

Sessões: 27 e 28 de abril de 2010

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 na(s) data(s) acima indicada(s), 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**

Credenciamento visando à prestação de serviços advocatícios:

1 - Contratação, por inexigibilidade de licitação, para execução de atividades de natureza continuada;

2 - Exigência de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil há mais de quatro anos, e de prática forense por mais de quatro anos;

Sujeição das sociedades de economia mista aos limites impostos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias;

Contratação de serviços por meio de pregão:

1 - Exigência, para fim de habilitação, da apresentação de licença ambiental de operação;

2 - Necessidade de a licença ser expedida pelo órgão ambiental do Estado onde os serviços serão prestados;

3 - Concessão de prazo razoável, a partir da publicação do edital, para as licitantes providenciarem o licenciamento ambiental;

Pregão para registro de preços de equipamentos:

1 - Exigência de carta do fabricante;

2 - Exigência de vistoria para fornecimento e instalação;

Exigência da apresentação de atestado de capacidade técnica fornecido por pessoa jurídica com sede na cidade onde os serviços serão realizados;

Pregão e serviço comum na área de tecnologia da informação.

Segunda Câmara

Aceitação, pelo pregoeiro, de atestado de capacidade técnica envolvendo objeto similar;

Manutenção, em contratações sequenciais com empresas distintas, dos mesmos profissionais terceirizados.

Novas Súmulas

Súmula n.º 257.

PLENÁRIO**Credenciamento visando à prestação de serviços advocatícios: 1 - Contratação, por inexigibilidade de licitação, para execução de atividades de natureza continuada**

Representação oferecida ao TCU indicou supostas irregularidades perpetradas pelo Banco da Amazônia S/A (BASA), referentes ao Credenciamento n.º 2009/001. Entre elas, foi apontado o descumprimento das determinações constantes dos Acórdãos n.ºs 1.443/2007-Plenário e 3.840/2008-1ª Câmara, no sentido de que o BASA se limitasse a contratar serviços advocatícios apenas para atender a situações específicas, devidamente justificadas, abstendo-se de contratá-los para execução de atividades rotineiras do órgão, salvo eventual demanda excessiva. Em seu voto, o relator asseverou que *“a questão primordial analisada nestes autos diz respeito à terceirização de serviços advocatícios, que o Banco da Amazônia S/A insiste em manter mediante a contratação de escritórios de advocacia para a prestação de serviços judiciais e extrajudiciais em geral, em vez de contratar os referidos profissionais por meio de concurso público”*. Para ele, a matéria já tem entendimento pacífico no TCU, no sentido de que contratações dessa espécie somente podem ser consideradas legais se efetivadas para serviços específicos, de natureza não continuada e com características singulares e complexas, que evidenciem a impossibilidade de serem prestados por profissionais do próprio quadro da entidade. Assim sendo, as justificativas apresentadas pelo Presidente do BASA e pelo Presidente do Comitê de Licitações do Banco em resposta às audiências, referentes à singularidade dos serviços, bem

como ao aspecto da discricionariedade sustentado, “*não merecem acolhida desta Corte, haja vista que o credenciamento ora examinado envolve a prestação de serviços advocatícios de natureza continuada, isto é, vem sendo mantida há mais de dez anos. Ademais, as características das contratações em tela não se revestem de grande complexidade, pois abarcam processos de ações de cobrança de créditos e de ações cíveis e trabalhistas onde o Banco detém a condição de réu. Na maioria dos casos, a defesa é padronizada, o que confirma ser dispensável a utilização de técnicas jurídicas complexas ou alto grau de conhecimento para o desempenho dos serviços contratados*”. Considerando que o edital de credenciamento já estava encerrado, não cabendo, portanto, a sua anulação, o relator propôs e o Plenário decidiu aplicar multa aos responsáveis, sem prejuízo de expedir determinação corretiva ao BASA. **Acórdão n.º 852/2010-Plenário, TC-012.165/2009-7, rel. Min. Valmir Campelo, 28.04.2010.**

Credenciamento visando à prestação de serviços advocatícios: 2 - Exigência de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil há mais de quatro anos, e de prática forense por mais de quatro anos

Ainda em relação ao Credenciamento n.º 2009/001, promovido pelo Banco da Amazônia S/A (BASA), foram apontadas, pela representante, irregularidades relacionadas às seguintes exigências impostas pela instituição financeira: “*a) exigência de que os sócios da sociedade estejam inscritos, como advogados, na OAB há mais de quatro anos (item 2.1.1 do edital); b) exigência de que os sócios da sociedade comprovem tempo de prática forense por mais de quatro anos (item 2.1.2 do edital); e c) exigência de que, ainda na fase de habilitação, a sociedade candidata ao certame apresente os documentos de registro junto à OAB dos estados pertencentes à sua área de habilitação (item 1.2.3 do edital)*”. Ouvidos em audiência, os responsáveis afirmaram que tais requisitos eram necessários, em face dos serviços singulares e especializados a serem contratados. Invocaram também “*o caráter discricionário e a legalidade das exigências em questão*”, enfatizando que elas se referiam à “*experiência técnico-operacional relacionada com o objeto da contratação, visando à eficiente execução dos serviços. Essas exigências são condições de participação no credenciamento, o que, do ponto de vista técnico do Banco, traz certa garantia de que a empresa a ser contratada, pelo tempo de atividade, detenha experiência em causas envolvendo a relação bancária*”. Acompanhando a instrução da unidade técnica, o relator destacou que “*as exigências de que os sócios da sociedade estejam inscritos, como advogados, na OAB, há mais de quatro anos, e comprovem tempo de prática forense por mais de quatro anos são inteiramente desproporcionais, haja vista que a Constituição Federal exige, para a investidura em cargos de Juízes e Procuradores, apenas três anos de prática de atividade jurídica*”. Em seu voto, fez alusão também ao conteúdo do art. 37, XXI, da Constituição Federal, segundo o qual, nos processos de licitação, somente serão permitidas as exigências de qualificação indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar ao BASA que se abstenha de incluir, “*nos editais de licitação ou credenciamento, condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, estabeleçam preferências ou distinções impertinentes em relação aos interessados e/ou contrariem os princípios da isonomia, da legalidade, da competitividade, da proporcionalidade e da razoabilidade, nos termos dos arts. 3º, § 1º, inc. I, e 30, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, tais como as seguintes exigências para habilitação técnica e/ou para participação no certame*”: a) “*registro ou inscrição na Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil ou em qualquer conselho de fiscalização do exercício profissional da jurisdição na qual o serviço será prestado ou a obra executada, devendo tal imposição ater-se à fase de contratação;*” e b) “*tempo de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil ou em qualquer conselho de fiscalização do exercício profissional, que não seja indispensável à garantia do cumprimento das obrigações*”. **Acórdão n.º 852/2010-Plenário, TC-012.165/2009-7, rel. Min. Valmir Campelo, 28.04.2010.**

Sujeição das sociedades de economia mista aos limites impostos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias

A Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) interpôs pedido de reexame visando à reforma do Acórdão n.º 1.732/2009, por meio do qual o Plenário expediu-lhe determinação com o seguinte conteúdo: “*9.11.2. observe as disposições anualmente constantes das leis de diretrizes orçamentárias, segundo as quais o ‘custo global de obras e serviços executados com recursos dos orçamentos da União será obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços iguais ou menores que a mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI), mantido e divulgado, na internet, pela Caixa Econômica Federal’ (...);*”. Em seu voto, o relator enfatizou que “*o óbice trazido pela Petrobras alude ao fato de os custos de bens e serviços contratados por aquela companhia estatal não estarem sujeitos aos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias para o Orçamento Geral da União de 2007 (art. 115 da Lei nº 11.479/2006), fundamento da determinação ora fustigada. Segundo a*

*entidade, o referido dispositivo legal alberga apenas aqueles órgãos e entidades que não geram recursos próprios, mas apenas os que integram os Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União”. Para o relator, a melhor exegese que harmoniza a exigência da LDO/2007 com os demais dispositivos legais e constitucionais é a que, “a partir de uma interpretação teleológico-sistemática do ordenamento jurídico, empresta ao termo ‘com recursos do Orçamento da União’, referenciado no caput do art. 115 do mencionado diploma legal, o sentido lato de Orçamento Geral da União, aí compreendido o Orçamento Fiscal, o Orçamento da Seguridade Social e o Orçamento de Investimento das Estatais”. Intelecção diversa “conduziria ao absurdo de os custos das obras e serviços contratados pela Petrobras e outras companhias estatais que gerem recursos próprios não estarem submetidos a qualquer controle externo orçamentário-financeiro, ainda que naquelas entidades a União participe como acionista majoritária e das quais perceba lucros e dividendos”. Ressaltou, ainda, ser óbvio que a indústria do petróleo comporte especificidades que distingam as suas obras e serviços daqueles cujos custos podem ser parametrizados no SINAPI/CEF, no CUB – Custo Unitário Básico/Sindicado da Indústria de Construção Civil e/ou no SICRO/DNIT. Tanto é assim que o legislador ordinário previu, no § 1º do art. 115 da Lei n.º 11.479/2006, a possibilidade de o gestor público justificar, mediante relatório técnico circunstanciado, aprovado pela autoridade competente, a utilização de custos que ultrapassem o limite fixado nos aludidos sistemas de referência de preços, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle interno e externo. Força convir, portanto, que “os vários serviços e obras contratados pela Petrobras, naturalmente em virtude da natureza dos negócios da empresa, não integram a base de dados do SINAPI. Todavia, conforme demonstrado, tal impeditivo não impede a aplicação do art. 115 da LDO/2007, cuja observância, repito, é obrigatória por todos os órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta”. Essa obrigação legal, imposta às estatais no sentido de tornarem transparentes os custos das obras e serviços por elas contratados, “foi repetida no art. 109 da Lei n.º 11.768/2008 (LDO/2009), bem com no art. 112 da Lei n.º 12.017/2009 (LDO/2010)”. Não obstante concluir que deveria o Tribunal negar provimento ao recurso interposto pela Petrobras, o relator entendeu que a redação do subitem 9.11.2 do Acórdão n.º 1.732/2009-Plenário deveria ser aperfeiçoada, no seguinte sentido: “9.11.2 observe as disposições anualmente constantes das leis de diretrizes orçamentárias acerca dos critérios que devem ser adotados para cálculo do custo global das obras e serviços que serão contratados, fazendo constar, em relatório técnico circunstanciado, elaborado por profissional habilitado e aprovado pela autoridade competente, os custos dos itens de serviço que eventualmente ultrapassem a mediana daqueles abrangidos pelo Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil - Sinapi, acompanhados da justificativa concernente às condições especiais então verificadas, sem prejuízo da avaliação dos órgãos de controle interno e externo.”. O Plenário acolheu o voto do relator. **Acórdão n.º 847/2010-Plenário, TC-015.685/2007-4, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 28.04.2010.***

Contratação de serviços por meio de pregão: 1- Exigência, para fim de habilitação, da apresentação de licença ambiental de operação

Encontra amparo no nosso ordenamento jurídico a inclusão, no edital, da exigência de prévio licenciamento ambiental de operação, expedido pelo órgão estadual competente, para as atividades sujeitas a esse procedimento. Foi essa a conclusão a que chegou o relator, ao apreciar representação formulada ao TCU noticiando possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 33/2009, promovido pela Universidade Federal do Pará (UFPA), cujo objeto era a “contratação de empresa especializada em serviços de conservação, manutenção e limpeza nas áreas externas da cidade universitária Prof. José Silveira Netto e das unidades da UFPA na cidade de Belém”, bem como em outras localidades no interior do estado. Em consequência da aludida representação, os responsáveis foram instados a apresentar esclarecimentos sobre as seguintes ocorrências: “a) inclusão, no edital do pregão, de exigência de licenciamento ambiental sem qualquer referência ao órgão expedidor, e que, mesmo assim, veio a motivar desclassificação de licitante por apresentação de licença emitida por outro estado da federação, configurando possível ofensa ao princípio da não distinção de sede; b) tal desclassificação teria se fundado em motivo irrelevante, uma vez que a licença de operação exigida poderia facilmente ser obtida após a celebração do contrato, em se tratando de serviços comuns e necessários;”. Um dos argumentos apresentados pela unidade técnica para defender a invalidação do edital do pregão foi o de que a exigência de apresentação da referida licença seria indevida, por ser desnecessária na fase de processamento do pregão e irrelevante em face de outras exigências editalícias, relativas à experiência anterior mínima dos participantes. A unidade instrutiva aduziu também que seria exigência estranha ao rol exaustivo de documentos previstos na Lei n.º 8.666/93. Em seu voto, dissentindo da unidade técnica, o relator ressaltou entendimento consignado no voto condutor do Acórdão n.º 247/2009-Plenário, segundo o qual “A Lei de Licitações exige, em seu art. 30, inciso IV, prova do

*atendimento de requisitos previstos em lei especial, encontrando o licenciamento da empresa interessada junto ao órgão ambiental, para fins de funcionamento e exercício das atividades requeridas no edital, fundamento também no disposto no art. 28, inciso V, segunda parte, da referida lei. Há, portanto, necessidade de se incluir no edital, em razão dos serviços que serão prestados, exigência que reflita a adequada observação da legislação específica (ambiental), cuja comprovação deverá ser apresentada pelas licitantes para habilitação.”. De acordo com o relator, o precedente mencionado ampara o procedimento da UFPA de fazer inserir, já no edital, como exigência de habilitação, a necessidade de a empresa interessada possuir licença ambiental de operação. A par de sua fundamentação legal e material, a exigência “coaduna-se com a crescente preocupação com os aspectos ambientais que cercam as atividades potencialmente poluentes”. O Plenário anuiu à conclusão do relator. **Acórdão n.º 870/2010-Plenário, TC-002.320/2010-0, rel. Min. Augusto Nardes, 28.04.2010.***

Contratação de serviços por meio de pregão: 2 - Necessidade de a licença ser expedida pelo órgão ambiental do Estado onde os serviços serão prestados

Outra possível irregularidade no Pregão Eletrônico n.º 33/2009 centrava-se no fato de a exigência inclusa no edital não estabelecer que a licença de operação deveria ser fornecida pelo órgão competente do Estado do Pará. Como a representante possuía licença de operação no âmbito do Estado do Amazonas, a unidade técnica entendeu que a UFPA “*ampliou indevidamente o sentido da redação do edital*”, em prejuízo da licitante que formulou a representação. Para o relator, “*tal objeção não possui força invalidante da inabilitação da empresa representante, uma vez que a legislação ambiental é clara em atribuir aos estados a competência para regulamentar e proceder ao licenciamento ambiental em seu território*”. O edital “*não precisaria, portanto, indicar o órgão competente para tanto*”, bastando exigir que o documento tivesse validade. Além disso, a empresa “*deveria saber que a licença expedida no Estado do Amazonas não teria validade em outro estado. Como corolário, tem-se que, como as licenças são válidas apenas nos limites de cada unidade da federação, há fundamento bastante para a recusa, da UFPA, do documento apresentado pela ora representante*”. Para o relator, agir de modo diferente seria “*ferir direitos das outras participantes, com documentação em perfeita ordem*”. O Plenário acolheu o voto do relator. **Acórdão n.º 870/2010-Plenário, TC-002.320/2010-0, rel. Min. Augusto Nardes, 28.04.2010.**

Contratação de serviços por meio de pregão: 3 - Concessão de prazo razoável, a partir da publicação do edital, para as licitantes providenciarem o licenciamento ambiental

Em outra linha de argumentação, a unidade técnica defendeu que a UFPA deveria conceder prazo razoável, a partir da publicação do edital, para que as empresas pudessem providenciar o licenciamento ambiental requerido. O relator concluiu, no entanto, que “*essa providência não tem poder invalidatório, nem pode ser imposta à Universidade, por ampliar os prazos mínimos para abertura das propostas expressamente fixados na Lei 8.666/1993*”. De todo modo, considerou que tal providência poderia ser “*preconizada à UFPA como recomendação*”. Nesse sentido, o relator propôs e o Plenário decidiu “*recomendar à Universidade Federal do Pará que, em procedimentos licitatórios futuros, em que seja obrigatória a apresentação de licença ambiental de operação por parte das firmas interessadas, planeje adequadamente a licitação de forma que seja lançado o edital com antecedência suficiente para que, observada a legislação ambiental e os prazos requeridos pelo órgão local responsável pela concessão de licenças, possam as empresas requerer, antecipadamente, bem como dispor, no momento da licitação, das respectivas licenças ambientais necessárias à execução do objeto licitado*”. Precedente citado: **Acórdão n.º 247/2009-Plenário. Acórdão n.º 870/2010-Plenário, TC-002.320/2010-0, rel. Min. Augusto Nardes, 28.04.2010.**

Pregão para registro de preços de equipamentos: 1 - Exigência de carta do fabricante

Representação formulada ao TCU indicou possíveis irregularidades no edital do Pregão Eletrônico n.º 57/2009, promovido pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), cujo objeto era o registro de preços para fornecimento e instalação de equipamentos de informática, a fim de reestruturar a rede de computadores localizada nas superintendências do ministério nos estados. A representante apontou irregularidade quanto à seguinte exigência editalícia: “*carta de fabricante dos equipamentos ofertados, atestando que a licitante é revenda(revendedora?) autorizada a comercializar os produtos*”. Sobre a necessidade de as licitantes apresentarem carta do fabricante, o relator afirmou que a exigência contraria o art. 37, XXI, da Constituição Federal, assim como o art. 27 da Lei n.º 8.666/93, que estabelecem que os requisitos de qualificação técnica e econômica dos processos de licitação deverão ser somente aqueles indispensáveis ao cumprimento das posteriores obrigações contratuais. Além disso, a exigência fere o art. 3º

da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe sobre a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, vedando, em seu § 1º, I, que constem dos editais cláusulas ou condições que prejudiquem o caráter competitivo da licitação. Também enfatizou que essa regra comporta exceções, sendo necessário averiguar, em cada caso, se a competitividade ficou prejudicada, a razoabilidade da exigência e o atendimento ao interesse público. No caso do Pregão Eletrônico n.º 57/2009, foi constatado que o número de participantes propiciou razoável competição, além de os lances terem permitido redução dos preços, em relação aos estimados, para todos os itens. Também não houve desistência ou desclassificação de licitantes, *“o que vem a corroborar a inexistência de restrição à competitividade do pregão”*. Assim sendo, o relator considerou que, em caráter excepcional, o órgão poderia dar continuidade ao processo licitatório, sem prejuízo de que lhe fosse expedida determinação corretiva, para futuras licitações. O Plenário acolheu o voto do relator. **Acórdão n.º 889/2010-Plenário, TC-029.515/2009-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.04.2010.**

Pregão para registro de preços de equipamentos: 2 - Exigência de vistoria para fornecimento e instalação

Outra possível irregularidade apontada no edital do Pregão Eletrônico n.º 57/2009, promovido pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), foi a exigência de *“vistoria técnica prévia das condições do local de execução do objeto”*. De acordo com o relator, a exigência mostra-se em consonância com art. 30, III, da Lei de Licitações, além de *“ser salutar que a licitante conheça as condições locais onde serão cumpridas as obrigações objeto da licitação, de forma a identificar eventual necessidade de adaptações que se fizerem necessárias para prestação dos serviços”*. A exigência de vistoria técnica configura-se, também, *“como forma de a Administração se resguardar, pois a contratada não poderá alegar a existência de impedimentos para a perfeita execução do objeto, amparada no desconhecimento das instalações onde realizará os serviços”*. Para o relator, o certame poderia *“ser levado adiante”*, entendimento que foi corroborado pelos demais ministros. **Acórdão n.º 889/2010-Plenário, TC-029.515/2009-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.04.2010.**

Exigência da apresentação de atestado de capacidade técnica fornecido por pessoa jurídica com sede na cidade onde os serviços serão realizados

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 38/2010, promovido pela Eletrobrás Termonuclear S.A. (Eletronuclear), destinado à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de gestão de cartões refeição e alimentação, em cumprimento ao Programa de Alimentação do Trabalhador, por um prazo de 36 meses, conforme condições e especificações constantes do edital e seus anexos. A representante alegou que o edital do certame trazia *“exigência ilegal”*, referente à apresentação de atestado de capacidade técnica fornecido por pessoa jurídica, de direito público ou privado, com sede na cidade do Rio de Janeiro, *“contrária ao art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93, que, ao tratar da documentação relativa à qualificação técnica, veda expressamente exigência de comprovação de atividade por local específico”*. Ante as alegações apresentadas pela Eletronuclear, no sentido de que a preocupação da entidade foi *“assegurar o conforto e a liberdade de escolha de seus funcionários”*, oferecendo acesso a um número minimamente razoável de estabelecimentos credenciados no local em que se concentram as suas atividades, no caso a cidade do Rio de Janeiro, com um padrão de qualidade aceitável, a unidade técnica que atuou no feito concluiu que a exigência *“não se configura demasiada ou desarrazoada, não se constituindo em quebra de isonomia no certame”*. Dissentindo da unidade instrutiva, o relator entendeu que a exigência editalícia viola tanto o art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93, quanto o art. 37, XXI, da Constituição Federal, segundo o qual o processo de licitação pública deve assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, somente admitindo-se as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Em seu voto, considerou legítima a preocupação da Eletronuclear, que, em suma, diz respeito à garantia da efetividade dos serviços a serem prestados. Ocorre que, em verdade, a exigência contestada *“não oferece tal garantia, atuando, ao contrário, como limitante à participação de empresas aptas ao bom cumprimento do contrato”*. Para assegurar a qualidade e a variedade dos serviços, *“bastaria à Eletronuclear exigir, no edital e/ou no contrato, que a licitante disponha de uma rede credenciada, em número e qualidade considerados razoáveis ao atendimento das necessidades de seus funcionários, na região em que se concentram as suas atividades, fazendo-se perfeitamente dispensável a prestação de serviços à pessoa jurídica localizada nessa mesma região”*. Para o relator, no caso concreto, *“a questão está bem resolvida”*, já que a minuta do contrato constante do edital prevê, entre as obrigações da contratada, a comprovação, em até 30 dias da assinatura da avença, de que ela possua no mínimo 80% dos

estabelecimentos comerciais, listados em relação anexa ao edital, credenciados a operar em sua rede. Ressaltou, ainda, que quatro empresas acorreram ao certame oferecendo lances, e os preços da proposta vencedora “*não fogem dos praticados no mercado, não se havendo falar em consequências à economicidade do certame decorrente de uma possível restrição à sua competitividade. Tampouco há falar, no caso, em inibição premeditada da participação de licitantes com vistas ao direcionamento da competição*”. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva à Eletronuclear, para futuras licitações. **Acórdão n.º 842/2010-Plenário, TC-009.465/2010-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 28.04.2010.**

Pregão e serviço comum na área de tecnologia da informação

Inspecção realizada na Fundação Cultural Palmares, vinculada ao Ministério da Cultura, com o objetivo de verificar a regularidade da Concorrência n.º 1/2009, “*tipo técnica e preço*”, destinada à “*contratação de serviços técnicos especializados na área de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), com vistas a prover suporte à execução de políticas, programas e ações governamentais na esfera da modernização administrativa e gestão da informação, e para atender às necessidades da Fundação, conforme definições e especificação constantes do edital e seus anexos*”, apontou como irregularidade a “*adoção da modalidade de licitação concorrência em lugar do pregão, em desacordo com o disposto no art. 4º do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005*”. Ao examinar a matéria, a unidade técnica consignou em sua instrução que: a) “*a modalidade de licitação a ser adotada na contratação dos serviços em questão não pode ser objeto de escolha discricionária do administrador público, mas deve, sim, obedecer às prescrições legais e normativas atinentes ao processo licitatório, in casu, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e o Decreto nº 5.450, de 2005*”; b) “*a discriminação do objeto da Concorrência nº 1/2009, conforme consta do instrumento convocatório, constitui serviço de natureza comum, consoante a definição consignada no art. 1º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e, portanto, a modalidade de licitação a ser adotada, nesse caso, é o pregão eletrônico*”; c) “*a Nota Técnica nº 2 da Sefiti indica que as atividades relacionadas ao desenvolvimento, manutenção de **software** e sustentação da infraestrutura de TIC, à semelhança dos itens discriminados nos lotes 2 e 3 da licitação em apreço, constituem serviços de natureza comum, uma vez que o mercado profissional da tecnologia da informação, hodiernamente, contempla metodologias e técnicas amplamente padronizadas para a execução de tais tarefas*”; d) “*há, inclusive, normativos editados pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT acerca da matéria, a exemplo da NBR 12.207 e da NBR 15.504, além de outras normas específicas da área de TI (RUP, CMM, MPS.BR)*”; e) “*há fundado receio de prejuízo à competitividade decorrente da não adoção da modalidade pregão eletrônico, com conseqüente risco de contratação dos serviços por valor superior aos praticados no mercado de tecnologia da informação*”; f) “*há diversos exemplos no mercado de TI que indicam o atendimento à demanda desses serviços mediante pregão eletrônico, a saber: i) Pregão nº 2010/001, do Banco do Brasil S.A.; ii) Pregão nº 167/2009, do STF; iii) Pregão nº 70/2009, do TSE; iv) Pregão nº 71/2008, da ANEEL; v) Pregão nº 15/2009, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; vi) Pregão nº 023/2009, do TRT – 12ª Região; vii) Pregão nº 60/2009, do Incra; viii) Pregão nº 1/2010, do Departamento de Polícia Federal; e ix) Pregão nº 4/2010, do TJDF*”. Em face das considerações expendidas pela unidade técnica, o relator considerou que o prosseguimento da licitação, “*que se encontra, atualmente, em fase de análise das propostas técnicas, representa risco iminente de grave lesão ao erário, porquanto a deficiência no planejamento da contratação e a adoção de modalidade distinta do pregão eletrônico podem resultar, efetivamente, em prejuízos efetivos ao erário*”. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar à Fundação Cultural Palmares que “*suspenda cautelarmente a Concorrência nº 1/2009*”. Precedente citado: Acórdão n.º 2.471/2008-Plenário. **Acórdão n.º 872/2010-Plenário, TC-028.742/2009-6, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 28.04.2010.**

SEGUNDA CÂMARA

Aceitação, pelo pregoeiro, de atestado de capacidade técnica envolvendo objeto similar

Por meio do Acórdão n.º 791/2010, a Segunda Câmara julgou improcedente representação que apontava indícios de irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 36/2009, conduzido pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), cujo objeto era a aquisição de mobiliários escolares, constituídos de conjuntos de mesas e cadeiras para aluno e para professor, e de mesas acessíveis a pessoas em cadeira de rodas. Contra o aludido acórdão, a representante opôs embargos de declaração, apontando omissão na instrução da instrução técnica, na qual se baseara o acórdão embargado, por não terem sido “*apreciados argumentos colacionados na representação proposta*”. Alegou, em síntese, que a proposta do consórcio vencedor do certame não atendeu ao disposto no instrumento convocatório, no que diz respeito à quantidade mínima de 10% exigida, uma vez que os atestados apresentados não comprovavam a experiência no

fornecimento de mobiliário escolar “*compatível, em características, prazos e quantidades, com o objeto da presente licitação*”. Em seu voto, o relator entendeu que os embargos não mereciam ser acolhidos, uma vez que a instrução da unidade técnica, que fundamentou o julgamento pela improcedência da representação, teria analisado exaustivamente a omissão suscitada. Ao contrário do alegado pelo embargante, defendeu que “*o fato de o pregoeiro habilitar a proposta técnica do consórcio [...], aceitando como comprovação da capacidade técnica o fornecimento de mobiliários similares, e não somente idênticos, ao objeto da licitação, não atentou contra o princípio da vinculação ao instrumento convocatório*”. À luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, do art. 30, II, da Lei n.º 8.666/93, que se aplica subsidiariamente ao pregão, e da jurisprudência do TCU, não vislumbrou “*qualquer impropriedade nessa previsão editalícia*”. No caso concreto, a comprovação da capacidade técnico-operacional por meio de atestados que demonstrem a execução de objetos similares, e não apenas idênticos, “*não põe em risco a execução do objeto contratado, até porque o Termo de Referência, além de definir todas as especificações técnicas de cada um dos tipos de mesas e cadeiras licitados, exige que, para a produção e entrega do mobiliário, é obrigatória a observação das referências dispostas em normas técnicas e dispositivos legais existentes no país, notadamente as normas brasileiras ABNT relacionadas diretamente ao objeto*”. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu rejeitar os embargos. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 410/2006, 2.382/2008 e 1.899/2008, todos do Plenário. **Acórdão n.º 1852/2010-2ª Câmara, TC-003.276/2010-4, rel. Min. Benjamin Zymler, 27.04.2010.**

Manutenção, em contratações sequenciais com empresas distintas, dos mesmos profissionais terceirizados

Inspecção realizada no Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe) identificou a “*existência de possível vínculo empregatício da administração com profissionais de empresas contratadas*”. Questionou-se a manutenção dos mesmos profissionais terceirizados, por anos seguidos, em contratações sequenciais, mesmo havendo alteração das empresas contratadas. Ao apreciar a matéria, o relator registrou que esse não vem sendo o entendimento do TCU. Para ele, a manutenção de profissionais oriundos de um contrato anterior em um novo contrato “*não constitui, de per se, irregularidade. É uma prática que pode ser positiva tanto para a administração, quanto para a contratada. E a permanência de bons profissionais com experiência no trabalho a ser executado é um relevante aspecto a ser considerado*”. Ressaltou, ainda, que o órgão ou entidade da administração pública contratante não pode exigir, via edital ou por qualquer outro meio, que a nova contratada mantenha aqueles profissionais, uma vez que a manutenção dos seus próprios quadros ou a efetivação de novas contratações específicas “*é ato discricionário da empresa*”. Afirmou que a administração pública também não pode exigir, como requisito para habilitação, que a empresa licitante comprove, desde logo, o vínculo empregatício dos profissionais que executarão o objeto, “*como parece ser o entendimento da unidade técnica, objetivando afastar a possibilidade de utilização das pessoas que já prestam o serviço, pois já teriam vínculo trabalhista com outra empresa*”. Segundo ele, o Tribunal “*entende, de forma majoritária, que somente durante a fase de execução do respectivo contrato é que deve ser exigida comprovação da presença dos profissionais cuja qualificação específica foi solicitada pela contratante (Acórdãos 2.297/2005, 361/2006 e 800/2008, todos do Plenário)*”. Para o relator, “*se esta Corte entende ser suficiente, em relação ao atendimento do previsto no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que trata do responsável técnico pela obra ou serviço, apenas a apresentação, por ocasião do procedimento licitatório, de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum, não seria razoável exigir a comprovação de vínculo empregatício em relação aos demais trabalhadores da empresa, em relação aos quais o art. 30, caput, da referida lei, exige apenas declaração, pela licitante, de sua disponibilidade e adequação*”. Nesse caso, a efetiva presença dos profissionais com as características técnicas previstas no edital “*seria exigível apenas durante a fase de execução contratual*”. O argumento da unidade técnica acerca da caracterização de vínculo empregatício com a administração pública, que tal situação provocaria, “*também não corresponde à realidade. A manutenção do mesmo trabalhador ao longo dos anos, inobstante a substituição das empresas às quais ele está vinculado, não é fator preponderante para caracterizar vínculo empregatício*”. A seu ver, o que caracterizaria o vínculo empregatício com a administração pública, conforme previsto, inclusive, na Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho, “*seria a presença, em especial, de relação de subordinação direta entre o terceirizado e o pessoal da administração, indício esse não trazido aos autos pela equipe responsável pela inspeção*”. A Segunda Câmara, por unanimidade, acolheu o entendimento do relator. **Acórdão n.º 1843/2010-2ª Câmara, TC-019.150/2006-1, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 27.04.2010.**

NOVA SÚMULA**Súmula n.º 257**

O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei n.º 10.520/2002.

Responsáveis pelo Informativo:***Elaboração:*** Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões***Supervisão:*** Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões***Contato:*** infojuris@tcu.gov.br