

TC 037.183/2011-7**Natureza:** Representação**Entidade:** Desenvolvimento Rodoviário S.A. - Dersa (CNPJ 62.464.904/0001-25)**Interessada:** Equipav S.A. Pavimentação e Engenharia e Comércio (CNPJ 46.083.754/0001-53)**Interessado:** Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit (CNPJ 04.892.707/0001-00)

DECISÃO

Trata-se de Representação formulada pela empresa Equipav S.A. Pavimentação e Engenharia e Comércio (CNPJ 46.083.754/0001-53), com pedido de adoção de medida cautelar, **inaudita altera pars**, apontando possíveis irregularidades no Edital, Aviso de Pré-Qualificação - APQ nº 006/2011-CI relativo à Licitação Pública Internacional - API nº 006/2011-CI da Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S.A. (peça 2, p. 31-160). O objeto do aludido APQ é a pré-qualificação de licitantes interessados e aptos a executar as obras de implantação do Trecho Norte Rodoanel Mario Covas.

2. A obra, com extensão total de 43,86 km, foi dividida em seis lotes com valor estimado total de R\$ 4,845 bilhões. Os recursos empregados na obra terão origem em financiamento do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e dos orçamentos federal e estadual.

3. Em apertada síntese, a Unidade Técnica responsável pela análise do feito, Secretaria de Fiscalização de Obras 2, Secob-2, considerou presentes todos os requisitos de admissibilidade para que seja a presente Representação conhecida por este Tribunal de Contas.

4. A Representante é legítima para representar junto a TCU, com fundamento no art. 113, § 1º da Lei de Licitações. Da mesma forma, o Tribunal de Contas da União é competente para analisar o feito, uma vez que há previsão constitucional e legal para tanto, consoante rezam, respectivamente, o art. 71, inciso VI, da Lei Maior e o já aludido art. 113, caput, da Lei nº 8.666/1993.

5. Conforme alegou a Representante, diversas previsões restritivas e incompatíveis com a Lei de Licitações estariam contidas no edital sob suspeição, a saber:

a) previamente à apresentação desta Representação, teria sido apresentada impugnação ao Edital no dia 29/11/2011, conforme cópia anexada (peça 4, p. 2-55), 14 (quatorze) dias antes da data de abertura do certame, o que atenderia ao prazo limite estipulado no item 7.1 do Edital (peça 2, p. 42), para a qual não teria obtido resposta. Por isso, em 6/12/2011, teria entregado reiteração de protesto ao próprio BID (peça 4, p. 57-99), a qual também não foi respondida;

b) a Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas (APEOP) também teria apresentado Representação contra o questionado Edital (peça 4, p. 193-207), em face de supostas exigências restritivas;

c) as restrições apontadas pela Representante dizem respeito:

c.1) aos critérios de qualificação econômico-financeira;

c.2) às exigências de qualificação técnica; e

c.3) às disposições acerca da formação de consórcios.

d) procura reforçar as supostas ilegalidades indicando que não houve motivação comprovada e que as exigências ferem tanto a Lei de Licitações quanto os princípios norteadores da licitação e as diretrizes do próprio BID; e

e) aponta requisitos de participação na Licitação que ofenderiam o direito público subjetivo de participar de licitação pública.

6. A Representante discorreu, ainda, acerca de outros pontos que estão a regular as licitações internacionais com financiamento do BID (peça 1, p. 4-9), como também acerca de condicionantes para a concessão do empréstimo à realização da licitação segundo as suas regras de contratação, o que buscou demonstrar mediante a colação de trechos de doutrina e julgados desta Corte de Contas.

7. Segundo alegou a Representante, mesmo que o organismo financiador realizasse exigências expressas, estas deveriam apresentar limites de modo a se compatibilizar com os princípios fundamentais das licitações públicas, como os do julgamento objetivo, da ampla competitividade e da vedação de cláusulas indevidamente restritivas. Cita doutrina e jurisprudência do STJ. Afirma, entretanto, que as regras do BID aplicadas nesse caso teriam levado a comandos expressamente afastados pela Lei de Licitação e incompatíveis com os princípios estabelecidos no art. 37, inciso XXI, da Constituição.

8. As próprias diretrizes estabelecidas pelo BID estariam sendo contrariadas no presente Edital, consoante asseverou a Representante, e que, a exemplo da legislação nacional, determinaria que os requisitos estipulados para a pré-qualificação dos licitantes sejam objetivos, vinculados ao objeto do futuro contrato e à capacidade de executá-lo satisfatoriamente, considerando-se a execução anterior de contratos similares, mas não idênticos.

9. **Com relação aos critérios de qualificação econômico-financeira** previstos na Seção III do Edital, as alegações sobre os fatos que estariam a macular o presente certame são (peça 1, p. 9-23):

10.

- i. **requisitos de índices contábeis e de patrimônio líquido** ao longo dos últimos cinco anos (item 3.1-a da seção III do edital. Peça 2, p. 58), contrariamente ao disposto no art. 31 da Lei n. 8.666/1993, que limita as exigências ao último exercício social (peça 1, p. 9-12). Com o intuito de demonstrar a suposta inadequação da exigência, apresenta exemplo comparando duas empresas no qual tenta demonstrar a inadequação do critério que, ao invés de proporcionar segurança na contratação, poderia resultar em redução da segurança, além da proporcionar restrição à competitividade. (peça 1, p. 10-11). Reforça argumentando que licitações pretéritas com dimensões equivalentes ou superiores não preveriam exigências semelhantes;

- ii. **exigência de capacidade de liquidez do licitante** (item 3.1-b da seção III do edital. Peça 2, p. 58-59) extrapolaria o rol exaustivo permitido pelo art. 31 da Lei de Licitações (peça 1, p. 12-15). Além disso, aduz a Representante, que a essa exigência restringe a competição e não teria sido motivada pela Dersa, contrariando dispositivo insito no § 5º do art. 42 do citado diploma legal. Argumenta ainda, que essa exigência estaria prevista em valor superior aos admitidos para requisitos de disponibilidade financeira, tanto se forem levados em conta a jurisprudência desta Corte quanto se forem considerados os compromissos assumidos, contrariando o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal. Ademais, assevera que o edital estipula que a capacidade de liquidez poderá ser comprovada por "capital de giro líquido médio" ou "disponibilidade de crédito em banco de primeira linha", sem, no entanto, definir o que vem a constituir "banco de primeira linha", o que atentaria contra os princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório.

- iii. **exigência de faturamento médio mínimo, nos últimos cinco anos**, de 50% do valor total dos futuros contratos (item 3.2 da seção III do edital. Peça 2, p. 59), o que contrariaria expressamente o disposto no art. 31, § 1º da Lei n. 8.666/93, não teria tido sua exigência demonstrada como indispensável à garantia do cumprimento dos contratos ou para a obtenção do financiamento internacional, estaria definida em valores excessivos, pois seriam muito superiores aos limitados pelo TCU em situações nas quais se admitiu sua utilização e significaria que os licitantes deveriam demonstrar que têm apresentado nos últimos cinco exercícios capacidade econômico-financeira suficiente para possibilitar a execução do contrato num período de dois anos, quando a previsão de duração das obras é de três anos, contrariando o inciso I e o § 1º do art. 31 da Lei de Licitações e o art. 37 da Constituição Federal;

- iv. **cumulatividade das exigências de capacidade econômico-financeira** (peça 1, p. 19-21). Além de todos os requisitos admitidos na legislação, são incluídas outras obrigações não previstas na lei, todas cumulativamente e em patamares considerados excessivos pela recorrente: índices contábeis (nos valores usualmente adotados), comprovação de patrimônio líquido (no patamar máximo que seria admitido pelo direito positivo brasileiro), exigências de capacidade de liquidez (não prevista no direito positivo e em valor considerado exorbitante) e critério de faturamento mínimo anual (também sem previsão legal e em valor

cinco vezes maior que o admitido para exigências similares). Essa acumulação extrapolaria os casos previstos na Lei de Licitação. Além disso, se nem as exigências previstas na lei podem ser cobradas simultaneamente, a representante considera menos possível que se pudessem acumular exigências alheias à legislação, especialmente em valores que considera incompatíveis com os admitidos pelo direito.

11. Conforme anotado pela Secob-2, a interessada reforça seu entendimento sobre os excessos praticados nesta oportunidade ao mencionar que os requisitos de qualificação econômico-financeira, em outros casos de quatro licitações recentes de grande porte publicadas nos anos de 2010 e 2011, os quais tiveram exigências de qualificação rigorosamente dentro do que prevê a Lei de Licitações (peça 4, p. 21-23). Foram elas:

- a. Concorrência n. 013/2011 - Pré-Qualificação - Dersa. Lotes no valor estimado de R\$ 369 e R\$ 406 milhões. As exigências de qualificação econômico-financeira teriam se restringido ao cumprimento de índices contábeis e a comprovação de patrimônio líquido de 10% do valor estimado para cada lote (peça 4, p. 139-172).
- b. Concorrência n. 034/11/Siurb - Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras do Município de São Paulo - Siurb. Valor estimado de R\$ 390.337.888,37. As exigências de qualificação econômico-financeira teriam se restringido ao cumprimento de índices contábeis e a comprovação de patrimônio líquido de 10% do valor estimado (peça 4, p. 173-192).
- c. Concorrência n. 01/2011 - Serviço Municipal de Água e Esgoto de Piracicaba - Sema. Valor estimado de R\$ 1.279.715.000,00. As exigências de qualificação econômico-financeira teriam se restringido ao cumprimento de índices contábeis e a comprovação de patrimônio líquido de 5,86% do valor estimado (peça 4, p. 101-138).
- d. Outorga do sistema ERS-010/RS. Valor estimado de R\$ 4,496 bilhões. As exigências de qualificação econômico-financeira teriam se restringido ao cumprimento de índices contábeis e a comprovação de patrimônio líquido de 7,6% do valor estimado.

12. **Passando aos critérios de qualificação técnica previstos na Seção III do Edital**, são apontadas ilegalidades nas seguintes exigências (peça 1, p. 23-30):

- i. **limitação temporal para a comprovação de experiência anterior** (peça 1, p. 24-26), expressa nos itens 4.1, 4.2-a e 4.2-b (peça 2, p. 60-66), os quais limitam os comprovantes de experiência aos prazos de cinco e vinte anos, o que contrariaria o § 5º do art. 30 da Lei n. 8.666/1993, bem como o item 4.1 do guia de pré-qualificação do BID (peça 3, p. 2-145) e da jurisprudência desta Corte;

- ii. **exigências atinentes a itens de menor relevância ou impertinentes** (peça 1, p. 26-29), em afronta ao que estipula o inciso I do § 1º do art. 30 da Lei de Licitações, bem como ao entendimento do TCU. Com base nos quantitativos apresentados na seção VI do edital (peça 2, p. 105-120) e nos preços constantes das tabelas referenciais do DER/SP, a Representante buscou demonstrar que alguns serviços cuja execução anterior deve ser comprovada não são significativos, com percentuais que variam de 0,05% a 0,5% dos valores dos respectivos lotes;
- iii. **ausência de motivação das exigências (peça 1, p. 29-30), as quais se encontrariam em desacordo com as exigências legais e jurisprudenciais.** Acrescenta que não se poderiam alegar exigências do BID, pois as políticas de contratação do banco não só não preveriam regras específicas de qualificação técnica como vedaria exigências que a Equipav considera restritivas e discriminatórias.

13. No que concerne à formação de consórcios (peça 1, p. 30-38), a Representante menciona que, embora o Edital admita formalmente a existência de consórcios, as regras a eles impostas, na prática inviabilizaria sua participação, pelos motivos expostos na instrução da Secob-2 às fls.5/6

14. Ainda a macular o evento licitatório, segundo apontado pela Representante, haveria no Edital (itens 2.1 e 2.2 da seção III, peça 2, p. 57), disposições que impedem que empresas participem da licitação por razões não previstas em Lei, contrariando o princípio da legalidade constante do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

15. Assim, a empresa ora Representante assevera que, em função das possíveis irregularidades mencionadas neste pleito, existiriam elementos suficientes para caracterizar a fumaça do bom direito e que a data limite para entregas da documentação é o dia 13/12/2011, às 14 h, caracterizando o perigo da demora, requisitos necessários para a concessão de Medida Cautelar, a fim de se evitar os prejuízos de desqualificação de empresas capazes de realizar o objeto da licitação, de contratação que posteriormente possa ser contestada, comprometendo o direito de terceiros e de dispêndio de recursos em certame que posteriormente pode ser anulado.

16. Analisados os fatos relatados pela Representante por parte de nossa Unidade Técnica especializada, Secretaria de Fiscalização de Obras 2 - Secob-2, relatou, de forma resumida:

- a) que a Representante, anteriormente à apresentação desta Representação, em 29/11/2011 apresentou à Dersa impugnação ao Edital em tela, com teor semelhante ao protocolado no TCU, documento que foi acostado a estes autos. Da mesma forma, a Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas (APEOP) teria representado contra o aludido Edital junto à Dersa em 21/11/2011 (peça 4, p. 194-207);
- b) que relativamente às possíveis falhas no Edital, foram feitos estudos detalhados pela Secob-2, descritos na bem elaborada instrução de fls.1/20, antes de se iniciar a análise dos pontos indicados como restritivos à concorrência e à participação de consórcio, no que concerne aos dispositivos legais pertinentes, que amparam a adoção de procedimentos diversos dos aos previstos na Lei nº 8.666/93, como

também, o entendimento deste Tribunal no que tange à aplicação de regras próprias nas licitações realizadas com recursos de organismos internacionais de financiamento.

17. Relativamente às possíveis ilegalidades/irregularidades praticadas quando do lançamento do Edital ora questionado, a Unidade Técnica desta Corte de Contas assim se manifestou, **in verbis**:

“A) Restrições presentes nas exigências de qualificação econômico-financeira, inclusive quanto às exigências específicas para consórcios

A.1. Critério 3.1 - Capacidade Financeira (comparação entre as exigências do edital e as do BID demonstrada na peça. 5, p. 3-6)

64. O critério de capacidade financeira constante do item 3.1 é dividido em três partes: índices contábeis, exigência de patrimônio líquido e capital de giro anual médio. Além disso, esses critérios devem ser atendidos nos últimos cinco anos.
65. As duas primeiras exigências coincidem com aquelas apresentadas no inciso I e no § 3º do art. 31 da Lei de Licitações. Além disso, os índices foram fixados nos patamares usualmente aceitos e o valor do patrimônio líquido obedece ao teto fixado no § 3º do já referido dispositivo legal.
66. A comprovação de capital de giro anual médio é exigência do Banco Interamericano de Desenvolvimento, o qual, entretanto, não fixa valores.
67. O exemplo de aplicação dos critérios de qualificação referentes à capacidade financeira presente no mesmo documento em que se indica a necessidade de comprovação de capital de giro anual médio mínimo (peça 3, p. 94-96) demonstra uma situação hipotética na qual uma empresa é considerada próspera do ponto de vista de capital de giro por apresentar, naquele caso, coeficiente de liquidez ente 1,7 e 2,1 no período de análise, independentemente de o montante do capital de giro ter variado entre 5 e 7,5 milhões de reais. Considerando que o valor estimado das instalações daquele exemplo era da ordem de 120 milhões em quatro anos, isto é, estimava-se um faturamento anual médio de 30 milhões, o percentual do capital de giro em relação ao faturamento médio estimado da empresa hipotética considerada próspera variou entre 16,67% e 25%. Os cálculos aqui mencionados estão detalhados na planilha apresentada à p. 6 da peça 5.
68. Desse modo, pode-se presumir que, no entendimento do Banco, um valor de capital de giro anual médio de 16,67% do faturamento anual médio do contrato seria suficiente. Os valores utilizados no edital da Dersa, porém, representam 50% do faturamento anual médio de cada lote. A utilização de valor tão superior ao supostamente aceito pelo BID tem potencial de restringir a participação de licitantes. Há, portanto, a necessidade de a Dersa justificar a adoção desses valores.
69. No que diz respeito ao prazo de cinco no quais as licitantes devem demonstrar o atendimento aos requisitos de qualificação econômico-financeira, trata-se de exigência do Guia do Usuário do BID (peça 3, p. 2-145). Nesse documento afirma-se que o prazo é normalmente de cinco anos, podendo ser reduzido para não menos que três, a critério do Banco, sob circunstâncias especiais do país, das quais cita um exemplo.

70. Conforme afirma a Representante, a legislação nacional exige a comprovação da capacidade econômico-financeira para apenas um ano anterior (Lei n. 8.666/93, art. 31, inciso I). O prazo exigido pelo BID, portanto, é superior ao da Lei de Licitações, mas pode ser utilizado com base no art. 42, § 5º da mesma Lei, pois não afronta ao princípio do julgamento objetivo e, aparentemente, a nenhum dispositivo constitucional.
71. Entretanto, conforme já mencionado anteriormente, a existência de regras dos agentes financiadores não afasta a possibilidade de que se negociem as regras, de modo a aproximá-las daquelas impostas pela lei nacional. A limitação legal de apenas um ano para a comprovação dos requisitos talvez pudesse ser considerada uma circunstância especial do país que levasse o Banco a aceitar a utilização do limite inferior de prazo por ele admitido, de três anos, o que seria menos restritivo.
72. Por isso, considera-se necessário que a Dersa justifique a adoção do limite superior e demonstre ter tentado negociar com o BID a fixação do limite inferior de três anos.
73. Quanto aos requisitos de cumprimento, os adotados pela Dersa estão de acordo com os do preconizados pelo BID e não impõem obstáculo à participação de consórcios.

A.2. Critério 3.2 - Situação Financeira (comparação entre as exigências do edital e as do BID demonstrada na peça. 6, p. 7-9)

74. As exigências de comprovação de situação financeira não são afetas à nossa legislação, mas também são determinações do banco no já mencionado documento relativo ao Guia do usuário para Pré-Qualificação - nov/2005.
75. Os montantes fixados para o faturamento anual médio mínimo para cada lote estão em conformidade com o que estabelece o documento do BID.
76. Em relação ao período de comprovação do atendimento do requisito, cabe o mesmo já discutido para o item 3.1 nos parágrafos anteriores.
77. Há que se atentar, nesse caso, para os requisitos de cumprimento do critério para consórcios.
78. O documento do BID estipula que se definam percentuais a serem cumpridos para um dos sócios, bem como para cada um dos sócios. Entretanto, não fornece parâmetros para a fixação desses percentuais, sendo essa, portanto, atribuição do executor.
79. O edital da Dersa definiu os seguintes percentuais: um dos sócios deve cumprir 80% do critério, ou seja, deve ter apresentado faturamento anual médio de 80% daquele exigido para um licitante individual, enquanto os demais sócios do consórcio devem apresentar pelo menos 60% desse valor, independente do número de sócios. Isso resulta que, como demonstrado pela Representante, um consórcio formado por três empresas, que é o número máximo de empresas permitido em cada consórcio, conforme item IAL 4.1 (peça 1, p. 49), deve apresentar 200% do faturamento anual médio exigido para um licitante individual, o que representa 100% de acréscimo para

o consórcio. No caso de consórcios de duas empresas o percentual acrescido seria de 40%.

80. Conforme discutido anteriormente, naquelas situações em que há a possibilidade de atuação discricionária do responsável pela licitação na definição dos critérios do edital baseado em regras específicas do agente financiador, sua decisão deve se pautar nas exigências da legislação nacional.

81. A Lei n. 8.666/1993, art. 33, inciso III institui:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

82. Ou seja, como o agente repassador dos recursos não definiu os valores referentes aos percentuais a serem exigidos dos consorciados para o cumprimento do critério, eles deveriam limitar o acréscimo para o consórcio em 30%. Tal como está no edital, qualquer que seja a configuração de consórcio, porém, esse valor será excedido.

83. Ademais, o valor de 80% fixado para um dos consorciados obriga que o consórcio seja formado por pelo menos uma empresa de significativo porte, quase suficiente para executar o objeto isoladamente, impedindo que, por exemplo, três empresas de porte não tão grande formem um consórcio que atenda a todos os demais requisitos da pré-qualificação.

84. Portanto, os percentuais adotados nesse critério, além de não serem exigidos nesses valores pelo BID, contrariam a legislação nacional e restringem a participação de consórcios, razão pela qual se considera necessário que a Dersa justifique a adoção desses valores.

B. Restrições presentes nas exigências de qualificação técnica, inclusive quanto às exigências específicas para consórcios

B.1. Critério 4.1 - Experiência Geral em Construção (comparação entre as exigências do edital e as do BID demonstrada na peça. 5, p. 10)

85. Esse também é um critério de qualificação afeto aos parâmetros do BID. O Banco estipula que deve ser comprovada experiência com contratos de construção na qualidade de empreiteiro principal, subempreiteiro ou empreiteiro administrador no intervalo determinado no edital.

86. Nesse ponto, importa salientar que, embora o mencionado documento de 2005 não exija que se comprove a atuação num período determinado durante o ano (peça 3, p. 38), o documento de nome semelhante disponibilizado em 2011 traz essa determinação (peça 3, p. 37). Não se tratam de documentos excludentes, mas complementares, ou seja, o documento de 2011 não revogou o de 2005, tanto é que são disponibilizados em um só arquivo na página do BID. O documento mais novo é um modelo do edital de pré-qualificação elaborado com base nas diretrizes do Banco, enquanto o de 2005 apresenta os critérios a serem adotados nas definições dos valores do edital.
87. No que diz respeito ao critério de experiência geral em construção, portanto, trata-se de determinação exigida pelo agente financiador e o prazo de nove meses aí expresso decorre de suas diretrizes. Entretanto, no que diz respeito ao período de cinco anos em que se deve comprovar o atendimento ao critério, é cabível a mesma análise já feita em parágrafos anteriores, de modo que é necessário que o Dersa motive a adoção desse valor.
88. Em relação aos requisitos de cumprimento do critério para consórcios, estão de acordo com aqueles estipulados pelo BID.

B.2. Critério 4.2 (a) - Experiência Específica em Construção (comparação entre as exigências do edital e as do BID demonstrada na peça. 5, p. 11-12)

89. Os critérios estabelecidos no edital, no que diz respeito ao número de contratos, intervalo de execução e valores, são menos restritivos do que os propostos pelo BID. O Banco exige entre um e três, normalmente dois, contratos de pelo menos 80% do valor estimado, executados entre cinco e dez anos. Já o edital prevê a execução de dois contratos de aproximadamente 50% do valor previsto para o lote e executados nos últimos vinte anos.
90. O problema que se verificou em relação a esse critério foram as exigências referentes aos consórcios. Isso porque as diretrizes do BID limitam-se a exigir a comprovação do critério apenas para um dos membros do consórcio e para o consórcio em si. Já o edital de pré-qualificação exige que cada um dos membros do consórcio atenda ao critério, o que é mais restritivo que o exigido pelo Banco.
91. Portanto, é importante que o Dersa justifique a utilização de critérios mais restritivos do que aqueles determinados pelo no normativo do agente financiador.

B.3. Critério 4.2 (b) - Experiência Específica em Construção (comparação entre as exigências do edital e as do BID demonstrada na peça. 5, p. 13-18)

92. Esse critério é semelhante àquele adotado pela Lei de Licitações, no art. 30, inciso I, para comprovação de capacidade técnica, a qual exige a comprovação de prévia execução de certo quantitativo dos serviços mais relevantes tecnicamente e de valor significativo para a obra.
93. No normativo do BID, é exigida a comprovação de experiência na execução das atividades consideradas "atividades-chave". Na ausência de definição do que seriam

as atividades-chave, podem-se adotar os critérios estabelecidos no já mencionado dispositivo legal.

94. De acordo com o Representante, dentre os serviços considerados "atividades-chave" pelo edital de licitação constam alguns cuja significância financeira em relação ao valor do respectivo lote varia entre 0,05% e 0,5%, o que se confirmou pela verificação dos valores apresentados, conforme peça 5, p. 18.
95. A existência desses serviços dentre aqueles cuja execução pretérita deve ser comprovada contraria o disposto na legislação brasileira, aqui utilizada em socorro à indefinição presente na norma específica do BID. Trata-se, portanto, de uma exigência não imposta pelo Banco e potencialmente restritiva, a qual deve ser justificada.
96. Apenas foram analisados os serviços mencionados na representação e que possuíam o preço expresso na tabela de preços do DER/SP (peça 6). É necessário que seja comprovada a significância dos demais serviços constantes do critério 4.2 (b) ou justificada a exigência desses serviços caso não se mostrem financeiramente representativos.
97. Outro critério restritivo constante do edital é a vedação da soma de quantitativos de diversos contratos, ou seja, exige-se que o quantitativo de cada serviço seja comprovado por meio da execução em apenas um único contrato. A limitação de número de atestados é uma exigência que vai além do que consta no documento do BID, o qual exige apenas a comprovação de experiência mínima na execução dos serviços mais relevantes, além de ser expressamente contrária à jurisprudência pacífica desta Corte.
98. O edital já prevê limitação de tempo em que os serviços foram executados, que, conforme mencionado anteriormente quando da análise do item 4.2 (a), é de vinte anos, valor mais liberal que o proposto pelo BID. Esse tipo de limitação é vedado pela Lei de Licitações, mas, como está sendo usado o normativo próprio do agente financiador e o valor adotado é menos restritivo que o indicado pelo Banco, não se contesta essa consideração, que poderia ser considerada restritiva à luz exclusivamente da Lei brasileira.
99. Entretanto, o responsável pela licitação optou por acrescentar outro critério contrário à Lei n. 8.666/1993, dessa vez contrária às orientação do Banco, que foi a limitação do número de atestados. Por essa razão, entende-se que a vedação da soma de atestados da mesma empresa é uma cláusula com poder restritivo, razão pela qual deve ser justificada pelo Dersa.
100. Além das questões já tratadas em relação ao critério 4.2 (b), verifica-se que o edital agrupou as "atividades-chave" em blocos de serviços, de acordo com a etapa da obra em que deverão ser executados. Somado a isso, adotou, como critério de qualificação para os consórcios, que cada um dos sócios deveria comprovar a execução de um bloco de serviços.
101. Disso resulta a impossibilidade de se somar os atestados das empresas consorciadas para serviços distintos de um mesmo grupo.

102. É importante salientar que, tanto a exigência do BID quanto a da Lei de Licitações, se refere a serviços isolados e não a grupos, ou blocos, de serviços.
103. O manual do BID exige que um sócio, que pode ser um subempreiteiro especializado, atenda ao item, ou seja, um sócio deve comprovar ter executado um serviço listado nos exigidos. Entende-se que outro sócio pode cumprir a exigência para outro serviço, de modo que, todos os sócios juntos sejam capazes de demonstrar a execução anterior do conjunto dos serviços exigidos.
104. A Lei n. 8.666/1993, por sua vez, permite expressamente a soma de atestados pelos consorciados no inciso III do art. 33.
105. Portanto, exigir que cada sócio tenha executado um bloco inteiro de serviços sem que outro possa contribuir para complementar a capacidade do conjunto de sócios na execução daquele bloco é determinação mais restritiva do que aquelas estritamente exigidas, e contraria o disposto na legislação nacional, dificultando que as empresas agrupadas em consórcio possam unir suas capacidades para cumprimento dos requisitos, o que, na essência, é a finalidade de um consórcio.

C. Restrição à participação na licitação (comparação entre as exigências do edital e as do BID demonstrada na peça. 5, p. 1-2)

106. Os itens editalícios mencionados pela Representante como restritivos à participação das licitantes foram os itens 2.1 e 2.2.
107. Ambas as condicionantes constam do documento do BID, indicando que ele exige a comprovação de que não houve descumprimento de contrato nem execução de garantia num período anterior à licitação.
108. Aparentemente, essas exigências não parecem restritivas, como quis dizer a Representante. Obviamente que impedem a participação nesse certame, pois o banco repassador dos créditos impõe algumas condicionantes para reduzir o risco de não execução do contrato. Trata-se de procedimento comum em empréstimos de instituições financeiras.
109. Não se trata de condenação da empresa ou de aplicação de pena, mas de precaução do repassador dos recursos, que escolheu o critério de histórico recente da empresa como balizador do seu risco. A empresa não está impedida de participar de outras licitações ou de contratar com o poder público, mas ela não se encaixa no perfil exigido pelo Banco para realizar o empréstimo.
110. Porém, uma ressalva deve ser feita em relação aos itens 2.1 e 2.2 do edital. O período estipulado pelo edital em que se deve comprovar a não ocorrências dos mencionados fatos é de dois anos. O Guia do Usuário do BID, entretanto, não estipula um valor fixo, indicando que geralmente deverá ser de um ou dois anos.
111. Por se tratar de critério mais restritivo do que aqueles previsto na lei nacional, o responsável pela licitação deve justificar a utilização do período mais longo e restritivo.”

18 Apresentada, em síntese, a matéria, DECIDO.

19. Preliminarmente, constato que esta Representação, oferecida pela empresa Equipav S.A. Pavimentação e Engenharia e Comércio deve ser conhecida, uma vez preenchidos os requisitos previstos nos art. 235 do Regimento Interno/TCU e no § 1º do art. 113 da Lei n. 8.666/1993.

20. Analisados, com a profundidade que o tema requer pela Unidade Técnica responsável pela instrução deste processo, os elementos apresentados pela Representante, constatou-se que estão presentes no caso os pressupostos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**:

a) o **fumus boni iuris** restou caracterizado pela existência, no Edital de cláusulas potencialmente restritivas à participação de licitantes e de consórcios, expressas nos seguintes requisitos:

(a 1) critério 3.1 - Capacidade Financeira, conforme tratado no item A.1 da instrução da Secob-2:

- utilização de capital de giro anual médio mínimo da ordem de 50% do faturamento anual médio previsto para cada lote, em percentual superior ao obtido no documento "Pré-Qualificação para Contratação de Obras e Guia do Usuário", 2005, do BID;
- adoção de cinco anos para o período em que deve ser comprovado o atendimento aos critérios de capacidade financeira, limite superior previsto pelo banco e que poderia ser reduzido mediante negociação com o Banco, visto que ele admite redução para até três anos sob circunstâncias especiais do país;

(a 2) critério 3.2 - Situação Financeira, conforme tratado no item A.2 da instrução da Secob-2:

- adoção de cinco anos para o período em que deve ser comprovado o atendimento aos critérios de situação financeira, limite superior previsto pelo banco e que poderia ser reduzido mediante negociação com o Banco, visto que ele admite redução para até três anos sob circunstâncias especiais do país;
- adoção de percentuais de atendimento dos critérios de situação financeira pelos sócios de consórcios de modo a extrapolar o limite admitido no inciso III art. 33 da Lei nº 8.666/1993 para acréscimo em relação às exigências para licitantes individuais, sem respaldo nas diretrizes de pré-qualificação do BID;
- fixação de percentual de 80% para atendimento dos critérios de situação financeira por pelo menos um dos sócios do consórcio, sem respaldo nas diretrizes de pré-qualificação do BID;

(a 3) critério 4.1 - Experiência Geral em Construção, conforme tratado no item B.1 da instrução da Secob-2:

- adoção de cinco anos para o período em que deve ser comprovado o atendimento aos critérios de experiência geral em construção, limite superior previsto pelo Banco e que poderia ser reduzido mediante negociação com o

Banco, visto que ele admite redução para até três anos sob circunstâncias especiais do País;

(a 4) critério 4.2 (a) - Experiência Específica em Construção, conforme tratado no item B.2 da instrução da Secob-2:

- exigência de atendimento ao critério por parte de todos os sócios do consórcio, mais restritivos do que o exigido pelo BID, que exige o atendimento por apenas um dos sócios;

(a 5) critério 4.2 (b) - Experiência Específica em Construção, conforme tratado no item B.3 da instrução da Secob-2:

- exigência de comprovação de experiência na execução de "atividades-chave" para os quais não está demonstrada a significância em relação ao valor previsto para o respectivo lote, em desacordo com o inciso I do art. 30 d Lei n. 8.666/1993, tendo-se verificado a exigência para serviços cujas significâncias estão entre 0,05% e 0,5%;
- vedação da soma de quantitativos de atestados de mais de um contrato, exigência mais severa que a constante das diretrizes do BID e em desacordo com a jurisprudência do TCU;
- agrupamento das "atividades-chave" em blocos, cuja execução que deve ser comprovada por um só sócio do consórcio, o que, na prática, impede a soma de atestados dos sócios para serviços distintos do mesmo bloco, vedação não prevista nas diretrizes do BID e contrária ao disposto no inciso III do art. 33 da Lei n. 8.666/1993.

b) o **periculum in mora** restou caracterizado em função da iminência da realização da Seção de entrega e abertura das solicitações de Pré-qualificação, marcada para, respectivamente, as 14:00 e 14:30 h do dia 13/12/2011.

21. Diante dos fatos expostos nesta Decisão, restou claro que poderão advir prejuízos ao Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S.A. e à União, tendo em vista a potencial redução da competitividade do certame, fato que poderá comprometer a boa e regular aplicação dos recursos públicos federais envolvidos nas obras do Rodoanel em São Paulo.

22. Ademais, a adoção de Medida Cautelar, na forma requerida pela Representante, não configura qualquer tipo de risco à Administração ou a direitos subjetivos de terceiros e tampouco se configura o **periculum in mora** reverso, capaz de trazer prejuízos significativos ao Órgão ou a terceiros.

23. Destarte, conheço da presente Representação, nos termos do art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e **determino**:

a) cautelarmente, nos termos do art. 276 do Regimento Interno/TCU, ao Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S.A. que suspenda a realização de quaisquer atos

referentes à Pré-Qualificação - APQ nº 006/2011-CI, até que este Tribunal se manifeste definitivamente quanto ao mérito acerca das questões tratadas nesse processo;

- b) nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU, a oitiva do Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S.A., para, no prazo de (05) cinco dias úteis, manifestar-se sobre os fatos apontados nesta Representação, especialmente quanto aos fatos apresentados nos subitens “b.1” a “b.6” seguintes, alertando-o quanto à possibilidade do Tribunal vir a determinar a anulação da Pré-Qualificação - APQ nº 006/2011-CI relativa à Licitação Pública Internacional - API nº 006/2011-CI caso não seja apresentada manifestação ou esta não seja acolhida:

b.1) **critério 3.1 - Capacidade Financeira**, conforme tratado no item A.1 da instrução, em desacordo com o art. 42, § 5º da Lei n. 8.666/1993 c/c art. 31, inciso I da mesma Lei e item 3.1 da Seção III do Guia do Usuário para Pré-Qualificação para a Contratação de Obras, nov/2005, do Banco Interamericano de Desenvolvimento;

b.2) **critério 3.2 - Situação Financeira**, conforme tratado no item A.2 da instrução, em desacordo com o art. 42, § 5º da Lei n. 8.666/1993 c/c art. 31, inciso I e art. 33, inciso III da mesma Lei e item 3.2 da Seção III do Guia do Usuário para Pré-Qualificação para a Contratação de Obras, nov/2005, do Banco Interamericano de Desenvolvimento;

b.3) **critério 4.1 - Experiência Geral em Construção**, conforme tratado no item B.1 da instrução, em desacordo com o art. 42, § 5º da Lei n. 8.666/1993 c/c art. 31, inciso I da mesma Lei e item 4.1 da Seção III do Guia do Usuário para Pré-Qualificação para a Contratação de Obras, nov/2005, do Banco Interamericano de Desenvolvimento;

(b.4) **critério 4.2 (a) - Experiência Específica em Construção**, conforme tratado no item B.2 da instrução, em desacordo com o art. 42, § 5º da Lei n. 8.666/1993 c/c item 4.2 (a) da Seção III do Guia do Usuário para Pré-Qualificação para a Contratação de Obras, nov/2005, do Banco Interamericano de Desenvolvimento;

(b.5) **critério 4.2 (b) - Experiência Específica em Construção**, conforme tratado no item B.3 da instrução, em desacordo com o art. 42, § 5º da Lei n. 8.666/1993 c/c art. 30, inciso I e art. 33, inciso III da mesma Lei e item 4.2 (b) da Seção III do Guia do Usuário para Pré-Qualificação para a Contratação de Obras, nov/2005, do Banco Interamericano de Desenvolvimento;

(b.6) **critérios 2.1 e 2.2 - Histórico de Contratos Não Cumpridos**, conforme tratado no item C da instrução, em desacordo com o art. 42, § 5º da Lei n. 8.666/1993 c/c art. itens 2.1 e 2.2 da Seção III do Guia do Usuário para Pré-Qualificação para a Contratação de Obras, nov/2005, do Banco Interamericano de Desenvolvimento.

- c) ao Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S.A., nos termos do art. 157 do Regimento Interno/TCU, que:

- c.1) encaminhe a este Tribunal, juntamente com a manifestação determinada no item "b", cópias das eventuais impugnações recebidas contra o edital, e reiteraões, bem como as análises elaboradas e as respostas disponibilizadas a todos os licitantes;
- c.2) apresente as justificativas pelas quais não foram respondidas as impugnações (item 15 da instrução da Secob-2)
- d) à Secob-2, com a urgência que o caso requer, por qualquer meio de comunicação previsto no Regimento Interno, que:
 - d.1) encaminhe à Dersa - Desenvolvimento Rodoviário S.A. cópia da Representação, da instrução da Secob-2 e evidências associadas (peças 5-8) e desta Decisão; e
 - d.2) comunique à Representante e ao Dnit o inteiro teor desta Decisão

Brasília-DF, 12 de dezembro de 2011.

(Assinado Eletronicamente)

RAIMUNDO CARREIRO

Ministro-Relator