



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Expediente: TC-040248/026/11

Representante: Galvão Engenharia S.A.

Advogados: Caio Mário da Silva Pereira Neto (OAB/SP nº. 163.211), Joaquim Nogueira Porto Moraes (OAB/SP 163.267), Mateus Piva Adami (OAB/SP nº. 235.070) e Thiago Miotto Palo (OAB/SP nº. 272.506)

Representada: Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S/A

Autoridade Responsável: Laurence Casagrande Lourenço (Diretor Presidente)

Advogados: Antonio Costa dos Santos (OAB/SP 49.688) e Marcel Garcia Silvério de Oliveira (OAB/SP 201.437)

Assunto: impugnações ao edital de "Pré-Qualificação para a Contratação de Obras de Implantação do Trecho Norte do Rodoanel Mario Covas", objeto da Licitação Pública Internacional nº 006/2011-CI.

Prazo Limite para a Apresentação das Solicitações: 13 de dezembro de 2011

EXAME PRÉVIO DE EDITAL

Vistos.

Em exame Representação formulada por Galvão Engenharia S.A., com fundamento no § 1º, artigo 113, da Lei nº 8.666/93, contra edital de "Pré-Qualificação para a Contratação de Obras de Implantação do Trecho Norte do Rodoanel Mario Covas", objeto da Licitação Pública Internacional nº 006/2011-CI. (prazo limite para a apresentação das solicitações 13 de dezembro de 2011)

Segundo a peticionária a DERSA não disponibilizou aos interessados o projeto básico e o orçamento detalhado em planilhas (por meio



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

reprográfico ou outro), documentos que, como entende, deveriam compor o edital desde a fase de pré-qualificação.

Relata que ao tentar "obter a documentação pertinente, a empresa foi informada que seria possível apenas consultar os Projetos de Engenharia, por um prazo de 2 (duas) horas na própria DERSA, em meio eletrônico e sem a possibilidade de extração de cópias", evidenciando, assim, a inexistência de planilhas de quantitativos e preços unitários (orçamento detalhado da obra) . Por esse motivo, e tendo em conta o posicionamento da DERSA (de somente fornecê-los "em fase futura da licitação"), apresentou pedido formal de cópias e formulou impugnação (pendente de apreciação).

Embora pondere a vinculação a financiamento do BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento), sujeitando a licitação a regras próprias do órgão internacional, e sublinhe tratar-se de fase de pré-qualificação, reputa indevido o desrespeito à legislação brasileira, em especial ao dever de motivação, que impõe a demonstração de que "os requisitos de habilitação são adequados ao objeto licitado" e permite "aos administrados e órgãos de controle a análise de eventuais imperfeições do projeto, que por sua vez pode implicar em exigências restritivas de qualificação técnica e econômica".

Nesse contexto, adverte, o "fornecimento do projeto básico e das planilhas de quantitativos e preços unitários é fundamental para a aferição da plausibilidade dos requisitos exigidos nesta fase", evidenciando "como foram selecionadas pela DERSA as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, a que se refere o art. 30, § 2º, da



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Lei 8.666/93, ou fixados os requisitos de qualificação econômico-financeiros".

Prossegue: a "mera descrição das obras e seu respectivo cronograma, indicados na Seção VI do Edital - apontadas como suficiente pela DERSA - não fornece elementos técnicos mínimos para aferição da razoabilidade das exigências de qualificação".

Argumenta que "se a pré-qualificação funciona como uma antecipação da fase de habilitação, na qual o universo de proponentes é fixado, é evidente que a ela também se aplicam todas as exigências de publicidade e devida motivação para os requisitos de qualificação entendidas como obrigatórias para uma licitação comum. Isso ocorre porque ela definirá quem poderá ou não apresentar as propostas econômicas na próxima fase, rigorosamente como ocorre em uma concorrência comum".

*Ademais, avalia, "mesmo com uma breve consulta à deficiente documentação exposta pela DERSA, a equipe técnica da Galvão Engenharia conseguiu identificar inconsistências em relação aos seguintes pontos": **volumes de túneis** (indicando exigência de qualificação 13% superior ao necessário para a execução de serviços iguais); **elementos de pavimentação** (volumes exigidos incompatíveis com os de obras similares); **quantidades de aço para concreto estrutural e aço para concreto protendido** (verifica impossibilidade de estimativa de "quantidades necessárias para obra" "porque os quantitativos foram estimados através de taxas que variam significativamente de lote a lote, apesar das OAEs terem padrões construtivos semelhantes"; utiliza como parâmetro de comparação a "obra efetivamente executada e atestada" do Lote 1 Rodoanel Sul).*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

Observa, assim, *"forte evidencia de que determinados quantitativos estão estimados de forma equivocada, o que restringe, desnecessariamente, a participação de interessados no certame"*.

Insurge-se, igualmente, contra condições de participação estipuladas no ato convocatório e que reputa restritivas à ampla participação.

Nesse sentido, questiona a qualificação econômico-financeira por meio da "apresentação de índices referentes à média dos últimos cinco anos, frente à utilização usual dos dados referentes ao último ano como base para o cálculo dos índices econômico-financeiros" (g.n.), que reputa em afronta ao inciso I, artigo 31, da Lei nº. 8.666/93, exclui a participação de empresas constituídas nos últimos cinco anos e admite as que se encontravam *"em situação financeira frágil no último exercício"*.

Entende, assim, que mesmo que o dispositivo encontre respaldo em regramento do BID, deveria a DERSA *"expor claramente quais aspectos das políticas do agente financiador que expressamente afastam a regra da Lei 8.666/93, indicando, inclusive, eventual resistência da entidade estrangeira e suas razões"*.

Avalia, porém, que o *"BID não impõe a adoção do horizonte de 5 (cinco) anos para o cálculo da média. Trata-se de aspecto que a própria entidade financiadora deixa ao encargo da entidade encarregada da condução da licitação. Isso significa que o prazo para o cálculo das médias, não é uma condição para a obtenção do financiamento"*; o BID, em casos pretéritos, não objetou períodos distintos, ao contrário, aprovou editais que previam um ano. Portanto, havendo possibilidade, conclui, a escolha



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

deveria ser pela hipótese prevista expressamente na legislação nacional.

Contesta restrição a contrato único para prova de capacidade técnica (experiência específica)¹, quando a *"soma de quantitativos é uma regra geral que, se comporta exceções, estas devem estar devidamente motivadas em razões técnicas robustas e devidamente demonstradas no Edital"*, colacionando jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Questiona a falta de clareza do ato convocatório na conceituação de "contrato único", *"em situações em que os licitantes materialmente são detentores de capacidade técnica-operacional, mas podem ter dificuldades na apresentação de sua documentação"*. Nesse contexto, colaciona situações exemplificativas, quando várias empresas executaram, mediante consórcio, um só contrato² e em que uma

¹ *"Em relação à comprovação da Experiência Específica em Atividade de Construção para caso de consórcio, o item 4.2.b da Seção III do Edital estabelece que, no caso de parceria, consórcio ou associação (PCA): (i) "todas as partes combinadas devem cumprir o requisito no que se refere ao conjunto dos itens das atividades essenciais de construção de todos os Blocos", (ii) "cada sócio deve cumprir o requisito no que se refere às atividades essenciais de construção de 1 (um) Bloco", e (iii) "tanto o consórcio em si, como cada empresa que compõe o consórcio deverão comprovar Experiência Específica em Atividade de Construção em um único contrato"*.

² Respondeu a DERSA em "pedido de esclarecimentos", afirmando que, em caso de consórcios, *"cada empresa deve demonstrar individualmente sua experiência, sendo aplicável, ao caso exposto acima, o percentual de participação proporcional no consórcio - a despeito de ser patente a impossibilidade de se dissociar a capacidade técnico-operacional no caso"*, sem qualquer fundamentação ou respaldo em regra do BID.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

mesma contratada realizou obra dividida em diferentes lotes (vários contratos)³.

Protesta contra o critério de qualificação com base em "histórico de contrato não cumprido", requisito também não previsto na Lei nº. 8.666/93⁴, advertindo que "*viola o princípio da presunção de inocência, um direito fundamental assegurado tanto pela Constituição Federal (art. 5º, LVII), como pelo Direito Internacional*", novamente colacionando entendimento do Tribunal de Contas da União⁵.

Considera, ao final, que a DERSA, "*por meio do Boletim de Esclarecimentos n. 03 criou nova regra para o certame, sem nova publicação do Edital*". O instrumento como inicialmente lançado, alega, especificava "*que todos os Blocos de um mesmo Lote devem ser integralmente preenchidos individualmente por alguns dos participantes do Consórcio*" e "*não se admite a soma de forças para a*

³ Nessa situação, reclama, a interpretação deve ser no sentido de "*permitir a demonstração de capacitação técnico operacional por meio de apresentação de contratos simultâneos referentes a uma única obra*".

⁴ Interpreta que o dispositivo estabelece condição de habilitação não "*indispensável ao cumprimento das obrigações*", criando "*novos requisitos para habilitação do licitante, quais sejam: (i) de não ter sido sancionado pelo descumprimento de contratos nos últimos anos, após ter sido obedecidos os mecanismos de solução de controvérsias estabelecidos naqueles contratos, o que, em geral, não traz a previsão expressa de recurso ao Judiciário; (ii) de não ter sido sancionado por inexecução de Garantia de Execução ou de Garantia de Proposta; e (iii) de não ter litígios pendentes cujo valor ultrapasse 50% de seu patrimônio líquido*".

⁵ Entende que "*no ordenamento jurídico brasileiro, não é qualquer inexecução contratual, execução de garantia ou um volume pré-determinado de litígios que pode afastar um particular do direito de contratar com a Administração Pública. Apenas as situações específicas previstas na legislação é que levam a essa consequência*".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

demonstração de atendimento dos Blocos remanescentes, após o atendimento integral de um determinado Bloco individualmente por cada consorciado".

Todavia, prossegue, "a partir da resposta formulada pelo DERSA, não se admite mais o preenchimento das atividades de um mesmo Bloco com a soma de forças dos consorciados", alterando "significativamente o contexto jurídico sobre o qual foram negociadas as parcerias para participar da pré-qualificação".

Portanto, conclui, poucos dias antes da entrega dos documentos a empresa fixou que "todos os blocos devem ser cumpridos integralmente por uma das empresas, o que altera por completo o perfil dos consórcios negociados, obrigando a busca por novos parceiros", sem a devida republicação do edital e reabertura de prazo para formulação de propostas.

É o relatório.

As questões agitadas indicam que o ato convocatório possa, com efeito, conter dispositivos pretensamente danosos à livre competição, com possível ofensa ao princípio constitucional da isonomia e aos demais tutelados pelo art. 3º da Lei 8.666/93, bem como a outros preceitos legais, recomendando seja dado curso à devida averiguação e concedendo-se à DERSA a oportunidade de enfrentamento das questões impugnadas.

Por essas razões, deve o Sr. Laurence Casagrande Lourenço - Diretor Presidente da Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S/A, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, providenciar a remessa de cópia completa do instrumento convocatório, tomando



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

conhecimento do teor da Representação e apresentando os esclarecimentos que julgar convenientes.

Cabe à empresa abster-se da prática de qualquer ato relacionado ao processo seletivo público até ulterior decisão deste Tribunal.

Proceda-se à notificação inicialmente por meio de fac-símile, dado o rito especial de processamento da matéria.

Em seguida, PUBLIQUE-SE.

Cumprida a ordem, à Diretoria de Expediente, para autuação na forma de exame prévio de edital.

G.C., em 12 de dezembro de 2.011.

EDGARD CAMARGO RODRIGUES
CONSELHEIRO

LCA