

“CONCEITOS A SEREM DEFENDIDOS NA REVISÃO DA LEI DE LICITAÇÕES”

A Comissão de Obras Públicas da CBIC, visando contribuir com uma eventual proposta de revisão da Lei de Licitações, elaborou o presente trabalho onde estão abordados os aspectos que precisam ser aprimorados no procedimento licitatório de modo a, de um lado, conferir melhores condições de contratação para a administração pública e, de outro, preservar os legítimos interesses das empresas que com ela contratam.

A preparação deste documento contou com a participação de diversas entidades empresariais do setor e teve como principal propósito definir o que deve ser defendido nos diversos fóruns onde o tema for discutido.

Para melhor compreensão do trabalho separou-se os diversos temas tratados por itens, apresentando para cada um deles uma proposta de aperfeiçoamento.

1 – GARANTIA DE PROPOSTA

A garantia de proposta é largamente utilizada em diversos países, especialmente nos da União Européia, e visa conferir maior seriedade ao certame licitatório. Com ela inibe-se a apresentação de propostas sem quaisquer comprometimentos, usualmente formuladas por empresas que não reúnem mínimas condições para execução do objeto posto em licitação. Para esse fim propõe-se:

- a) Deve ser obrigatória a exigência da garantia de proposta, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado para contratação;
- b) Deve ser admitido o chamamento e contratação do segundo classificado, pelos seus preços, quando o licitante vencedor do certame recusar-se a assinar o correspondente contrato exigindo-se, neste caso, a execução da garantia de proposta ofertada;
- c) Prever, de forma clara e objetiva, a obrigatoriedade da aplicação da sanção de declaração de inidoneidade ao licitante que, classificado em primeiro lugar, não assinar o contrato;
- d) Fixar de modo claro, na lei, o prazo que perdurará a declaração de inidoneidade.

2 – GARANTIA DE EXECUÇÃO DO OBJETO

A garantia de execução de contrato é eficaz instrumento de segurança contratual a favor da Administração e do interesse público.

A má seleção de licitantes e a conseqüente contratação de empresas sem a necessária qualificação tem provocado relevantes prejuízos ao erário público. Esse fato pode ser atestado pelos diversos relatórios elaborados pelo TCU a respeito das obras inacabadas.

Para inibir essa conduta sugere-se:

- a) Deve ser obrigatória a exigência da garantia de execução de contrato, limitada a 5 % (cinco por cento) do valor do contrato, exceto para as contratações de grande vulto quando deve ser admitida a elevação desse limite para até 10% (dez por cento);
- b) Para conferir maior segurança à Administração Pública, a lei deve exigir a prestação de garantia adicional pelos licitantes. (ver item 13)

3 – EXECUÇÃO DAS GARANTIAS PELA INADIMPLÊNCIA CONTRATUAL

A obrigatoriedade de execução das garantias de proposta e de contrato pelo agente público é de suma importância para a seriedade e eficácia desses instrumentos. Para tanto é necessário que esse agente seja responsabilizado pessoalmente, civil e criminalmente, quando, por ação ou omissão, der causa à inexecução das garantias ofertadas no caso de inadimplementos do particular.

A lei deve prever, ainda, no caso de inexecução contratual injustificada do contratado, que ele ficará impedido de participar dos procedimentos de contratação com a Administração Pública.

4 – GARANTIA DE PAGAMENTO

A lei deve reforçar a obrigatoriedade do Poder Público ao cumprimento, entre outras responsabilidades, do pagamento nos prazos estabelecidos, por etapas contratuais cumpridas, dando efetividade ao disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, com a obrigação de indenização automática e imediata em multa, juros e atualização monetária, pelos pagamentos efetuados a destempo, prevendo, inclusive, na lei, o montante a estas cominações correspondentes.

O prazo de vencimento da obrigação de pagamento, no caso de obras e serviços de engenharia, sempre deve começar a fluir a partir da data de aprovação da medição (proposta em consonância com o item 14 que prevê prazo máximo para que a medição seja realizada e aprovada).

Após decorridos 30 (trinta) dias da data prevista para pagamento, sem que tal ocorra, o contratado deve ficar autorizado a paralisar a execução dos serviços mediante simples notificação à Administração. Os valores pagos em atraso deverão ser atualizados monetariamente pelo IPCA, acrescidos de multa de 2% (dois por cento) e juros de 1% (hum por cento) ao mês.

Caso o atraso no pagamento ultrapasse 90 (noventa) dias, deve ser facultado ao contratado a rescisão do contrato por culpa da Administração, sendo obrigatório, neste caso, o pagamento das obras e serviços já realizados, com os acréscimos de multa e dos juros pela mora, bem como o pagamento de indenizações decorrentes de lucros cessantes; do custo da desmobilização do canteiro de obras e também dos materiais já alocados para execução dos serviços.

5 – SIMPLIFICAÇÃO DO PROCESSO HABILITATÓRIO

Para simplificar o procedimento licitatório e assim agilizar as contratações da Administração Pública propõe-se:

- a) Elevar o limite para contratação de obras e serviços de engenharia nas modalidades carta convite, tomada de preços e concorrência pública, mediante a atualização monetária dos limites atuais pelo IGP-M desde a data de sua última alteração;
- b) Limitar a participação, nas licitações executadas sob a modalidade tomada de preços, àqueles licitantes que estejam, no momento da apresentação dos envelopes de propostas, previamente cadastrados no órgão ou entidade da administração promotora do certame, ou em cadastro único, se houver, para assim evitar exaustiva análise de toda a documentação apresentada. O cadastro deve ser limitado à documentação que comprove: i) habilitação

jurídica; ii) qualificação econômico-financeira; e iii) regularidade fiscal, não devendo ser exigida documentação relativa a qualificação técnica. O departamento ou comissão encarregado da análise da documentação necessária para cadastro deve ainda ter prazo máximo para manifestação;

- c) Desenvolver regras objetivas para o processo de cadastro, garantindo a transparência e criando, inclusive, fases específicas para impugnações e recursos;
- d) Estabelecer a obrigatoriedade da pré-qualificação para licitação na modalidade concorrência pública pois, esse sistema diminui significativamente a possibilidade de eventuais conflitos que poderiam prejudicar o curso da licitação, eliminando o risco de contratação com empresas inidôneas e proporcionando considerável redução no tempo normalmente gasto para deslinde do processo licitatório;
- e) Inserir, na lei, critério para reajuste automático dos valores limites para as diversas modalidades de licitação.

6 – QUALIFICAÇÃO TÉCNICO OPERACIONAL

A lei deve tornar mais equilibrada as exigências relativas à comprovação de aptidão técnico-operacional dos licitantes de modo a, de um lado, garantir a participação de empresas que efetivamente tenham condições de bem executar o contrato e de, por outro, coibir excessos evitando o “dirigismo”. A comprovação de experiência pretérita deve sempre ser compatível, em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e deverá relacionar-se às parcelas de maior relevância do objeto. A lei deverá definir, de modo claro e objetivo, como serão fixadas as parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto licitado. (o número máximo delas, bem como os percentuais de execução anterior de serviços que poderão ser exigidos)

A capacitação técnico-operacional deve ser demonstrada através da comprovação do licitante ter executado obras ou serviços em quantitativos e grandezas das relações quantitativos/prazo global iguais ou superiores ao exigido no instrumento convocatório, podendo ser considerado para os quantitativos e para as relações quantitativos/prazo global o somatório de até três contratos, desde que, para as relações quantitativos/prazo global, referidos a um mesmo período, devendo essas exigências observarem:

- a) no caso de quantitativos, o limite máximo de cinquenta por cento das quantidades estimadas na planilha orçamentária da Administração,

restritas exclusivamente às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto da licitação;

- b) no caso das grandezas das relações quantitativos/prazo global das parcelas referidas na alínea anterior, o limite máximo de cinquenta por cento das relações estabelecidas em função do prazo máximo necessário para realização da respectiva parcela, compatível com o prazo total de execução do contrato.

Para a modalidade de licitação carta-convite deve ser exigido do licitante a comprovação de aptidão somente através da apresentação do atestado técnico-profissional. Já para a tomada de preços, deve ser facultado ao licitante (proponente) a comprovação da capacitação técnica através da apresentação de atestados técnico-profissional ou técnico-operacional. No caso da concorrência a demonstração da qualificação técnica deve, necessariamente, ser comprovada através de atestados técnico-profissional e técnico-operacional.

7 – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

A qualificação econômico-financeira deve avaliar a capacidade do licitante para cumprimento das obrigações contratuais, cingindo-se: i) às exigências de capital integralizado ou patrimônio líquido proporcional ao valor do objeto licitado; ii) relação de compromissos já assumidos e que importem na redução da capacidade operativa ou absorção da capacidade financeira; e iii) índices de liquidez e endividamento, além da garantia de proposta.

Para averiguação da capacidade financeira de empresas reunidas sob a forma de consórcio, deve ser exigido que a consorciada comprove que sua capacidade financeira (total) é igual ou superior ao percentual de sua participação no consórcio, podendo ela, para tanto, utilizar a integralidade de seu patrimônio. Exemplo: patrimônio líquido ou capital social exigido do consórcio: R\$ 100 mil. A consorciada “X” tem 90% de participação no consórcio e a consorciada “Y” 10%. Neste caso, a integralidade do patrimônio da consorciada “X” deve corresponder, no mínimo, a R\$ 90 mil, e o da consorciada “Y” a R\$ 10 mil.

A lei deve também prever que os atestados técnicos decorrentes de obras executadas por empresas reunidas sob a forma de consórcio somente poderão ser aproveitados, pelas consorciadas, na proporção da participação delas na formação do respectivo consórcio.

8 – PRÉ-QUALIFICAÇÃO

A pré-qualificação, como fase antecedente ao recebimento das propostas de preços, deve ser obrigatória sempre que a obra ou o serviço de engenharia for licitada na modalidade concorrência pública.

Com sua adoção elimina-se do curso da concorrência quaisquer discussões acerca da idoneidade dos licitantes, pois esse aspecto será exaustivamente investigado no procedimento prévio.

Tal se dá face ao desdobramento do procedimento licitatório que, num primeiro momento, selecionará alguns proponentes aptos à realização do objeto contratual, para depois, num segundo momento, apenas entre os proponentes pré-qualificados, realizar-se a disputa.

Após a seleção das empresas que poderão participar, com a desejável capacidade técnica e financeira, da etapa que compreende a apresentação de propostas, estará definido o universo de proponentes que realmente possuem condições de bem executar o objeto da concorrência e, somente a ele, será dada a oportunidade para apresentação das propostas de preços.

Na segunda fase os participantes competirão em igualdade de condições, sem mais se preocuparem com as condições de habilitação.

Isso permite maior dedicação à elaboração das propostas de preços favorecendo o estudo mais aprofundado das condições específicas do objeto da concorrência e de todas suas peculiaridades, que se traduz, finalmente, numa melhor contratação pela Administração Pública.

Por fim, para que seja feita a pré-qualificação é condição essencial a existência prévia de projeto básico.

9 – OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA DE GRANDE VULTO

A lei deve reservar a possibilidade de licitação pelo tipo técnica e preço para:

- i) licitações de grande vulto, assim consideradas aquelas cujo valor total seja igual ou superior a 15 (quinze) vezes o valor máximo para licitação na modalidade tomada de preços;
- ii) o fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços que sejam dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;
- iii) os casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

10 – LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A lei de licitações e contratações deve reforçar, expressamente, a obrigação da observância da legislação relativa à responsabilidade fiscal nas contratações públicas.

É também importante que a lei preveja sanções severas ao administrador público que executar obras sem o devido empenho prévio da despesa, ou que posteriormente cancelar os empenhos dos serviços regularmente executados.

11 – PRÉVIAS CONDIÇÕES PARA LICITAR

Deve persistir, como pré-requisito para a licitação de obras públicas, a existência de projeto básico que defina parâmetros técnicos essenciais e a mensuração dos valores a serem despendidos na execução do contrato.

O orçamento que instruirá o edital deve, obrigatoriamente, ser elaborado por profissional técnico devidamente registrado no respectivo órgão de classe, com base em preços correntes no mercado, levando-se em conta as especificidades da obra e a região em que ela será realizada. O orçamento deverá estar registrado no CREA, mediante a correspondente Anotação de Responsabilidade Técnica – ART.

É também necessário que a lei preveja a responsabilização do orçamentista quanto a exequibilidade dos preços postos em licitação.

Deve ainda ser incluída, na lei, na parte que trata das definições, dispositivo específico bem identificando todos os custos diretos e indiretos incidentes sobre a prestação dos serviços, que deverão estar devidamente detalhados no respectivo orçamento, com todos os demonstrativos da incidência dos encargos sociais, trabalhistas e fiscais.

12 – MELHOR PREÇO

A lei deve assegurar, sempre em prol do interesse público, a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa, que consistirá naquela que, atendendo aos requisitos necessários de qualidade, adequação, rendimento, segurança, prazo, e outros previstos objetivamente no edital ou convite, contemple o melhor preço.

Para contribuir com essa finalidade é necessário incluir na lei a exigência, para licitação de obras e serviços de engenharia, de orçamento a ser elaborado e assinado por profissional técnico devidamente registrado no respectivo órgão de classe, conforme assinalado no item anterior (item 11).

Essa mesma legislação deve prever como responsabilidade do orçamentista a comprovação, através de parecer, da sustentabilidade e viabilidade técnica de seu orçamento.

13 – EXEQUIBILIDADE DOS PREÇOS

Para conferir maior segurança à contratação e evitar os danosos efeitos decorrentes da paralisação da execução dos serviços, deve ser fixado limite de aceitabilidade de preços. Para tanto sugere-se o seguinte critério:

- a) cálculo da média aritmética entre as propostas de preços e o orçamento do órgão contratante (este com peso = 1);
- b) exclusão das propostas que apresentarem preços 15% (quinze por cento) abaixo ou 15% (quinze por cento) acima da média encontrada;
- c) dentre as propostas não excluídas, calcular-se o desvio padrão estabelecendo-se novo intervalo de preços;

d) o menor preço desse novo intervalo será considerado vencedor.

Deve ainda ser exigido do licitante classificado em primeiro lugar, para assinatura do contrato, garantia adicional equivalente ao intervalo entre a sua proposta de preços e o valor do orçamento do órgão.

14 – CRONOLOGIA DE PAGAMENTOS

A lei deve assegurar a estrita observância da ordem cronológica de pagamentos considerando as datas de suas exigibilidades e as fontes orçamentárias ou contratuais, quando se tratar de recursos financiados. As fontes, para determinação da ordem cronológica de pagamentos, devem limitar-se a: i) arrecadação fiscal e extra-fiscal (recursos do tesouro); ii) contratos de empréstimos/financiamentos; e iii) transferências governamentais.

A legislação deve também prever que a obrigação se torna exigível a partir da data de seu adimplemento o que, no caso da execução de obras e prestação de serviços de engenharia, corresponde a aprovação da medição dos serviços. Nesse sentido é também necessário que a lei preveja prazo máximo para aprovação da medição.

15 – PRAZOS, PARALISAÇÕES E INTERRUPÇÕES CONTRATUAIS

O prazo de duração do contrato deve ser fixado em conformidade com o cronograma físico-financeiro previsto para o empreendimento. Em caso de suspensão, paralisação ou interrupção da execução por razão não atribuível ao contratado, o prazo contratual perdido deverá ser automaticamente devolvido e o contratado ressarcido das perdas e danos que incorrer, sem prejuízo da faculdade do contratado optar pela rescisão do contrato por inadimplemento da Administração.

16 – EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO

A lei deve reforçar o princípio da obrigatória manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, cujo julgamento pela procedência ou não do pedido deve ficar a cargo do juízo arbitral.

17 – POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL

A lei deve manter a discriminação entre licitações nacionais e internacionais, restringindo estas últimas de modo a proteger as empresas e a economia nacionais, tal como o faz a maioria dos países desenvolvidos. Sempre que for permitida a participação de empresas estrangeiras nos certames licitatórios nacionais, deve ser exigido que conste do edital os critérios que permitam a equalização das propostas financeiras, de forma a compensar eventuais subsídios e incentivos que essas empresas desfrutem em seu país sede.

Além disso, as empresas estrangeiras devem ser obrigadas a comprovar que o seu país admite a participação de empresas brasileiras em suas licitações, em igualdade de condições (reciprocidade), salvo na hipótese de tratado multilateral ou internacional do qual o Brasil seja signatário prever tratamento diverso, ou então no caso de tratar-se de licitação com financiamento de organismo internacional.

18 – ARBITRAGEM

A possibilidade da adoção do Juízo Arbitral, nas licitações e contratos administrativos, deve ser previsto no Estatuto das Licitações Públicas para assim imprimir maior dinamicidade e eficácia à resolução de eventuais conflitos.

19 – REAJUSTE DE PREÇOS

A lei deve prever, com maior clareza, o critério para contagem da periodicidade mínima para aplicação do reajuste.

Nesse sentido a data de início para contagem do prazo para aplicação do reajuste deve levar em consideração o momento em que foi estabelecido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, qual seja, a data limite para entrega das propostas de preços ou a data do orçamento utilizado para elaboração da proposta, quando houver orçamento.

A lei deve prever também que as tabelas de preços ou os orçamentos elaborados pelos órgãos contratantes sejam atualizados para a data de abertura dos processos licitatórios.

20 – INVERSÃO DAS FASES LICITATÓRIAS

A aplicação do recurso de inversão das fases licitatórias visa conferir maior agilidade ao processo.

A CBIC alerta para os riscos de tal aplicação, tendo em vista que a documentação de habilitação da proponente selecionada – que somente será examinada após sua classificação como melhor proposta técnica – não será examinada com a isenção necessária e preconizada em lei. Em outras palavras, dificilmente o administrador desclassificará o proponente que apresentar o menor orçamento – mesmo que sem preencher adequadamente as exigências de habilitação – para homologar proposta mais onerosa.

Com essa clara compreensão, a CBIC recomenda que, em caso de prevalência na Lei de Licitações do recurso da Inversão de Fases, que o mesmo só seja aplicado para obras até o valor previsto em lei para a modalidade de Tomada de Preços.

21 – PREGÃO

A modalidade do Pregão nas licitações públicas destina-se à contratação de “bens e serviços comuns”. Não é caso das obras e serviços de Engenharia.

No pregão, é curto o prazo para elaboração de proposta, a fase de habilitação é muito singela e a modalidade estimula ao máximo a redução dos preços apresentados, sem adoção de mecanismos para rejeição de propostas inexecutáveis.

A Lei restringe a adoção do Pregão às contratações nas quais os pagamentos possam ser efetuados com grande segurança para a Administração, somente depois de aferida a regularidade dos fornecimentos realizados. Não é o caso das obras e serviços de Engenharia, cujos pagamentos acontecem por etapas de execução.

Pelas razões expostas, a CBIC condena a aplicação do Pregão para obras e serviços de Engenharia, alertando que a suposta “economia” de custos nas

contratações feitas por essa modalidade, são superadas significativamente pelos custos decorrentes das más contratações (contratos paralisados ou cancelados, aditivos acima dos valores permitidos, revisão de projetos para adequação aos preços).

SCN Quadra 01 – Bloco E – Ed. Central Park
13º Andar – 70711-903 – Brasília DF
Fone: 61 3327-1013 – Fax: 61 3327-1393
www.cbic.org.br – cbic@cbic.org.br

