



Confederação Nacional da Indústria

NOTA TÉCNICA

Projeto de nº 6.814 de 2017

Câmara dos Deputados

Comissão Mista

Normatização única para as modalidades de licitação e contratos da Administração Pública

1. Objeto e tramitação

Revoga as Leis de Licitação e do Pregão; e parcialmente a Lei do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), criando normatização única para as modalidades de licitação e contratos da Administração Pública.

O texto, encaminhado à Câmara dos Deputados, aguarda apresentação do parecer do Relator, **deputado João Arruda (MDB/PR)**.

2. Nossa Posição – CONVERGENTE COM SUGESTÕES DE APERFEIÇOAMENTO AO PARECER APROVADO NO SENADO FEDERAL

A criação de novo marco legal para licitações e contratos da Administração Pública mostra-se adequada para melhorar a qualidade das contratações com o Poder Público e criar novas oportunidades de negócios.

Ademais, a unificação dos diplomas legais é oportuna na medida em que traz para uma só lei o regime do pregão, o RDC, o registro de preços e de pré-qualificação, conferindo maior segurança jurídica aos intérpretes de uma legislação que passará a ser consolidada.

Vale ressaltar, porém, a necessidade de aprimoramentos em temas específicos, tratados nesse documento, que, oriundos da prática e experiência do setor nessas mais de duas décadas de vigência da legislação atual, pretendem indicar elementos de aperfeiçoamento do Projeto, corrigindo algumas distorções e viabilizando a superação de anacronismos.

3. Fundamentos

O setor público no Brasil é o principal consumidor de bens e serviços do país, com gastos anuais acima de 20% do PIB, sendo o grande indutor de diversas cadeias produtivas industriais e de infraestrutura.

A legislação sobre procedimentos de licitação tem incorporado novos conceitos e procedimentos com a aprovação de diplomas legais de aplicação subsidiária como a Lei do pregão e do Regime Diferenciado de Contratações –RDC. Apesar dessas alterações, o setor privado ainda encontra diversos obstáculos que atrasam e reduzem investimentos.



Confederação Nacional da Indústria

Nesse sentido, merece apoio o substitutivo do relator da CEDN ao incorporar, em um único diploma legal, avanços propiciados pelo regime de pregão, pelo RDC, e pelo registro de preços e de pré-qualificação, e conferir maior segurança jurídica aos intérpretes da legislação que passará a ser consolidada.

Como forma de aprimorar o texto proposto nessa Comissão, sugere-se a incorporação das medidas abaixo relacionadas:

a) Licenciamento Ambiental

É necessário que o Poder Público ofereça condições adequadas à realização de empreendimentos que possuam impacto ambiental e que movimentam grande monta de recursos públicos.

Assim, **é crucial que antes de ser deflagrado o certame licitatório sejam obtidas as licenças ambientais necessárias ao empreendimento.**

Ademais, não é razoável supor que depois do longo processo licitatório e após a assinatura do contrato e o início do empreendimento, seja o contratado surpreendido pela revogação da licença prévia precária ou pela não concessão da licença de instalação.

O texto, assim como aprovado no Senado Federal, prevê a possibilidade de transferir ao contratado o encargo de obtenção dos licenciamentos ambientais, permitindo, portanto, que a licitação seja desencadeada e o contrato formalizado sem a precedência de licenciamentos imprescindíveis.

Na prática das contratações, a obtenção de licenciamentos tem sido um entrave de enorme relevância, não raramente afetando a exequibilidade do contrato e do empreendimento. Note-se que em muitos casos o advento dos licenciamentos importa a necessidade de adaptações de projeto, gerando-se a necessidade de alteração contratual, o que gera custos diretos e indiretos para a Administração.

Com vistas a evitar situações dessa ordem, é adequado condicionar a publicação do edital do certame à obtenção da licença ambiental prévia, assim como a emissão da ordem de serviço à obtenção da licença ambiental de instalação.

Sugestão legislativa

Art. 22.

§ 3º A obtenção da licença ambiental prévia é condição para a publicação do edital e a obtenção da licença ambiental de instalação é condição para a emissão da ordem de serviço para início da execução pela Administração.

b) Garantia da Proposta

O texto, em seu artigo 52, § 1º, determina que poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, garantia não superior a 5% do valor estimado para a contratação.



Confederação Nacional da Indústria

A previsão de garantia da proposta é adequada, uma vez que pretende afastar o risco de propostas destituídas de seriedade. Além disso, cumpre papel de aferição da saúde econômico-financeira do licitante. **No entanto, um limite de 5% do valor estimado da contratação, se afigura excessivo.**

Limite dessa ordem poderá impor um ônus excessivo à participação no certame, favorecendo a restrição indevida do universo de ofertantes, com prejuízos à competitividade da licitação, além de encarecer as contratações públicas.

Sugestão legislativa

Art. 52

§ 1º - A garantia da proposta não poderá ser superior a 1% (um por cento) do valor estimado para contratação.

c) Qualificação técnica

A redação propõe disciplina específica sobre a habilitação técnica. No entanto, há questões omissas, como a tipologia da qualificação exigível (qualificação técnico-operacional/técnico-profissional – há apenas referências indiretas a esta distinção, dando origem a dúvidas quanto ao tratamento jurídico aplicável a cada qual) e o somatório de atestados - temas que, na prática das licitações, despertam controvérsia, dando origem a disputas. É conveniente, portanto, disciplinar essas questões pela via legislativa, evitando-se a pluralidade de interpretações, gerando-se a atualização e o aperfeiçoamento do tratamento jurídico da habilitação técnica.

Outra exigência que merece ser incorporada é o registro dos atestados na entidade profissional competente.

Além disso, algumas previsões (como a dos §§ 3º e 4º) acabam por gerar excessiva discricionariedade para o administrador na configuração de exigências de qualificação técnica e, por isso, devem ser suprimidas.

Sugestão legislativa:

Art. 60

II – certidões ou atestados emitido em nome da licitante de contratações similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, **devidamente registradas na entidade profissional competente.**

§ 2º. São vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos para a demonstração da qualificação técnico-profissional. **Deverão ser admitidas exigências de quantidades mínimas para a demonstração da qualificação técnico-operacional, desde que limitadas até 50% (cinquenta por cento) da dimensão do objeto do contrato.**

§ 3º. **Em se tratando de serviços continuados ou obras de maior complexidade e risco, o instrumento convocatório poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação por um prazo mínimo, que não poderá ser superior a 3 (três) anos. § 4º. Os profissionais indicados pelo**



Confederação Nacional da Indústria

licitante na forma dos incisos I e III do caput deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

§ 5º. Será admitida a apresentação de até um atestado para a demonstração de experiência em cada parcela de maior relevância técnica e de valor significativo fixada no instrumento convocatório;

§ 6º. É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 7º. As parcelas consideradas de maior relevância técnica e de valor significativo serão aquelas que equivalentes a no mínimo 4% (quatro por cento) do valor global estimado para a contratação.

§ 8º. Em caso de apresentação por licitante de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual ele tenha feito parte, serão adotados os seguintes critérios na avaliação de sua qualificação técnica, quando o atestado ou o contrato de constituição do consórcio não identificar a atividade desempenhada por cada consorciada individualmente:

I - no caso de o atestado ter sido emitido em favor de consórcio homogêneo de engenharia, todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas, na proporção quantitativa de sua participação no consórcio;

II - no caso de o atestado ter sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada consorciada de acordo com os respectivos campos de atuação de cada uma.

§ 9º. Na hipótese do parágrafo anterior, para fins de comprovação do percentual de participação do consorciado, caso o mesmo não conste expressamente do atestado ou certidão, deverá ser juntada à certidão/atestado cópia do instrumento de constituição do consórcio.

d) Desapropriações

A execução de obras e serviços de engenharia desafia a realização de procedimentos de expropriação (desapropriação, desocupação ou servidão administrativa) de terrenos e imóveis necessários à consecução do objeto contratado. Também é certo que a experiência na contratação administrativa evidencia que muitos contratos acabam tendo sua execução comprometida por atrasos na conclusão dos procedimentos de expropriação.

Sugestão Legislativa: incluir novos parágrafos ao artigo 22 com a seguinte redação:

Art. 22

§... O edital de licitação e o correspondente contrato deverão estabelecer a responsabilidade das partes em relação à promoção, acompanhamento e conclusão dos procedimentos de desapropriação, desocupação ou servidão administrativa, necessários à execução do contrato, inclusive quanto à responsabilidade pelo pagamento de indenizações e demais custos incorridos.

§... Caberá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos para a execução de obras e serviços de engenharia quando essa execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação ou servidão administrativa, por circunstâncias alheias ao contratado.



Confederação Nacional da Indústria

e) Habilitação econômico-financeira (Substituição pelo Seguro Garantia)

Suprimir o art. 61, § 6º, que possibilita que os requisitos para a habilitação econômico-financeira sejam dispensados com a apresentação de seguro-garantia, desde que previsto no edital.

Além de não ficar claro qual espécie de seguro é essa, já que a apólice da *performance bond* não é apresentada na licitação, mas apenas na assinatura do contrato, há o risco de enfraquecer a análise da saúde financeira dos licitantes.

Tal dispositivo pode, ainda, frustrar a competição (devido ao custo e critérios para obtenção da garantia no mercado), a medida também aumentará o risco da Administração contratar empresa incapaz de implantar e/ou operar adequadamente a infraestrutura, não obstante a apresentação do seguro-garantia.

f) Licitação para contratação de projetos

O PL 6.814/2017 deixou de oferecer disciplina específica para a licitação e contratação vocacionadas à seleção do prestador especializado e execução de projetos de engenharia.

A experiência com a contratação de obras e serviços de engenharia tem revelado um número altíssimo de alterações contratuais, com custos altíssimos gerados às Administrações. Na grande maioria dos casos, essas alterações têm origem em falhas de projeto (há, inclusive, levantamentos do TCU que já diagnosticaram situação dessa ordem). Essas deficiências de projeto relacionam-se também com o modelo de licitação que vem sendo utilizado para a contratação desses serviços especializados.

Neste particular, um dos problemas que originam projetos mais ajustados à realidade é a falta de capacidade e comprometimento dos profissionais selecionados pelas Administrações para isso.

Para mitigar o risco de seleção de profissionais com qualificação insuficiente, é necessário aperfeiçoar a disciplina jurídica para as licitações e contratações para esse fim, estabelecendo peso mínimo para as análises técnicas como fator de classificação de proposta e seleção de prestador, exigindo-se que as análises de propostas técnicas estejam baseadas no melhor conhecimento das características da obra ou do serviço de engenharia e das soluções para o projeto.

Sugestão legislativa:

Art. 33

§ 5º A licitação para a execução de projetos de engenharia processada sob o critério de julgamento de melhor técnica ou de técnica e preço terá um peso mínimo de 70% para a nota técnica no cômputo da nota final.

§ 6º Para a hipótese referida no parágrafo anterior, o julgamento das propostas técnicas se fundamentará também em critérios que considerem a demonstração do conhecimento técnico do objeto e acerca das características e soluções da



Confederação Nacional da Indústria

obra ou do serviço de engenharia, a metodologia e o programa de trabalho, a organização e a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues”.

g) Subsidiariedade da aplicação do SICRO/SINAPI:

A redação do Texto aprovado no Senado Federal ignora as características dos regimes de execução de obras atrelados, de alguma maneira, ao preço global ou à integralidade do contrato (empreitada integral, por preço global ou contratação integrada) e, com isso, estabelece regras únicas de parametrização dos orçamentos de referência dos contratos, muitas das quais incompatíveis com esses regimes, justamente por pressupor custos e preços unitários.

Sugestão legislativa: Aprimorar o art. 41, § 3º, de forma a excepcionar da regra Sicro/Sinapi (com referência ao art. 20 que assim já o faz) aos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada.

Sugestão legislativa:

Dê-se ao § 3º do art. 41, do texto aprovado no senado Federal, a seguinte redação:

Art. 41º

(...)

§ 3º Com exceção dos regimes previstos nos incisos II, IV e V do caput deste artigo, a referência do custo global de obras e serviços de engenharia poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da Administração Pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

h) Rescisão do contrato pelo particular

Rescisão pelo particular por meio de arbitragem.

É necessário deixar claro a possibilidade de solução via arbitral para os casos de rescisão solicitada pelo particular sem anuência da Administração. **(art. 103, III).**

i) Rescisão unilateral pela Administração

A redação do art. 104 do substitutivo não trata da obrigação da Administração Pública indenizar o contratado pelos prejuízos comprovadamente sofridos em razão da rescisão contratual e que não lhe sejam imputadas as causas (força maior, caso fortuito e interesse público). Considerando que nestas hipóteses não há culpa do Contratado e que tais atos são de responsabilidade da Administração Pública, faz-se necessário ajustá-la.



Confederação Nacional da Indústria

j) Processamento das licitações de obras ou serviços de engenharia exclusivamente pelo modo fechado

O texto do artigo 50 admite possibilidade de processamento de licitações de obras e serviços de engenharia pelo modo aberto (fase de lances). Há, no entanto, forte incompatibilidade entre a dinâmica da fase de lances e as complexidades inerentes ao processo de orçamentação de obras e serviços de engenharia. Não seria excessivo dizer que a criação de estímulo artificial para a oferta de descontos sucessivos nas licitações para obras e serviços de engenharia, como efeito da sistemática da fase de lances, pode provocar cotações inexequíveis e desencontradas da realidade, forjadas num ambiente de forte pressão concorrencial. Isso conduzirá à ampliação do risco de inexecução contratual, de renegociações precoces e de jogos de planilha.

Ademais, **a possibilidade de processar licitações de obras e serviços no modo aberto afigura-se nitidamente contraditória com a restrição da aplicação do pregão para obras e serviços com valor estimado de até R\$ 150 mil**, conforme previsto pela regra do § 2º do art. 26. É necessário vedar-se a licitação sob o modo aberto para obras e serviços de engenharia com vistas a resgatar a coerência sistêmica do texto.

Sugestão legislativa:

Dê-se nova redação ao § 1º do artigo 50 do PL 6814/2017, nos seguintes termos:

“Art. 50
(...)
§ 1º As licitações de obras ou serviços de engenharia serão processadas sempre e exclusivamente pelo modo fechado”.

k) Detalhamento dos reajustes no contrato e disciplina sobre encargos de mora

O art. 22 do texto prevê, tal como estabelece a Lei 8.666/93, a aplicabilidade de reajuste para obras e serviços de engenharia, mas não detalha a sua disciplina. Também não se verifica disciplina sobre encargos moratórios aplicáveis aos atrasos de pagamento ao contratado.

No atual contexto das contratações públicas, a ausência de uma disciplina avançada sobre o reajustamento de preços tem conduzido a impasses diversos, com disputas originadas de visões diferentes sobre a extensão do dever de reajustamento que pesa sobre a Administração Pública.

É imperioso, portanto, que a legislação defina e delimite de modo exato a extensão do direito do contratado ao reajuste de preços. E, nesse propósito, vale lembrar que a alocação do risco de inflação setorial à esfera da Administração promove a redução dos custos de transação, desonerando o custo de inflação das propostas manifestadas ao tempo da licitação. Isto é: por ser o risco de inflação difícil de ser bem gerenciado pelo contratado (pois ele não tem como se prevenir do risco de inflação), faz sentido (segundo a racionalidade econômica da alocação de riscos) que esse risco seja alocado à responsabilidade da Administração. Logo, é acertada a regra que pretenda assegurar o reajustamento dos preços contratados.



Confederação Nacional da Indústria

Sob esse raciocínio, faz sentido que os custos de produção do contrato possam ser atualizados a partir de índices de reajuste bem específicos, definidos de modo especializado para refletir a inflação setorializada e atinente aos principais insumos do contrato. Daí ser pertinente e conveniente, em muitos casos, a adoção de uma pluralidade de índices, evitando-se a defasagem ou a desatualização do custo dos principais insumos do contrato.

Bem assim, é adequado que a data de referência do reajustamento remonte à data do orçamento público (e não à data da proposta).

É bastante conveniente, ainda, que se proceda à atualização dos preços na data da contratação, por ser um expediente relevante para neutralizar os efeitos inflacionários e atenuar os prejuízos derivados do retardamento no processamento da licitação.

Além disso, é necessário definir-se não apenas a obrigação de as Administrações preverem encargos moratórios para hipóteses de atraso nos pagamentos, mas as condições para tanto. A omissão dos editais e minutas de contrato acerca dos encargos e penalizações moratórias devidas em hipóteses de atraso na remuneração do contratado têm dado ensejo a inúmeras disputas judiciais, gerando-se penalização financeira às Administrações. A ausência desta disciplina tem contribuído sobremaneira, ademais, para o incremento dos custos transacionais.

Sugestão legislativa: suprima-se o § 4º do art. 22 do PL 6814/2017 e inclua-se os §§ 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10 do art. 86, com a seguinte redação:

“Art. 86.

(...)

§ 4º. É obrigatória a previsão de índice de reajuste nos editais de licitação de obras e serviços de engenharia, qualquer que seja o prazo de execução delimitado pela minuta de contrato, assim como o é a sua incidência nos respectivos contratos administrativos, nos termos deste artigo, definindo-se a sua data base como a data do orçamento a que referir a licitação. (NR)

§ 5º. Na data de assinatura do contrato administrativo, os preços contidos nas propostas serão atualizados de acordo com o índice de reajuste definido em edital, a partir de quando passará o mesmo a incidir na menor periodicidade admitida em lei, tomando-se por data base a data de assinatura do contrato.

§ 6º. Para os casos de obras e serviços de engenharia, é possível estabelecer mais de um índice específico ou setorial para reajustamento dos preços, em conformidade com a realidade mercadológica dos insumos/itens do contrato.

§ 7º. O reajustamento de preços previstos neste artigo será automático e independente de provocação da parte ou autorização do Poder Público.

§ 8º. Os atrasos nos pagamentos devidos pela Administração nos contratos administrativos darão ensejo à aplicação de multa moratória em favor do contratado no mesmo percentual estabelecido para o atraso por parte do contratado em relação à execução do contrato, sem prejuízo da aplicação de juros moratórios no percentual de 1% ao mês e da incidência de atualização monetária devida.

§ 9º. Os pagamentos gerados sem a devida atualização, o reajustamento e os encargos moratórios incidentes não serão considerados quitados, inclusive para os fins de obediência à ordem cronológica de pagamentos e para os fins do direito de suspensão da execução do objeto pelo contratado, nos termos desta lei.



Confederação Nacional da Indústria

§ 10. As atualizações, compensações e penalizações financeiras devidas ao contratado, cujo pagamento será feito junto com o principal, correrá à conta das mesmas dotações orçamentárias que atenderam aos créditos do contrato”.

I) Processamento de medições

O texto aprovado no Senado Federal não traz regulação específica sobre o processamento das medições para pagamento do contratado.

Não raramente a sistemática de medição em contratos administrativos de obras e serviços de engenharia tem sido utilizada pelas Administrações como um instrumento para procrastinar pagamentos e gerenciar (inadequadamente) problemas orçamentários.

É necessário, portanto, impor enquadramento ao sistema de medições, com vistas a evitar práticas abusivas, garantindo-se ao contratado que as medições devidamente notificadas em prazo certo sejam reputadas aceitas caso não respondidas pela Administração.

O texto proposto é ineficaz de minimizar o risco de que a sistemática das medições possa ser utilizada pelas Administrações como estratégia para procrastinar pagamentos ao contratado. De nada adianta estabelecer prazo máximo para pagamento, a partir do adimplemento da obrigação, se a legislação não definir com exatidão e clareza o que se entende por “adimplemento da obrigação”, assim como não estabelecer prazos e procedimentos para que esse adimplemento seja reconhecido, processado e liquidado.

Sugestão legislativa: inclua-se os §§ 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, no artigo 94 do PL 6814/2017, com a seguinte redação:

“Art. 94.

(...)

§ 4º. Nos casos de obras e serviços de engenharia, a remuneração do contratado se realizará mensalmente, sendo que o contrato deverá prever sistemática detalhada de medição e pagamento, prevendo-se prazo mensal para o processamento das medições, formalização do relatório das medições e emissão da fatura e documentação de pagamento pelo contratado, assim como o prazo certo para o pagamento correspondente à medição realizada, que não poderá ser superior a 30 (trinta) dias contados da data mensal prevista para a formalização do relatório de medição.

§ 5º. Nos casos de obras e serviços de engenharia sob regime de execução de empreitada por preço global, de empreitada integral ou de contratação integrada, os pagamentos sempre serão efetuados a partir da entrega mensal de parcelas da obra ou do serviço, conforme previsto no cronograma físico-financeiro e observado o disposto no § 4º, não se referenciando pela aferição de quantitativos de insumos ou pelos preços unitários constantes da composição de custos e de preços ou da planilha orçamentária.

§ 6º. Nos casos de obras e serviços de engenharia sob regime de execução de empreitada por preço global, de empreitada integral ou de contratação integrada, serão sempre do contratado os riscos atinentes às diferenças, para mais e para menos, entre quantitativos previstos nas planilhas orçamentárias e aqueles efetivamente executados, ressalvando-se hipóteses em que essa diferença deriva do advento de fato superveniente (ou de fato de conhecimento superveniente), imprevisível à época da formulação das propostas.



Confederação Nacional da Indústria

§ 7º. A ausência da formalização do relatório de medição pelo agente responsável, retratando-se sempre o quantitativo percentual das etapas executado até o momento da medição, acarretará a incidência de multa em favor do contratado no percentual de 10% (dez por cento) do valor da medição.

§ 8º. A medição deverá ser realizada e processada independentemente do percentual da etapa executado pelo contratado, independentemente do atraso na execução do contrato em relação ao cronograma físico-financeiro.

m) Recomposição do equilíbrio econômico financeiro

Não há no texto dispositivo que estipule prazo para resposta da Administração aos pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Bem assim, inexistente disciplina para a tramitação de notificações e pedidos que relatem a necessidade de providências relevantes pela Administração Pública, muitas vezes imprescindíveis para a execução do contrato.

Ausência de disciplina desta ordem tem gerado a ineficiência e ineficácia administrativa em relação aos pleitos, com efeitos negativos às contratações públicas.

É extremamente importante a imposição de prazos para que a Administração analise e responda pedidos de reequilíbrio contratual, evitando-se que esses encaminhamentos sejam gerenciados discricionariamente, de acordo com as preferências e preterições do administrador.

Da mesma forma, é fundamental que a Administração responda adequadamente e em prazo razoável as notificações e pedidos relacionados a fatos e eventos que interfiram na execução do contrato.

Além disso, o texto do PL 6814/2017 não trata explicitamente da vedação à retificação do preço contratual (por vezes tentada sob a alegação de defeitos na proposta ao tempo da licitação). Historicamente, tem-se visto uma interferência excessiva das Cortes de Contas no gerenciamento da composição de custos - inclusive do BDI - dos valores globais contratados. Em muitos casos, chegou-se a determinar a retificação do valor global contratado com vistas a adaptá-lo à correção de custos unitários ou despesas indiretas inconsistentes ou mal calculadas ainda na fase de licitação.

Por outro lado, e para evitar-se que eventual regra impondo a inalterabilidade do preço global para a correção de defeitos na composição de preços seja interpretada excessivamente, com vistas a obstar a atualização de preços para a recomposição da equação econômico-financeira, é necessário ressaltar-se o pleno cabimento da recomposição de preços em face do incremento extraordinário no preço de insumos que impactem os custos de produção do contrato (teoria da imprevisão

Sugestão legislativa: inclua-se os §§ 16, 17, 18, 19 e 20 no artigo 101 do PL 6814/2017, com a seguinte redação.

“Art. 101
(...)”

§ 16. Os preços efetivamente contratados não poderão ser revistos e modificados para o fim da correção de defeitos em sua composição de custos, despesas indiretas e margem de rentabilidade constantes da proposta comercial que os originaram.



Confederação Nacional da Indústria

§ 17. Fica assegurada a recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo para as hipóteses de elevação superveniente e imprevisível no preço de insumos impactantes nos custos de produção do contrato, e nas demais hipóteses admitidas nesta Lei.

§ 18. Os requerimentos de recomposição de equação econômico-financeira serão processados, analisados e respondidos em até 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período, justificadamente, uma única vez, sendo que a ausência de resposta administrativa no prazo referido importará sua aceitação tácita, nos termos propostos pelo requerimento.

§ 19. Os requerimentos e notificações formalizados pelo contratado à Administração Pública, dando conta da existência de fatos que interfiram na execução do contrato, deverão ser respondidos no prazo máximo de 15 (quinze) dias.

§ 20. Quando notificada nos termos do § anterior, a ausência da adoção de providências pela Administração, necessárias a assegurar a adequada execução do contrato, importará o direito do contratado à suspensão da sua execução.

n) Inidoneidade e reparação do dano

O § 9º do art. 112 do Substitutivo prevê a obrigatoriedade de reparação integral do dano, seja qual for a hipótese de sanção.

O § 7º, por sua vez, predica que, mesmo que reparado integralmente o dano, o período mínimo de vigência da inidoneidade será de 3 anos.

Essa disposição extrapola o intuito da sanção, transformando-se em verdadeiro óbice ao exercício do direito da empresa.

É preciso considerar que não é objetivo da sanção administrativa prejudicar indevidamente o exercício da atividade produtiva da empresa, mas é justamente isso o que ocorre quando se mantém um prazo mínimo de vigência de uma sanção que impede a contratação da empresa pela administração, mesmo quando ela já tenha reparado integralmente o dano causado.

Nesse ponto, mesmo a hipótese de redução do prazo pela metade, prevista no art. 114, § 1º, não se mostra suficiente.

Propõe-se que seja retirado o prazo mínimo de vigência da declaração de inidoneidade, quando reparado integralmente o dano, eventualmente com algum tipo de ligação à reabilitação.

Sugestão legislativa:

“Art. 112

§7ºAs sanções previstas nos incisos II e II do caput poderão ser extintas pela própria autoridade que aplicou a penalidade, desde que efetivada a obrigação de reparação integral do dano prevista no § 9º deste artigo, ou em decorrência do processo de reabilitação.”

“Art. 114

§ 1º Em razão da gravidade dos fatos, a Administração poderá conceder a reabilitação parcial em relação à declaração de inidoneidade:

I – reduzindo o prazo dos efeitos dessa sanção em até 2/3 (dois terços; ou



Confederação Nacional da Indústria

II – aplicar, de modo substitutivo, a suspensão do direito de licitar ou contratar com a Administração do ente responsável pela aplicação da sanção, pelo prazo originalmente previsto no ato sancionatório ou aquele acordado na reabilitação.”

o) Qualificação técnica de licitantes

A justa pretensão em ampliar o universo de competidores, reassentando as exigências tradicionais de habilitação da legislação vigente, não é, em si, uma ideia equivocada. A competição é, efetivamente, um elemento essencial da licitação.

Contudo, também o é a cautela que deve haver em relação à escolha do particular que irá se incumbir com a entrega do objeto contratado. Não por outra razão, é o próprio texto constitucional (art. 37, XXI) que estabelece a possibilidade de se demandar exigências de qualificação técnica e econômica dos licitantes.

Dentro desse contexto, se insere a apresentação de atestados de capacidade técnica, que demonstrem com segurança a aptidão do licitante por já ter ele executado objeto semelhante ao licitado. A apresentação de atestado de capacidade técnica é instrumento indene e objetivo, que permite aferir com precisão e certeza o quanto está o licitante habilitado tecnicamente à execução do que está sendo licitado.

Por essa razão, é temerária a previsão do § 3º do art. 60 do PL 6814/17, ao possibilitar que a apresentação do atestado de capacidade técnica seja substituída por outra documentação. Tanto pior que a definição de qual documentação tem o condão de substituir a atestação – e, assim, atender à demanda de comprovação da capacidade técnica – não esteja no corpo da lei, sendo delegada ao regulamento posterior.

Na atual redação, o dispositivo arrisca as contratações do Poder Público, pois aumenta a possibilidade de contratação de empresas inexperientes e sem capacidade operacional.

p) Matriz de riscos

Em boa hora, o PL 6814/17 acolhe a alocação de riscos como um elemento para a multiplicidade dos contratos administrativos. Até então admitido em lei apenas nas concessões e parcerias público-privadas, o mecanismo da matriz de riscos traduz importante elemento de eficácia dos contratos administrativos, ao identificar e alocar de modo eficiente os riscos inerentes à execução dessas avenças.

Não por acaso, o próprio Tribunal de Contas da União, ao apreciar a aplicação do instituto da contratação integrada, vem recomendando à Administração a adoção de matriz de riscos no edital. Ao fazê-lo, reconhece também o TCU a relevância da alocação eficiente de riscos, que não podem ser resumir unicamente ao risco de projeto e à alocação integral para qualquer uma das partes contratantes.



Confederação Nacional da Indústria

A despeito do reconhecimento e incorporação da matriz de riscos ao longo de diversos pontos do PL 6814/17, resta uma disposição – oriunda da Lei do RDC – que pode comprometer, ou mesmo impedir por completo, a adoção da alocação eficaz de riscos na contratação integrada. Trata-se do **§ 9º do art. 101**, que reproduz literalmente disposição da Lei do RDC, a limitar as hipóteses de alteração contratual na contratação integrada, sem considerar as hipóteses de materialização de risco previsto na respectiva matriz de riscos.

Portanto, é preciso tornar o dispositivo consentâneo com PL 6814/17, corrigindo-se esse anacronismo.

Sugestão legislativa:

Art. 101 (...)

§ 9º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

(...)

III – quando a alteração se faça necessária em decorrência da alocação de riscos prevista no contrato, operando-se os instrumentos previstos no art. 19, § 2º desta Lei.

q) Pré-qualificação obrigatória para contratação de obras de grande vulto

Sabe-se que a pré-qualificação é um procedimento eficaz para conciliar dois dos principais objetivos da licitação: celeridade e proteção à administração. Em princípio, tais objetivos são antagônicos e inconciliáveis, já que o maior rigor na análise das condições de capacitação dos licitantes irá sempre obstar a célere conclusão do certame.

Bem por isso, ao segregar em dois momentos o procedimento de contratação, a pré-qualificação possibilita que a administração analise com o rigor necessário as condições de habilitação, em período anterior àquele no qual se dará a disputa de preço. Pré-qualificados os licitantes, a Administração quando lançar o edital de licitação terá a obrigação apenas de verificar os preços ofertados, sem comprometimento da celeridade e sem contaminação mútua entre essas duas partes essenciais do procedimento de contratação.

Não por acaso, o instrumento da pré-qualificação é padrão nas licitações capitaneadas por entidades internacionais, especialmente nos casos em que o objeto licitado exige maior rigor na aferição da capacidade dos licitantes.

Nesse sentido, é recomendável que o PL 6814/17 seja mais assertivo ao incorporar a pré-qualificação, ao menos para torná-la obrigatória nas licitações para a contratação de obras, serviços e fornecimento de grande vulto (definidos no texto do Projeto). Ao fazê-lo, estará permitindo à Administração um ganho considerável de tempo na condução de processos licitatórios para a contratação de objetos relevantes (dado o seu alto valor) ao interesse público.

Sugestão legislativa:

“Art. 5º.



Confederação Nacional da Indústria

XLII – pré-qualificação – procedimento seletivo prévio à licitação, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto, convocado por meio de edital, a ser obrigatoriamente adotado nas licitações para a contratação de obras, serviços e fornecimento de grande vulto.”

r) Consórcios

O PL 6814/17 traz duas inovações em relação à legislação atual, ao positivar questões usuais na realidade da participação de consórcios:

- a. permite expressamente que o edital limite o número de integrantes por consórcio, desde que haja justificativa técnica (§ 5º, art. 13); e
- b. permite a substituição de consorciado, desde que expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante (§ 6º, art. 13).

A primeira inovação é bem-vinda e consagra o que já vem sendo adotado na prática. A utilização indiscriminada de consórcios com várias empresas, como única forma de viabilizar sua participação no certame, arriscaria as contratações realizadas pelo Poder Pública, tendo em vista a precariedade de se aferir a real capacidade de execução dos objetos e, tanto pior, de tornar mais complexidade a tarefa de gestão dos contratos pela Administração, tendo em conta a multiplicidade de responsáveis pela execução, ainda que reunidos na figura do consórcio.

No segundo caso, trata-se também de um ponto que pode ser benéfico, especialmente em situações nas quais a permanência de um integrante seja inviável ou traduza prejuízos às demais (p.ex.: quando uma consorciada experimente comprometimentos financeiros).

Ainda assim, utilizada indiscriminadamente, essa última possibilidade poderá ser uma porta para o “aluguel” de atestados, formando-se um consórcio fictício apenas para que o real interessado na licitação possa se servir, apenas para o cumprimento das exigências de habilitação, da experiência ou situação financeira de outra empresa, que poderá se retirar do contrato, vencida a licitação. Com isso, a Administração poderá restar desguarnecida, tendo em conta que as consorciadas remanescentes poderão não estar habilitadas ou não deter as condições econômico-financeiras necessárias à execução do contrato.

Portanto, o que se deve tentar conciliar é a permissão à substituição de consorciada (salutar, muitas vezes, à continuidade do contrato) com a manutenção das condições de habilitação, quando menos, para as parcelas ainda pendentes de execução contratual, no momento da substituição.

Sugestão legislativa:

Art. 13.

§ 6º. A substituição de consorciado deverá ser expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante, condicionada à comprovação de que a(s) consorciada(s) que permanecer(em) vinculada(s) ao contrato cumpre(m) as exigências de habilitação feitas na licitação que antecedeu ao contrato, ainda exigíveis conforme a parcela do contrato pendente de execução no momento em que ocorrer a substituição.



Confederação Nacional da Indústria

s) Tipificação penal do erro de projeto

O Projeto de Lei torna crime a omissão, modificação ou entrega à administração de levantamentos cadastrais e condições de contorno em “relevante dissonância com a realidade”.

Na prática, torna crime o erro de projeto, mesmo que sem dolo ou culpa do responsável pela sua elaboração, o que traduz um grave equívoco. A valer a atual redação, o projetista que inadvertidamente se equivocou na elaboração do projeto, ou, tanto pior, entender que uma dada informação não é relevante, mesmo que de boa-fé, poderá sofrer persecução penal.

No limite, é preciso considerar que há variáveis importantes na elaboração de um projeto e que parâmetros distintos podem ser utilizados, a partir de critérios individuais, para caracterizar todas as cautelas e procedimentos detalhados que devem ser adotados. Seguramente, o projetista tem o dever profissional de se pautar pelos parâmetros mínimos e regras e padrões pré-estabelecidos para a sua tarefa. Contudo, nada obsta que, em determinada situação, o interprete entenda que um dado projeto se equivocou ou omitiu uma informação que, no entender do intérprete, seria relevante.

É certo que a responsabilidade do projetista mal intencionado deve ser prevista, coibindo-se a atuação deliberadamente equivocada ou incompleta, adotada apenas como forma de otimizar seus ganhos ou para o atendimento de interesses de terceiros. Mas não há como admitir a criminalização do erro de boa-fé, sem nem sequer se exigir a comprovação de dolo ou culpa como pressuposto da criminalidade.

A redação atual pressupõe uma responsabilidade objetiva criminal indevida, devendo ser corrigida para atender ao desiderato sem excessos e arbitrariedades.

Sugestão legislativa:

Omissão grave de dado ou de informação por projetista

Art. 337-O. De **forma comprovadamente deliberada**, omitir, modificar ou entregar à Administração levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento do princípio fundamental da obtenção da melhor vantagem, seja em contrato para a elaboração de projeto completo, projeto executivo ou anteprojeto, seja em procedimento de manifestação de interesse.

Parágrafo único. Define-se como condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluindo sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, que constem expressamente como requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.

§ 2º Em caso de comprovação de intenção deliberada de adulterar ou de omitir dado ou informação em benefício direto ou indireto de si ou de terceiro, a pena será dobrada. (supressão)

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.



Confederação Nacional da Indústria

t) Contratação Integrada

A contratação integrada foi concebida, dentro do RDC, como um regime de execução específico, dentro do contexto de mitigação de riscos e celeridade na contratação, especialmente para determinados tipos de escopo. Entendeu-se como critério de demarcação para a adoção da contratação integrada questões de vultuosidade e complexidade técnica, assim entendidos como aqueles que permitem o trespasse do projeto para o particular, com vistas a capturar eficiência alocativa e mitigar riscos.

Dessa forma a contratação integrada vem sendo conduzida e interpretada no RDC, inclusive pelo TCU, que privilegia a aferição de condições específicas, notadamente técnicas, como justificativa à adoção desse regime de execução.

Nesse sentido, então, é de se propor que o PL 6814/17, ao tratar dos requisitos para a contratação integrada, acompanhe os motivos que ensejaram a instituição desse regime, evitando, com isso, a banalização das especificidades que o caracterizam.

Sugestão legislativa:

Art. 41. ...

§ 11. Os regimes de contratação integrada e semi-integrada somente poderão ser aplicados nas licitações para a contratação de obras, serviços e fornecimentos cujos valores estimados sejam superiores a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) e que envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou
- c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado;

Conclusão

Pelo exposto, recomenda-se a aprovação do projeto de lei, com os aperfeiçoamentos sugeridos.

Brasília, de abril de 2018.