

TC 016.438/2015-9

Tipo: Representação (com pedido de medida cautelar)

Unidade jurisdicionada: Universidade Federal de São Paulo (Unifesp)

Representante: Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas - Apeop (CNPJ 62.422.894/0001-65)

Procurador: Cristina Alvarez Martinez Gerona Miguel, OAB/SP 197.342, e Caio Cesar Benício Rizek, OAB/SP 222.238 (peça 3)

Proposta: conhecer da representação, indeferir pedido de cautelar e promover oitiva

INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de representação, com pedido de medida cautelar, formulado pela Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas (Apeop), a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), relacionadas com edital de pré-qualificação para selecionar licitantes para participar de certame a ser realizado para a construção de quatro edifícios acadêmicos e administrativos, divididos conforme os seguintes itens: 1) *campi* Osasco; 2) *campi* Baixada Santista; 3) *campi* Diadema; e 4) *campi* Zona Leste (peças 1 a 3)

2. A construção será mediante o regime de empreitada integral, totalizando 120.000 m² para os quatro itens, ao valor estimado de R\$ 333.000.000,00:

- item 1: 24 mil m² e R\$ 72 milhões;
- item 2: 35 mil m² e R\$ 96 milhões;
- item 3: 28 mil m² e R\$ 85 milhões;
- item 4: 33 mil m² e R\$ 80 milhões.

3. A entrega e a abertura dos documentos relativos à pré-qualificação estavam previstas para ocorrer no dia 15/7/2015 às 10h.

4. No dia 10/7/2015, preliminarmente ao início da instrução, foram encaminhados e-mails para o relator comunicando o recebimento de pedido de medida cautelar neste processo (peça 4).

5. Na mesma data, também foi enviado e-mail para a Unifesp solicitando esclarecimento sobre as supostas irregularidades narradas na representação, a saber (peça 5):

- a) prazo de formulação de proposta em desacordo com a lei;
- b) exigências de declarações indevidas;
- c) impedimento de apresentação de documentação por via postal;
- d) restrição à competição em razão do critério de qualificação técnica-operacional;
- e) proibição de participação de consórcios;
- f) exigência de quitação de anuidade com Crea/CAU;
- g) vedação de transferência de acervo técnico;
- h) exigência de compromisso de terceiros alheios à disputa;
- i) exigências de elevados Índices econômicos;

- j) exigência de elevado patrimônio líquido;
- k) exigência de regularidade fiscal sem mencionar quais tributos;
- l) proibição de reajustes de preços.

6. Na mesma oportunidade também se solicitou à Unifesp confirmar o estágio atual da contratação, informando qual seria o impacto sobre a gestão da unidade em caso de deliberação do Tribunal pela paralisação da contratação e outras informações consideradas úteis à elucidação do assunto.

7. Posteriormente à análise dos itens a formulação de proposta de oitiva, chegou ao nosso conhecimento a resposta da Unifesp, conforme Ofício 77/2015-ProPlan, de 13/7/2015, enviado por e-mail e acostado às peças 6 a 8. Em razão disso, procedeu-se à adaptação na proposta de encaminhamento.

8. Cumpre registrar também que a Unifesp informou que recebeu no dia 3/7/2015 impugnação formulada pela Apeop (representante) e deu-lhe provimento parcial, suspendendo o certame em 13/7/2015.

9. Informou ainda que o edital será republicado no menor prazo possível, com reabertura de contagem de prazo de 45 dias, e com as seguintes alterações (peça 7, p. 1, e peça 8, p. 4-5):

- a) alteração no prazo de entrega das propostas de preço na segunda fase da licitação de 15 dias corridos para 15 dias úteis;
- b) a manutenção das condições de habilitação para participação na segunda fase não implicará em penas legais e não se vinculam à declaração de fato superveniente;
- c) será permitido o envio de propostas pelos Correios;
- d) será aceita a transferência de acervo técnico nos termos da lei;
- e) o índice de liquidez será reduzido para 1,5;
- f) a regularidade fiscal deverá ser comprovada para as fazendas municipal e estadual.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

10. A representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

11. Além disso, a Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas (Apeop) possui legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no inciso VII do art. 237 do RITCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

12. Dessa forma, a representação poderá ser apurada, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo RITCU.

EXAME TÉCNICO

13. A seguir são analisados os pontos questionados pelo representante, seguidas das análises da resposta da Unifesp.

1 - Prazo de formulação de proposta em desacordo com a lei

14. O representante sustenta que no item 1.10.8 do edital há previsão de formulação de proposta de preços na fase de II no prazo de apenas 15 dias corridos, em desconformidade com o art.

21, § 2º, I, 'b', da Lei 8.666/1993, que prescreve o prazo mínimo de 45 dias entre a data da última publicação do edital (art. 21, § 3º).

15. Aduz também que o instrumento convocatório contraria o prazo mínimo de 30 dias úteis para a apresentação das propostas estabelecido no art. 15, II, 'b', da Lei 12.462/2011, suscitada para amparar o prazo de validade da pré-qualificação, e que não há referência em outros trechos do edital de se tratar de RDC (peça 1, p. 2-4).

Análise

16. O item 1.10.8 estabelece que (peça 2, p. 7):

1.10.8. Na Fase II as licitantes Qualificadas terão 15 dias corridos para apresentarem Proposta de Preço e comprovação da manutenção dos requisitos de Habilitação para Concorrência Pública, contados a partir da publicação e divulgação da convocação da UNIFESP para esta Fase II.

17. Ao que parece, o prazo estabelecido no item 1.10.8 estaria fundamentado no art. 15, II, 'a', da Lei 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). No entanto, essa lei menciona dias úteis, ao passo que no edital consta dias corridos:

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

II - para a contratação de serviços e obras:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto;

18. Por outro lado, se a pré-qualificação estiver fundamentada no art. 114 da Lei 8.666/1993, deve seguir os princípios gerais dessa lei, especialmente em relação aos prazos. Entretanto, a Lei 8.666/1993 não traz prazo de 15 dias corridos para concorrência que contemple empreitada integral.

19. É importante atentar para o fato de que, segundo dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei 12.462/2011, **a opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei 8.666/1993**, exceto nos casos expressamente previstos, quais sejam:

a) limites para acréscimos e supressões e obras, serviços, compras e reforma de edifício ou de equipamentos (art. 9º, § 4º, II);

b) habilitação (art. 14);

c) preferência (arts. 25, III, e 38, II);

d) hipóteses de dispensa e inexigibilidade (art. 35);

e) contratos, anulação e revogação (arts. 39 a 44);

f) representação (art. 46);

g) sanções administrativas e criminais (art. 47, § 2º).

20. Como do instrumento convocatório não menciona expressamente a opção pelo RDC, conforme determina o art. 1º, § 2º, da Lei 12.462/2011, o que afasta, com ressalvas, as normas contidas na Lei 8.666/1993, a proposta inicial era realizar a oitiva da Unifesp a fim de que justificasse a adoção do prazo de 15 dias corridos previsto no item 1.10.8 e esclarecesse se o certame se processará pelo RDC ou pela modalidade concorrência prevista no art. 22 da Lei 8.666/1993, vez que os dois diplomas preveem a figura da pré-qualificação (art. 30, I, da Lei 12.462/2011 e art. 114 da Lei 8.666/1993).

Resposta da Unifesp

21. Questionada por e-mail sobre esse item, a Unifesp esclareceu que a contagem de prazos na concorrência pública vincula-se apenas à publicidade do ato e a administração já cumpre os 45 dias de prazo de publicidade da licitação na sua fase I, em acordo com o art. 21 da Lei 8.666/1993.

22. Menciona que a primeira fase da licitação contempla os aspectos fundamentais de habilitação jurídica, qualificação técnica, econômico-financeira e fiscal, em acordo com o art. 27 da Lei 8666/1993. Que na segunda fase, que será publicada separadamente para cada item/obra, a administração considerou compatível e suficiente o prazo de 15 dias para a apresentação exclusiva das propostas de preços das empresas para cada projeto executivo. Salienta que o RDC prevê essa possibilidade e ratifica esse entendimento no art. 15, II, dessa lei.

23. Por fim, esclarece que, considerando as necessidades específicas de algumas empresas, o prazo para apresentação de propostas de preços na segunda fase será ampliado, de 15 dias corridos para 15 dias úteis (peça 8, p. 1).

Análise

24. Em face da análise precedente e por ser um item relevante, não suficientemente elucidado, propõe-se manter a proposta de oitiva para oportunizar à Unifesp apresentar esclarecimentos adicionais sobre a adoção do prazo de 15 dias úteis previsto no item 1.10.8, informando também se o certame se processará pelo RDC ou pela modalidade concorrência prevista no art. 22 da Lei 8.666/1993, vez que os dois diplomas preveem a figura da pré-qualificação (art. 30, I, da Lei 12.462/2011 e art. 114 da Lei 8.666/1993) e no instrumento convocatório não consta expressamente a opção pelo RDC, conforme determina, o art. 1º, § 2º, da Lei 12.462/2011.

2 - Exigências de declarações indevidas

25. Afirma que os itens 2.3 e 5.1.5.1 exigem declarações indevidas, de que não ocorrerão situações supervenientes à licitação, cuja exigência discrepa da viabilidade fática e que não têm qualquer validade jurídica, vez que não pode ser exigido do licitante que declaração por ele firmada em determinada data possa resguardar fatos a ela supervenientes.

26. Informa que o item 2.3 prescreve que caso ocorra uma das situações previstas no item 2.2, após a apresentação dos documentos habilitatórios (pré-qualificação), durante o período de validade da qualificação (1 ano), a empresa licitante e seus representantes estarão sujeitos às penas previstas pela Lei 8.666/1993 (peça 1, p. 4-5).

Análise

27. O item 2.3 faz referência a situações em que não será admitida a participação de pessoas jurídicas, conforme a seguinte redação:

2.3. Caso constatada a ocorrência de quaisquer das situações referidas no item anterior, a ainda que *a posteriori*, durante o período de validade da qualificação, a empresa licitante será desqualificada, ficando esta e seus representantes sujeitos às penas legais cabíveis, constantes da Lei 8.666/93.

28. Como a qualificação tem validade de um ano, não parece desarrazoado prever no edital hipóteses em que a licitante seja impedida de contratar com a administração caso incorra após a qualificação e durante a validade desta.

29. Questão diversa é a possibilidade de aplicação de sanção à licitante durante a validade da qualificação por fato superveniente e independente se a licitante tempestivamente informa à administração sobre tal fato e não chega a firmar o contrato.

30. Em relação ao item 5.1.5.1, o modelo de declaração de inexistência de fato impeditivo constante do anexo XIV (peça 2, p. 229), apresenta a seguinte redação: “declara, sob as penas da lei,

que até a presente data inexistem fatos impeditivos para habilitação no presente processo licitatório, ciente da obrigatoriedade de declarar ocorrências posteriores”.

31. Os termos da declaração a ser prestada pelas licitantes não fazem menção a fatos supervenientes, ao contrário do que consta no item 5.1.5.1.

5.1.5.1. Declaração, sob as penalidades cabíveis, de inexistência de fatos supervenientes impeditivos para a sua habilitação neste certame, conforme modelo anexo XIV deste Edital (artigo 32, §2º, da Lei 8.666, de 1993).

32. Ante o exposto, a proposta inicial era realizar a oitiva da Unifesp a fim de que esclareça a aplicação, o conteúdo e o alcance dos itens 2.3 e 5.1.5.1.

Resposta da Unifesp

33. A Unifesp esclareceu que houve um equívoco de redação no item 2.3, pois as penas legais a que se refere não se vinculam à declaração de fato superveniente. Se a empresa perder as condições de habilitação ela não poderá participar da segunda fase de proposta de preço (peça 8, p. 2).

Análise

34. Desse modo, parte da proposta de oitiva perde o objeto. Contudo, permanece a necessidade de manifestação da Unifesp quando à necessidade de ajuste também na redação do item 5.1.5.1.

3 - Vedação de apresentação de documentação por via postal

35. Defende ser permitido o encaminhamento do envelope por via postal ou similar, afastando-se a indevida restrição ao caráter competitivo do certame imposta pelo item 4.1.1 do edital, o qual proibiria sem justificativa e sem razão a apresentação de documentação por essa via, contrariando a orientação do Tribunal de Contas da União (peça 1, p. 6).

Análise

36. O item 4.1.1 apresenta a seguinte redação:

4.1.1. Não será admitido o encaminhamento do envelope por via postal ou similar, sendo recebido apenas se entregue pessoalmente no ato de abertura da sessão pública.

37. Nos termos do Acórdão 1522/2006-TCU-Plenário, o edital não pode conter restrições ao caráter competitivo do certame, tais como a proibição do envio de documentos por via postal.

38. Assim, a proposta inicial era realizar a oitiva da Unifesp para que se manifeste sobre a proibição contida no item 4.1.1.

Resposta da Unifesp

39. Em resposta à solicitação de esclarecimento por e-mail, a Unifesp informou que concorda com a observação e que permitirá o encaminhamento das propostas por meio dos Correios, desde que entregues e protocoladas tempestivamente (peça 8, p. 2).

Análise

40. Em vista da resposta da Unifesp, a proposta de oitiva para esclarecer esse item perde o objeto.

4 - Restrição à competição em razão do critério de qualificação técnica-operacional

41. Explica que o item 1.3 estabelece que haverá dimensionamento das Certidões de Acervo Técnico (CAT) apresentados, conforme tabela 2 (item 5.1.2.5), sendo permitida pelos itens 1.4 e 1.10.2 a habilitação para execução de todas as 4 obras (itens licitados).

42. Acrescenta que o item 1.7.b prescreve que as licitações para contratações das obras

elencadas terão participação exclusiva das empresas previamente qualificadas para cada obra/item, mas não esclarece como será definida cada obra/item para o qual cada licitante estará habilitada/pré-qualificada.

43. Expõe que o item 5.1.2.5.2 estabelece que serão definidas 4 faixas de progressividade, permitindo a habilitação das licitantes para firmar entre 1 a 4 contratos com a administração, mas não se sabe qual será o critério para definição de qual(is) contrato(s) será(ão) assinado(s). Ou seja, não seria possível definir objetivamente para qual item/obra as empresas estarão habilitadas a apresentar a respectiva proposta comercial.

44. Afirma que a exigência de CAT para comprovação de capacidade técnica-operacional (item 5.1.2.5) contraria as Súmulas 23 e 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo porque: (i) exige CAT para comprovação de capacidade técnico-operacional; e (ii) extrapola o limite de 50% a 60% da execução pretendida, se considerado o item 1 (Campus Osasco), pois exige atestado de “área construída” de 15 mil m², quando a obra terá 24 mil m². Dessa forma, aduz que, se a licitante quiser participar somente do item 1, terá que comprovar a execução de 62,5% do total estimado (peça 1, p. 6-9).

Análise

45. Segundo os itens mencionados, a qualificação das licitantes poderá ocorrer para contratação de uma, duas, três ou quatro obras, de acordo com o dimensionamento dos CAT e conforme patrimônio proporcional ao valor médio dos empreendimentos.

46. Nos termos do edital, tal exigência visa garantir a isonomia e competitividade, ao mesmo tempo em que garante a proporcionalidade entre a capacidade da licitante e o dimensionamento das obras, vez que as obras poderão ser simultâneas. Por esse motivo seria exigido também a somatória dos CAT para comprovação técnica da empresa em gerenciar e executar mais de uma obra ao mesmo tempo.

47. No entanto, uma vez definido o quantitativo de obras que a licitante estará apta a executar, não restou claro no edital para qual obra/item deverá ser feita a proposta. Em uma análise sumária, não pareceu evidente, por exemplo, se a licitante que se habilitou para executar apenas uma obra deverá escolher um único item para o qual pretende apresentar proposta, ou poderá apresentar propostas para todos os itens, sabendo que só poderá executar um.

48. Além disso, em sede de cognição sumária, não pareceu clara a dinâmica da ordem de abertura das propostas de preço e de declaração da licitante com a melhor proposta, sobretudo no caso de diversos licitantes que se qualificarem para várias obras. Por exemplo: serão abertas as propostas relativas ao item 1 e escolhido o licitante com a melhor proposta para esse item para, em seguida, passar para a abertura das propostas relativas ao item 2 e escolha da melhor proposta para esse item, e assim sucessivamente?

49. Desse modo, a proposta inicial era realizar a oitiva da Unifesp para esclarecer como será o critério para definir quais obras/itens será feita a solicitação de preço e a ordem de abertura das propostas de preços e de declaração do licitante com a melhor proposta.

50. Quanto à exigência de CAT, o Tribunal considera legal, para a comprovação da capacidade técnico-profissional da licitante, a exigência de quantitativos mínimos, executados em experiência anterior, compatíveis com o objeto que se pretende contratar, conforme Acórdão 3070/2013-TCU-Plenário.

51. Do mesmo modo, Acórdão 2308/2012-TCU-Plenário estabelece que é lícita a exigência de quantitativo mínimo por atestado, quando for necessária para comprovação da capacidade técnico-operacional de execução do objeto licitado.

52. Segundo os Acórdãos 897/2012-TCU-Plenário e 1052/2012-TCU-Plenário, a

jurisprudência do Tribunal aponta no sentido de admitir para a demonstração de capacidade operacional a exigência de apresentação de atestados que comprovem a execução de, no máximo, 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço licitado, a não ser que a especificidade do objeto recomende o estabelecimento de tais requisitos.

53. Desse modo, a proposta inicial era realizar a oitava da Unifesp para apresentar justificativa para a exigência de CAT com quantitativo, em termos de área construída, superior a 60% dos pretendidos no item 1.

Resposta da Unifesp

54. A Unifesp manifestou que o edital é claro a respeito. Explicou que por ser tratar de quatro obras de porte e complexidade similar, a administração procedeu a somatória dos quantitativos e a média unitária por obra. A partir daí, em função dos CAT apresentados, as empresas poderão se qualificar para apresentar propostas e ser contratadas para a execução de 1 a 4 obras, proporcionalmente aos seus atestados.

55. Esclareceu que as licitantes poderão concorrer com propostas de preços para quaisquer obras, como entenderem melhor, tendo limite quantitativo de número de contratações pré-definidos na fase de habilitação. Acrescentou que se a pré-qualificação fosse realizada por item individual a administração estaria restringindo a concorrência, quando seu objetivo é fomentá-la.

56. Aduz que a diferença apontada, de 2,5% para o item 1, é insignificante, uma vez que a administração está, em contrapartida, proporcionando que as empresas qualificadas concorram a quaisquer obras e não exclusivamente à menor obra (no caso de atestados que só permitam a contratação de uma obra).

57. Exemplificou que para o empreendimento do Campus da Baixada Santista, que possui 35 mil m², o atestado mínimo de 60% seria de 21 mil m², excluindo empresas que apresentassem um CAT de 15 mil m². Explica que, por isso, ao adotar a média entre as obras, permite-se que as empresas apresentem propostas a quaisquer obras, ampliando a competitividade e defendendo o princípio da igualdade (peça 8, p. 2).

Análise

58. Com a justificativa da Unifesp, parte da proposta de oitava perde o objeto, contudo, ainda se faz necessário esclarecer como será a ordem de abertura das propostas de preços e de declaração do licitante com a melhor proposta relativa aos itens/obras licitados, bem como, por ser um item relevante, oportunizar esclarecimentos adicionais em relação à exigência de CAT com quantitativo, em termos de área construída, superior a 60% dos pretendidos quando tomado isoladamente o item 1.

5 - Proibição de participação de consórcios

59. Informa que o item 2.2.8 do edital veda a participação de empresas reunidas em consórcio, restringindo a competitividade do certame licitatório, pois o edital impõe requisitos de capacidade técnica e condições financeiras extremamente onerosas para a participação, possíveis de serem cumpridos por reduzido número de grandes empresas.

60. Menciona que todas as quantidades, qualitativos e exigências financeiras (itens 5.1.2.4, 5.1.2.5.3, 5.1.2.6.1, 5.1.3.2.3 e 5.1.3.2.4 do edital) são exagerados, impossibilitando a participação de mais interessadas, de modo que se toma necessária a permissão de participação de empresas em consórcio, sem limitação de quantidade de empresas consorciadas, possibilitando que empresas com expertises diversas possam se associar para apresentar propostas mais vantajosas para a administração (peça 1, p. 9-13).

Análise

61. Quanto à participação de consórcios, o item 2.2.8 estabelece que não será permitida a participação de pessoas jurídicas que estejam reunidas em consórcio, sejam controladoras, coligadas ou subsidiárias entre si.

62. A jurisprudência do Tribunal estabelece que a decisão de vedar a participação de consórcio em licitação de obra pública insere-se na esfera de discricionariedade do gestor e demanda a explicitação de justificativas técnicas e econômicas robustas que a respaldem, conforme Acórdão 2831/2012-TCU-Plenário.

63. Todavia, o impedimento de participação de consórcios de empresas em licitação de obra de elevada complexidade e grande vulto pode restringir o caráter competitivo do certame, consoante Acórdão 2898/2012-TCU-Plenário.

64. Ademais, se a licitação for regida pelo RDC, é admitida a participação de licitantes sob a forma de consórcio, segundo estabelecido em regulamento (art. 14, parágrafo único, I, da Lei 12.462/2011).

65. Dessa forma, a proposta inicial era realizar a oitiva da Unifesp para apresentar justificativa para a vedação de participação de pessoas jurídicas que estejam reunidas em consórcio.

Resposta da Unifesp

66. Sobre essa questão a Unifesp manifestou que não admitirá a participação de consórcios, pois entende que não há restrição de competitividade, comprovado pelo número expressivo de empresas que tem manifestado interesse pela licitação.

67. Acrescenta que, diante do cenário econômico, optou pela não autorização de consórcios, uma vez que pretende garantir que as empresas efetivamente possuam capacidade e qualificação técnica e econômica para viabilizar a execução completa do contrato, com redução de riscos.

68. Menciona ainda que o modelo adotado é o melhor para o caso concreto em questão e que o atendimento do interesse público também se dá pela boa utilização dos recursos e execução da obra com a melhor qualidade e menor prazo, sem quebra de contratos, prorrogações de prazos, por isso a seleção de empresas devidamente qualificadas para a contratação pretendida (peça 8, p. 2-3).

Análise

69. Em face da análise precedente e por ser um item relevante, propõe-se manter a oitiva para oportunizar esclarecimentos adicionais à Unifesp sobre a vedação de participação de pessoas jurídicas que estejam reunidas em consórcio.

6 - Exigência de quitação de anuidade com CREA/CAU

70. Sustenta que o item 5.1.2.1.2 do edital, ao exigir comprovante de regularidade ou quitação de anuidade no Crea ou CAU, afronta diretamente a Súmula 28 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e a Súmula 283 do Tribunal de Contas da União (peça 1, p. 13-14).

Análise

71. O item 5.1.2.1.2. do edital estabelece que:

5.1.2.1.2. Apresentação de prova de inscrição e regularidade ou quitação da empresa no respectivo órgão fiscalizador competente (Conselho Regional de Engenharia e Agronomia - CREA ou Conselho de Arquitetura e Urbanismo -CAU)

72. A Súmula 283/TCU menciona que, para fim de habilitação, a administração não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade.

73. Em adição, o art. 30, I, da Lei 8.666/1993 estabelece o registro ou inscrição na entidade

profissional competente como documento relativo à qualificação técnica.

74. Nesses termos, não se vislumbrou impedimento para a participação de licitante que apresente somente prova de inscrição e regularidade para com órgão fiscalizador competente, ao invés de prova de quitação.

75. Visando oportunizar o contraditório, a proposta inicial era realizar a oitiva da Unifesp para apresentar justificativa quanto à exigência alternativa de quitação da empresa com órgão fiscalizador competente.

Resposta da Unifesp

76. A Unifesp informa que o item 5.1.2.1.2 exige a apresentação de “regularidade ou quitação” e não exclusivamente quitação e que a própria Súmula 283 menciona prova de regularidade da empresa junto à entidade de classe.

Análise

77. Em vista da resposta da Unifesp, a proposta de oitiva para esclarecer esse item perde o objeto.

7 - Vedação de transferência de acervo técnico

78. Aduz que o item 5.1.2.3.1 do edital veda, arbitrariamente e sem qualquer fundamento, qualquer tipo de transferência de tecnologia, de acervo técnico, mesmo em caso de cisão de um mesmo grupo econômico ou de fusão, que são ordinariamente aceitos pelo Tribunal de Contas da União (peça 1, p. 14-17).

Análise

79. O item 5.1.2.3 menciona que:

5.1.2.3. . Não serão aceitos, em nenhuma hipótese, para comprovação da aptidão Técnico-Operacional da Licitante:

5.1.2.3.1. Contratos de transferência de acervo técnico ou de cessão de tecnologia, de natureza similar entre a Licitante, seja ela o tipo que for, cisão, fusão ou terceiros, mesmo que estes sejam pertencentes a um mesmo grupo econômico, ou cujo(s) responsável (eis) Técnico (s) sejam os mesmos da Licitante;

80. Consoante a jurisprudência do Tribunal, a transferência da capacidade técnico-operacional entre pessoas jurídicas é possível não somente na hipótese de transferência total de patrimônio e acervo técnico entre tais pessoas, mas também no caso da transferência parcial desses ativos.

81. Assim, a proposta inicial era realizar oitiva da Unifesp para justificar a proibição de transferência de acervo técnico mencionado no item 5.1.2.3 do edital.

Resposta da Unifesp

82. A Unifesp informa que aceitará a transferência de acervo técnico desde que cabalmente demonstrada a “total compatibilidade entre os responsáveis técnicos que constam do acervo transferido e os responsáveis técnicos da empresa”, nos termos do Acórdão 2444/2012-TCU-Plenário (peça 8, p. 3).

Análise

83. Em vista da resposta, a proposta de oitiva para esclarecer esse item perde o objeto. Contudo, poderá ser necessário ajustar a redação do edital.

8 - Exigência de declaração de terceiros

84. Informa que o item 5.1.2.6.3 e anexo XIII exigem declaração com firma reconhecida dos

membros da equipe técnica que, além de configurar formalismo excessivo, implica em exigência de compromisso de terceiros alheios à disputa, prática condenável pela Súmula 15 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (peça 1, p. 17-19).

Análise

85. O item 5.1.2.6.3 estabelece:

5.1.2.6.3. Os responsáveis técnicos e/ou membros da equipe técnica acima elencados deverão assinar declaração de aceite do profissional integrante da equipe técnica mínima conforme modelo no Anexo XIII e pertencer ao quadro permanente do licitante, na data prevista para entrega da proposta, entendendo-se como tal, para fins deste Edital, o sócio que comprove seu vínculo por intermédio de contrato social/estatuto social; o administrador ou o diretor; o empregado devidamente registrado em Carteira de Trabalho e Previdência Social; e o prestador de serviços com contrato escrito firmado com o licitante.

86. Por sua vez a declaração contida no anexo XIII possui o seguinte teor:

(...)

Nos termos do edital, DECLARAMOS que, se a empresa (razão social da Empresa Licitante, for a vencedora, ASSUMIREMOS a responsabilidade técnica e o compromisso de participação na equipe de direção e execução das obras, como ESPECIFICADOS ACIMA.

ARQUITETO OU ENGENHEIRO CIVIL (Direção e execução da obra)

(...)

ENGENHEIRO ELÉTRICO (Execução de instalações elétricas de média e baixa tensão)

(...)

3. ENGENHEIRO MECÂNICO (Execução de instalações de sistemas de climatização e movimentação vertical mecanizada)

(...)

4. ENGENHEIRO CIVIL GEOTÉCNICO OU GEÓLOGO (Execução de fundações profundas e/ou movimentação de solo)

(...)

5. ENGENHEIRO DE SEGURANÇA DO TRABALHO OU TÉCNICO DA ÁREA (Responsável técnico de PCMAT e PPRA)

TODOS OS PROFISSIONAIS LISTADOS ACIMA DECLARAM, que tendo examinado o Edital e seus anexos da licitação em epígrafe, estarem cientes e de acordo com a indicação pela empresa (razão social da Empresa Licitante), como responsável técnico pelas partes das obras ESPECIFICADAS NO PREÂMBULO, objeto da licitação em referência.

87. Em análise sumária, não se vislumbrou óbice na legislação ou na jurisprudência deste Tribunal para apresentação dessas declarações.

88. De todo modo, visando oportunizar o contraditório, a proposta era realizar oitiva da Unifesp para apresentar esclarecimentos quanto a essa exigência.

Resposta da Unifesp

89. Informa que exige firma reconhecida de profissionais que comporão a equipe da licitante e que estes não são agentes alheios à disputa. Menciona que isso é necessário para garantir que o profissional tenha ciência do compromisso assumido, determinante para a qualificação da licitante, e que o profissional deverá pertencer ao quadro permanente da empresa na data prevista para entrega dos documentos (peça 8, p. 3).

Análise

90. **Em vista da resposta, a proposta de oitiva perde o objeto.**

9 – Exigência de índices econômicos e de patrimônio líquido elevados

91. Defende que os índices econômicos exigidos pelo item 5.1.3.2.3 (maiores ou iguais a dois), são elevados. Afirma que no âmbito do Tribunal de Contas da União aplica-se em geral a Instrução Normativa 5/95, que prevê inserção de índice de liquidez superior a 1, sendo considerada excessiva a exigência de comprovação de índice de solvência geral maior do que 2 (peça 1, p. 19-20).

92. Sustenta que a exigência de comprovação de patrimônio líquido de no mínimo de R\$ 8.325.000,00 (item 5.1.3.2.4.2) para uma obra pode ser considerada excessiva (maior do que 10% do valor estimado), se a empresa quiser participar somente do item 1 (Campus Osasco), por exemplo (peça 1, p. 20-21).

Análise

93. Os itens 5.1.3.2.3. e 5.1.3.2.4.2. estabelecem que:

5.1.3.2.3. A boa situação financeira do licitante será avaliada pelos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e liquidez Corrente (LC), maiores ou iguais a 2 (dois), resultantes da aplicação das fórmulas abaixo, com os valores extraídos de seu balanço patrimonial ou apurados mediante consulta *on line*, no caso de empresas inscritas no SICAF:

5.1.3.2.4. O licitante deverá comprovar que possui patrimônio líquido equivalente a 10% (dez por cento) do valor médio estimado das obras que serão contratadas, conforme número de contratos pretendidos pela licitante.

94. Em relação aos índices de liquidez, a jurisprudência do Tribunal já considerou excessiva e restritiva ao caráter competitivo da licitação índice de LC igual ou superior a 2,5, conforme Acórdão 4606/2010-TCU- 2ª Câmara.

95. Conforme já decidiu o TCU em outros processos, não há vedação para a utilização de índices contábeis como parâmetro de qualificação econômico-financeira de licitante. No entanto, os valores desses índices devem vir precedidos de fundamentação, constante do processo licitatório, que leve em consideração aspectos contábeis, econômicos e financeiros, assim como a realidade do mercado, revelando-se razoáveis em relação à natureza do objeto licitado, em observância ao disposto no art. 31, § 5º, da Lei 8.666/1993.

96. Em relação ao patrimônio líquido, não se vislumbrou óbice, pois tal exigência está em consonância com o estabelecido no art. 31, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 8.666/1993, que estabelecem:

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

97. O problema pode ocorrer em razão da utilização do valor médio das obras, como citou a representante, para o caso de a licitante pretender concorrer apenas ao item 1, cuja exigência de PL mínimo de R\$ 8.325.000,00 é superior a 10% do valor estimado da contratação (R\$ 72.000.000,00).

98. **Desse modo, a proposta inicial era realizar a oitiva da Unifesp para que se**

manifestasse quando à exigência contida nos itens 5.1.3.2.3 e 5.1.3.2.4.2.

Resposta da Unifesp

99. A Unifesp informa que o índice de liquidez não extrapola o mencionado na IN 5/95 e que para ampliar a competitividade reduziu o índice exigido para 1,5.

100. Em relação à exigência de patrimônio líquido, a Unifesp esclarece que as empresas poderão concorrer com propostas de preços para quaisquer obras como entenderem melhor, tendo limite de número de contratações pré-definido na fase de habilitação. Assim, o cálculo de patrimônio líquido adotou um valor médio de R\$ 83.250.000,00 por obra e exigência de patrimônio líquido correspondente a 10% da obra, com progressividade para contratação de 1 a 4 obras. Por fim, acrescenta que tal medida visa favorecer a competitividade das empresas, permitindo que compitam em todos os itens na segunda fase e não apenas para o menor item (peça 8, p. 3-4).

Análise

101. Com os esclarecimentos da Unifesp, parte da proposta de oitiva perde o objeto. Contudo, em face da análise precedente e por ser um item relevante, propõe-se manter a oitiva para oportunizar à Unifesp prestar esclarecimentos adicionais em relação à utilização do valor médio das obras para aferir o patrimônio líquido mínimo a ser exigido da licitante.

10 - Exigência de regularidade fiscal

102. Menciona que o item 5.1.4.4 do edital exige prova de regularidade para com a fazenda municipal ou estadual, sem se especificar, contudo, quais são os tributos, abrindo margem para avaliação subjetiva acerca da comprovação da regularidade fiscal exigida (peça 1, p. 21).

Análise

103. O item 5.1.4.4 menciona:

5.1.4.4. Prova de regularidade para com a Fazenda Municipal ou Estadual, se for o caso, do domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

104. Tal redação está compatível com a estabelecida no art. 29, III, da Lei 8.666/1993:

III- prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

105. A Lei 8.666/1993 não exige a descrição dos tributos, apenas prova de regularidade para com as fazendas. A prova de regularidade é emitida pelo fisco que observa disciplina própria.

106. Assim, conclui-se que a irregularidade mencionada não procede.

Resposta da Unifesp

107. Informa a Unifesp no item 5.1.4.4 que no lugar da conjunção “ou”, deve-se ler regularidade com a Fazenda Municipal e Estadual e que a regularidade é em qualquer tipo de tributo devido nessas fazendas, podendo ser aferido também com certidão de regularidade do SicaF (peça 8, p. 4).

Análise

108. Mantém-se a conclusão pela improcedência do item.

11 - Proibição de reajuste de preços

109. Informa que o item 1.10.5 do edital prescreve que quando apurados os valores das propostas, os preços serão fixos e irremovíveis, em desacordo com a legislação sobre o tema, que prevê o reajuste a cada 12 meses. Defende que o item sofra modificação em sua redação para que

conste que a aplicação do reajuste de preços seja obrigatória após 12 meses contados da data-base do orçamento de referência (peça 1, p. 21-22).

Análise

110. O item 1.10.5 menciona que:

1.10.5. Na análise das propostas serão considerados os preços unitários. Quando apurados os valores das propostas, os preços serão fixos e irreajustáveis.

111. A mesma previsão é encontrada no item 1.9.6:

1.9.6. Quanto apurados os valores para a segunda fase, os preços serão fixos e irreajustáveis.

112. Em contratos com prazo de duração igual ou superior a 12 meses, é admitida cláusula com previsão de reajuste de preços ou correção monetária, vinculados a índices de preços previamente definidos no edital ou no contrato, ao teor dos arts. 40, XI, e 55, III, da Lei 8.666/1993.

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

113. Ante a ausência de previsão no edital de cláusula de reajuste dos valores contratuais, o Tribunal já decidiu ser recomendável, quando couber, que editais de licitação e respectivos contratos prevejam critérios de reajuste de preços que deverão refletir a variação efetiva dos custos dos serviços e insumos, consoante Acórdãos 1750/2014-TCU-Plenário e 2655/2009-TCU-Plenário.

114. Em vista do exposto, a proposta inicial era realizar oitiva da Unifesp para que se manifestasse quando ao disposto nos itens 1.10.5 e 1.9.6.

Resposta da Unifesp

115. A Unifesp informa que os preços serão fixos e irreajustáveis, respeitando o previsto no art. 65 da Lei 8.666/1993 referente ao reequilíbrio dos contratos da administração. Aduz ainda que não há obrigatoriedade de reajuste anual (peça 8, p. 4).

Análise

116. Em face da análise precedente e por ser um item relevante, propõe-se manter a oitiva para oportunizar à Unifesp prestar esclarecimentos adicionais em relação à ausência critérios de reajuste de preços.

Pedido de medida cautelar

117. A representante requer a suspensão liminar do certame até a apreciação do mérito da representação (peça 1, p. 24).

Análise

118. Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, o relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de

mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

119. Apesar de a entrega e abertura dos documentos estarem inicialmente previstas para ocorrer no dia 15/7/2015 e da presença da fumaça do bom direito em alguns dos itens analisados, entende-se que não deve ser colhido o pedido de medida cautelar, pois o certame questionado tem o objetivo apenas de pré-qualificar licitantes que, posteriormente, irão disputar a execução das obras. Assim, não se vislumbrou nessa fase fundado risco de grave lesão ao erário ou de ineficácia da decisão de mérito a justificar a intervenção do Tribunal sem antes oportunizar a manifestação da Unifesp.

120. Corroborando a conclusão acima, a Unifesp noticiou que o processo licitatório foi suspenso na data de 13/7/2015 e que o edital será republicado, o mais rápido possível, com recontagem de tempo de 45 dias e com as correções indicadas no parecer da Comissão Especial de Licitação (peça 7, p. 2, e peça 8, p. 5):

121. Em relação ao *periculum in mora* reverso, a Unifesp informou que as obras são estratégicas e essenciais para o atendimento imediato das necessidades acadêmicas de cerca de 8 mil alunos de 17 cursos de graduação, de 2 mil alunos de pós-graduação e especialização, e de 500 professores e 300 técnicos.

122. Além disso, afirma que a não contratação e execução célere das obras pode acarretar prejuízos à comunidade acadêmica dos campi em funcionamento, com riscos de cancelamento de vagas no SisU, aumento de evasão, falta de atividades práticas em laboratórios, entre outros problemas (peça 7, p. 2).

CONCLUSÃO

123. O documento constante da peça 1 a 3 deve ser conhecido como representação por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, VII, do RITCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

124. No que tange ao requerimento de medida cautelar, *inaudita altera pars*, entende-se que este não deve ser acolhido, em razão da ausência de pressupostos para concessão da medida.

125. Diante dos fatos apurados, conclui-se que as informações constantes dos autos não são suficientes para a análise de mérito da presente representação, razão pela qual se faz necessária a oitiva da Unifesp para que se manifeste sobre os fatos apontados nesta instrução.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

126. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, VII, do RITCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

b) indeferir o requerimento de medida cautelar, *inaudita altera pars*, formulado pela Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas - Apeop (CNPJ 62.422.894/0001-65), tendo em vista a ausência de pressupostos para concessão da referida medida;

c) determinar, nos termos do art. 249, V, do Regimento Interno/TCU, a oitiva da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), para, no prazo de 15 dias, manifestar-se sobre os fatos apontados na representação, alertando-a quanto à possibilidade de o Tribunal vir a determinar a anulação do edital de pré-qualificação, especialmente quanto a:

c.1) esclarecimentos adicionais sobre a adoção do prazo de 15 dias úteis previsto no item 1.10.8, informando também se o certame se processará pelo regime diferenciado de contratação – RDC previsto por meio da Lei 12.462/2011, ou pela modalidade concorrência prevista no art. 22 da Lei 8.666/1993, vez que os dois diplomas preveem a figura da pré-qualificação (art. 30, I, da Lei

12.462/2011 e art. 114 da Lei 8.666/1993) e no instrumento convocatório não consta expressamente a opção pelo RDC, conforme determina o art. 1º, § 2º, da Lei 12.462/2011;

c.2) necessidade de ajuste na redação do item 5.1.5.1 do edital, a fim de que afaste dúvida quanto à aplicação, o conteúdo e o alcance dos itens 2.3 e 5.1.5.1 do edital;

c.3) esclarecimentos adicionais sobre a ordem de abertura das propostas de preços e de declaração do licitante com a melhor proposta relativa aos itens/obras licitados;

c.4) esclarecimentos adicionais sobre exigência de CAT com quantitativo, em termos de área construída, superior a 60% dos pretendidos quando tomado isoladamente apenas o item 1.

c.5) esclarecimentos adicionais sobre a vedação de participação de pessoas jurídicas que estejam reunidas em consórcio (item 2.2.8 do edital);

c.6) esclarecimentos adicionais sobre a utilização do valor médio das obras para aferir o patrimônio líquido mínimo a ser exigido da licitante, sobretudo em relação ao item 1, cuja exigência poderá resultar em valor de patrimônio líquido acima 10% do valor estimado da contratação (item 5.1.3.2.4 do edital);

c. 7) esclarecimentos adicionais em relação à ausência critérios de reajuste de preços.

d) encaminhar cópias da peça 1 e desta instrução (peça 6), que deverão subsidiar as manifestações a serem requeridas;

e) comunicar ao representante a decisão que vier a ser adotada nestes autos.

Secex-RJ/DiLog, em 15 de julho de 2015.

Leonardo dos Santos Macieira

AuFC - Mat. 5.828-9