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 Púbicas – 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)

Interessado em sustentação oral: não há

Proposta: mérito

INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de representação, com pedido de medida cautelar, a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no edital da fase de pré-qualificação da Concorrência 02/2015 da Universidade Federal de São Paulo - Unifesp (UASG 153031), cujo objeto é 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, regime de empreitada integral, com valor estimado de R$ 333.000.000,00 (peça 2, p. 3 e 6).

HISTÓRICO

2. Recebida a peça de representação que deu origem a estes autos, foi realizada instrução técnica (peça 9), a qual conclui que o perigo da demora não se faz presente, haja vista que o certame questionado tem o objetivo apenas de pré-qualificar licitantes que, posteriormente, irão disputar a execução das obras. Despacho do relator (peça 11) autorizou a realização de oitiva da entidade para apresentar esclarecimentos sobre os fatos apontados naquela instrução.

EXAME TÉCNICO

3. Previamente à análise sobre a oitiva realizada, é necessário informar que o certame questionado pela representante tinha abertura inicialmente prevista para o dia 15/7/2015, tendo a entidade informado a este tribunal ter dado provimento parcial a pedido de impugnação da mesma associação representante nestes autos, suspendendo o certame em 13/7/2015 (peça 7, p. 1).

4. Um novo edital de pré-qualificação da concorrência foi publicado com data de entrega dos documentos de habilitação e abertura para a data passada de 1/9/2015, estando disponível no Comprasnet (peça 17). No mesmo sistema informatizado encontra-se a ata de abertura, que informa a presença de dezoito licitantes e que a sessão foi suspensa para análise da documentação com posterior divulgação do resultado da habilitação, sem data determinada para conclusão dos trabalhos (peça 18, p. 2).

5. Em resposta à oitiva promovida por esta Secretaria, por meio de ofício (peça 12), datado de 23/7/2015, a Entidade apresentou, tempestivamente, as informações e esclarecimentos constantes do Ofício 405/2015, de 12/8/2015, assinado pela reitora da Unifesp (peça 15).

6. A oitiva realizada solicitou pronunciamento da Entidade sobre as seguintes ocorrências (peça 9, p. 14-15):

a) 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

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53495809.

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;

b) 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) 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;

d) 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;

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

f) 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); e

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

7. A reitora da Unifesp, antes de apresentar os esclarecimentos específicos aos itens questionados, faz um relato dos cuidados adotados no planejamento da licitação em análise e elementos técnicos utilizados como base, destacando a observação aos princípios da administração e análise de risco (peça 15, p. 1-3).

8. Sobre a análise de risco apresenta uma matriz de impacto do risco para realização das obras objeto da licitação, relacionando os pontos do edital que mitigam o respectivo risco (peça 15, p. 4). Segue afirmando que a ampliação do universo de participantes não pode ser implementada indiscriminadamente, comprometendo a segurança dos contratos, e que a medida dos requisitos de capacidade deve ser compatível com o objeto a ser aferido.

9. Ressalta que os critérios estabelecidos pela Unifesp para habilitação/qualificação de empresas a contratar para executar o objeto não são aleatórios ou levianos, mas de acordo com os princípios da administração, diminuindo riscos e em conformidade com a finalidade do ato, sem ferir legislação ou entendimento do TCU. Após esse relato passa aos esclarecimentos solicitados (peça 15, p. 5-6).

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

10. A reitora da Unifesp entende ter atendido o princípio da publicidade ao publicar o certame em todos os meios requeridos na Lei 8.666/1993. Afirma que o prazo de 15 dias úteis para apresentação de propostas foi estabelecido a partir de análise técnica e da aplicação do princípio da razoabilidade. Esclarece que não se trata de uma licitação por RDC, porém ressalta que o entendimento do legislador de que 15 dias úteis é tempo suficiente para elaboração e apresentação de proposta de preços para cada item da obra, é análogo ao seu (peça 15, p. 7).

Análise

11. O novo edital republicado tem em seu subitem 1.10.8 o prazo de quinze dias úteis para apresentação de propostas.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53495809.

12. Uma vez esclarecido pela entidade que o certame não é na modalidade RDC, a atual fase de pré-qualificação se rege pela lei geral de licitações, Lei 8.666/1993, que no art. 114 admite a adoção do procedimento com a delimitação expressa no § 2º, nos seguintes termos:

> Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.
>
> (....)
>
> § 2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

13. No que toca ao ponto questionado pela representante, em que o item 1.10.8 do edital prevê o prazo de 15 dias corridos para apresentar a proposta de preços, a lei de licitações assim define no art. 21, § 2º:

> Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:
>
> (....)
>
> § 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:
>
> I - quarenta e cinco dias para:
>
> a) concurso;
>
> b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";
>
> (....)

14. De modo a contribuir ao entendimento do ponto, transcreve-se a definição para empreitada integral constante da Lei 8.666/1996, art. 6º, inciso VIII, *alínea* "e":

> Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> (....)
>
> VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:
>
> (....)
>
> e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;

15. A interpretação da entidade, relatada a quando da primeira resposta a este Tribunal, por *e-mail*, de que a contagem de prazos na concorrência pública vincula-se apenas à publicidade do ato e que já cumpre os 45 dias de prazo de publicidade da licitação na sua fase I (peça 8, p. 1), não pode ser aceita.

16. A norma se refere ao prazo para entrega de propostas, incluída a proposta de preços, claramente impondo o maior prazo para licitações mais complexas, na qual se inclui a modalidade utilizada neste certame sob análise, concorrência no regime de empreitada integral. A própria entidade afirma estar preocupada em resguardar o interesse público ante a complexidade das obras, sendo incoerente que considere suficiente o prazo de quinze dias entre a empresa receber os arquivos com os projetos e quantitativos e elaborar sua proposta.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53495809.

17. Nos termos do item 1.10.4 do edital, a fase II se inicia com a disponibilização da documentação de cada uma das obras, contando-se a partir disso o prazo de 15 dias para entrega das propostas:

> 1.10.4. A referida Fase II consiste na disponibilização para download dos arquivos da pasta técnica no site da Pró Reitoria de Planejamento da Unifesp (www.http://www.unifesp.br/reitoria/proplan/) contendo Termo de Referência com os Projetos Executivos Completos, Memoriais Descritivos, Planilha com quantitativos e orçamentada com base na tabela SINAPI, e outras tabelas públicas tais como: FDE, CPOS, CDHU, EDIF, e outras, e se não tiver o item nas tabelas, será formado com a média de 03 orçamentos para aquele item, Cronograma físico financeiro, Formação do BDI, e demais Anexos, a serem fornecidos por ocasião da segunda fase desta licitação, referente à propostas de preço para cada uma das 4 obras que serão licitadas conforme item 1.2 do objeto.

18. A entidade, ao responder outro item desta oitiva, faz ressaltar que na fase II cada obra será licitada em um edital e, preferencialmente, os editais serão publicados separadamente, de modo a não sobrecarregar as empresas na avaliação de projetos e orçamentos, dentro do prazo de 15 dias úteis para apresentação das propostas (peça 15, p. 9).

19. Entretanto, esse procedimento não afasta sua obrigatoriedade de obedecer as definições da lei. A empreitada integral é definida por obra, independe se é uma ou são quatro, cada obra é considerada complexa por englobar todas as etapas do empreendimento sob inteira responsabilidade da contratada. Com essa motivação, o legislador entendeu necessário o prazo de 45 dias para que a licitante elabore sua proposta de preços, a partir do momento que tem acesso aos projetos.

20. Faz-se necessário que o subitem 1.10.8 do edital seja alterado para adequar-se ao prazo estipulado na Lei 8.666/1993, art. 21, § 2º, inciso I, *alínea* "b".

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

21. Informa que o edital republicado foi corrigido no item 2.3, suprimindo a menção de sujeição à pena legal aos responsáveis questionada pela representante. A nova redação:

> 2.3. Caso constatada a ocorrência de quaisquer das situações referidas no item anterior, ainda que *a posteriori*, durante o período de validade da qualificação, a empresa licitante será desqualificada.

22. Quanto ao item 5.1.5.1, relata que não trata de fato impeditivo *a posteriori*, mas da inexistência de fatos impeditivos à qualificação no período da licitação, baseando a inclusão do item na Lei 8.666/1993, art. 32, § 2º. Informa que, devido ao questionamento da representante, a Comissão Especial de Licitação divulgará aviso aos interessados, no site www.comprasgovernamentais.gov.br e no site da Pró Reitoria de Planejamento da Unifesp, corrigindo no edital a referência no item 1.11, o título e o texto do Anexo XIV, incluindo o termo "superveniência", conforme art. 32 citado (peça 15, p. 8).

Análise

23. O item 2.3 do edital continha trecho que fazia menção à sujeição da licitante às sanções da lei indiscriminadamente, ou seja, a interpretação da redação então utilizada era de que a licitante seria sancionada mesmo que informasse o fato superveniente à administração e não viesse a firmar contrato. A exclusão desse trecho soluciona esse ponto.

24. No item 5.1.5.1 ocorria inconsistência entre o texto naquele subitem, que trata da declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo à habilitação da licitante, e a redação da respectiva declaração no anexo XIV, que não incluía menção a fatos supervenientes. A correção do texto da declaração torna sua redação coerente com a previsão contida no referido item 5.1.5.1, regularizando o ponto questionado.

Esclarecimentos adicionais sobre a ordem de abertura das propostas de preços e de declaração

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53495809.

do licitante com a melhor proposta relativa aos itens/obras licitados

25. Informa que as empresas serão qualificadas conforme o dimensionamento das Certidões de Acervo Técnico - CAT apresentadas, em acordo com tabela no item 5.1.2.5.3 do edital. Esclarece que cada uma das quatro obras será licitada em diferente edital, preferencialmente publicados separadamente "de modo a não sobrecarregar as empresas na avaliação de projetos e orçamentos, dentro do prazo de 15 dias úteis para apresentação das propostas", e que a restrição de CAT passa a valer quando a licitante atingir seu limite de contratos dentre as quatro obras.

26. Exemplifica que, uma licitante que apresente CATs qualificando-a na fase I para até um contrato, poderá participar de todos os editais da fase II até o momento em que for vencedora e contratada em um deles, passando então a estar impedida de participar das demais concorrências. Uma empresa qualificada para até 2 contratos, poderá participar de todos os editais da fase II até o momento em que for vencedora por uma segunda vez, e assim por diante.

27. Faz observar que o item 1.10.2 foi suprimido do novo edital, explicando que tratava da possibilidade de novos CATs serem apresentados na fase II, sendo que qualificação e habilitação se encerram na fase I (peça 15, p. 8-9).

Análise

28. Este ponto da oitiva pretende esclarecer como ocorrerá a fase II do certame, em especial com relação à abertura das propostas de preço para cada obra. Entende-se que as informações prestadas são suficientes e esclarecem esse ponto, sendo desnecessário maior detalhamento no texto do edital considerando a redação atual no trecho relativo ao ponto em questão, conforme transcreve-se dos subitens 1.3 e 1.4 do edital republicado:

> 1.3. As licitantes poderão ser qualificadas para contratação em uma, duas, três ou quatro obras de acordo com o dimensionamento dos CATs apresentados, conforme detalhado na Tabela 2 (Item 5.1.2.5) e conforme patrimônio proporcional ao valor médio dos empreendimentos (Item 5.1.3.2.4).
>
> (....)
>
> 1.4. As empresas serão habilitadas com indicação de quantas obras estarão aptas a contratar. Poderão concorrer em todas as quatro licitações subsequentes à habilitação (Fase II) até atingirem seu limite de contratos definidos na pré-qualificação. Atingido este limite, as empresas não poderão seguir nas concorrências subsequentes.

29. Ressaltando que o fato das obras serem licitadas em editais publicados separadamente não libera a entidade de dar atendimento à exigência de 45 dias de prazo para que as licitantes preparem suas propostas de preço, a partir do momento em que tenham acesso aos documentos do projeto de cada obra.

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

30. A entidade informa que os CATs exigidos correspondem a 50% da média dos quantitativos das quatro obras, entendendo que, desse modo, adota um escalonamento uniforme e coerente, permitindo que todas as empresas concorram para todas as obras até seu limite de contratos definido na fase de habilitação. Ressalta que a individualização da qualificação por obra reduziria a competição, sendo seu objetivo fomentá-la em nome da economicidade dos contratos.

31. Sobre o fato da menor obra exigir CATs que correspondam a 62,5% da sua dimensão, quando recomendação do TCE/SP limita em 60%, entende que a diferença de 2,5% é insignificante, em especial considerando que, em contrapartida, a entidade está proporcionando que empresas qualificadas com CAT de 15 mil m² de área construída concorram a quaisquer obras e não somente à menor obra (peça 15, p. 9).

Análise

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53495809.

32. Conforme já exposto na instrução anterior, 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, conforme, entre outros, Acórdãos 1.432/2010, 737/2012, 897/2012, 1052/2012 e 827/2014, todos do Plenário. Nesse sentido foi a determinação do subitem 9.3.1 do Acórdão 1052/2012-TCU-Plenário:

> 9.3.1. abstenha-se de exigir número mínimo de atestados de capacidade técnica, bem como a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos bens e serviços que se pretende contratar, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo administrativo da licitação;

33. Exceção a tal limite deve ser devidamente justificada, o que não é o caso dos esclarecimentos apresentados. Utilizar a média dos quantitativos totais das quatro obras se justifica somente para o caso da empresa se habilitar à construção das quatro obras, o que já está adequado no edital. Entretanto o CAT mínimo para somente uma obra deve se vincular à menor das obras. Do modo como está no edital, diminui a competitividade por inviabilizar a participação de uma empresa de menor porte mas que seja suficiente para se habilitar a construir a menor das obras licitadas.

34. A soma das áreas construídas das quatro obras é de 120 mil m², sendo que a menor das quatro obras tem área de 24 mil m². Assim, uma empresa de grande porte se habilita a construir as quatro obras simultaneamente se apresentar CATs que atinjam no mínimo 60 mil m² (50% de 120 mil m²), mas para uma empresa que pretenda se habilitar à construção somente da menor das obras, deveria bastar que apresentasse CATs comprovando o mínimo de 12 mil m² (50% de 24 mil m²), sendo que o edital está exigindo a comprovação de um mínimo de 15 mil m², ou 62,5% de 24 mil m² no quesito "Área construída total", portanto acima do limite usualmente aceito na jurisprudência deste Tribunal.

35. Entende-se que o procedimento mais adequado é a alteração do subitem 5.1.2.5.3 do edital para que todos os oito quesitos escolhidos pela entidade como de maior relevância para exigir os CATs estejam dentro do limite máximo de 50% dos quantitativos para os respectivos quesitos da menor das obras (*Campus* Osasco).

Esclarecimentos adicionais sobre a vedação de participação de pessoas jurídicas que estejam reunidas em consórcio (item 2.2.8 do edital)

36. Afirma que não admitira a participação de consórcios, conforme estabelecido no edital, por ser uma decisão discricionária da Administração, e que, na elaboração do edital avaliou que as obras não têm complexidade e vulto que justifiquem a união de empresas com diferentes especialidades para atende-las.

37. Entende que esse é o caso de obras como hidrelétricas, metrôs, aeroportos, portos, e que no caso em questão são solicitados somente CATs comuns para empresas de construção civil que tem capacidade de atender individualmente o pleito. Bem como, com essa restrição, pretende garantir que concorram entre si empresas que efetivamente possuam capacidade e qualificação técnica e econômica para viabilizar a execução completa do contrato, com redução de riscos.

38. Ressalta que a Unifesp realizou outras duas obras de porte similar licitadas nos mesmos moldes, que foram bem sucedidas, demonstrando que sua decisão é ponderada e a favor da segurança, com a seleção de empresas devidamente qualificadas e capacitadas para a contratação pretendida (peça 15, p. 10).

Análise

39. A associação representante nestes autos, menciona em sua peça 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)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53495809.

são exagerados, impossibilitando a participação de mais interessadas, entendendo 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).

40. De fato, observa-se certa falta de coerência nos esclarecimentos da entidade em relação às exigências contidas no edital. Afirma que suas obras são comuns, não têm complexidade que demande a necessidade de consórcios de empresas, entretanto, os índices contábeis de qualificação econômico-financeira, subitem 5.1.3.2.3 do edital, estão acima dos patamares usualmente aceitos na jurisprudência deste tribunal, sendo utilizado como justificativa para a decisão a "complexidade, alto valor econômico e social da obra a ser contratada", subitem 5.1.3.3 (peça 2, p. 16 e peça 15, p. 17).

41. O referido subitem 5.1.3.2.3 define como boa situação financeira do licitante, índices de liquidez geral, solvência geral e liquidez corrente maiores ou iguais a dois (peça 2, p. 15).

42. No tocante aos índices de liquidez geral – LG e liquidez corrente LC, o normal é a exigência entre 1,0 a 1,5. A representante tem razão em questionar o índice exigido, que se situa fora do patamar considerado aceitável por esta Corte de Contas, a exemplo do posicionamento adotado nos Acórdãos 170/2007, 3.133/2010 e 2.299/2011, todos do Plenário. Trecho do voto condutor do Acordão 3133/2010-TCU-Plenário, teve o seguinte relato:

> De início, cabe reconhecer que, de fato, a exigência de índice de liquidez geral igual ou superior a dois soa realmente como bastante excessiva. Recorrendo apenas à intuição, é difícil imaginar que parte relevante de um universo de potenciais empresas interessadas em uma licitação possua créditos de curto e longo prazo mais de duas vezes superiores às suas dívidas. O normal é que a exigência se atenha a valores superiores mas próximos à unidade, como preconiza o Dnit. Por isso, o índice utilizado pelo Deracre pode ser considerado não-usual.

43. E o subitem 9.2.2 do mesmo *decisum* assim determinou:

> 9.2.2. ao adotar índices mínimos de liquidez que se afastam dos valores utilizados na administração pública, assim entendidos aqueles próximo à unidade, no caso do Índice de Liquidez Geral, em seus editais de licitação para execução de objetos financiados com recursos federais, proceda a ampla demonstração do cabimento da escolha, inclusive mediante estudo da realidade das empresas potencialmente interessadas no objeto da licitação;

44. Os esclarecimentos trazidos aos autos pela entidade não apresentam demonstração técnica para justificar o estabelecimento de índices contábeis tão elevados.

45. Considerando que o novo edital republicado reduziu a exigência alterando esses índices para maiores ou iguais a 1,5, entende-se este patamar mais razoável, ainda que próximo ao limite usualmente aceito na jurisprudência (peça 15, p. 16).

46. Quanto à participação de consórcios, às vezes, a permissão pode ensejar redução no caráter competitivo, pois possibilita que empresas, que seriam naturalmente competidoras entre si, acordem para participar da licitação em consórcio. Em outras vezes, é a sua proibição que pode representar restrição à competitividade: quando as circunstâncias concretas indicam que o objeto apresenta vulto ou complexidade que tornem restrito o universo de possíveis licitantes.

47. A formação de consórcio, em regra, é admitida quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, em que empresas, isoladamente, não teriam condições de suprir os requisitos de habilitação do edital, ficando o administrador obrigado a prever a participação de consórcios no certame com vistas à ampliação da competitividade e à obtenção da proposta mais vantajosa, conforme prolatado no Acórdão1.094/2004-TCU-Plenário.

48. No caso em tela, apesar de não se ter acesso aos projetos básicos, as obras aparentam tratar de construções civis ordinárias (blocos de edificações acadêmicas, conforme subitem 1.6 do edital republicado). Em especial considerando que a licitante, se for de seu interesse e porte, pode se

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53495809.

candidatar a somente uma das obras, bem como, a entidade reduziu a exigência de índices contábeis, entende-se que as condições ofertadas no edital são suficientes para viabilizar a competitividade no certame.

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)

49. Informa que a exigência de patrimônio líquido balizado na média dos valores estimados das obras, tem como finalidade reduzir riscos e impactos e ampliar a garantia de segurança. Em relação ao impacto na obra de menor valor (campus Osasco), entende que estaria restringindo a competitividade se a pré-qualificação fosse realizada por item individual, e que, ao adotar a média, com uniformização de critérios e clareza de procedimentos, permite que as empresas apresentem propostas a quaisquer obras, ampliando a concorrência (peça 15, p. 12).

Análise

50. O entendimento neste ponto é análogo à questão da exigência de apresentação de atestados que comprovem a execução de, no máximo, 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra, onde a entidade também adotou a média dos valores somados das quatro obras para extrair os percentuais mínimos.

51. Em ambas as exigências editalícias, os percentuais mínimos ficam acima dos limites usualmente aceitos para o caso de licitantes que decidam concorrer somente à menor das quatro obras (campus Osasco). No caso da menor das obras, cujo valor estimado é de R$ 72 milhões, o PL mínimo atualmente exigido no edital é de R$ 8.325.000,00, superior a 10% do valor estimado e em desacordo com o previsto na Lei 8.666/1993, art. 31, § 3º:

> Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
>
> (...)
>
> § 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.

52. Exceção a tal limite deve ser devidamente justificada, o que não é o caso dos esclarecimentos apresentados. Utilizar a média dos quantitativos totais das quatro obras se justifica somente para o caso da empresa se habilitar à construção das quatro obras, o que já está adequado no edital. Entretanto o patrimônio líquido mínimo para somente uma obra deve se vincular à menor das obras. Do modo como está no edital, diminui a competitividade por inviabilizar a participação de uma empresa de menor porte, mas que seja suficiente para se habilitar a construir a menor das obras licitadas.

53. Entende-se que o procedimento mais adequado é a alteração do subitem 5.1.3.2.4.2 do edital para que esteja dentro do limite máximo de 10% do valor estimado da menor das obras (*Campus* Osasco).

Esclarecimentos adicionais em relação à ausência de critérios de reajuste de preços

54. A entidade alega ser uma prática das empresas a postergação da execução contratual para que ocorra o reajuste anual, que nem sempre corresponde à variação dos itens restantes a serem empregados na obra, levando a empresa a um lucro além do pactuado e a administração a uma despesa indesejada.

55. Informa que em experiências anteriores adotou essa estratégia com resultados positivos na condução da obra. Ressalta que o prazo de conclusão é item relevante e estratégico para atingir sua

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53495809.

finalidade institucional, devido ao déficit de estruturas em relação ao número de alunos, por isso optou por não estabelecer índice de reajuste.

56. Finaliza seus esclarecimentos sobre esse ponto informando que atende a lei de licitações, que estabelece como obrigatória cláusula que defina esse critério, ao definir "que os preços são fixos e irreajustáveis" (peça 15, p. 12).

Análise

57. As justificativas apresentadas para a ausência de critérios de reajuste não prosperam. A ausência do critério não impede que, eventualmente, fatos supervenientes ocorram e a empresa efetivamente realize a construção em prazo superior a um ano. A medida adotada pela entidade pode, inclusive, levar a uma postergação maior da conclusão da obra, caso entre em litígio com a contratada para definição do critério. Ao contrário, não há qualquer custo a simples inclusão do critério no instrumento contratual, e não sendo necessário utilizar, como pretende a entidade, melhor para a administração.

58. Decorre do art. 40, XI, da Lei n. 8.666/1993, que é obrigatório constar em todos os contratos administrativos cláusula que preveja o critério de reajuste dos valores avençados, retratando a variação efetiva dos custos do contratado, desde a data da apresentação da proposta/orçamento até a data do adimplemento.

59. Bem como, dentre os princípios insculpidos na lei de licitações, destaca-se o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pelo qual deve ser mantida a relação entre os encargos do particular e a remuneração prestada pelo Poder Público em contrapartida. A equação entre esses dois fatores deve ser inicialmente estabelecida no edital da licitação e mantida na execução do contrato, de modo a evitar enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

60. A ausência de critério de reajuste expressamente previsto no edital e respectivo contrato dá margem a interpretações diversas.

61. Por um lado, o contratado aquiesceu com os termos avençados e a concessão de reajuste seria violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Há entendimento doutrinário no sentido de que a previsão de cláusula de reajuste não é obrigatória, se inserindo entre os direitos disponíveis, que são livremente pactuados pelas partes; nesses termos foi o Parecer 21-96/JVM da procuradora do Estado do Rio de Janeiro, Josenete Veloso Monteiro:

> O direito ao reajuste se insere nos chamados direitos disponíveis, posto que livremente acertado pelas partes (...) De qualquer sorte, frise-se, o reajuste não é imperativo da lei, devendo, pois, estar expresso no contrato, nos termos fixados pelos interessados, observados os limites legais.

62. Por outro lado, é defeso ao contratado invocar o desequilíbrio do contrato, seja pleiteando reajuste, seja revisão, sendo este um direito do particular insculpido no texto da Constituição, no art. 37, inciso XXI, quando prescreve que "as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta...". No entendimento de Marçal Justen Filho:

> Entende-se que a ausência de cláusula prevendo reajuste não importa exclusão do direito à recomposição de preços. Portanto, é possível excluir o direito ao reajuste automático, mas não será válida a vedação à recomposição de preços.
>
> Em termos práticos, isso significa que o particular deverá produzir prova bastante complexa e muito mais detalhada. Se houvesse reajuste, bastaria demonstrar a variação de índices gerais ou específicos (conforme previsto na Lei ou no contrato).

63. Partindo do princípio de que não tenha sido definido um critério, pode ser muito mais lesado o erário público pela utilização de algum índice obscuro ou equivocado ou mais ainda se

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53495809.

somado a isso, o contratado evocar custos de desmobilização e posterior mobilização.

64. Nesse sentido, entende-se deva ser suspenso o certame para que a entidade inclua cláusulas relacionadas aos critérios de reajustamento dos preços, de forma a explicitar as condições, índices ou formas de cálculo, no instrumento convocatório da concorrência 2/2015, conforme estipulado no art. 40, XI, da Lei n. 8.666/1993.

Esclarecimentos finais da entidade

65. Por fim, a entidade finaliza sua resposta à oitiva realizada apresentando considerações de que planejou sua licitação de modo a atender os princípios da administração; não existe ilegalidade no edital; as médias utilizadas para limites de habilitação aumentam a competitividade, sem atrair insegurança ao contrato; e a execução das obras é estratégica e vital para a prestação do serviço público educacional prestado pela Unifesp (peça 15, p. 12).

CONCLUSÃO

66. O documento constante da peça 1 deve ser conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

67. Diante da documentação acostada aos autos e da análise proferida, esta representação pode ser julgada no mérito, sem necessidade de adoção da cautelar requerida pela representante.

68. Da análise das informações prestadas pela Unifesp em resposta à oitiva realizada, resulta que a representação é parcialmente procedente, em especial quanto as questões atinentes a: prazo para entrega de propostas (itens 11-20); exigência de certificados e patrimônio líquido em quantitativos superiores à jurisprudência e legislação pertinente (itens 32-35 e 50-53); e ausência de previsão de critério de reajuste de preços no instrumento convocatório e no modelo de contrato, podendo, inclusive, levar a uma postergação maior da conclusão da obra, caso ocorra litígio com a contratada para definição do critério (itens 57-64).

69. Por fim, há que se ressaltar ter a Unifesp informado 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.

70. E que, além disso, 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).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

a) conhecer da presente representação, formulado por Associação Paulista de Empresários de Obras Púbicas – Apeop, CNPJ 62.422.894/0001-65, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

b) determinar à Universidade Federal de São Paulo, com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c artigo 45 da Lei 8.443, de 1992, que somente dê prosseguimento à Concorrência 2/2015 após a republicação do respectivo edital da fase de pré-qualificação, com alteração das seguintes exigências estabelecidas:

b.1) subitem 1.10.8, para adequar-se ao prazo de 45 dias até o recebimento das propostas de preços, estipulado na Lei 8.666/1993, art. 21, § 2º, inciso I, *alínea* "b";

b.2) subitem 5.1.2.5.3, para que todos os oito quesitos escolhidos pela entidade como de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53495809.

maior relevância para exigir os CATs estejam dentro do limite máximo de 50% dos quantitativos para os respectivos quesitos da menor das obras (*Campus* Osasco);

b.3) subitem 5.1.3.2.4.2, para que esteja dentro do limite máximo de 10% do valor estimado da menor das obras (*Campus* Osasco);

b.4) inclua cláusulas relacionadas aos critérios de reajustamento dos preços, de forma a explicitar as condições, índices ou formas de cálculo, no instrumento convocatório da concorrência 2/2015, conforme estipulado no art. 40, XI, da Lei n. 8.666/1993.

c) encaminhar à unidade jurisdicionada e à representante cópia da decisão que vier a ser adotada;

d) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inc. V, do Regimento Interno do Tribunal.

Secex-RJ/DiLog, em 4/9/2015.

Glauce Tadaiesky Marques

AUFC – Mat. 3471-1

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 53495809.