

Sessões: 15 e 16 de novembro de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO**Plenário**

Licitação de obras aeroportuárias:

1 - A habilitação técnico-operacional só pode ser exigida de licitantes para demonstração da capacidade de execução de parcelas do objeto a ser contratado que sejam, cumulativamente, de maior relevância e de maior valor;

2 - Em obras aeroportuárias a exigência de qualificação técnica deve-se limitar, nas situações ordinárias, à demonstração de expertise na execução de obras similares ou equivalentes, em respeito ao comando contido no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93;

3 - Para a realização de parcela da obra aeroportuária que seja técnica e materialmente relevante e que, por sua especialidade, seja normalmente subcontratada, deve-se proceder ao parcelamento do objeto a ser licitado ou, se isso não for viável, deve-se admitir a participação de consórcios na licitação;

4 - Não é cabível a exigência de atestados de capacitação técnica visando à comprovação de experiência para a execução de serviços técnica e materialmente relevantes, passíveis de serem executados apenas por poucas empresas, e que, por circunstância de mercado, já se saiba de antemão que serão subcontratados;

5 - No caso de subcontratação de parcela da obra para a qual houve solicitação de atestados de qualificação técnica na licitação, ou na hipótese de não terem sido exigidos atestados por se tratar de serviço usualmente prestado por limitadíssimo número de empresas, a contratada original deve exigir da subcontratada comprovação de capacidade técnica, disposição essa que deve constar, necessariamente, do instrumento convocatório.

O uso de documentação inidônea com o objetivo de caracterizar a condição de empresa de pequeno porte e obter tratamento favorecido em licitações justifica a inabilitação de empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal.

A exigência de que empresa a ser contratada mantenha rede de postos de serviço credenciados em todo o território nacional, para prestação de serviço de abastecimento de combustível de frota baseada em dada unidade da federação, configura restrição ao caráter competitivo de certame licitatório.

PLENÁRIO**A habilitação técnico-operacional só pode ser exigida de licitantes para demonstração da capacidade de execução de parcelas do objeto a ser contratado que sejam, cumulativamente, de maior relevância e de maior valor**

Representação da Secob-1, efetuada em cumprimento ao comando contido no subitem 9.3 do Acórdão 718/2011-Plenário, proferido nos autos de processo em que se examinava denúncia envolvendo supostas irregularidades no edital de licitações para as obras no Aeroporto de Confins, em Belo Horizonte/MG, aprofundou estudos acerca da “*subcontratação de serviços tradicionalmente terceirizados em obras aeroportuárias bem como acerca da exigência de habilitação técnica para itens específicos de instalações de aeroportos, tais como esteiras de transporte e pontes de embarque, que têm mercado monopolizado ou de restrito número de fornecedores*”, com o objetivo de “*aperfeiçoar as disposições de futuros editais de licitação para obras semelhantes às tratadas nestes autos, no intuito de ampliar a competitividade e obter a proposta mais vantajosa para a administração (...)*”. A Secob-1 acusou, inicialmente, dissonância entre o comando contido no Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero e o do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei

8.666/93. Isso porque o normativo interno da empresa admite a exigência de atestados de experiência para comprovação da capacidade técnica em itens de maior relevância ou valor significativo da obra, enquanto o entendimento já sumulado por esta Corte aponta no sentido de que tal exigência só poderia ser efetuada quando o serviço for técnica e materialmente relevante (Súmula 263/2011). Em resposta a oitiva do Tribunal, a Infraero asseverou que, ao conduzir seus certames licitatórios, somente exigia demonstração de qualificação técnica, se presentes ambos os requisitos acima citados. Restou, porém, efetivamente comprovada a ilicitude apontada, conforme ressaltou a unidade técnica e o Ministério Público/TCU. Por esse motivo, o Tribunal, ao adotar proposta de encaminhamento apresentada pelo relator, decidiu “9.2. *determinar à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República que, com base no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 e no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal, tome as providências para alteração do Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero, de modo que as exigências de habilitação técnico-operacional das licitantes refiram-se, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e de maior valor significativo do objeto a ser contratado, a fim de compatibilizar o normativo da empresa pública com o disposto no artigo 30 da Lei 8.666/1993 e com a Súmula 263/2011-TCU;*”. **Acórdão n.º 2992/2011-Plenário, TC-008.543/2011-9, rel. Min. Valmir Campelo, 16.11.2011.**

Em obras aeroportuárias a exigência de qualificação técnica deve-se limitar, nas situações ordinárias, à demonstração de expertise na execução de obras similares ou equivalentes, em respeito ao comando contido no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93

Na citada representação da Secob-1, o relator tratou da exigência de atestados de qualificação técnica para a execução de itens que integram obras aeroportuárias e da subcontratação de serviços tradicionalmente terceirizados em obras aeroportuárias. Endossou entendimento da unidade técnica, segundo o qual, em vez de se exigir a apresentação de atestados de diversas parcelas do objeto licitado e de se proibir a subcontratação das referidas parcelas, “*parece mais salutar que a Infraero exija apenas a comprovação de que as licitantes executaram obra similar ou equivalente, flexibilizando a subcontratação dos diversos serviços e parcelas da obra e deixando a cargo da iniciativa privada fazer a melhor gestão da execução dos recursos necessários à conclusão do objeto*”. O relator, ao discorrer a esse respeito, abordou a execução de itens usuais em obras aeroportuárias e exemplificou: “*É inegável que em praticamente todos os aeroportos existirão esteiras de bagagem, e isso independe do seu tamanho. Questiono, portanto, em que incrementará a solicitação de comprovação da experiência anterior nesse tipo de serviço, quando, inexoravelmente, ao se comprovar a execução bem sucedida da construção de outro aeroporto, já se ‘embute’ o ‘saber fazer’ na execução dessas esteiras*”. Estendeu esse raciocínio a outros serviços, como o de movimentação de terra em pistas de pouso e o de fundações corriqueiras em edificações. Nesses casos, bastaria “*demonstrar a habilidade em executar uma pista de pouso com tamanho compatível; ou uma edificação com características semelhantes*”. Ressaltou, então, a necessidade de observância do comando contido no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, segundo o qual é vedado aos agentes públicos “*admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, (...) ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato (...)*” – grifo do relator. Propôs, ao final, a realização de determinação à Infraero, que foi acolhida pelo Plenário, e que assumiu a seguinte redação: “*9.3.1. verifique a estrita necessidade de solicitar atestados de capacidade técnico-operacional e profissional para comprovação de experiência dos licitantes em serviços ou itens específicos da obra, limitando tais exigências, nas situações ordinárias, à expertise na execução de obras similares ou equivalentes tidas como um todo, por desnecessária restrição à competitividade do certame, em respeito ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93;*”. **Acórdão n.º 2992/2011-Plenário, TC-008.543/2011-9, rel. Min. Valmir Campelo, 16.11.2011.**

Para a realização de parcela da obra aeroportuária que seja técnica e materialmente relevante e que, por sua especialidade, seja normalmente subcontratada, deve-se proceder ao parcelamento do objeto a ser a ser licitado ou, se isso não for viável, deve-se admitir a participação de consórcios na licitação

Na mesma representação da Secob-1, que abordou a subcontratação de serviços em obras aeroportuárias, tratou-se, também, das parcelas de maior relevância e de valor significativo que, efetivamente, justificam a exigência de habilitação técnica para sua realização. Ao esquadrihar esse aspecto do tema abordado, o relator pugnou pela validade do comando contido no art. 126, § 1º, do Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero, segundo o qual, “*§ 1º será vedada a subcontratação: I – sobre parcelas ou itens referentes à qualificação técnica exigida para efeito de habilitação da empresa vencedora do certame;*”. Ressaltou, ainda, que, nessa hipótese, deve ser permitida “*a formação de consórcios – ou, antes disso, caso*

seja técnica, prática e economicamente viável, o parcelamento da licitação, nos termos do art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93 e da Súmula 247/2011-TCU – para não ensejar restrição indevida ou comprometimento quanto à garantia da experiência da futura contratada”. Por esses motivos, propôs a formulação de determinação à Infraero, que foi acolhida pelo Plenário e assumiu a seguinte redação: “9.3.2.1. em razão da vedação à subcontratação de serviços para os quais se solicitem atestados de capacidade técnica, tal qual consta do art. 126, § 1º, do Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero, caso o encargo seja materialmente relevante e, por sua especialidade, seja normalmente subcontratado pelas empresas de engenharia em objeto congênere, verifique a viabilidade do parcelamento da licitação, nos termos da Súmula 247-TCU, ou, se tecnicamente, praticamente ou economicamente inviável, autorize a formação de consórcios no instrumento convocatório, nos moldes do art. 33 da Lei 8.666/93;”. Acórdão n.º 2992/2011-Plenário, TC-008.543/2011-9, rel. Min. Valmir Campelo, 16.11.2011.

Não é cabível a exigência de atestados de capacitação técnica visando à comprovação de experiência para a execução de serviços técnica e materialmente relevantes, passíveis de serem executados apenas por poucas empresas, e que, por circunstância de mercado, já se saiba de antemão que serão subcontratados

Ainda na representação da Secob 1, o relator cuidou de hipótese em que, por circunstância de mercado, já se saiba que determinada fração do objeto licitado será subcontratada, e que, *“pela especialidade do encargo, pouquíssimas empresas dominem essa técnica construtiva ou detenham exclusividade no fornecimento de determinado insumo, formando monopólios ou oligopólios”*. Ponderou, a esse respeito, que, em face da proibição de subcontratar a parte principal do objeto, *“as poucas empresas aptas a executar esses serviços darão ensejo – quando muito – à formação de um pequeno número de consórcios”*. Anotou, ainda, não haver justificativa para se exigir, nesses casos, atestados de qualificação técnica para demonstração da capacidade de execução do respectivo serviço. Isso porque *“Poucas empresas – e somente elas – estarão aptas a executar essa parcela peculiar do objeto. Não existe ganho, portanto, em se limitar a concorrência. Perde-se um valor (o da competitividade) sem a contraprestação de outro (o da melhor proposta)”*. Por esses motivos, ofereceu proposta de determinação à Infraero, com intuito de balizar seus procedimentos em situações desse gênero. O Plenário do Tribunal, ao acolher o encaminhamento sugerido pelo relator, decidiu determinar à Infraero que: *“9.3.2.2. no caso da existência de monopólio ou oligopólio na execução de serviço usualmente subcontratado, com pequeno número de empresas aptas ao fornecimento de determinado equipamento ou domínio da tecnologia construtiva tecnicamente e materialmente relevantes, abstenha-se de solicitar atestados de capacidade técnica relativos à comprovação de experiência para a sua execução”*. Acórdão n.º 2992/2011-Plenário, TC-008.543/2011-9, rel. Min. Valmir Campelo, 16.11.2011.

No caso de subcontratação de parcela da obra para a qual houve solicitação de atestados de qualificação técnica na licitação, ou na hipótese de não terem sido exigidos atestados por se tratar de serviço usualmente prestado por limitadíssimo número de empresas, a contratada original deve exigir da subcontratada comprovação de capacidade técnica, disposição essa que deve constar, necessariamente, do instrumento convocatório

Nessa mesma representação da Secob-1, o relator, a despeito de reconhecer a validade do comando contido no art. 126, § 1º, do Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero, segundo o qual, *“§ 1º será vedada a subcontratação: I – sobre parcelas ou itens referentes à qualificação técnica exigida para efeito de habilitação da empresa vencedora do certame;”*, cogitou a possibilidade de a Infraero alterar esse regramento e passar a admitir a subcontratação de parcelas para as quais tenham sido requeridos atestados de qualificação técnica da empresa. Assim sendo, na hipótese de que tal mudança normativa venha a ser implementada, entende o relator que as empresas contratadas, como condicionante de autorização para a subcontratação dos respectivos serviços, devem exigir das subcontratadas a apresentação de atestados de qualificação para esses itens. Considerou pertinente, também, estender tal raciocínio às situações em que se verifica monopólio ou oligopólio de empresas para a prestação de serviço usualmente subcontratado. Ao acolher o encaminhamento proposto pelo relator, o Plenário determinou à Infraero que: *“9.3.3. exija das contratadas originais, nos casos abrangidos pelo subitem 9.3.2.2 desta decisão [vide tópico anterior deste informativo] ou no caso da subcontratação de parcela da obra para a qual houve solicitação de atestados de qualificação técnica na licitação, como condicionante de autorização para execução dos serviços, a comprovação de experiência das subcontratadas para verificação de sua capacidade técnica, disposição essa que deve constar, necessariamente, do instrumento convocatório;”*. Acórdão n.º 2992/2011-Plenário, TC-008.543/2011-9, rel. Min. Valmir Campelo, 16.11.2011.

O uso de documentação inidônea com o objetivo de caracterizar a condição de empresa de pequeno porte e obter tratamento favorecido em licitações justifica a inabilitação de empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal

Representação do Sindicado de Empresas de Asseio, Conservação e Serviços Terceirizados do Estado de Santa Catarina – SEAC/SC, efetuada com suporte no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, acusou possível fraude praticada por empresa em licitações públicas. O autor da representação apontou a obtenção de benefício indevido auferido pela empresa representada, que obteve tratamento favorecido ao concorrer como empresa de pequeno porte, sem atender aos requisitos exigidos para tanto. O Relator, ao examinar essa representação, observou que o faturamento da empresa, em 2007, sem levar em conta eventuais receitas oriundas de contratos com órgãos municipais ou empresas privadas, foi de, pelo menos, R\$ 2.456.945,22, conforme levantamentos da unidade técnica. Anotou, também, que, segundo o art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, são consideradas empresas de pequeno porte aquelas que auferirem, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00. Acrescentou que, segundo o § 9º desse art. 3º, “*A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto por esta Lei Complementar para todos os efeitos legais*”. Após explicitar a sistemática que materializa os benefícios, concedidos a pequenas empresas e a empresas de pequeno porte, tratada nos arts. 44 e 45 da citada LC 123/2006, o relator ressaltou que o Decreto nº 6.204, de 5/9/2007 estabelece, no seu art. 11, que o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte dar-se-á nas condições estabelecidas pela LC nº 123/2006, com base em declaração fornecida pela empresa. Refutou, ainda, o argumento de ter havido mero erro do profissional contratado para organizar a documentação necessária à participação em licitações ao informar o faturamento da empresa. Entendeu, isto sim, que a representada, “*valendo-se de documentos falsos, usou a condição de empresa de pequeno porte para obtenção de tratamento favorecido em licitações públicas*” e que tal conduta está tipificada no art. 46 da Lei nº 8.443/1992. Sugeriu, ao final, para que se guarde “*correlação com a grandeza da falta identificada*”, impor à empresa faltosa a sanção de inabilitação prevista no anteriormente citado comando normativo, pelo período de um ano. Propôs, ainda, a expedição de determinação ao Banco do Brasil e à Justiça Federal de 1º Grau/SC para que se abstenham de estender os prazos dos instrumentos firmados com a empresa contratada. O Plenário do Tribunal ratificou tal proposta de encaminhamento. **Acórdão n.º 2993/2011-Plenário, TC-018.375/2009-1, rel. Min. Valmir Campelo, 16.11.2011.**

A exigência de que empresa a ser contratada mantenha rede de postos de serviço credenciados em todo o território nacional, para prestação de serviço de abastecimento de combustível de frota baseada em dada unidade da federação, configura, em cognição sumária, restrição ao caráter competitivo de certame licitatório

Representação efetuada por empresa, com suporte no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, com pedido de medida cautelar, apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico nº 352/2011-7, promovido pela Superintendência Regional do DNIT no Estado do Rio de Janeiro, que tem por objeto a prestação de serviços de gestão de abastecimento de combustível, com a utilização de cartão magnético. A autora da representação alegou que o edital da licitação possui cláusulas restritivas à competitividade do certame, entre elas a que impõe à contratada a obrigação de “*6.5-Manter uma rede de postos de serviço credenciados em todo território nacional, com distância entre 60 Km a 200 Km entre eles, de forma a permitir um abastecimento continuado para veículo em viagem e/ou localizado em qualquer Unidade local da SRERJ/DNIT fora do município do Rio de Janeiro*”. A unidade técnica considerou que a exigência de que a contratada mantenha rede de âmbito nacional, “*mesmo se tratando de frota pertencente à unidade com jurisdição limitada ao estado do Rio de Janeiro*”, afrontaria o disposto no inciso I, § 1º do Art. 3º da Lei 8.666/93, “*com evidente prejuízo à competitividade do certame*”. Consignou, ainda, que apenas duas empresas participaram do certame. O relator, ao avaliar a pertinência cautelar requerida, ratificou o entendimento de que “*a exigência parece descabida, constituindo possível fator de restrição à competitividade*”, o que revelaria o **fumus boni iuris**. O **periculum in mora** também estaria configurado, visto que já houve adjudicação dos itens do pregão à empresa vencedora, o que indica a possibilidade de iminente celebração do respectivo contrato. O relator, por esses motivos, em caráter cautelar, determinou à Superintendência Regional do DNIT no Estado do Rio de Janeiro, com fundamento no art. 45 da Lei nº 8.443/92, c/c o art. 276 do RI/TCU, “*que suspenda, no estágio em que se encontram, todos os atos decorrentes do Pregão Eletrônico nº 352/2011-7, até posterior manifestação deste Tribunal*”. Promoveu,



também, a oitiva de responsáveis para se pronunciarem sobre as possíveis irregularidades identificadas na condução do referido pregão. O Plenário, em seguida, endossou a proposta do relator. ***Comunicação ao Plenário de medida cautelar, TC-033.757/2011-9, rel. Min. José Múcio Monteiro, 16.11.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br