02/2015 adotou redação inadequada. Dispôs, em seu item 1.7, que o certame seria realizado em duas fases distintas: pré-qualificação e propostas. Em seu item 1.10 propôs-se a disciplinar a "Fase II – Propostas de Preço". No entanto, em seus itens 1.10.1 e 1.10.2 grafou:

> *"1.10.1. As licitações para Apresentação de Propostas (Fase II), serão restritas às empresas Qualificadas (na Fase I).*
>
> *1.10.2. Aos CATs básicos para Qualificação serão acrescidos CATs específicos para cada uma das obras/itens em função de características marcantes específicas. Deste modo, as empresas licitantes poderão ser Qualificadas todas ou para algumas Obras/Itens."*

17. Embora se relacione a critério de qualificação, a redação do item 1.10.2, que se encontra inserido no disciplinamento da fase de preços, pode dar ensejo a que a Unifesp pretenda exigir novas Certidões de Acervo Técnico – CATs naquela fase. Isso seria inaceitável, uma vez que constituiria exigência de qualificação criada em momento posterior, quando a administração já possuiria o prévio conhecimento do universo dos competidores. As exigências poderiam, então, ser manipuladas para beneficiar ou excluir um dos competidores inicialmente pré-qualificados.

18. Verifiquei em meu gabinete que o "Edital de Convite às Empresas Pré-Qualificadas" relacionado à "Fase II.1 – Campus Osasco", que convocou as 12 empresas previamente pré-qualificadas para apresentação de suas propostas de preços (disponível em http://www.unifesp.br/reitoria/proplan/publicacoes/publicacoes/documentos/todos-os-arquivos/file/1198-editalobraosasco-faseii-final-24-11em 6/03/2016), não criou qualquer exigência adicional. De toda forma, deve-se determinar à Unifesp que também não o faça em relação às obras dos *campi* Baixada Santista, Diadema e Zona Leste.

19. Quanto ao temor de possível formação de conluios entre os concorrentes pré-habilitados, trata-se de hipótese incerta e que deve ser objeto de especial atenção da Unifesp – e também deste Tribunal - na etapa de apresentação das propostas de preços, cabendo-lhe verificar a efetiva existência de competição ou, ao contrário, de mero simulacro em que os competidores apresentam descontos figurativos.

20. No que tange à exigência da apresentação de patrimônio líquido superior a 10% do valor estimado para as obras do campus Osasco, para fins de demonstração da capacidade econômico-financeira, o que contraria o limite fixado no art. 31, § 3º, da Lei 8.666/1993, a impropriedade foi espancada com a posterior publicação, pela Unifesp, do orçamento detalhado para subsidiar a elaboração das propostas. O orçamento detalhado foi superior ao valor inicialmente previsto, como

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55077025.

destacou a SeinfraUrbana. Considerando o novo parâmetro apresentado, o valor exigido como patrimônio líquido passou a representar 9,5% do valor estimado de contratação e enquadrou-se no parâmetro legal.

21. Ao passar à análise de um novo quesito, friso que o Edital da Concorrência 02/2015 dispôs que seria empregado o regime de empreitada integral, o que mereceu minha reprovação em despacho anterior, bem assim da SeinfraUrbana, por entender que esse regime "fere o princípio do parcelamento, pois não se justifica a inclusão de equipamentos e mobiliário no objeto a ser executado por empresa de construção civil, o que seria necessário para a "entrada em operação do empreendimento".

22. Após a publicação do orçamento detalhado elaborado pela Unifesp para subsidiar a elaboração das propostas, a SeinfraUrbana destacou que, "além dos serviços, equipamentos e instalações comumente executados dentro do escopo de obras públicas de edificações, há alguns itens que, eventualmente, poderiam ter sido objeto de contratação à parte, como, por exemplo, os equipamentos de cozinha industrial (...)". Informou que os referidos itens totalizam R$ 867.465,95, incluído o BDI.

23. Tem razão a SeinfraUrbana. A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que o regime de empreitada integral previsto no art. 6º, inciso VIII, alínea "e", da Lei 8.666/1993 deve ser considerado na condução de projetos de vulto e complexos, em que a perfeita integração entre obras, equipamentos e instalações se mostre essencial para pleno funcionamento do empreendimento, a exemplo de obras em hidrelétricas. Essa complexidade não se encontra demonstrada nas obras pretendidas pela Unifesp.

24. Contudo, os itens indevidamente incluídos em decorrência desta opção representam apenas 1% do valor total da contratação para o campus Osasco. Em razão de sua imaterialidade, é desnecessária sua exclusão em relação a essa obra específica.

25. Por último, considero adequadas as análises da SeinfraUrbana no que concerne à exiguidade do prazo fixado pela Unifesp para apresentação das propostas de preços, em desconformidade com aquele previsto na Lei 8.666/1993, e à ausência de critério de reajuste de preços, sendo cabível determinação à Unifesp para que regularize esses pontos.

Destarte, sob o entendimento de que não deve ser invalidado certame licitatório - ou etapa que o constitua - em razão de desconformidades que não tenham comprometido seus resultados e quando sua repetição puder acarretar custos superiores aos possíveis benefícios, voto por que o Tribunal adote a deliberação que submeto ao colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 30 de março de 2016.

ANA ARRAES
Relatora

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 55077025.