Jurisprudência - Informativo de Licitações e Contratos

Número 224

Sessões: 18 e 19 de novembro de 2014

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, dos aspectos relevantes que envolvem o tema. 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. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor da deliberação, bastando clicar no número do Acórdão (ou pressione a tecla CTRL e, simultaneamente, clique no número do Acórdão).

SUMÁRIO

Plenário

1. A entidade contratada por dispensa de licitação, com base no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, deve comprovar indiscutível capacidade para a execução do objeto pactuado por meios próprios e de acordo com as suas finalidades institucionais, sendo regra a inadmissibilidade de subcontratação.

2. Nas contratações de entidades sem fins lucrativos com esteio no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, é admissível a prestação de serviços auxiliares por terceiros – referentes a partes não relevantes do objeto da contratação – e a complementação do quadro de pessoal da contratada, de acordo com as necessidades impostas pela situação.

3. As entidades do Sistema S não podem instituir em seus regulamentos novas hipóteses de contratação direta, haja vista que a matéria deve ser disciplinada por norma geral, de competência privativa da União.

4. Na hipótese de o projeto básico ser contratado por órgão distinto daquele responsável pela licitação do seu objeto, o recebimento do projeto por parte do primeiro não dispensa a aprovação do mesmo projeto por parte do segundo órgão, uma vez que os institutos do recebimento (art. 73 da Lei 8.666/93) e da aprovação do projeto (art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei 8.666/93) não se confundem.

5. Em licitações do tipo técnica e preço em que houver preponderância da proposta técnica, os fatores de ponderação entre técnica e preço devem ser expressamente fundamentados, a fim de evidenciar sua razoabilidade e demonstrar que não representam privilégio ou proporcionam aumento indevido de preço em decorrência de diferenças técnicas não substanciais.

Segunda Câmara

6. A vedação ao somatório de atestados, para o fim de comprovação da capacidade técnico-operacional, deve estar restrita aos casos em que o aumento de quantitativos acarretarem, incontestavelmente, o aumento da complexidade técnica do objeto ou uma desproporção entre quantidades e prazos de execução, capazes de exigir maior capacidade operativa e gerencial da licitante e ensejar potencial comprometimento da qualidade ou da finalidade almejadas na contratação, devendo a restrição ser justificada técnica e detalhadamente no respectivo processo administrativo.

PLENÁRIO

1. A entidade contratada por dispensa de licitação, com base no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, deve comprovar indiscutível capacidade para a execução do objeto pactuado por meios próprios e de acordo com as suas finalidades institucionais, sendo regra a inadmissibilidade de subcontratação.

Em Prestação de Contas ordinária da Companhia das Docas do Estado da Bahia S.A. (Codeba), fora efetuada a audiência dos responsáveis (Diretor-presidente e a Coordenadora do Departamento Jurídico) em face, dentre outros aspectos, da contratação direta de entidade sem fins lucrativos, com esteio no inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93, para a prestação de serviços técnico-administrativos especializados na área de meio ambiente, os quais, de fato, foram executados por um terceiro particular. Ao analisar a ocorrência, registrou o relator que a fundação escolhida não dispunha, antes da contratação, de corpo técnico qualificado para a execução dos

serviços. Em decorrência, "*a contratação direta teria sido indevida porque estaria em desacordo com jurisprudência desta Corte, mediante a qual é estabelecido que a entidade contratada por dispensa de licitação, com base no art. 24, XIII, da Lei 8.666/1993, deve comprovar a capacidade de execução do objeto pactuado com meios próprios e de acordo com as suas finalidades institucionais, sendo, portanto, inadmissível a subcontratação dos serviços (*v.g. *Acórdãos Plenário 1.803/2010 e 551/2010)*". Aduziu o relator que esse entendimento destina-se a "*evitar que se utilize desse permissivo legal para contratação direta de empresa que atuará meramente como intermediária na prestação dos serviços*", afastando-se o risco de "*fuga ao regular certame licitatório, pois a empresa de fato executora do objeto não preencheria os requisitos subjetivos e objetivos para que fosse contratada com fulcro nessa hipótese de dispensa de licitação*". Ademais, caso a contratada não possua as condições técnicas para a execução dos serviços contratados, inferiu o relator, não há como supor que ela atenda ao requisito legal que estabelece a necessidade de as contratadas possuírem "inquestionável reputação ético-profissional". Noutro giro, anotou o relator que o entendimento jurisprudencial pretende assegurar o respeito ao princípio da economicidade, evitando "*o desnecessário pagamento de valores a título de taxa de intermediação, correspondente à diferença entre o montante despendido pela administração e aquele auferido pela subcontratada executora dos serviços*". Em conclusão, assentou que "*o essencial é verificar em cada caso se houve a desvirtuação da norma legal de forma a se concluir que a contratada atuou como mera intermediária ou não detinha a capacitação necessária para a execução do objeto*". Evidenciada a efetiva realização dos serviços por outra instituição e também que a contratada não detinha capacidade para a execução do objeto por meios próprios, o Plenário, acompanhando o relator, rejeitou as razões de justificativa apresentadas, para, dentre outras decisões, julgar irregulares as contas do Diretor-presidente e da Coordenadora do Departamento Jurídico, aplicando-lhes a multa capitulada no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/92. ***Acórdão 3193/2014-Plenário, TC 015.560/2006-1, relator Ministro Benjamin Zymler, 19.11.2014.***

2. Nas contratações de entidades sem fins lucrativos com esteio no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93, é admissível a prestação de serviços auxiliares por terceiros – referentes a partes não relevantes do objeto da contratação – e a complementação do quadro de pessoal da contratada, de acordo com as necessidades impostas pela situação.

Ainda no tocante à irregular contratação direta de entidade para a prestação de serviços técnico-administrativos especializados, evidenciada em Prestação de Contas da Codeba, em face dos requisitos estabelecidos no inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93, anotou o relator que as conclusões acerca da capacidade operacional da contratada para a execução do objeto "*não devem ser interpretadas de forma absoluta no sentido de que todo o pessoal necessário para a execução do objeto já deve compor os quadros da entidade previamente à contratação ou de que ela não possa de forma alguma se valer da prestação de serviços de terceiros*". A realidade mercadológica pode, no entendimento do relator, "*impor uma diversidade de fornecedores necessários à execução contratual*". Em seu sentir, "*o espírito da norma legal é estabelecer que a futura contratada disponha de irrefutável experiência na realização do objeto a ser contratado e de um núcleo permanente de pessoal qualificado*". Assim, "*a prestação de serviços auxiliares por terceiros – referentes a partes não relevantes do objeto – e a complementação do quadro de pessoal poderiam ocorrer de acordo com as necessidades impostas pela contratação*". Evidenciadas a efetiva realização dos serviços por outra instituição e que a contratada não detinha capacidade para a execução do objeto por meios próprios, o Plenário, acompanhando o relator, rejeitou as razões de justificativa apresentadas, para, dentre outras decisões, julgar irregulares as contas do Diretor-presidente e da Coordenadora do Departamento Jurídico, aplicando-lhes a multa capitulada no art. 58, inciso I, da Lei 8.443/92. ***Acórdão 3193/2014-Plenário, TC 015.560/2006-1, relator Ministro Benjamin Zymler, 19.11.2014.***

3. As entidades do Sistema S não podem instituir em seus regulamentos novas hipóteses de contratação direta, haja vista que a matéria deve ser disciplinada por norma geral, de competência privativa da União.

Pedido de Reexame interposto pela Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (Apex-Brasil) requerera, dentre outras demandas, a insubsistência de determinação do TCU que a obrigara a promover alteração de dispositivo constante em seu regulamento de licitações e contratos para adequá-lo aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da igualdade. O dispositivo em questão permite a dispensa de licitação "*para a participação da Apex-Brasil em feiras, exposições, congressos, seminários e eventos em geral, relacionados com sua atividade-fim*". Contrapondo os argumentos do relator, e em consonância com o posicionamento da unidade técnica, o revisor destacou que a redação do dispositivo "*abre ampla margem para que a entidade contrate, por dispensa de licitação, quaisquer serviços necessários a sua participação em*

eventos", em afronta aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da moralidade e da publicidade. Mencionando que a jurisprudência do TCU, de um lado, reconhece que as entidades do Sistema S não se submetem aos exatos termos da Lei 8.666/93, o revisor afirmou que, de outro lado, é pacífico que essas entidades devem obediência aos princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal e no *caput* do art. 3º do Estatuto das Licitações, bem como *"não podem inovar na ordem jurídica e instituir, por meio de normas infralegais, novas hipóteses de contratação direta (Acórdão 2.790/2013-TCU-2ª Câmara)*". Voltando a atenção ao caso concreto, o revisor assinalou que a liberalidade prevista no regulamento da Apex-Brasil "*tanto infringe os princípios que regem as contratações realizadas com recursos públicos como constitui inovação que extrapola as hipóteses de dispensa de licitação hoje já existentes*". Por fim, o revisor asseverou que a atual redação do dispositivo tem grande potencial de repercussão sobre as demais integrantes do Sistema S e sob "*suposto argumento de que se trata de prática mais célere e eficiente, a disposição pode passar a respaldar contratações relacionadas à atividade fim de tais entidades, prejudicando a obtenção de contratações mais vantajosas e violando os princípios da impessoalidade, da moralidade e da igualdade*". Acolhendo os argumentos do revisor, o Colegiado manteve intacto o item da deliberação recorrida. ***Acórdão 3195/2014-Plenário, TC 005.708/2013-3, revisor Ministro Bruno Dantas, 19.11.2014.***

4. Na hipótese de o projeto básico ser contratado por órgão distinto daquele responsável pela licitação do seu objeto, o recebimento do projeto por parte do primeiro não dispensa a aprovação do mesmo projeto por parte do segundo órgão, uma vez que os institutos do recebimento (art. 73 da Lei 8.666/93) e da aprovação do projeto (art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei 8.666/93) não se confundem.

Auditoria realizada nas obras de construção do Canal Adutor Vertente Litorânea, geridas pela Secretaria do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Ciência e Tecnologia do Estado da Paraíba (Serhmact/PB), apontara, dentre outras ocorrências, a ausência de aprovação do projeto básico que serviu de base para licitação de lotes do empreendimento. O relator verificou que a Serhmact/PB se absteve de promover a aprovação formal do projeto básico no procedimento administrativo da licitação em decorrência de o projeto ter sido contratado no âmbito do Ministério de Integração Nacional. Ressaltando a natureza peculiar do caso em exame, o relator sustentou que o recebimento do projeto pelo órgão federal não afasta, por si só, a necessidade de sua aprovação pela autoridade competente do órgão estadual. Nesse aspecto, assinalou que "*o recebimento do objeto contratado, qual seja, o projeto básico, na forma prevista no art. 73 da Lei 8.666/93, não se confunde com o instituto da aprovação de projeto, prevista no art. 7°, §2°, inciso I, da mesma norma. O primeiro instituto tem por objetivo averiguar se o produto contratado foi entregue nos termos e condições previstos no contrato, enquanto que o segundo remete a um juízo de adequação do projeto no momento em que se decide promover a contratação da execução daquele projeto, não se confundindo, por óbvio, com o ato de recebimento*". Do que expôs a relatoria, o Tribunal decidiu, no ponto em questão, dar ciência aos órgãos envolvidos quanto à ausência de aprovação do projeto básico que subsidiou a licitação das obras fiscalizadas, em afronta ao disposto no art. 7°, § 2°, inciso I, da Lei 8.666/93. ***Acórdão 3213/2014-Plenário, TC 000.910/2011-2, relator Ministro Bruno Dantas, 19.11.2014.***

5. Em licitações do tipo técnica e preço em que houver preponderância da proposta técnica, os fatores de ponderação entre técnica e preço devem ser expressamente fundamentados, a fim de evidenciar sua razoabilidade e demonstrar que não representam privilégio ou proporcionam aumento indevido de preço em decorrência de diferenças técnicas não substanciais.

Auditoria realizada no Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae/Nacional e Sebrae/DF), com o objetivo de verificar a conformidade dos atos relativos à aquisição de produtos e serviços, em especial os aspectos relacionados à fase de planejamento das licitações, apontara, dentre outras ocorrências, a ausência de justificativas para a preponderância do peso relativo à nota técnica verificada em licitações do tipo técnica e preço. O relator observou que "*o entendimento do TCU é no sentido de que a entidade contratante deve sempre justificar, respaldada em estudos técnicos, quando o peso do critério preço for inferior ao do critério técnica, sobretudo porque a adoção de pesos distintos pode eventualmente ocasionar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da melhor proposta*". Considerando que, no caso concreto, a ocorrência não interferiu no resultado do certame, o Tribunal, na linha defendida pela relatoria, decidiu, no ponto, determinar às entidades que, nas licitações do tipo técnica e preço, quando houver preponderância da proposta técnica, fundamentem "*expressamente os fatores de ponderação de técnica e preço, a fim de evidenciar a razoabilidade da proporção adotada e demonstrar que não representam privilégio tampouco proporcionarão o aumento de preço indevido em decorrência de diferenças técnicas não substanciais*". Decidiu ainda recomendar às entidades que "*adotem medidas tendentes a modificar o Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema Sebrae ou aprovem norma específica no sentido de incluir dispositivos que*

prevejam regras mínimas a serem observadas nas licitações do tipo técnica e preço, dentre elas a exigência de justificativas técnicas que demonstrem a necessidade de adoção de peso maior para o índice técnico, em detrimento do índice de preços". ***Acórdão 3217/2014-Plenário, TC 007.373/2012-0, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 19.11.2014.***

SEGUNDA CÂMARA

6. A vedação ao somatório de atestados, para o fim de comprovação da capacidade técnico-operacional, deve estar restrita aos casos em que o aumento de quantitativos acarretarem, incontestavelmente, o aumento da complexidade técnica do objeto ou uma desproporção entre quantidades e prazos de execução, capazes de exigir maior capacidade operativa e gerencial da licitante e ensejar potencial comprometimento da qualidade ou da finalidade almejadas na contratação, devendo a restrição ser justificada técnica e detalhadamente no respectivo processo administrativo.

Representação acerca de pregão eletrônico conduzido pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), para contratação de fornecimento e instalação de equipamentos e execução de serviços de adequação da climatização da sala de embarque do aeroporto Santos Dumont (RJ), questionara item do edital que vedava o somatório de atestados de capacidade técnico-operacional para se atingir o valor mínimo da parcela de carga térmica estabelecido. Para a representante, "*a vedação do somatório de atestados representou exigência desarrazoada e frustrou o caráter competitivo do certame*". O relator observou inicialmente que "*a questão da possibilidade de somatório dos atestados para comprovação de quantitativos mínimos deve ser averiguada caso a caso*". Em relação ao caso em exame, destacou o relator, entre outros aspectos, a "*magnitude da intervenção exigida dos concorrentes no sistema de climatização do aeroporto – execução em quantitativos superiores, maior capacidade operativa, aumento da complexidade técnica e da capacidade gerencial"*, que, no seu entender, não demonstrariam ser desproporcional a capacidade térmica mínima exigida. A fim de elucidar a questão, relembrou o relator o Acórdão 2.150/2008-Plenário, que determinara a órgão jurisdicionado que "*somente limite o somatório de quantidades de atestados para a comprovação de capacidade técnico-operacional dos editais nos casos em que o aumento de quantitativos do serviço acarretarem, incontestavelmente, o aumento da complexidade técnica do objeto ou uma desproporção entre as quantidades e prazos para a sua execução, capazes de ensejar maior capacidade operativa e gerencial da licitante e de potencial comprometimento acerca da qualidade ou da finalidade almejada na contratação da obra ou serviços*". Ao concluir que não houve restrição ao caráter competitivo do certame, ponderou o relator que a Infraero deveria ser alertada "*sobre a necessidade de maior detalhamento das informações técnicas sobre não aceitação do somatório dos atestados, a fim de evidenciar claramente a necessidade dessa medida e evitar dúvidas aos licitantes, até porque a não aceitação deve ser empregada em situações restritas"*. Diante do exposto, o Tribunal julgou a Representação improcedente e emitiu ciência à Infraero, nos termos propostos pela relatoria. ***Acórdão 7105/2014-Segunda Câmara, TC 025.867/2014-8, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 18.11.2014.***

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