

GRUPO II – CLASSE V – Plenário
TC 017.376/2016-5
Natureza: Relatório de Auditoria
Órgão/Entidade: Fundação Oswaldo Cruz
Interessado: Congresso Nacional (vinculador)
Representação legal: não há

SUMÁRIO: RELATÓRIO DE AUDITORIA. FISCOBRAS/2016. CONSTRUÇÃO DO NOVO CENTRO DE PROCESSAMENTO FINAL DE IMUNOBIOLOGICOS DE BIO-MANGUINHOS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (NCPFI). PAGAMENTO IRREGULAR DO ITEM ADMINISTRAÇÃO LOCAL. ANTECIPAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DE ETAPAS. SUPERDIMENSIONAMENTO DO CONTRATO DE SUPERVISÃO ANTE O MODELO DE EXECUÇÃO DO EMPREENDIMENTO. INDEFINIÇÃO DA MODELAGEM DE CONTRATAÇÃO. DETERMINAÇÕES, RECOMENDAÇÕES E CIENTIFICAÇÕES.

RELATÓRIO

Trata-se de auditoria realizada com vistas a avaliar a regularidade da construção do Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos de Bio-Manguinhos – RJ (NCPFI), a cargo da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).

2. Transcrevo, a seguir, corpo do relatório de auditoria (peça 36) elaborado por equipe da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana, cuja proposta de encaminhamento contou com a anuência dos dirigentes da mencionada unidade técnica (peças 37 e 38):

“I. Apresentação

1. *Trata-se de auditoria realizada na Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz, entre 27/6/2016 a 22/7/2016, com o objetivo de fiscalizar a construção do Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos de Bio-Manguinhos – RJ (NCPFI), localizado em Santa Cruz, zona oeste do município do Rio de Janeiro/RJ. A fiscalização decorre do Acórdão 664/2016-TCU-Plenário, de 23/3/2016, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro (TC-011.421/2015-0), e faz parte do Fiscobras de 2016, programa de fiscalizações realizadas pelo TCU na área de obras públicas.*

2. *A equipe de auditoria foi composta na sua integralidade por Auditores da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana do TCU (SeinfraUrbana).*

3. *A presente auditoria almeja certificar o andamento da construção no NCPFI, identificando eventuais desvios e promovendo, se encontradas, as correções de irregularidades e impropriedades presentes no processo de contratação das etapas do empreendimento. Busca-se também uma maior transparência dos gastos da União e a viabilização do controle social dos gastos públicos.*

I.1. Importância socioeconômica

4. *A Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz, de natureza autárquica fundacional, vinculada ao Ministério da Saúde – MS, criada em 1900, tem como missão a promoção da saúde, atuando como agente da cidadania e gerando conhecimento científico e tecnológico. A Fiocruz articula políticas sociais a um modelo de desenvolvimento que visa garantir mais acesso da população à saúde.*
5. *Entre as principais atividades desempenhadas pela Fiocruz destaca-se a de produção de vacinas, reativos para diagnósticos e medicamentos. Para o regular desempenho dessa atividade, a Fiocruz conta com o apoio de uma de suas unidades: o Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (Bio-Manguinhos).*
6. *Bio-Manguinhos, fundado em 1976, desempenha papel destacado nos programas do Ministério da Saúde. O instituto busca contribuir para a melhoria dos padrões da saúde pública brasileira, por meio de inovação, desenvolvimento tecnológico e produção de imunobiológicos, e prestação de serviços para atender prioritariamente às demandas de saúde do país. Nesse diapasão de melhor atender às demandas de saúde do país, Bio-Manguinhos está implementando o NCPFI que possibilitará a expansão do portfólio de produtos produzidos pelo instituto.*
7. *A construção do NCPFI apresenta alto nível de materialidade – serão aproximadamente R\$ 800.000.000,00 de recursos públicos, mais R\$ 2.200.000.000,00 de recursos privados, combinados com um alto grau de relevância social na área de saúde pública.*

II. Introdução

II.1. Deliberação que originou o trabalho

8. *Em cumprimento ao Acórdão 664/2016 - Plenário, realizou-se a auditoria na Fundação Oswaldo Cruz, no período compreendido entre 13/6/2016 e 22/7/2016.*
9. *As razões que motivaram esta auditoria foram a alta materialidade e a importância da obra na atual conjuntura do sistema de saúde brasileiro.*

II.2. Visão geral do objeto

10. *A Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) é uma instituição vinculada ao Ministério da Saúde que tem como missão promover a saúde e o desenvolvimento social; gerar e difundir conhecimento científico e tecnológico; e ser um agente da cidadania.*
11. *O Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (Bio-Manguinhos) é a unidade da Fiocruz responsável pelo desenvolvimento tecnológico e pela produção de vacinas, reativos e biofármacos voltados para atender prioritariamente às demandas da saúde pública nacional.*
12. *Esse Instituto possui duas unidades: Campus Eusébio (CE) e Campus Manguinhos (RJ); e está construindo a terceira em Santa Cruz/RJ, o Novo Centro de Processamento Final (NCPFI), empreendimento auditado no presente trabalho.*
13. *O terreno do Complexo Industrial de Biotecnologia em Saúde (CIBS) abrange uma área de 21 lotes totalizando 580 mil m². O Novo Centro de Processamento Final (NCPFI) representa, nesta fase do projeto, em que são previstas as primeiras edificações, 200 mil m² do CIBS. A área restante do terreno, 380 mil m², será utilizada em futuras expansões para atender a novos prédios.*
14. *O NCPFI abrigará:*
 - a) *Instalações industriais: três prédios de produção, dois armazéns, um prédio para controle e garantia da qualidade, utilidades em geral, tratamento de resíduos e efluentes;*
 - b) *Prédios auxiliares: administração, data center, restaurante, manutenção, limpeza, garagem, brigada de incêndio, galpão, alojamento, centro de ciência e creche;*

c) *Infraestrutura geral.*

15. O projeto do NCPFI está representado na figura seguinte, sendo a área verde à direita das construções a área disponível para novas instalações no futuro, caso necessário.

Figura 1 – Projeto do Novo Centro de Processamento Final (NCPFI)



Fonte: evidência 19 (Anexo 2 do projeto básico)

16. Atualmente, o projeto básico do empreendimento está concluído e o projeto executivo em fase final de elaboração. Visando a diminuir o tempo total de construção em função da urgência que vem sendo apontada pela Anvisa para solução de problemas nas instalações atuais, o instituto antecipou algumas etapas da execução do empreendimento. Essas etapas, bem como seus percentuais de realização estão relacionadas na Tabela 1 abaixo, com data de referência 31/5/2016:

Tabela 1 – Percentual de execução dos contratos para o NCPFI

<i>Etapas</i>	<i>Número do contrato</i>	<i>Percentual de execução</i>
1. Terraplenagem 1ª fase	085/2012	100,00%
2. Compensação ambiental	002/2015	55,58%
3. Estaqueamento	019/2015	49,46%
4. Ligação de água CEDAE	101/2015	50,32%
5. Terraplenagem 2ª fase	104/2015	10,73%
6. Construção de cerca	031/2015	100,00%

Fonte: evidência 13 (resposta ao ofício 333 – TCU)

17. A figura 2 corresponde aos estágios de execução identificados na tabela 1 acima, em maio de 2016:

Figura 2 – Obras do NCPFI em maio de 2016



Fonte: fotos enviadas pelo Instituto Bio-Manguinhos

18. Até a data final da execução dos trabalhos da presente auditoria, o instituto já havia celebrado 9 contratos relacionados a construção do NCPFI, entre contratação de projetos de etapas da execução da obra, totalizando R\$ 313.316.240,67 (evidência 25). Alguns dos contratos, citados, já foram concluídos.

19. Diante das informações prestadas, considerando a limitação de esforços e aplicando os conceitos de materialidade e relevância, foram selecionados os seguintes contratos para o escopo dessa auditoria:

Tabela 2 – Contratos auditados

Nome	Número do contrato	Valor atual (R\$)
1. Estaqueamento	019/2015	72.930.981,09
2. Terraplenagem 2ª fase	104/2015	88.600.000,00
3. Gerenciamento das Obras	028/2015	63.205.947,82
4. Contratação do projeto executivo	104/2012	55.469.250,00
Total		280.206.178,91

20. Inicialmente, cabe trazer informação prestada pelos técnicos do Instituto de Bio-Manguinhos durante os trabalhos em campo. Segundo eles, o instituto já iniciou algumas etapas do empreendimento visando a agilizar a conclusão do objeto. Não obstante, planeja-se que a parcela de maior relevância seja contratada por meio de built to suit, espécie de aluguel com possibilidade de reversão do bem ao patrimônio público, que será devidamente detalhado nos achados desse relatório.

21. A terraplenagem aconteceu em duas fases. A 1ª fase foi executada no contrato 75/2012 pelo montante de R\$ 24.000.061,76 e já foi concluída. Essa 1ª fase não entrou no escopo da auditoria. Quanto à 2ª fase da terraplenagem, essa teve a data de abertura da licitação em 29/10/2015, na modalidade pregão, na forma eletrônica, do tipo menor preço. O contrato 104/2015 foi assinado em 7/12/2015, com a empresa Carioca Christiani Nielsen, no valor de R\$ 88.600.000,00.

22. *A licitação do estaqueamento foi aberta em 2/2/2015, na modalidade concorrência pública, do tipo menor preço, com regime de execução empreitada por preço unitário. O contrato 19/2015 foi assinado em 26/5/2015, com a empresa Carioca Christiani Nielsen, no valor de R\$ 72.930.981,09.*

23. *A licitação para o gerenciamento das obras foi aberta em 6/1/2015, na modalidade concorrência pública, do tipo técnica e preço, com regime de execução empreitada por preço unitário. O contrato 28/2015 foi assinado em 15/5/2015, com a empresa Concremat Engenharia e Tecnologia, no valor estimado de R\$ 63.205.947,82.*

24. *O contrato para desenvolvimento do Projeto Executivo foi assinado com a empresa IPS – Integrated Project Services Inc., mediante inexigibilidade de licitação, no valor de R\$ 55.469.250,00. Com relação a esse serviço, cumpre registrar que a presente auditoria teve-se a verificar se o processo de inexigibilidade de licitação seguiu a legislação vigente.*

II.3. Objetivo e questões de auditoria

25. *A presente auditoria teve por objetivo fiscalizar as obras de construção do Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos no estado do Rio de Janeiro (NCPFI de Bio-Manguinhos).*

26. *A partir do objetivo do trabalho e a fim de avaliar em que medida os recursos estão sendo aplicados de acordo com a legislação pertinente, formularam-se as questões adiante indicadas:*

a) Questão 1: A previsão orçamentária para a execução da obra é adequada?

b) Questão 2: Existem estudos que comprovem a viabilidade técnica e econômico-financeira do empreendimento?

c) Questão 3: O tipo do empreendimento exige licença ambiental e foram realizadas todas as etapas para esse licenciamento?

d) Questão 4: Há projeto básico/executivo adequado para a licitação/execução da obra?

e) Questão 5: O procedimento licitatório foi regular?

f) Questão 6: A formalização do contrato atendeu aos preceitos legais e sua execução foi adequada?

g) Questão 7: O orçamento da obra encontra-se devidamente detalhado (planilha de quantitativos e preços unitários) e acompanhado das composições de todos os custos unitários de seus serviços?

h) Questão 8: Os quantitativos definidos no orçamento da obra são condizentes com os quantitativos apresentados no projeto básico / executivo?

i) Questão 9: Os preços dos serviços definidos no orçamento da obra são compatíveis com os valores de mercado?

j) Questão 10: Os procedimentos para aquisição de titularidade de terreno são regulares?

II.4. Metodologia utilizada

27. *Os trabalhos foram realizados em conformidade com as Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União (Portaria-TCU n. 280, de 8 de dezembro de 2010, alterada pela Portaria-TCU n. 168 de 30 de junho de 2011) e com observância aos Padrões de Auditoria de Conformidade estabelecidos pelo TCU (Portaria-Segecex n. 26 de 19 de outubro de 2009).*

28. *Durante o planejamento e a execução da auditoria, o levantamento das informações sobre as obras foi realizado por meio de ofícios de requisição à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), mais especificamente ao Instituto Bio-Manguinhos (unidade da Fiocruz), responsável pelas obras fiscalizadas. Para responder às questões de auditoria e desenvolver os seus procedimentos, foram utilizadas as seguintes técnicas de auditoria: análise documental; pesquisa em sistemas*

informatizados e sítio eletrônicos; confronto de informações e documentos; comparação com a legislação, a jurisprudência do TCU e a doutrina; conferência de cálculos nos orçamentos; análise de projetos e vistoria in loco.

29. *Na execução da auditoria, foram realizadas as análises de preço (Curva ABC) dos itens constantes das planilhas de custos dos contratos 19/2015 (estaqueamento, peça 8) e 104/2015 (2ª fase terraplenagem, peça 9). Não foram detectados sobrepreços nas análises.*

II.5. Limitações inerentes à auditoria

30. *As principais limitações aos trabalhos de auditoria foram a grande quantidade de informações envolvida, tendo em vista que existem vários contratos relacionados ao objeto. Além disso, houve dificuldade na obtenção de informações em meio eletrônico, o que atrasou parcialmente a execução da auditoria, não chegando, entretanto, a comprometer os resultados.*

II.6. Volume de recursos fiscalizados

31. *O volume de recursos fiscalizados alcançou o montante de R\$ 280.206.178,91.*

32. *Esse valor corresponde à soma dos valores atualizados dos contratos materialmente mais relevantes firmados que foram analisados, discriminados da seguinte forma: contrato 19/2015 (estaqueamento) – R\$ 72.930.981,09, contrato 28/2015 (gerenciamento) – R\$ 63.205.947,82, contrato 104/2015 (2ª fase terraplenagem) – R\$ 88.600.000,00 e contrato 104/2012 (contratação do projeto executivo) – R\$ 55.469.250,00. Esses valores também estão dispostos na Tabela 2 acima.*

II.7. Benefícios estimados da fiscalização

33. *Entre os benefícios estimados desta fiscalização pode-se mencionar possíveis aprimoramentos no modelo de contratação do empreendimento, haja vista a escassez de informações sobre a forma como será concretizado: rito ordinário da Lei 8.666/1993, PPP, built to suit etc; readequação dos critérios de pagamentos de administração local nas obras da Fiocruz; e, ainda, revisão de contrato de gerenciamento, diminuindo os gastos de recursos públicos na implantação do empreendimento.*

III. Achados de auditoria

III.1. Pagamento irregular do item administração local

III.1.1. Tipificação do achado:

Classificação - irregularidade grave que não prejudique a continuidade (IGC)

34. *Segundo o art. 117, § 1º, IV, da Lei 13.242/2015 (LDO 2016), são:*

IV - indícios de irregularidades graves com recomendação de paralisação - IGP, os atos e fatos materialmente relevantes em relação ao valor total contratado que apresentem potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário ou a terceiros e que:

a) possam ensejar nulidade de procedimento licitatório ou de contrato; ou

b) configurem graves desvios relativamente aos princípios constitucionais a que está submetida a administração pública federal;

V - indício de irregularidade grave com recomendação de retenção parcial de valores - IGR, aquele que, embora atenda à conceituação contida no inciso IV do § 1º, permite a continuidade da obra desde que haja autorização do contratado para retenção de valores a serem pagos, ou a apresentação de garantias suficientes para prevenir o possível dano ao erário, até a decisão de

mérito sobre o indício relatado;

35. *Analisando o indício de irregularidade apontado, nota-se que o valor não é materialmente relevante, considerando-se não só os totais dos respectivos contratos individualmente, mas também o montante global envolvido em todas as contratações até aqui realizadas (R\$ 313.316.240,00). O total de pagamentos antecipados do item administração local no contrato 19/2015 foi de R\$ 1.164.555,31 (1,60% do total do contrato), e no contrato 104/2015 foi de R\$ 164.904,98 (0,19% do total do contrato). Ademais, os próprios valores totais do item administração local em ambos os contratos (R\$ 2.304.225,00, no contrato 19/2015, representando 3,16 % do seu valor total, e R\$ 1.832.277,60, no contrato 104/2015, ou 2,07% do total) não possuem relevância que justifiquem a caracterização de IGP. O indício deve, portanto, ser amoldado no conceito residual de IGC - indício de irregularidade grave que não prejudica a continuidade, cf. art. 117, §1º, inciso VI, da Lei 13.242, de 30 de dezembro de 2015 (LDO 2016).*

III.1.2. Situação encontrada:

36. *Após a análise do cronograma físico-financeiro (evidências 5 e 6) e das planilhas de medição (evidências 7 e 9) referentes aos contratos 19/2015 (estaqueamento) e 104/2015 (2ª fase da terraplanagem) das obras de construção do NCPFI, no município do Rio de Janeiro/RJ, foi identificado que os pagamentos relativos ao item administração local, cujo montante total equivale a R\$ 2.304.225,00, no contrato 19/2015, representando 3,16 % do seu valor total, e R\$ 1.832.277,60 , no contrato 104/2015, ou 2,07% do total, estão sendo efetuados de maneira irregular, em desacordo com a jurisprudência deste Tribunal, em especial, com o Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário.*

37. *O Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário, no item 9.3.2.2, orientou que fosse estabelecido, nos editais de licitação, critério objetivo de medição para a administração local, estipulando pagamentos proporcionais à execução financeira da obra, evitando-se, assim, desembolsos indevidos de administração local em virtude de atrasos ou de prorrogações injustificadas do prazo de execução contratual, com fundamento no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e nos artigos 55, inciso III, e 92, da Lei 8.666/1993.*

38. *O pagamento da administração local proporcional ao percentual de execução da obra evita o desequilíbrio entre a quantidade de serviços executados e o total pago pela administração local, minimizando o risco de que sejam efetuados pagamentos por serviços não executados ou realizados em quantitativos superiores ao necessário. O critério de medição mensal, adotado nos contratos em tela, pode distorcer os pagamentos e levar ao recebimento indevido de valores pela empresa contratada, se por algum motivo houver redução do ritmo de execução da obra e atraso em sua conclusão.*

39. *Além disso, essa forma de medir e pagar os serviços de administração local caracteriza o chamado “paradoxo do lucro-incompetência”, tratado no voto condutor do Acórdão 1.558/2003-TCU-Plenário. Ao se fixar pagamento de administração local de forma desvinculada do ritmo de execução da obra, premia-se o atraso, vale dizer, quanto mais tempo se demorar para concluir o objeto, mais se receberá a título de administração local.*

40. *A seguir, serão detalhados os problemas identificados nos dois contratos.*

1) Contrato 19/2015

41. *Diante da análise da 11ª medição e do cronograma físico-financeiro do contrato (evidência 7), identificou-se que os itens da planilha orçamentária do contrato 19/2015*

(estaqueamento) relacionados com a administração local estavam com 100%, ou R\$ 2.304.225,00, já pagos, não obstante o andamento da obra estar com apenas 49,46%.

42. Essa discrepância foi motivada pelo critério de medição adotado pela administração, que dividiu o valor previsto no orçamento para esses itens pelo número de meses previstos de duração da obra, de modo a pagar um valor pré-determinado, de acordo com o previsto no cronograma físico-financeiro original, sem considerar o andamento físico do empreendimento.

43. No caso específico, o valor total contratado para o item administração local foi de R\$ 2.304.225,00, enquanto o contrato foi assinado no valor de R\$ 72.930.981,09, assim, o item representa 3,16% do contrato.

44. Devido ao critério de medição mensal, adotado no contrato, o item administração local já integralizou todo seu valor contratado, R\$ 2.304.225,00, entretanto a execução financeira da obra encontra-se em 49,46%, ou seja, o valor pago para o referido item deveria estar no mesmo percentual de execução da obra, representando o montante de R\$ 1.139.669,69. Registra-se, assim, uma antecipação de pagamento do referido item no valor de R\$ 1.164.555,31.

45. A data prevista para término do contrato era 21/1/2016, com o pagamento sendo mensal, o item já integralizou seu montante total na 7ª medição (janeiro/2016). Cabe ressaltar que o contrato sofreu um aditivo em janeiro de 2016, prolongando a sua vigência por mais oito meses, com término em 26/9/2016, assim, a administração local teria mais oito meses sem remuneração pelo trabalho, devido ao seu recebimento antecipado.

46. Até a data da última medição apresentada (11ª medição - maio/2016) o item não apresentava nenhuma remuneração desde a 8ª medição (fevereiro/2016).

2) Contrato 104/2015

47. Diante da análise da 3ª medição e do cronograma físico-financeiro (evidência 9) do contrato, identificou-se que os itens da planilha orçamentária do contrato 104/2015 (2ª fase da terraplanagem) relacionados com a administração local estavam com 20%, ou R\$ 366.455,52, já pagos, não obstante o andamento da obra estar com apenas 10,73%.

48. Essa discrepância foi motivada pelo critério de medição adotado pela administração, que, assim como no contrato anterior, dividiu o valor previsto no orçamento para esses itens pelo número de meses de duração da obra, de modo a pagar um valor pré-determinado, de acordo com o previsto no cronograma físico-financeiro original, sem considerar o andamento físico do empreendimento.

49. No caso específico, o valor total contratado para o item administração local foi de R\$ 1.832.277,60, enquanto o contrato foi assinado no valor de R\$ 88.600.000,00. Assim, o item representa 2,07% do contrato.

50. Devido ao critério de medição mensal, já foram pagos R\$ 366.455,52, ou 20% do total da administração local. Entretanto a execução financeira da obra encontra-se em 10,73%, ou seja, o valor pago para o referido item deveria estar no mesmo percentual de execução da obra, representando o montante de R\$ 201.550,54. Registra-se assim, uma antecipação de pagamento da administração local no montante de R\$ 164.904,98.

51. A situação foi questionada no Ofício 2/276 – TCU/SeinfraUrbana, de 4/7/2016. Na resposta (evidência 12), o instituto afirma que o critério de medição adotado para o referido item foi pagamentos mensais, ou seja, a utilização da distribuição do valor orçado do item de forma linear, ao

longo do prazo da vigência contratual. Afirma ainda que o pagamento da administração local foi realizado ao longo da vigência do contrato, já que inexistia previsão do pagamento proporcional à execução da obra. E que só tomaram conhecimento desta informação após o Acórdão 1.247/2016-TCU-Plenário, de 18/5/2016.

52. Note-se que o entendimento acerca do pagamento fixo e linear da administração local já foi pacificado no TCU pelo Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário, de 25/9/2013. Ademais, anteriormente, no relatório do Acórdão 2.369/2011-TCU-Plenário, a unidade técnica do tribunal já tinha proposto que os pagamentos do item Administração Local fossem proporcionais à execução financeira dos serviços do empreendimento fiscalizado, de forma a garantir que a obra chegasse ao fim juntamente com a medição e o pagamento de 100% da parcela de Administração Local.

53. Além disso, decisão do TCU que firma certo entendimento a partir de uma data específica, como é o caso do Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário, de fato exige maior rigor dos gestores nos atos correlatos praticados posteriormente à decisão, porém não convalida as práticas anteriores, que além de dissonarem do entendimento, sejam contrárias a princípios básicos da administração, como os da economicidade e da eficiência.

54. Por analogia, cabe mencionar o Acórdão 1.923/2016-TCU-Plenário, que tratando das faixas de BDI aceitáveis fixadas no Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário, assim dispôs: “As taxas referenciais de BDI definidas no Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário são aplicáveis às análises técnicas do TCU elaboradas a partir da data de publicação do julgado (4/10/2013), **independentemente de a licitação ou o contrato serem anteriores a ele. (negrito acrescido)**”

55. Por fim, o Bio-Manguinhos afirma que serão adotadas as providências necessárias para adequação às recomendações deste Tribunal.

56. Não obstante, a fim de garantir que o critério de medição indevidamente adotado não venha a gerar prejuízos ao erário, é necessário que a Fiocruz concilie o percentual de pagamentos da administração local ao percentual de execução dos demais serviços, a fim de garantir que a obra chegue ao fim juntamente com a medição e o pagamento de 100% do item de administração local.

57. Diante do exposto, a equipe de auditoria vislumbra como proposta de encaminhamento determinação para que o instituto glose nas próximas faturas de medição os valores suficientes para realinhar o percentual pago da administração local nos dois contratos aos respectivos percentuais de execução das obras, entretanto em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, reputa-se necessário realizar oitiva prévia da Fiocruz, bem como da contratada para a execução das obras, Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A., para que se manifestem a respeito da irregularidade em debate.

58. Apesar da classificação do achado como IGC, não se vislumbra a penalização individual dos gestores, razão pela qual não se alvitra, nesse primeiro momento a realização de audiência, bem como a elaboração da matriz de responsabilidades, prevista no Anexo III referente aos Padrões de Auditoria de Conformidade, aprovado pela Portaria-Segecex nº 26, de 19 de outubro de 2009.

III.2. Antecipação de contratação de etapas.

III.2.1. Tipificação do achado:

Classificação - irregularidade grave que não prejudique a continuidade (IGC)

59. *O indício de irregularidade apontado se amolda ao conceito residual do art. 117, §1º, inciso VI – indício de irregularidade grave que não prejudica a continuidade. Apesar de a irregularidade apresentar potencial de ocasionar prejuízo ao erário, caso não seja corrigida, ela não atende a nenhuma das demais condições descritas no art. 117, §1º, incisos IV e V, da Lei 13.242/2015, de 30 de Dezembro de 2015 (LDO 2016), negritadas abaixo:*

IV - indícios de irregularidades graves com recomendação de paralisação - IGP, os atos e fatos materialmente relevantes em relação ao valor total contratado que apresentem potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário ou a terceiros e que:

a) possam ensejar nulidade de procedimento licitatório ou de contrato; ou

b) configurem graves desvios relativamente aos princípios constitucionais a que está submetida a administração pública federal;

60. *Ademais, no presente achado a classificação como IGP pode gerar prejuízos maiores ao erário devido à exposição das etapas ora em execução a intempéries, a possíveis interrupções contratuais, e à própria perda da credibilidade na conclusão do empreendimento por parte dos potenciais parceiros privados. Considerando ainda que o empreendimento se encontra em fase inicial e que a adoção das medidas saneadoras poderá resguardar o interesse público, faz-se apropriado a classificação do achado como IGC.*

III.2.2. Situação encontrada:

61. *Foi identificada a antecipação da contratação das etapas de fundação e de serviços de movimentação de terra (2ª fase dos serviços de terraplenagem e aquisição e cravação das estacas), sem que exista, até o momento, decisão a respeito do modelo a ser adotado para a execução do restante do empreendimento.*

62. *Os modelos suscitados são: 1) contratação de empresa para a execução das obras em rito ordinário (planejamento/projetos, licitação e fiscalização contratual), seguindo os dispositivos da Lei 8.666/93, ou, 2) built to suit – BTS (espécie de locação com possibilidade de reversão do bem ao patrimônio público), que, no presente, aparenta ser a escolha preferencial da Fiocruz.*

63. *A soma dos recursos envolvidos nos contratos supracitados é de R\$ 161.530.981,09, dos quais R\$ 72.930.981,09 são referentes à contratação de aquisição e cravação das estacas (Contrato 19/2015, evidência 3) e R\$ 88.600.000,00 referem-se à contratação da 2ª fase dos serviços de terraplenagem (Contrato 104/2015, evidência 17).*

64. *Em 31/5/2016, a porcentagem de execução física do empreendimento como um todo estava com 14,12%, de acordo com o jurisdicionado (evidência 11, p.3). Especificamente, o Contrato 19/2015 apresentava execução física de 49,46% e o Contrato 104/2015 encontrava-se com execução física de 10,73% (evidência 10, p. 4).*

65. *De acordo com informações prestadas pela Fiocruz, a construção do NCPFI está estimada em um montante total de recursos de R\$ 3.600.000.000,00, dos quais R\$ 1.400.000.000,00 são de recursos públicos (representado na Ação 13 DW/ PPA 2012-2015 e Ação 13 DW/PPA 2016-2019) e R\$ 2.200.000.000,00 serão captados junto à iniciativa privada.*

66. *Dos montantes financeiros envolvidos na execução do empreendimento, pode-se classificar a obra como de grande vulto, nos moldes definidos no art. 6º, inciso V, da Lei 8.666/93, que diz: “V - Obras, serviços e compras de grande vulto - aquelas cujo valor estimado seja superior a 25 (vinte e cinco) vezes o limite estabelecido na alínea "c" do inciso I do art. 23 desta Lei”. Esse valor*

estimado é de 25 vezes o valor máximo para a realização de licitação na modalidade tomada de preços, hoje seria o equivalente a obras de R\$ 37.500.000,00. De onde se reafirma a importância de estudos adequados e detalhados antes da inicialização da execução do empreendimento.

67. *A Fiocruz, por meio de Bio-Manguinhos, apresentou o Estudo de Viabilidade Econômico – Financeira e Institucional desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (evidência 14) que aponta como modelo mais adequado para a captação dos recursos privados o BTS.*

68. *O built to suit – BTS, que traduzido de forma direta para o português é “construído para servir”, também pode ser referenciado como: “locação sob medida”, locação sob encomenda”, ou “locação com obrigação de fazer”. Independente da nomenclatura adotada, o BTS é utilizado para atender demandas imobiliárias de empresas que não desejam imobilizar capital na construção de instalações próprias, porém as instalações requeridas por essas empresas possuem certas especificidades não encontradas em imóveis ofertados no mercado. Para atender à necessidade dessas empresas, o BTS foi desenhado como um contrato de locação de longo prazo onde o locatário especifica as características do imóvel e o locador/investidor executa o empreendimento sob medida para as necessidades do locatário.*

69. *O valor do aluguel e o prazo de duração do contrato no BTS são calculados de forma proporcional e razoável para cobrir os custos do empreendimento e para remunerar o capital do investidor. É de se esperar que o valor do aluguel de um imóvel construído no modelo BTS seja maior que o valor pago no mercado, pensamento nessa linha foi externado na proposta de deliberação do Acórdão 1.301/2013-TCU-Plenário:*

Nesse ponto, é importante destacar que uma operação built to suit não pode ser considerada como mero contrato de locação.

Eis que, além da locação, a operação envolve, para o locador (empreendedor ou investidor contratado), a aquisição do terreno, a elaboração de projetos, a construção e entrega do imóvel pronto, o recebimento de remuneração pelo uso do imóvel e pelo retorno dos investimentos alocados, com a possibilidade de securitização do contrato, cujos títulos terão como lastro o valor dos aluguéis acordados.

[...]

Vale dizer que, nesses casos em que o terreno já é de propriedade do órgão ou entidade contratante, o investidor contratado executa a obra encomendada no terreno e procede à locação das instalações prediais construídas pelo valor e tempo necessários para a justa remuneração do empreendimento, aí abrangidos os custos e o lucro.

Não é demais lembrar que a construção, pela iniciativa privada, de imóvel em terreno público requer a concessão de direito de superfície, o que foi providenciado nos casos logo acima citados.

70. *No caso do NCPFI, o terreno onde será realizado o empreendimento está em fase final de aquisição da posse definitiva pela Fiocruz, condição necessária para conceder o direito de superfície para que o particular construa, viabilizando assim o BTS.*

71. *Entendimento sintético sobre BTS foi apresentado na proposta de deliberação do Acórdão 1.301/2013-TCU-Plenário: “Em apertada síntese, pode-se dizer que a operação built to suit consiste na locação de um imóvel construído pelo futuro locador conforme especificações pré-definidas pelo futuro locatário.”*

72. *O contrato de locação built to suit era considerado atípico até a edição da Lei 12.744, de 19 de Dezembro de 2012, que incluiu o art. 54-A na Lei do Inquilinato. Passou, a partir de então, a*

ser um contrato típico, dando maior segurança jurídica às partes. O art. 54-A da referida lei passou a adotar o seguinte texto:

Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

§ 1º Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

§ 2º Em caso de renúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.

73. *No âmbito da Administração Pública, a utilização desses contratos BTS encontra fundamento genérico no supracitado art. 62, §3º, I, da Lei 8.666/1993, sendo considerados contratos da administração, e não contratos administrativos stricto sensu.*

74. *Mais recentemente, esse modelo de operação foi também positivado pela edição da Lei 13.190, de 19 de Novembro de 2015, que adicionou art. 47-A na Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Lei do RDC).*

75. *No ano de 2013, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho apresentou Consulta ao TCU sobre a aplicabilidade do instituto sob o inciso X, do art. 24, da Lei 8.666/1993, ou seja, se a modalidade de contratos built to suit seria aplicável às contratações públicas e, mais especificamente, se se justificaria a dispensa de realização de procedimento licitatório.*

76. *Em resposta, o Tribunal exarou o Acórdão 1.301/2013 – TCU – Plenário, no qual admitiu a utilização dos contratos built to suit na Administração Pública devendo observar as seguintes orientações:*

9.4.1. caracterização da efetiva necessidade do novo imóvel, com demonstração de que o imóvel até então porventura em uso não atende mais ao interesse público e de que não comporta readequação;

9.4.2. comprovação da inexistência de imóveis disponíveis no âmbito da administração pública federal, estadual, distrital ou municipal, de acordo com as “Orientações para destinação do Patrimônio da União”, que foram editadas pela SPU/MPOG em 2010;

9.4.3. fundamentação da decisão pela locação sob medida baseada em estudos técnicos, pareceres e documentos comprobatórios que justifiquem tal opção contratual, incluindo a necessidade de se demonstrar que, comprovada a impossibilidade de suprir a demanda por outras formas, a utilização da locação sob encomenda mostra-se inequivocamente mais favorável economicamente do que a realização de reforma ou adequação em imóvel alugado sob a forma convencional;

77. *Quanto à motivação para o uso do instituto do BTS, a decisão assim dispôs:*

Para justificar a estruturação dessa operação no setor público, os motivos informados pelos gestores públicos situam-se, em essência, na inexistência ou no contingenciamento de dotação orçamentária para aquisição plena de terreno e construção completa de imóveis, no alto custo das reformas realizadas em imóveis alugados pela administração pública junto ao setor privado sem devolução posterior pelo locador dos valores não amortizados e na falta, junto ao mercado imobiliário, de edificações que atendam às necessidades de estruturação operacional dos órgãos, de forma a melhor prestarem os serviços públicos.

78. *No caso concreto em análise, a utilização do BTS para a construção do NCPFI foi justificada por Bio-Manguinhos por uma questão de contingenciamento de dotação orçamentária e pela inexistência no mercado imobiliário de edificação que atenda às especificidades do projeto, o que coaduna com as motivações comuns para o uso do modelo levantadas no acórdão em referência.*

79. *O Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira e Institucional desenvolvido pela FGV informa que o melhor modelo jurídico para a implementação do empreendimento é o BTS (evidência 14, p. 49-50), como se lê:*

Existem diferentes modelagens jurídicas possíveis para a implantação do empreendimento, sob o cenário atual ou de empresa pública.

Dentre tais modelagens, de modo geral, a que mais se adequa às necessidades do projeto é a do built to suit com opção de compra pré-ajustada.

80. *Porém, o referido estudo dedica-se a avaliar a viabilidade da própria fábrica, mas não se empenha especificamente à análise das vantagens e desvantagens da adoção do modelo BTS comparativamente com as demais opções. O documento não contém análise econômico-financeira das diversas possibilidades de execução do empreendimento, como, por exemplo, execução pelo rito ordinário, seguindo os dispositivos da Lei 8.666/93, ou parceria público-privada – PPP.*

81. *Na busca de densidade normativa e jurídica ao modelo BTS, pode-se considerar por analogia alguns procedimentos constantes da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de **parceria público-privada** no âmbito da administração pública.*

82. *Nesse sentido, o Acórdão 1.301/2013 – TCU – Plenário recomendou ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho e ao Conselho Nacional de Justiça que avaliasse a conveniência e oportunidade de celebrar PPP, na modalidade concessão administrada, como alternativa ao BTS. No mesmo Acórdão, o Exmo. Ministro Benjamin Zymler, em voto revisor, traçou semelhanças entre o BTS associado à prestação de serviços prediais e uma PPP na modalidade de concessão administrada, pontuando algumas vantagens do último, como se lê abaixo:*

No presente caso, tem-se que a “locação sob medida” de imóveis por entes públicos pode estar associada à prestação de serviços prediais. Por via de consequência, nessa hipótese, pode ser celebrada uma PPP na modalidade “concessão administrativa”.

(...)

Entre as vantagens oferecidas pela adoção da PPP, destacam-se as seguintes:

a) possibilidade de o Poder Público utilizar a expertise dos agentes privados com o intuito de facilitar a solução de problemas enfrentados pela Administração;

(...)

c) marco legal bem definido e atual;

(...)

e) prazo longo de vigência (até 35 anos), o que facilita a amortização dos investimentos feitos pelo investidor privado;

(..)

h) concessão de garantias para o parceiro privado de que os pagamentos a serem efetuados pelo Poder Público serão regularmente realizados, o que gera a expectativa de pagamentos menores pela Administração;

- i) *via de regra, o início dos pagamentos ocorre apenas após a disponibilização do objeto da PPP pelo parceiro privado, o que reduz os riscos para o Poder Público;*
- j) *previsão de que, ao final da vigência contratual, o bem imóvel reverterá para o parceiro público.*

83. *Vistas as condicionantes relatadas no Acórdão 1.301/2013-TCU-Plenário, bem como a possibilidade de avaliar o emprego de outro instituto, a PPP, sem adentrar no mérito de qual seria a melhor opção, conclusão que não se pode chegar na presente análise por não se ter aprofundado na questão, o que se pode constatar é que a Fiocruz não demonstrou efetivamente que a utilização do BTS seria a melhor forma de realizar o empreendimento.*

84. *Outro ponto questionável é que não consta nos autos do processo de construção do NCPFI a demonstração concreta de interesse de nenhuma empresa privada em participar do empreendimento. Em resposta a questionamento de auditoria sobre a existência de interessados em participar efetivamente do BTS, a Fiocruz respondeu que está em processo de elaboração e consulta de interessados por meio da FGV e do escritório de advocacia do Dr. Jacoby Advogados Associados (evidência 11, p.3). De acordo com Bio-Manguinhos, a FGV está atuando na definição da modelagem econômica do empreendimento e o escritório do Dr. Jacoby Advogados Associados na definição das bases jurídicas para adoção do modelo BTS, inclusive para fim da futura elaboração de instrumento convocatório compatível com as práticas de mercado para evento dessa natureza jurídica e vulto econômico.*

85. *Não obstante a fragilidade dos estudos que fundamentam a opção pelo BTS, o ponto central do presente achado reside no fato de a Fiocruz ter contratado e estar executando parcelas do empreendimento de maneira fragmentada, com o agravante de que tais serviços poderiam estar inclusos no BTS, evitando-se assim o dispêndio imediato dos R\$ 161.530.981,09.*

86. *Uma das vantagens do BTS é transferir a responsabilidade da execução do empreendimento para o particular. Essa vantagem é apontada no próprio Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira e Institucional desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas - FGV (evidência 14, p.50):*

Para o NCPFI, as vantagens da utilização do built to suit em relação a outras formas de aquisição de imóveis são:

- o o contratante não é obrigado a se ocupar de tarefas alheias à sua expertise, tais como a construção e a fiscalização de um imóvel;*

87. *Nesse sentido, a menos que houvesse estudos indicando que a execução de determinadas parcelas do empreendimento aumentaria a atratividade do objeto ao mercado, ou que traria vantagens que compensassem a fragmentação da obra, não parece sensata a ideia de se contratar diretamente determinadas parcelas e incluir no BTS um objeto fragmentado. A frisar que junto com a antecipação de serviços veio o contrato de gerenciamento e supervisão, no valor total de R\$ 63.204.947,82, gasto questionável sob a premissa de adoção do BTS, conforme tratado no achado III.3.*

88. *Dentre os serviços antecipados, o que se mostra mais questionável é o de fundações. Ao executar tal etapa, a administração assumiu uma carga de responsabilidade possivelmente desnecessária, já que, como dito, todo o restante do empreendimento poderá vir a ser contratado no BTS. Se a empresa contratada no BTS vai executar todo o objeto, não haveria razões para não*

executar também as fundações. Aliás, sobre esse último aspecto, vale enfatizar, não consta que os gastos com as obras antecipadas terão repercussão em custos menores no BTS.

89. *Somam-se a isso os possíveis problemas futuros para a responsabilização por imperfeições ou defeitos nas obras, pois as fundações e o restante do empreendimento terão sido executados por empresas diferentes.*

90. *Questionada sobre os motivos que levaram à antecipação da contratação das etapas de fundação, Bio-Manguinhos apresentou documentos relacionados à motivação para a construção do NCPFI (evidência 18 e evidência 11, p. 1-2) e a urgência da situação. Quanto ao motivo específico das antecipações, disse: “para a operação do NCPFI no menor prazo possível, seria apropriada a execução das etapas das obras, que, por sua própria natureza, pudessem ser realizadas de forma independente, sem comprometimento à execução das demais etapas inerentes ao empreendimento. Nesse contexto, foram vislumbradas as etapas de terraplenagem e estaqueamento.” Entretanto, segundo o instituto, tal decisão não consta em qualquer ata ou parecer.*

91. *Em relação à responsabilização por problemas na estrutura do empreendimento, Bio-Manguinhos informou que a responsabilidade por cada etapa executada será atribuída à respectiva empresa contratada, conforme definido em cláusulas contratuais e na ART (Anotação de Responsabilidade Técnica), conferindo responsabilidade técnica ao executor (evidência 11, p.2).*

92. *Em que pese o argumento da Fiocruz, na execução de obras de construção civil, a fragmentação do objeto pode gerar dificuldades na atribuição de responsabilidade ao real causador do dano. Quanto à execução da terraplenagem, a interdependência para a execução de etapas posteriores é menor, no caso das estacas essa interdependência é considerável. Falhas de fundações podem comprometer a superestrutura, falhas de estruturas podem comprometer as alvenarias, esquadrias e vedações, falhas de alvenaria podem comprometer o acabamento etc.*

93. *Essas falhas são genericamente tratadas na engenharia como patologias. Patologias são as manifestações que prejudicam o desempenho esperado do edifício e suas partes, durante o ciclo de vida da edificação. No estudo das patologias é notável que o sucesso nas correções dessas falhas está na detecção tempestiva da origem do problema, segundo o professor Paulo Helene que diz: “as correções serão mais duráveis, mais efetiva, mais fáceis de executar e muito mais baratas quanto mais cedo forem executadas”. Sendo assim, se a determinação da responsabilização ocorre de forma tempestiva, as correções das falhas poderão ser mais bem sucedidas, reforçando a importância de uma sólida atribuição de responsabilização.*

94. *Segundo o art. 618 do Código Civil Brasileiro, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002:*

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

95. *Logo, o empreiteiro tem responsabilidade objetiva, por um período de 5 anos, pela solidez do empreendimento como um todo. Trata-se de um elevado gravame imposto ao construtor, o que deve corresponder a uma definição precisa dos limites da responsabilidade assumida quando a obra é contratada em etapas interdependentes. Não sendo bem administrada, a repartição de etapas da obra para vários empreiteiros elevará o risco de não se conseguir atribuir aos verdadeiros responsáveis o ônus de reparar os eventuais danos gerados.*

96. *Em auditoria realizada pelo TCU na Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero, no período compreendido entre 1/9/2014 e 3/10/2014, analisando obras executadas no aeroporto Eurico de Aguiar Salles em Vitória/ES, foi identificada situação semelhante em relação à fragmentação do objeto da obra e também foi apontada a dificuldade de se atribuir a responsabilidade pelo empreendimento. Em estudo desse caso concreto, a equipe de auditoria se deparou com a seguinte situação, constante de relatório de auditoria que acompanha o Acórdão 3.415/2014-TCU-Plenário, de 3/12/2014:*

[...] o edital visa contratar empresa para dar continuidade às obras parcialmente executadas nos anos de 2004 a 2009. Dentre os principais serviços executados àquela época, destacam-se a terraplenagem parcial da nova pista, bem como as fundações profundas (estacas) e demais peças pré-fabricadas de concreto para a estrutura do Terminal de Passageiros.

97. *Em questionamento da equipe de auditoria sobre de quem seria a responsabilidade técnica sobre as estruturas já construídas, a Infraero respondeu, de forma semelhante à Fiocruz no presente caso, que as responsabilidades seriam atribuídas aos executores de cada etapa, ou seja a empresa anteriormente contratada. Entendeu-se então que a empresa que assumisse a obra a partir do ponto licitado estaria livre de responsabilidade pelas estruturas já construídas. Porém, esse entendimento da Infraero a expunha a um risco de indeterminação da responsabilidade sobre danos na estrutura, como se lê no relatório:*

Neste caso, o posicionamento da Infraero eximindo as empresas de responsabilidade técnica sobre estes elementos abre perigoso precedente para tirar do contratado a responsabilidade objetiva pela solidez e segurança da obra, contrariando a norma legal e expondo a Infraero a riscos, pois esta não teria a quem recorrer se após a conclusão das obras, ou seja, durante a operação do empreendimento, aparecerem problemas estruturais na edificação. Nesta situação, a Infraero ficaria refém de um verdadeiro "jogo de empurra" das empresas já que a futura contratada poderá alegar que o vício construtivo seria oriundo dos serviços executados pelo consórcio anteriormente contratado e, de modo análogo, o antigo consórcio apontará como responsável a empresa executora do restante do empreendimento.

A solidez e segurança de uma estrutura não pode ser objeto de dúvida. Desta forma, entende-se que não poderia o futuro construtor eximir-se da responsabilidade objetiva em garantir a solidez e segurança de todo o TPS, conforme dispõe o art. 618 do Código Civil Brasileiro, mesmo havendo alguma parte que não fora ele quem executou.

98. *E a equipe de auditoria concluiu no caso da Infraero:*

Conclui-se portanto, que a Infraero, ao informar às licitantes quanto a não responsabilização da empresa executora para com as fundações e elementos pré-fabricados já dispostos no local da obra, prejudica a responsabilidade técnica pela solidez e segurança da obra em desacordo com o art. 618 do Código Civil Brasileiro, expondo a empresa a riscos desnecessários em caso de sinistros na edificação.

99. *Percebe-se que há simetria entre o caso da Infraero acima narrado e o caso da Fiocruz constante do presente relatório. No caso da Infraero, os auditores recomendaram que fosse estabelecido, no edital para a contratação do restante da obra, mecanismos para as empresas interessadas em participar do certame efetuarem testes nas estruturas já construídas, para, com isso, poderem ser responsabilizadas em caso de patologias futuras na estrutura completa. Esse procedimento de teste também reduziria o risco da empresa contratada, resultando em um maior desconto na contratação da obra, pois quanto menor o risco maior o desconto (o modelo de contratação da Infraero era o RDC). As recomendações feitas pela equipe de auditoria foram acatadas pela Infraero e considerada elidida a irregularidade.*

100. *Em outro caso emblemático, o da construção do edifício sede do TRT-ES, objeto do TC 014.137/2015-1, a execução do empreendimento se deu em 4 etapas (elaboração de projeto; estacas de fundação; construção do edifício; e execução dos serviços complementares do edifício). Verificou-se falhas estruturais graves nas fundações, o que precisou ser resolvido no momento da construção do edifício. Como não estava adequadamente regulada a responsabilidade pelas etapas já realizadas, a correção nos serviços de fundações propiciou atrasos e reiterados aditivos que oneraram o contrato de construção do edifício.*

101. *Sendo assim, é recomendável que a Fiocruz estabeleça no modelo de contratação do BTS (caso este seja o modelo adotado) uma sistemática que atribua a empresa que se sagrar vitoriosa no certame a responsabilidade pela completa solidez e segurança do empreendimento. Para isso a Fiocruz deve possibilitar que as empresas interessadas no BTS realizem teste das estruturas já executadas.*

102. *A par dos já mencionados problemas de dificuldade ou até impossibilidade de aproveitamento das parcelas antecipadas e da dificuldade na responsabilização pelas contratações fragmentadas, há um ainda mais sério: as etapas realizadas não entregam, por si só, uma funcionalidade. Sendo assim, caso o modelo do BTS frustrar e não se viabilize a execução das obras no rito ordinário por falta de recursos, as etapas já executadas serão descartadas propiciando prejuízo para a administração.*

103. *A forma mais provável de execução do objeto, o BTS, depende do interesse do mercado, e até o momento não houve demonstrações de viabilidade do empreendimento, consultas públicas, apresentação ao segmento empresarial; vale dizer, já há mais de R\$ 313.316.240,00 milhões em recursos comprometidos diretamente com o empreendimento (valor referente ao total de contratos já firmados), os quais não se converterão em qualquer benefício à sociedade caso o modelo não vingue, o que inclusive poderá vir a configurar dano ao erário.*

104. *Nesse sentido, convém determinar à Fiocruz que se abstenha de realizar qualquer nova contratação de serviços relacionados às obras do NCPFI enquanto não for descartado o modelo built to suit para a conclusão do empreendimento e, em qualquer hipótese, de contratar obras que não entreguem etapas úteis de maneira fragmentada.*

105. *Além disso, cabe determinar à Fiocruz que no edital da licitação com vistas à contratação do restante do empreendimento, qualquer que seja o modelo adotado (empreitada tradicional, built to suit ou PPP), preveja mecanismos para que as licitantes possam testar o desempenho dos serviços/etapas pré-existentes das obras, e se responsabilizar pela solidez integral das edificações.*

106. *Por fim, convém recomendar à Fiocruz que avalie a conveniência e a oportunidade de outras possibilidades de execução do empreendimento, como, por exemplo a PPP, fazendo um comparativo entre essas possibilidades e o built to suit.*

107. *Considerando que as medidas alvitadas possuem impacto relevante no empreendimento, e em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, convém realizar a oitiva prévia da Fiocruz, para que se manifeste sobre a irregularidade em debate.*

108. *Apesar da classificação do achado como IGC, não se vislumbra a penalização individual dos gestores, razão pela qual não se alvitra, nesse primeiro momento a realização de audiência, bem como a elaboração da matriz de responsabilidades, prevista no Anexo III referente aos Padrões de Auditoria de Conformidade, aprovado pela Portaria-Segecex nº 26, de 19 de outubro de 2009.*

III.3. Superdimensionamento do contrato de supervisão ante o modelo de execução do empreendimento

III.3.1. Tipificação do achado:

Classificação - irregularidade grave que não prejudique a continuidade (IGC)

109. O indício de irregularidade apontado se amolda ao conceito residual do art. 117, §1º, inciso VI – indício de irregularidade grave que não prejudica a continuidade. Apesar da irregularidade apresentar potencial de ocasionar prejuízo ao erário, caso não seja corrigida, ela não atende a nenhuma das demais condições descritas no art. 117, §1º, incisos IV e V, da Lei 13.242/2015, de 30 de Dezembro de 2015 (LDO 2016), negritadas abaixo:

IV - indícios de irregularidades graves com recomendação de paralisação - IGP, os atos e fatos materialmente relevantes em relação ao valor total contratado que apresentem potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário ou a terceiros e que:

a) possam ensejar nulidade de procedimento licitatório ou de contrato; ou

b) configurem graves desvios relativamente aos princípios constitucionais a que está submetida a administração pública federal;

110. Ademais, no presente achado a classificação como IGP pode gerar prejuízos maiores ao erário devido à paralisação na fiscalização das etapas em execução, às possíveis interrupções contratuais, e a própria perda da credibilidade na conclusão do empreendimento por parte dos potenciais parceiros privados. Considerando ainda que o empreendimento se encontra em fase inicial e que a adoção das medidas saneadoras poderá resguardar o interesse público, faz-se apropriado a classificação do achado como IGC.

III.3.2. Situação encontrada:

111. A equipe de auditoria detectou indícios de superdimensionamento no Contrato 28/2015, firmado com a empresa Concremat Engenharia e Tecnologia S/A para gerenciamento das obras de construção do NCPFI. A estrutura prevista (quantitativo de profissionais) é compatível com a de apoio à fiscalização dos serviços de execução de obras, quando estes são prestados diretamente à administração. Todavia, no modelo built to suit, se adotado, não haverá necessidade da prestação do serviço, já que o Bio-Manguinhos pagará apenas pela locação do empreendimento já concluído, não havendo, por exemplo, medições, de modo que os esforços de fiscalização aplicáveis serão distintos e menores do que os previstos no Contrato 28/2015 (Concremat).

1) Operação built to suit:

112. Para entender melhor essa irregularidade, é necessário retomar as características do built to suit detalhadamente estudadas no achado III.2, acrescidas dos esclarecimentos contidos na sequência.

113. Na operação built to suit, o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pelo locatário. Vale dizer: ao contrário das locações tradicionais, nas locações sob encomenda o locador oferece ao locatário, por um longo período previamente ajustado e mediante o pagamento de aluguéis, um imóvel construído, implementado e/ou aparelhado de acordo com as suas especificidades e necessidades.

114. Além de permitir o acesso ao bem devidamente customizado às suas necessidades, sem a necessidade de dispêndio imediato de somas vultosas que seriam necessárias para aquisição,

construção, e/ou transformação, a locação sob encomenda dispensa a imobilização de ativos, bem como grande parte dos esforços de planejamento e fiscalização das obras, permitindo que a administração mantenha o foco nas suas atividades finalísticas.

115. *Para o caso em análise, é importante frisar o trecho final do parágrafo anterior – um dos maiores atrativos do BTS é a dispensa de esforços da administração com a gestão, fiscalização e supervisão das obras de construção do empreendimento.*

116. *Vale lembrar ainda que, embora ainda não se tenha uma decisão definitiva sobre a forma de execução do restante do empreendimento por parte da Fiocruz, a posição atual dos gestores é pela adoção do BTS.*

2) Contrato de gerenciamento do empreendimento

117. *O Contrato 28/2015, de 15/5/2015, resultante da Concorrência Pública do tipo Técnica e Preço n. 010/2014-BM, tem como objeto o gerenciamento das obras de implantação do NCPFI de Bio-Manguinhos.*

118. *O contrato tem o preço global estimado de R\$ 63.204.947,82, sendo a Concremat Engenharia e Tecnologia a empresa contratada para a supervisão da obra.*

119. *Segundo Campelo e Cavalcante, em Obras Públicas – comentários à jurisprudência do TCU – 3ª Edição (p. 181), os contratos de supervisão (gerenciamento de obras) são típicos de obras e serviços de engenharia executados pelo poder público. O administrador, por não deter em seu corpo técnico servidores, engenheiros e arquitetos capacitados – e com proficiência – para fiscalizar determinada obra ou serviço de engenharia, contrata terceiros para auxiliá-lo nessa tarefa (art. 67 da lei n. 8.666/1993).*

120. *Cabe ressaltar que nos contratos comumente realizados em obras públicas a função da empresa supervisora é acompanhar as etapas da obra, prestando contas quanto à observância da qualidade dos materiais empregados e da construção, bem como dos prazos e custos determinados no cronograma físico-financeiro das obras, com o objetivo de embasar a aprovação dos pagamentos das parcelas dos serviços.*

121. *Já no built to suit, o empreendimento é realizado às expensas da vencedora, logo, a observância quanto à qualidade do material, prazos e pagamentos é de responsabilidade da contratada, que será a principal interessada na boa realização da obra e no atendimento aos prazos da fase de implantação do empreendimento, pois ela só começará a ser remunerada na fase seguinte, de locação do objeto. Reconhece-se que a administração também possui interesse em verificar o cumprimento dos prazos num nível macro (etapas ou fases), assim como avaliar a qualidade do objeto em execução; a fim de corrigir eventuais desvios, porém tal controle é muito mais finalístico e afastado das minúcias da execução contratual, de modo que a estrutura de supervisão e gerenciamento correspondente por certo é bastante menor.*

122. *O modelo BTS é relativamente recente na Administração Pública. Em pesquisas realizadas por esta unidade, verificou-se que as seguintes instituições já se valeram do instituto: Prefeitura de Guarulhos através do edital da Concorrência Pública nº 001/2012-SE (evidências 23 e 22, p.5) e a seção judiciária do Paraná utilizou o modelo no contrato 005/2013 (evidência 20). Além disso, encontram-se registros também da utilização do presente modelo para a construção da nova sede do Foro da Justiça Federal em Campo Mourão, no Paraná (evidência 23).*

123. Ademais, recentemente esta SeinfraUrbana obteve acesso ao plano desenvolvido pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG) para a construção do edifício anexo ao bloco K da Esplanada dos Ministérios, em Brasília-DF (evidência 15).

124. No referido plano, a minuta de contrato (evidência 20, p. 6) dispõe que a fiscalização consistirá em inspeções intermediárias a fim de certificar que o empreendimento é conduzido de acordo com o requerido, conforme o texto abaixo:

4.2 Ficam definidos 05 (cinco) eventos de inspeção intermediários (Eventos de Inspeção, ou EI, de EI1 a EI5).

4.3 Em cada um desses eventos de EI1 a EI5, a LOCATÁRIA deverá aplicar listas de verificação correspondentes, a fim de atestar a conformidade entre as características da Edificação e o Projeto Executivo.

4.4 As Listas de Verificação deverão ser elaboradas pela LOCADORA/CONSTRUTORA, como parte integrante do Projeto Executivo, sendo devidamente aprovadas pela LOCATÁRIA.

4.5 Para cada Evento de Inspeção, notificará a LOCADORA/CONSTRUTORA com antecedência de 10 (dez) dias corridos para, nos prazos previstos no CRONOGRAMA vistoriar as obras, aplicando as Listas de Verificação correspondentes a cada Evento de Inspeção.

4.6 A LOCATÁRIA deverá para cada EI, aprovar/comentar cada aplicação da Lista de Verificação correspondente, apontando, de forma fundamentada, eventuais exigências de correção que entender cabíveis.

4.7 A LOCADORA/CONSTRUTORA providenciará as correções apontadas pela CONTRATANTE, quais serão verificadas pela LOCATÁRIA quando da EI subsequente.

125. Observa-se que os procedimentos de fiscalização são simplificados se comparados com os normalmente realizados nos contratos de execução de obras. Entende-se que, de forma semelhante, respeitadas as particularidades de cada uma das edificações, a estrutura de supervisão adotada pela Fiocruz no caso em tela deveria corresponder a algo parecido com a prevista pelo MPDG.

126. Analisando o histograma de pessoal referente ao Contrato 28/2015 (evidência 24), observa-se que o ano de 2018 corresponderá ao período com maior número de profissionais atuando na gerenciadora, chegando a **84 funcionários** no mês de janeiro e fevereiro. Considerando que em um BTS não há acompanhamento diário da execução das obras, medição de serviços para pagamento, controle tecnológico entre outros procedimentos comuns à fiscalização de obras, mostra-se flagrantemente desarrazoada a estrutura de 84 profissionais. Vale destacar a vultosa quantia envolvida no contrato de gerenciamento e supervisão, R\$ 63.204.947,82.

127. A data de contratação da empresa gerenciadora foi 15/5/2015, já o estudo de viabilidade realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), no qual a instituição afirma que o melhor modelo de operação é o built to suit, é datado de 13/9/2015 (evidência 14). Pela cronologia dos fatos acima descritos, observa-se que, a princípio, o Bio-Manguinhos pretendia contratar diretamente a execução do empreendimento da forma tradicional. Entretanto, após o recebimento do estudo de viabilidade elaborado pela FGV e/ou por contingências orçamentárias, o Instituto optou pelo BTS. Corroborando e de certa forma justifica a concepção da estrutura de gerenciamento e supervisão adotada o fato de que a contratação dos serviços de gerenciamento antecedeu o fornecimento do estudo de viabilidade elaborado pela FGV em que foi indicado o modelo BTS para o empreendimento.

128. Assim, é possível que para a contratação típica seria necessária a fiscalização da Concremat com a estrutura adotada. Entretanto, com a opção pelo BTS, deve-se rever para menos o

tamanho da equipe de fiscalização, já que evidentemente não será necessária a mesma estrutura de supervisão.

129. *Outrossim, durante as visitas em campo, a equipe observou que o instituto possui corpo técnico de engenheiros capaz de promover as inspeções periódicas num modelo BTS.*

130. *A fim de avaliar se o contrato de gerenciamento vigente é passível de adequações quantitativas frente às novas demandas do empreendimento, por meio do Ofício 03/276 - TCU/SeinfraUrbana, de 5/7/2016, perguntou-se ao instituto a respeito de cláusula contratual prevendo a diminuição ou supressão da remuneração da contratada, nos casos, ainda que imprevistos, de enfraquecimento do ritmo das obras ou de paralisação total.*

131. *Na resposta, o Bio-Manguinhos afirmou que a contratação da gerenciadora foi realizada pelo regime de empreitada por preço unitário, justamente para que os recursos empregados pudessem ser adequados ao ritmo efetivo das obras. Além disso, informa que o instituto está se baseando na Lei 8.666/1993, a qual prevê hipótese de supressão de serviços, estabelecendo para tanto um limite legal.*

132. *No Acórdão 1.136/2004-TCU-Plenário, o Colegiado do TCU determinou à Prefeitura Municipal de Campo Grande/MS que, nos contratos de supervisão, fiscalização e gerenciamento de obras com recursos federais, fossem inseridas cláusulas com previsão de remuneração de acordo com o ritmo das obras, de modo a manter o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos durante todo o período de execução do empreendimento.*

133. *Nessa mesma linha, a jurisprudência do TCU tem se confirmado no sentido de que, em contratos de supervisão, a administração contratante faça inserir “cláusula que preveja a diminuição ou supressão da remuneração da contratada, nos casos, ainda que imprevistos, de enfraquecimento do ritmo das obras ou de paralisação total, de forma a se manter o equilíbrio econômico-financeiro dos referidos contratos durante todo o período de execução do empreendimento.” (Acórdão 1.906/2009-TCU-Plenário). No mesmo sentido são os Acórdãos 874/2010, 0028/2013, 1437/2014, todos do Plenário do TCU.*

134. *Cabe observar que no contrato de gerenciamento em análise não há apenas o problema da falta de critérios para ajustamento da estrutura, de modo a manter o equilíbrio econômico-financeiro com o contrato principal, o que poderia ser corrigido mediante determinação à Fiocruz para a celebração de aditivo com a empresa Concremat fazendo incluir tal cláusula; aqui existe também a já estudada constatação de que a estrutura de supervisão para o modelo BTS é muito diferente da aplicada à execução de obras, de modo que os ajustes se converteriam em verdadeira alteração de objeto ou, no mínimo, esbarraria nos limites legais de alteração quantitativa.*

135. *Desse modo, e considerando o encaminhamento previsto para o achado III.2, no sentido de que a Fiocruz se abstenha de realizar novas contratações fragmentadas de obras enquanto não definido o modelo a ser adotado para a construção do empreendimento (contratação dos serviços de obras, BTS ou PPP), reputa-se adequado determinar também que tão logo finalizados os contratos de execução de obras ou prestação de serviços relacionados ao empreendimento vigentes na presente data, a Fiocruz encerre o Contrato 28/2015, e formule, se for necessário, nova contratação dos serviços de gerenciamento e fiscalização compatível com o modelo de contratação escolhido para a conclusão do empreendimento.*

136. *Nesse sentido, considerando a gravidade dos impactos da medida alvitrada nos interesses da Fiocruz e da própria empresa contratada, e em observância aos princípios do contraditório e da*

ampla defesa, reputa-se necessário realizar oitiva prévia da entidade para que se manifeste a respeito da irregularidade em debate.

137. *Apesar da classificação do achado como IGC, não se vislumbra a penalização individual dos gestores, razão pela qual não se alvitra, nesse primeiro momento a realização de audiência, bem como a elaboração da matriz de responsabilidades, prevista no Anexo III referente aos Padrões de Auditoria de Conformidade, aprovado pela Portaria-Segecex nº 26, de 19 de outubro de 2009.*

IV. Conclusão

138. *O presente trabalho teve por objetivo fiscalizar as obras de construção do Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos no estado do Rio de Janeiro (NCPFI de Bio-Manguinhos). As principais constatações foram (i) pagamento irregular do item administração local, (ii) antecipação de contratação de etapas e (iii) superdimensionamento do contrato de supervisão ante o modelo de execução do empreendimento.*

139. *Para identificação dos achados, a matriz de planejamento contou com as seguintes questões de auditoria: 1) adequação da previsão orçamentária para a execução da obra; 2) existência de estudos que comprovem a viabilidade técnica e econômico-financeira do empreendimento; 3) exigência de licença ambiental; 4) adequação dos projetos básico e executivo; 5) regularidade dos processos licitatórios; 6) legalidade da formalização e execução dos contratos; 7) adequação do orçamento da obra; 8) adequação dos quantitativos no orçamento com os quantitativos do projeto básico/executivo; 9) compatibilidade dos preços das obras aos valores de mercado; e 10) regularidade na aquisição do terreno.*

140. *Uma das limitações da presente auditoria foi a demora no envio das informações, o que prejudicou uma análise pormenorizada da equipe de auditoria nos documentos requeridos. Outro ponto que dificultou a análise foi a não digitalização dos processos, o que gerou esforço adicional nas análises.*

141. *Com base nas evidências e nas análises empreendidas no presente relatório, constatou-se pagamento irregular do item administração local nos contratos 19/2015 (estaqueamento) e 104/2015 (2ª fase da terraplenagem) das obras relativas a construção do NCPFI.*

142. *Com relação a esse pagamento irregular (achado III.1), devido ao critério de medição mensal, adotado no contrato 19/2015, o item administração local já integralizou todo seu valor contratado, de R\$ 2.304.225,00, entretanto a execução financeira da obra encontra-se em 49,46%, ou seja, o valor pago para o referido item deveria estar no mesmo percentual de execução da obra, representando o montante de R\$ 1.139.669,69, registrando, assim, uma antecipação de pagamento do referido item no valor de R\$ 1.164.555,31.*

143. *No contrato 104/2015 observou-se que o item administração local já apresentou o pagamento de R\$ 366.455,52, entretanto a execução financeira da obra encontra-se em 10,73%, ou seja, o valor pago para o referido item deveria estar no mesmo percentual de execução da obra, representando o montante de R\$ 201.550,54; registrando, assim, uma antecipação de pagamento da administração local no montante de R\$ 164.904,98.*

144. *Diante disso, a equipe de auditoria vislumbra como proposta de encaminhamento a oitiva da Fiocruz e da empresa contratada, Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A., para que se manifestem sobre os critérios de medição e pagamento adotado de forma irregular para os itens*

relativos à administração local dos contratos 19/2015(aquisição e cravação de estacas) e 104/2015(2ª fase da terraplenagem).

145. Em relação à antecipação de contratação de etapas (achado III.2), foi detectada a contratação e execução das etapas de fundação (terraplenagem e estacas) sem a completa definição de qual modelo de execução será realmente implementado para a execução do restante do empreendimento.

146. A Fiocruz, por meio de Bio-Manguinhos, indicou que seguirá o modelo de BTS para a captação de recursos junto à iniciativa privada, porém, não apresentou elementos comprobatórios contudentes no sentido de que o modelo seja o mais vantajoso para a execução do projeto e também não apresentou nenhuma consulta sobre interessados em participar no modelo de BTS.

147. Analisando as etapas em execução (terraplenagem e estacas), percebe-se que elas não entregarão módulos com funcionalidade completa, capazes de serem utilizados caso não seja viável a implementação do BTS, demonstrando assim um risco de dano ao erário por insucesso na modelagem do BTS. Soma-se a isso a dificuldade na atribuição da responsabilização de patologias detectadas na estrutura como um todo, devido à fragmentação da execução de etapas da obra.

148. Pelo exposto sobre a antecipação de contratação de etapas, a equipe de auditoria vislumbra determinar à Fiocruz: que não promova mais a contratação de etapas do NCPFI, as quais não entregam funcionalidade completa, enquanto não for selecionado o modelo de execução do restante do objeto (rito ordinário da Lei 8.666/93, BTS, PPP etc); que atribua no edital de contratação do restante do empreendimento, qualquer que seja o modelo adotado, formas de testes da estrutura já implementada com vistas à total assunção da responsabilização, por danos na estrutura, pela empresa ganhadora do certame de conclusão do empreendimento. Além disso, propõe-se recomendação à Fiocruz para que avalie a conveniência e a oportunidade de outras possibilidades de execução do empreendimento, como, por exemplo, a PPP, fazendo um comparativo entre essas possibilidades e o built to suit.

149. Contudo, em atenção aos direitos do contraditório e da ampla defesa, propõe-se a realização de oitiva prévia da Fiocruz, para que se manifeste sobre as irregularidades apontadas, bem como apresente os reais motivos que determinaram a antecipação das etapas ora em execução.

150. E, finalmente, em relação ao superdimensionamento do contrato de supervisão ante o modelo de execução do empreendimento (achado III.3), foram detectados indícios de superdimensionamento no contrato de gerenciamento e supervisão das obras (Contrato 28/2015), firmado a empresa Concremat Engenharia e Tecnologia S/A para gerenciamento do empreendimento NCPFI.

151. Na análise empreendida verificou-se que não haveria necessidade de uma equipe de supervisão do tamanho previsto no contrato, voltada apenas para supervisão do empreendimento, visto que esta é uma das funções da contratada para implantação do empreendimento no modelo built to suit, que será, muito provavelmente, utilizado pelo instituto.

152. Assim, a equipe técnica visa determinar ao instituto, em decorrência dos encaminhamentos propostos no achado III.2, tão logo finalizados os contratos de execução de obras ou prestação de serviços relacionados ao empreendimento vigentes na presente data, que a Fiocruz encerre o Contrato 28/2015, e formule, se for necessário, nova contratação dos serviços de gerenciamento e fiscalização compatível com o modelo de contratação escolhido para a conclusão do

empreendimento. Devido aos impactos da medida indicada, vislumbra como proposta de encaminhamento a oitiva prévia da Fiocruz e da empresa contratada, Concremat Engenharia e Tecnologia S.A., para que elas se manifestem sobre a adequação da quantidade de funcionários necessários para o bom e regular gerenciamento da obra no modelo em que será executada.

153. Entre os benefícios estimados desta fiscalização pode-se mencionar possíveis aprimoramentos no modelo de contratação do empreendimento, haja vista a escassez de informações sobre a forma como será concretizado: rito ordinário da Lei 8.666/1993, PPP, built to suit etc; readequação dos critérios de pagamentos de administração local nas obras da Fiocruz; e, ainda, revisão de contrato de gerenciamento, diminuindo os gastos de recursos públicos na implantação do empreendimento.

V. Proposta de encaminhamento

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

154.1. Determinar, com fundamento no art. 250, V, do Regimento Interno do TCU:

154.2. oitiva da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), bem como da empresa contratada para a execução da obra, Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A. (CNPJ: 40.450.769/0001-26), para que se manifestem, no prazo máximo de quinze dias, sobre o critério de medição e pagamento adotado de forma irregular para os itens relativos à administração local dos contratos 19/2015 (aquisição e cravação de estacas) e 104/2015 (2ª fase da terraplenagem), contrariando o item 9.3.2.2 do Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário, nos termos tratados no item III.1 deste relatório;

154.3. oitiva da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), para que se manifeste, no prazo máximo de quinze dias, a respeito da antecipação da contratação das etapas de fundação e de serviços de movimentação de terra (2ª fase dos serviços de terraplenagem e aquisição e cravação das estacas) para as obras de implantação do Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos de Bio-Manguinhos (NCPFI), localizado no distrito industrial de Santa Cruz - RJ, nos termos tratados no item III.2 deste relatório;

154.4. oitiva da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), bem como da empresa contratada para a execução do serviço, Concremat Engenharia e Tecnologia S.A. (CNPJ: 33.146.648/0001-20), para que se manifestem, no prazo máximo de quinze dias, sobre os indícios de superdimensionamento da estrutura de supervisão e gerenciamento prevista no Contrato 28/2015, considerando a alta probabilidade de que a conclusão do empreendimento se dê no modelo built to suit, nos termos tratados no item III.3 deste relatório”.

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de Relatório de Auditoria realizada no âmbito do Fiscobras/2016 na construção do Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos de Bio-Manguinhos – RJ (NCPFI), a cargo da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).

2. Trata-se de empreendimento de grande materialidade e relevância social, situado em Santa Cruz/RJ, cuja construção está estimada em um montante total de aproximadamente R\$ 3,6 bilhões, dos quais R\$ 1,4 bilhão seria proveniente de aportes públicos e outros R\$ 2,2 bilhões seriam captados junto à iniciativa privada.

3. O relatório de fiscalização, de lavra da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrb), informa ter analisado os seguintes ajustes:

- a) Contrato 104/2015, assinado em 7/12/2015, entre a Fiocruz e empresa Carioca Christiani Nielsen S.A., no valor de R\$ 88.600.000,00, tendo por objeto a 2ª fase da terraplenagem do empreendimento;
- b) Contrato 19/2015, de 26/5/2015, firmado com a mesma construtora, no valor de R\$ 72.930.981,09, para a realização das estacas das edificações do NCPFI;
- c) Contrato 28/2015, para o gerenciamento das obras, celebrado em 15/5/2015 com a empresa Concremat Engenharia e Tecnologia S.A., no valor de R\$ 63.205.947,82; e
- d) Contrato 104/2012, cujo objeto é o desenvolvimento do Projeto Executivo do NCPFI, acordado entre a Fiocruz e a empresa IPS – Integrated Project Services Inc., mediante inexigibilidade de licitação, no valor de R\$ 55.469.250,00.

4. Foram apontados os seguintes achados de auditoria, os quais ensejaram propostas da unidade técnica para a realização de oitivas da entidade auditada e das empresas contratadas: (i) pagamento irregular do item administração local; (ii) antecipação de contratação de etapas; e (iii) superdimensionamento do contrato de supervisão ante o modelo de execução do empreendimento.

II

5. Feita essa breve exposição dos fatos, passo a tratar de cada um dos achados da equipe de auditoria, iniciando minha apreciação com o achado relacionado à impropriedade na medição da administração local da obra, observada nos contratos 104/2015 e 19/2015, celebrados com a empresa Carioca Christiani Nielsen S.A.

6. Em regra, os custos alocados no item “administração local” podem abranger os gastos para a manutenção das equipes técnica e administrativa necessárias à execução da obra; depreciação de móveis, equipamentos e utensílios utilizados no canteiro de obras; materiais de escritório; controle tecnológico; vigilância e segurança das instalações; limpeza e conservação do canteiro; veículos de apoio; e gastos com concessionários de serviços públicos; dentre outros.

7. O pagamento considerado irregular foi atribuído ao critério de medição mensal fixo do serviço, adotado em ambas as avenças. No contrato 104/2015, observou-se que o item administração local apresentou o pagamento de R\$ 366.455,52. Entretanto, a execução financeira da avença encontrava-se em 10,73%, ou seja, o valor pago para o referido item deveria estar no mesmo percentual de execução da obra, representando o montante de R\$ 201.550,54. Assim, o relatório de fiscalização registra uma antecipação do pagamento da administração local no montante de R\$ 164.904,98.

8. Já no contrato 19/2015, o relatório de fiscalização reportou que o item administração local já integralizou todo o valor contratado para a rubrica, de R\$ 2.304.225,00, mas a execução financeira do objeto encontrava-se com apenas 49,46%. No entender da equipe de auditoria, o valor pago para o

referido serviço deveria estar no mesmo percentual de execução da obra, ou seja, deveria ter sido liquidado apenas o montante de R\$ 1.139.669,69. Assim, foi registrada uma suposta antecipação ilegal de pagamento no importe de R\$ 1.164.555,31.

9. Tal conclusão se assenta em deliberação constante do subitem 9.3.2.2 do Acórdão 2.622/2013-Plenário, que apreciou estudo desenvolvido por grupo de trabalho constituído com o objetivo de definir faixas aceitáveis para valores de taxas de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) específicas para cada tipo de obra pública. Por meio do aludido **decisum**, esta Corte de Contas orientou a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal a “*estabelecer, nos editais de licitação, critério objetivo de medição para a administração local, estipulando pagamentos proporcionais à execução financeira da obra, abstendo-se de utilizar critério de pagamento para esse item como um valor mensal fixo, evitando-se, assim, desembolsos indevidos de administração local em virtude de atrasos ou de prorrogações injustificadas do prazo de execução contratual*” (grifo meu).

10. O objetivo do referido entendimento é evitar a fixação de critério de pagamento para a administração local que tenha por consequência remuneração desta rubrica em descompasso com cronograma inicial da obra, o que configuraria pagamentos indevidos ao contratado e liquidação irregular de despesas, em desacordo com os arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964.

11. Outrossim, a efetivação de pagamentos em montantes fixos mensais de administração local, desvinculados do andamento real da execução da obra, seria equivalente a remunerar a ineficiência da contratada, caso esta desse causa ao atraso na execução do objeto, ou poderia até mesmo ensejar o enriquecimento sem causa da construtora, inclusive nas situações em que o atraso da obra decorre de culpa exclusiva da Administração ou de fatores alheios às partes, pois os recursos humanos e logísticos aportados no canteiro de obras poderiam ser reduzidos quando o ritmo de execução da construção fosse desacelerado e, conseqüentemente, a conclusão da obra postergada.

12. Em caráter preliminar, avalio que o critério de pagamento da administração local adotado em ambos os ajustes foi contrário ao princípio da eficiência, insculpido no art. 37 da Constituição Federal. Em consonância com tal princípio, tanto a Instrução Normativa SLTI/MPOG 2/2008 como a nova IN SEGES/MP nº 05/2017 preveem que a contratação de serviços deverá adotar unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada, eliminando a possibilidade de remunerar as empresas unicamente com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho.

13. Sabe-se que a remuneração por permanência ou por mera alocação de mão de obra resulta em pagamentos sem que necessariamente o órgão contratante obtenha benefícios mensuráveis e concretos, exatamente como ocorreu com a fixação de um pagamento por valor mensal fixo para a administração local da obra. Assim, evita-se o denominado paradoxo lucro-incompetência, com conseqüente desperdício de recursos públicos e não atendimento à necessidade da contratação.

14. Com base em tais achados, a equipe de auditoria, com a anuência do corpo diretivo da SeinfraUrb, encaminhou proposta de oitiva da Fiocruz e da empresa contratada em ambos os ajustes, Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A., para que se manifestassem sobre os critérios de medição e pagamento adotados de forma irregular para os itens relativos à administração local dos contratos 19/2015 (aquisição e cravação de estacas) e 104/2015 (2ª fase da terraplenagem).

15. Ponho-me de acordo com tal encaminhamento, sem prejuízo de fazer dois ajustes. Primeiramente, considerando o lapso de tempo entre a conclusão dos trabalhos de auditoria, além das oitivas sugeridas, autorizo a unidade técnica a realizar as diligências e inspeções que entender pertinentes para atualizar as informações coletadas, bem como para juntar aos autos outros elementos para comprovar os fatos e eventualmente responsabilizar os gestores envolvidos no indício de irregularidade ora em discussão.

16. Também deve ser elucidado pela unidade técnica as reais causas do atraso verificado em ambos os ajustes, informação que será indispensável para o correto encaminhamento do assunto, conforme explicitado pelo Ministro Valmir Campelo no voto condutor do Acórdão 3.443/2012-Plenário:

“Sobre o pagamento irregular decorrente de sucessivas dilações de prazo para a construção, o assunto merece ponderações. A questão é recorrente nos contratos para execução de obras públicas.

Em uma visão geral, constatada a impossibilidade de término da obra no tempo avençado, deve-se proceder, obrigatoriamente, uma avaliação objetiva das razões do atraso. Existem, por lógica, três situações possíveis: a mora ocorreu por razões alheias a qualquer das partes; por culpa da contratada; ou por atos e omissões da própria Administração.

No último caso – o da concorrência do órgão contratante –, o aditivo é devido, como também eventuais consequências pecuniárias decorrentes do atraso, como os gastos com administração local e manutenção do canteiro. Eventual apuração de responsabilidades dos gestores é cabível, principalmente quando a dilatação for consequência de negligência, imperícia ou imprudência dos gestores. Igualmente, se a dilatação for advinda de fatos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis, sob a luz da teoria da imprevisão, a alteração do contrato faz-se devida.

Outro caso são os atrasos ocorridos unicamente em decorrência da incapacidade da contratada em cumprir o prazo ajustado. Mesmo quando a má avaliação provenha do projeto – e isso é recorrente –, se não existir modificação do cenário inicialmente pactuado, a empresa não faz jus à revisão do valor contratado; e nem, imediatamente, à dilatação do prazo. O fato não encontra enquadramento nos ditames do art. 65 da Lei 8.666/93. Não houve situação imprevista ou agressão às das condições primeiramente avençadas que motivem a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ademais, aquele prazo inicialmente previsto era exigência uniforme a todas as licitantes, que estimaram equipamentos e mão de obra para formarem seus preços. O relaxamento desta obrigação, portanto, é altamente anti-isonômica.

Nessas situações, portanto, a Administração poderia, sim, recompor o prazo; mas não sem antes aplicar as multas contratuais pelo adimplemento das obrigações avençadas. E jamais recomporia o valor do empreendimento em razão dos custos aumentados com administração e canteiro”.

17. Não foi informado no relatório de auditoria qual teria sido o motivo para os atrasos verificados nos objetos fiscalizados. Os autos contêm uma resposta da Fiocruz para o retardamento apontado no Contrato 19/2015, o qual foi atribuído à demora na liberação da licença ambiental de instalação (peça 5, fl. 3). Em caráter preliminar, embora eu compreenda que tal motivação poderia ensejar a prorrogação ou suspensão do contrato, seria recomendável que a Fiocruz não emitisse a ordem de serviço, com a consequente mobilização da equipe de administração local, antes de o empreendimento estar devidamente licenciado. Assim, creio que tais questões devam ser dirimidas pela unidade técnica, inclusive avaliando o efetivo de funcionários da contratada que se encontram realmente mobilizados em contraposição com o quantitativo de trabalhadores na administração local previstos em sua proposta de preços.

18. Faço também um parêntesis para registrar a ausência, nos autos, de evidências e outros documentos importantes para a verificação da regularidade formal dos contratos auditados. A equipe de auditoria registrou na introdução do relatório que não apurou sobrepreço nos contratos examinados e juntou ao feito as peças 8 e 9, contendo as análises ABC dos Contratos 19/2015 e 104/2015. Compulsando os elementos do presente processo, verifico que as planilhas orçamentárias contratadas, as composições de custo unitário e o detalhamento do BDI e das taxas de encargos sociais não foram juntadas aos autos, o que impossibilita o exame deste relator acerca da representatividade da amostra examinada e da compatibilidade dos preços contratados com os de mercado. As fontes referenciais

utilizadas no exame de economicidade dos ajustes (Sinapi e Emop) estão indicadas, mas os relatórios extraídos das aludidas tabelas de custo não estão autuados.

19. Em acréscimo, destaco a ausência da planilha orçamentária de referência da licitação, das composições de preço unitário, das especificações técnicas, do projeto básico e do memorial descritivo que embasaram as presentes contratações. Também não há peça contendo os instrumentos convocatórios que resultaram nos contatos auditados. Nesse ponto, invoco as questões de auditoria existentes no respectivo relatório:

“Questão 4: Há projeto básico/executivo adequado para a licitação/execução da obra?”

Questão 5: O procedimento licitatório foi regular?

Questão 6: A formalização do contrato atendeu aos preceitos legais e sua execução foi adequada?

Questão 7: O orçamento da obra encontra-se devidamente detalhado (planilha de quantitativos e preços unitários) e acompanhado das composições de todos os custos unitários de seus serviços?

Questão 8: Os quantitativos definidos no orçamento da obra são condizentes com os quantitativos apresentados no projeto básico / executivo?

Questão 9: Os preços dos serviços definidos no orçamento da obra são compatíveis com os valores de mercado?”

20. Tais elementos, além de indispensáveis para aferir a regularidade da contratação, permitiriam a realização de procedimentos de auditoria com vistas à verificação da ocorrência ou não de eventual sobrepreço.

21. Nesse contexto, compreendo que o processo não está devidamente saneado, sendo necessário o retorno dos autos para a SeinfraUrb, com vistas à adoção de procedimentos de auditoria necessários ao exame da regularidade formal e de eventual ocorrência de outros achados relativos aos dois ajustes em apreciação. Devem ser observadas as disposições constantes do Roteiro de Auditoria de Obras Públicas, aprovado pela Portaria Segecex nº 33, de 7/12/2012, em particular os trechos reproduzidos a seguir:

“48. Todos os documentos utilizados para elaboração do relatório de auditoria, especialmente os que dão respaldo aos achados apontados pela equipe de auditoria, devem ser digitalizados e inseridos no Sistema Fiscalis Execução.

49. Exemplos de documentos que podem ser incluídos no Fiscalis, conforme os achados detectados, são:

a) propostas classificadas na(s) licitação(ões) auditada(s);

b) contrato(s) analisado(s), com orçamento detalhado;

c) edital(is) de licitação, acompanhados dos respectivos anexos;

d) orçamento-base detalhado (com identificação do responsável técnico por sua elaboração e respectiva ART);

e) composições dos custos unitários do orçamento-base do edital e da proposta contratada;

f) composições do BDI do orçamento-base e do contrato;

g) memórias de cálculo (planilhas) e cópias das composições de custo dos sistemas referenciais de preço (Sicro, Sinapi etc.) utilizados para análise dos orçamentos;

h) projetos básico e executivo e respectivas ARTs;

i) termos aditivos, com as quantidades definitivas, preços unitários (com as respectivas composições) e justificativas;

j) medições pagas, acompanhadas das planilhas;

k) termo do convênio ou do contrato de repasse, plano de trabalho, extrato da conta bancária do convênio e prestações de contas;

- l) demonstrativo analítico da composição da fonte de recursos para cada medição paga;
- m) licenças ambientais;
- n) atos de designação de fiscais, gestores, projetistas e integrantes da comissão de licitação;
- o) documentos decorrentes de aplicação, pela equipe, de técnicas de auditoria (memórias de cálculo, entrevistas etc); e
- p) rol dos responsáveis, com identificação (nome, CPF, cargo, endereço, período efetivo no exercício do cargo, seja como substituto, seja como titular, atribuições do cargo e norma do órgão que especifica essas atribuições para o caso de pessoa física; razão social, CNPJ e endereço para o caso de pessoa jurídica de direito privado; e nome para o caso de pessoa jurídica de direito público interno) de todos os responsáveis pelas áreas ou setores fiscalizados no período abrangido pela fiscalização ou para os quais foram endereçadas propostas de audiência ou de citação”.

III

22. No que tange ao achado abordando a antecipação da contratação de etapas, a equipe de auditoria observou a contratação dos serviços de movimentação de terra e de execução das fundações do NCPFI sem que exista, até o momento, decisão a respeito do modelo a ser adotado para a execução do restante do empreendimento.

23. A estruturação prevista pela Fiocruz, com base em estudo de viabilidade desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas, considerou que o modelo mais adequado para a conclusão do empreendimento e para a captação dos recursos privados seria o contrato de locação **built to suit** (BTS), explicitado nos termos do art. 47-A da Lei 12.462/2011 como um contrato de locação de bens móveis e imóveis nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela Administração.

24. Tal instituto também foi disciplinado pela a Lei 12.744/2012, que acrescentou à Lei 8.245/1991 (Lei do Inquilinato) o art. 54-A, que trata da locação com prévia aquisição, construção ou reforma de imóvel urbano não residencial. O referido artigo assim dispõe:

“Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

§ 1º Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação.

§ 2º Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação.”

25. Em apertada síntese, após tecer detalhada exposição sobre a fundamentação jurídica do BTS, a equipe de auditoria informou que o uso de tal instrumento foi justificado pela Fiocruz por uma questão de contingenciamento de recursos orçamentários e pela inexistência, no mercado imobiliário, de uma edificação que atendesse às especificidades do projeto. Também foi consignado no relatório de fiscalização que o estudo de viabilidade produzido pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) se empenhou em demonstrar a exequibilidade do ponto de vista econômico da própria fábrica, mas não adentrou na análise econômico-financeira da modelagem jurídica de contratação das obras, deixando de considerar outras possibilidades de execução do empreendimento, a exemplo das parcerias público-privadas.

26. Nesse aspecto, é citado trecho do voto revisor que apresentei por ocasião do julgamento do Acórdão 1.301/2013-Plenário, que apreciou consulta formulada pelo Conselho Superior da Justiça do

Trabalho acerca da possibilidade de uso do BTS pela Administração Pública, inclusive a possibilidade da contratação, por dispensa de licitação, fundada no inciso X do art. 24 da Lei 8.666/1993. Para melhor entendimento da questão, reproduzo algumas considerações que realizei na ocasião, as quais foram acolhidas pelo relator da matéria, o eminente Ministro André Luís de Carvalho:

“8. Consoante exposto pelo Ministro-Relator, a utilização pela Administração Pública da “locação sob medida” vem aumentando nos últimos anos. Tendo em vista a recente edição da Lei nº 12.774/2012, que forneceu um marco legal para essa contratação, espera-se que essa avença se torne ainda mais frequente. Assim sendo, o tema da presente consulta possui inegável importância.

*9. Concordo apenas parcialmente com a conclusão a que chegou o Ministro André Luís de Carvalho, em consonância com o trabalho desenvolvido pela unidade técnica, no sentido de que é possível contratar uma locação **build to suit** com dispensa de licitação, com respaldo no art. 24, X, da Lei nº 8.666/1993.*

10. Segundo o Relator, o ente público deve demonstrar que:

a) precisa de um imóvel para bem desempenhar suas atividades. Caso já ocupe um imóvel, deve comprovar que ele não é adequado e também não é viável reformá-lo;

b) as necessidades de instalação e localização condicionam a escolha de determinado imóvel;

c) não há imóvel público disponível que atenda às necessidades do futuro locatário;

d) a relação custo-benefício da “locação sob medida” é melhor que a da locação tradicional associada à reforma do imóvel;

e) o preço da locação se mostra compatível com o valor de mercado, consoante estabelecido por meio de avaliação prévia.

11. Entendo que tais requisitos são necessários, porém não são suficientes. Avalio ser necessário incluir mais uma condição para que a locação sob medida seja legal: o terreno onde vai ser construído o imóvel deve ser de propriedade de um particular. Nessa hipótese, efetivamente haverá impossibilidade de competição e, por via de consequência, a licitação poderá ser dispensada.

12. Já quando o terreno onde será construído o imóvel pertencer à União, julgo ser possível estabelecer uma competição entre os eventuais interessados em edificar o bem e, posteriormente, loca-lo ao Poder Público. Assim sendo, não me parece cabível utilizar a contratação direta com base no art. 24, X, da Lei nº 8.666/1993.

*13. Com espeque nessas considerações, proponho que o requisito exposto nos dois parágrafos anteriores seja incluído no rol de condições cujo atendimento é necessário para que a operação **built to suit** esteja em conformidade com o ordenamento jurídico vigente.*

14. Ainda em relação aos requisitos relacionados pelo Ministro-Substituto André Luis de Carvalho, saliento que o preço avençado para a locação sob medida será necessariamente maior que aquele estabelecido para uma locação convencional. Afinal, a contraprestação paga pela Administração Pública deverá não só remunerar o uso do bem pelo Poder Público, mas também deverá permitir a amortização, ainda que parcial, dos investimentos feitos pelo proprietário do imóvel. Por via de consequência, o valor de mercado a ser considerado para efeitos de avaliação do montante a ser pago pela Administração deverá considerar essa especificidade do contrato sob comento.

15. Considerando que o contrato pode prever a reversão do bem locado para a Administração, saliento caso exista essa previsão, o valor mensal será ainda maior.

*16. Outra questão relevante se refere ao prazo de vigência de um contrato de locação **build to suit**, que é necessariamente longo para permitir a amortização do investimento inicial realizado pelo locador. Tal constatação não é um obstáculo à celebração desse tipo de contrato, uma vez que a jurisprudência desta Corte de Contas aponta no sentido de que o limite temporal estabelecido no art. 57 da Lei nº 8.666/1993 não se aplica aos contratos sob*

comento. Nesse sentido, podem ser citados os Acórdãos nº 170/2005 e nº 1.127/2009, ambos deste Plenário.

(...)

21. Ressalvados os pontos acima analisados, avalio que as orientações sugeridas pelo Relator são adequadas e convenientes. Assim sendo, elas devem ser encaminhadas ao consulente. Contudo, existe uma alternativa à celebração do contrato de locação ora alvitrado que merece ser trazida à baila, o que farei a seguir.

III – A Parceria Público-Privada como opção a ser considerada

22. O art. 2º da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas - PPP) dispõe que:

“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”

23. Da leitura desse dispositivo, depreende-se que a Administração Pública pode contratar uma parceria público-privada cujo objeto será a prestação de serviços precedida pela execução de obra. Por outro lado, não pode ser celebrada parceria cujo objeto seja exclusivamente a realização de obra pública.

24. No presente caso, tem-se que a “locação sob medida” de imóveis por entes públicos pode estar associada à prestação de serviços prediais. Por via de consequência, nessa hipótese, pode ser celebrada uma PPP na modalidade “concessão administrativa”.

25. Resta salientar que o valor da parceria não poderá ser inferior a R\$ 20 milhões de reais.

26. Aduzo que, longe de ser uma mera opção teórica, a contratação de uma parceria público-privada tem sido a alternativa escolhida com razoável frequência por estados e municípios. No plano federal, merece destaque a PPP celebrada pelo Banco do Brasil e pela Caixa Econômica Federal, com vistas à construção de imóvel dotado das condições necessárias à operação do centro de informática das duas instituições. Além da construção, o contrato em tela previu que o parceiro privado ficou responsável pela disponibilização da infraestrutura predial e pela prestação de serviços de manutenção, limpeza e segurança. Em contrapartida, as duas instituições bancárias pagarão um determinado valor, reajustado periodicamente, pelo prazo de 15 anos. Ao final desse período, o imóvel construído reverterá para os parceiros públicos.

26. Entre as vantagens oferecidas pela adoção da PPP, destacam-se as seguintes:

a) possibilidade de o Poder Público utilizar a **expertise** dos agentes privados com o intuito de facilitar a solução de problemas enfrentados pela Administração;

b) realização de licitação no âmbito da qual serão explicitados os parâmetros utilizados para definir o desempenho esperado do parceiro privado;

c) marco legal bem definido e atual;

d) experiência acumulada pelos entes federados ao longo de quase dez anos, além de uma larga experiência internacional, o que facilita a detecção de problemas e pontos críticos;

e) prazo longo de vigência (até 35 anos), o que facilita a amortização dos investimentos feitos pelo investidor privado;

f) vinculação dos pagamentos a serem realizados pela Administração Pública ao atingimento de metas de qualidade dos serviços prestados;

g) critérios claros para a definição do valor inicial a ser pago ao parceiro privado e para os reajustes desse valor;

h) concessão de garantias para o parceiro privado de que os pagamentos a serem efetuados pelo Poder Público serão regularmente realizados, o que gera a expectativa de pagamentos menores pela Administração;

i) via de regra, o início dos pagamentos ocorre apenas após a disponibilização do objeto da PPP pelo parceiro privado, o que reduz os riscos para o Poder Público;

j) previsão de que, ao final da vigência contratual, o bem imóvel reverterá para o parceiro público.

27. O principal ponto crítico do modelo de PPP é a complexidade do contrato, à qual se associa a necessidade de um estudo acurado das demandas atuais e futuras do ente público contratante. Como se trata de um contrato de longo prazo, eventuais falhas na fase inicial do projeto podem gerar problemas que se agravarão no decorrer desse período.

28. Com espeque nessas considerações, entendo que a celebração de uma parceria público-privada deve, no mínimo, ser considerada uma alternativa à locação sob medida de imóveis pela Administração Pública. Assim sendo, julgo adequado recomendar ao consulente que, no futuro, avalie a conveniência e a oportunidade da adoção dessa solução”.

27. Com respaldo nas disposições constitucionais, o TCU pode exercer o controle do poder discricionário da Administração Pública, adentrando no exame da economicidade, eficácia, eficiência e efetividade do ato administrativo, notadamente quando observadas omissões ou deficiências na motivação do ato ou a decisão adotada pelo gestor se mostrar em descompasso com os princípios que regem a atuação estatal.

28. Contudo, neste momento processual, em linha com as conclusões da equipe de auditoria, entendo que o exame da questão não foi aprofundado de forma suficiente a permitir que esta Corte de Contas emita qualquer juízo sobre a estruturação da contratação pretendida pela Fiocruz.

29. Além disso, ressalto que a atuação deste Tribunal somente se mostra pertinente quando já houver algum ato administrativo praticado pelos entes jurisdicionados, uma vez que, antes disso, por absoluta dedução lógica, não há ato do sujeito controlado passível de apreciação do controlador.

30. No caso concreto, toda a discussão sobre a modelagem a ser adotada na estruturação do NCPFI se encontra no campo teórico, e ainda não resultou em nenhum certame ou contrato com vistas à adoção do BTS. Assim, compreendo que a atuação do TCU deve ocorrer a partir do momento em que haja algum ato efetivamente praticado por parte da instância técnica da entidade. Antes disso, reputo de baixa efetividade para a própria atividade de controle o manuseio de estudos que possam ser rejeitados ou mesmo sujeitos a posteriores revisões que modifiquem profundamente a sua essência.

31. O TCU não é órgão consultivo da Administração Pública, cabendo ao gestor efetuar o juízo acerca da solução que melhor atenda ao interesse público, para então decidir sobre sua forma de ação. Não pode o Tribunal substituir a Administração na atividade de promover a gestão pública, de modo a dizer previamente qual é a melhor alternativa que o gestor público deve adotar.

32. Por essas razões, julgo suficiente a proposta encampada pela equipe de auditoria no sentido de recomendar à Fiocruz que avalie a conveniência e a oportunidade de outras possibilidades de execução do empreendimento, como, por exemplo, a PPP, fazendo um comparativo entre essas possibilidades e o **built to suit**.

IV

33. Ainda assim, outros fatos podem ser extraídos do exame do segundo achado do relatório de auditoria:

a) suposto descumprimento do art. 8º da Lei 8.666/1993, o qual dispõe que a execução das obras deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução; e

b) a aparente dificuldade de se angariar recursos orçamentários para a execução do empreendimento, o que me faz perquirir se o mesmo se encontra aderente às disposições presentes no art. 167 da Constituição Federal e na Lei de Responsabilidade Fiscal, notadamente ao disposto nos arts. 15, 16 e 45 do referido diploma legal.

34. No que tange ao suposto descumprimento do art. 8º da Lei 8.666/1993, o relatório de auditoria deixou consignado que as etapas já contratadas, totalizando R\$ 313 milhões de recursos públicos, não têm funcionalidade, o que expõe a entidade contratante ao elevado risco de a contratação pelo modelo BTS não se viabilizar e de não haver disponibilidade efetiva de recursos públicos para a plena conclusão do NCPFI.

35. Ademais é forçoso concordar com os apontamentos da equipe de auditoria acerca de outros riscos de ordem técnica e legal envolvidos com a suposta prática irregular, tais como a dificuldade de segregar e de responsabilizar as atuais e futuras contratadas por falhas e vícios construtivos, o que dificultará a aplicação do disposto no art. 618 do Código Civil sobre a garantia do construtor pela solidez e segurança da obra.

36. Outro risco relevante que está sendo criado pela divisão do empreendimento em parcelas sem funcionalidade completa é semelhante ao apurado pelo TCU nas obras de construção do edifício sede do TRT-ES, objeto do Acórdão 2.742/2015-Plenário, em que se verificou graves falhas estruturais nas fundações, o que ensejou a perda de serviços executados nessa etapa, bem como a ocorrência de diversos atrasos e de reiterados aditamentos contratuais, os quais encareceram o contrato.

37. Tais falhas poderiam ensejar a realização de audiências dos responsáveis com vistas a posterior aplicação das penalidades previstas na Lei 8.443/1992, providência que deixo de adotar por entender que neste momento o controle objetivo da matéria é mais relevante e por absoluta falta de documentos nos autos que permitam realizar a responsabilização dos gestores.

38. Assim, acompanho o encaminhamento proposto de determinar à Fiocruz que seja estabelecido, no eventual instrumento convocatório para a contratação do restante da obra, mecanismos para que as empresas interessadas em participar do certame vistoriem e efetuem testes nas estruturas já construídas, para, com isso, poderem ser responsabilizadas em caso de patologias futuras na estrutura completa. Em adição a tal proposta, deve haver determinação para que exista previsão no edital/contrato, no sentido de que as construtoras contratadas para as etapas subsequentes do empreendimento respondam pela obra por inteiro e não apenas pela parcela a ser executada.

39. Sobre a antecipação de contratação de etapas, a equipe de auditoria também aventou determinar à Fiocruz que não mais promovesse a contratação de etapas do NCPFI, as quais não entregam funcionalidade completa, enquanto não fosse selecionado o modelo de execução do restante do objeto. Com base no impacto que tal deliberação poderia ocasionar para a Fiocruz, foi proposta nesta etapa processual apenas realização de oitiva prévia da entidade auditada para que se manifestasse sobre as irregularidades apontadas, bem como apresentasse os reais motivos que determinaram a antecipação das etapas ora em execução.

40. Considero suficiente dar ciência da violação do art. 8º da Lei 8.666/1993 à Fiocruz, alertando que a reincidência em tal prática poderá ensejar a aplicação de penalidades aos responsáveis. Dada a relevância da matéria, julgo pertinente encaminhar cópia desta deliberação ao Ministério da Saúde, para que acompanhe o caso como órgão supervisor da Fiocruz.

V

41. O último achado a ser tratado neste voto refere-se ao suposto superdimensionamento do contrato de supervisão ante o modelo de execução do empreendimento. Segundo a equipe de auditoria, o Contrato 28/2015, firmado a empresa Concremat Engenharia e Tecnologia S.A. para gerenciamento do NCPFI, estaria superdimensionado, pois não haveria necessidade de uma equipe de supervisão do

tamanho previsto no contrato, visto que esta é uma das funções da contratada para implantação do empreendimento no modelo **built to suit**, que provavelmente seria utilizado pela Fiocruz.

42. Assim, a equipe de auditoria propôs determinar à Fiocruz que, tão logo finalizados os contratos de execução de obras ou prestação de serviços relacionados ao empreendimento vigentes na presente data, encerrasse o Contrato 28/2015 e realizasse, caso necessário, nova contratação dos serviços de gerenciamento e fiscalização compatível com o modelo de contratação escolhido para a conclusão do empreendimento. Devido aos impactos da medida indicada, sugeriu como medida preliminar apenas a oitiva prévia da Fiocruz e da empresa contratada para que se manifestassem sobre a adequação da quantidade necessária de funcionários para o bom e regular gerenciamento da obra no modelo em que será executada.

43. Embora eu concorde que no modelo BTS o gerenciamento do empreendimento está precipuamente a cargo do locador, com as vênias de estilo, deixo de acolher tal proposição, na medida em que a modelagem do empreendimento (obra pública, PPP ou BTS) ainda não está bem delineada. Assim, a citada situação de “superdimensionamento” do contrato de supervisão só estaria plenamente caracterizada se já existissem atos administrativos praticados com vistas a efetivar a contratação de uma PPP ou BTS.

44. Caso seja mantida a forma de execução até então adotada (obra pública), não subsistiria em princípio o suposto superdimensionamento da equipe de supervisão e gerenciamento. Ademais, o escopo de gerenciamento também poderia abranger a análise dos projetos executivos do NCPFI, a cargo da empresa IPS – Integrated Project Services Inc. O exame pormenorizado do escopo do contrato celebrado com a Concremat ficou prejudicado, visto que a equipe de auditoria não juntou aos autos cópias do ajuste e dos respectivos instrumento convocatório e termo de referência.

45. Cabe ainda observar que a Fiocruz foi questionada a respeito da contratação de uma gerenciadora para o empreendimento inteiro, considerando que o modelo a ser utilizado seria o **built to suit**. A resposta a tal questionamento ocorreu nos seguintes termos (peça 21, fls. 2/3):

“A contratação de gerenciadora se deu pela necessidade de se ter uma equipe diferenciada e disponível em tempo integral para acompanhar a execução simultânea das obras e em atividades integradas, na qual o empreendimento entregue deverá preencher todos os requisitos de qualidade, acabamento e performance esperados para o tipo específico de instalações, neste caso, produção de vacinas e biofármacos, com qualidade e cumprimento dos requisitos BPF e de órgãos regulatórios.

Muito embora recaia sobre o financiador e a empresa construtora do empreendimento, no modelo Built to Suit, a responsabilidade da construção, estes privilegiarão uma visão extremamente de resultados financeiros e comerciais de curto prazo.

Todavia o Projeto de Implantação do novo NCPFI necessita de um Planejamento e de uma Fiscalização e Controle apurado, além de um rígido controle da documentação técnica do projeto para garantir o suprimento desta documentação para as obras, e a execução dos seus respectivos “as built”, bem como o controle de toda a documentação necessária para a validação das Unidade Operacionais.

Portanto, entendemos ser necessário o apoio à equipe de fiscalização de Bio-Manguinhos, de forma que todas as etapas sejam acompanhadas por pessoal e empresa detentora desta expertise técnica, notadamente num empreendimento deste vulto e relevância/especificidade técnica”.

46. Esta manifestação da entidade auditada não foi sequer tangenciada pelo relatório de fiscalização.

47. A necessidade da contratação de uma gerenciadora também foi justificada por ocasião da Concorrência 10/2014, certame que originou o Contrato 28/2015. Na justificativa produzida pela

Fiocruz (peça 11), consta uma compilação de todas as atividades necessárias para a implantação do empreendimento, que seriam integradas e coordenadas pela gerenciadora, a exemplo das diversas obras civis e instalações provisórias, os serviços especializados para compensação ambiental, centrais de utilidades (vapor, ar-comprimido, água purificada), central de inativação, central de água gelada, redes de distribuição de utilidades em geral, sistemas prediais diversos, sistema de reuso de água e sistema de ar condicionado.

48. Creio, portanto, que não são inteiramente pertinentes as analogias feitas pela equipe de auditoria a partir de outras contratações **built to suit** realizadas pela Justiça Federal do Paraná e Prefeitura de Guarulhos, assim como o plano desenvolvido pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para a construção de anexo ao bloco K da Esplanada dos Ministérios. Não se pode olvidar que o NCPFI da Fiocruz se diferencia dos exemplos trazidos pela equipe de fiscalização por ser uma indústria farmacêutica de grande porte e complexidade, que envolve tecnologia de ponta, e não uma mera edificação convencional.

49. Por fim, a respeito do contrato celebrado com a IPS – Integrated Project Services Inc, registro que a equipe de auditoria enfatizou que os procedimentos adotados se restringiram a verificar se o processo de inexigibilidade de licitação seguiu a legislação vigente, mas o relatório não trouxe qualquer outra informação ou conclusão acerca desse pacto. Também não foram autuadas evidências sobre a citada contratação, tais como pareceres técnicos e jurídicos, termo de contrato, atos de ratificação da inexigibilidade de licitação etc.

Ante todo o exposto, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto a este colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 19 de julho de 2017.

BENJAMIN ZYMLER
Relator

ACÓRDÃO Nº 1555/2017 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 017.376/2016-5.
2. Grupo II – Classe de Assunto: V – Relatório de Auditoria
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Congresso Nacional (vinculador).
4. Órgão/Entidade: Fundação Oswaldo Cruz.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrb).
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria realizada com o objetivo de avaliar a regularidade da construção do Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos de Bio-Manguinhos (NCPFI), em Santa Cruz/RJ, a cargo da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz),

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU determinar a oitiva da Fundação Oswaldo Cruz, bem como da empresa Carioca Christiani Nielsen Engenharia S.A. (40.450.769/0001-26), para que se manifestem, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, sobre o critério de medição e pagamento adotado para os itens relativos à administração local dos Contratos 19/2015 (aquisição e cravação de estacas) e 104/2015 (2ª fase da terraplenagem), com inobservância ao Princípio Constitucional da Eficiência e contrariando o disposto no art. 62 da Lei 4.320/64 e no item 9.3.2.2 do Acórdão 2.622/2013-Plenário, ocasionando a realização de pagamentos antecipados e em descompasso com os resultados produzidos e com andamento físico e financeiro dos objetos contratados, nos termos tratados no item III.1 do relatório de auditoria;

9.2. dar ciência à Fundação Oswaldo Cruz, com fulcro no art. 7º da Resolução - TCU 265/2014, acerca das seguintes impropriedades verificadas nos contratos 19/2015 e 104/2015, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrências semelhantes nos próximos certames relacionados ao Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos de Bio-Manguinhos – RJ (NCPFI):

9.2.1. antecipação da contratação das etapas de fundação e de serviços de movimentação de terra para as obras de implantação do NCPFI, em objetos sem funcionalidade plena, o que representa infração ao disposto no art. 8º da Lei 8.666/1993;

9.3. com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar à Fiocruz que:

9.3.1. seja estabelecido, no eventual instrumento convocatório para a contratação do restante da obra, mecanismos para que as empresas interessadas em participar do certame vistoriem e efetuem testes nas estruturas já construídas, para, com isso, poderem ser responsabilizadas em caso de vícios construtivos serem posteriormente detectados na estrutura completa;

9.3.2. preveja no edital/contrato que as construtoras contratadas para as etapas subsequentes do empreendimento respondam pelas edificações construídas por inteiro e não apenas pela parcela a ser executada;

9.4. recomendar à Fiocruz, com base no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que avalie a conveniência e a oportunidade de outras possibilidades de execução do empreendimento, como, por exemplo, a Parceria Público-Privada, fazendo um comparativo entre essas possibilidades e o **built to suit**.

9.5. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana que adote as seguintes providências, ficando desde já autorizada a realizar as diligências e inspeções que entender necessárias:

9.5.1. apure os motivos para os atrasos verificados nos Contratos 19/2015 e 104/2015, identificando se eles são oriundos de culpa da contratada, de fato da Administração ou de razões alheias às partes, bem como as providências tomadas para a eventual responsabilização dos envolvidos ou aplicação de penalidades contratuais;

9.5.2. previamente à realização das oitivas determinadas no subitem 9.1 supra, saneie os autos, juntando a documentação comprobatória dos achados de auditoria, nos termos expostos no voto condutor desta deliberação;

9.5.3. conforme previsto na etapa de planejamento desta fiscalização, apresente a conclusão acerca da regularidade do contrato 104/2012, celebrado com a empresa IPS – Integrated Project Services Inc., mediante inexigibilidade de licitação, juntando aos autos os elementos pertinentes;

9.6. dar ciência desta decisão, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, ao Ministério da Saúde;

9.7. encaminhar cópia desta deliberação à Segecex, para que oriente as unidades técnicas deste Tribunal a autuarem, nos processos de fiscalização, as evidências que embasam os achados de auditoria, bem como a documentação relacionada aos contratos e editais auditados.

10. Ata nº 27/2017 – Plenário.

11. Data da Sessão: 19/7/2017 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1555-27/17-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler (Relator), Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro e Ana Arraes.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral, em exercício