

Sessões: 20 e 21 de novembro de 2012

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.

NOVIDADE

Desde o dia 27/9/2012, está disponível, no portal do Tribunal, opção de **consulta textual** a todas as edições do Informativo de Licitações e Contratos.

SUMÁRIO

Plenário

1. A contratação de empresa que elaborou projeto básico ou executivo de obra para exercer as funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento do empreendimento encontra amparo no comando contido no art. 9º, § 1º da Lei nº 8.666/1993.
 2. É indevida, em avaliação inicial, a concessão do benefício estipulado no art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006 a consórcio de empresas cuja soma dos faturamentos anuais extrapole o limite previsto no art. 3º, inciso II, dessa lei.
 3. Em avaliação preliminar, o estabelecimento de data específica para realização de visita técnica, mesmo na hipótese de não ser ela obrigatória, compromete o caráter competitivo do certame e favorece a formação de acertos prévios entre licitantes. O caráter facultativo dessa visita demanda, também em análise precária, a inserção, no edital, de cláusula que estipule ser da responsabilidade do contratado a assunção de eventuais prejuízos decorrentes da opção de não realizá-la.
 4. A necessidade de preservação do sigilo de informações e da imagem de instituição bancária submetida aos ditames da Lei de Licitações não autoriza a contratação direta de empresa pública para a modernização de infraestrutura tecnológica. Diversas empresas são capazes de executar tal objeto satisfatoriamente.
 5. A contratação de serviços comuns de engenharia que possam ser objetivamente definidos em edital, aí incluídos os relativos à conservação de rodovia, deve se dar por meio de pregão.
-

PLENÁRIO

1. A contratação de empresa que elaborou projeto básico ou executivo de obra para exercer as funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento do empreendimento encontra amparo no comando contido no art. 9º, § 1º da Lei nº 8.666/1993

Denúncia encaminhada ao Tribunal apontou supostas irregularidades na Concorrência nº 1/2012-MI, conduzida pelo Ministério da Integração Nacional, com o objetivo de viabilizar a contratação de empresas de engenharia para a prestação de serviços de consultoria especializada em supervisão, acompanhamento técnico e controle tecnológico nas obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional (Trechos I, II e V). O autor da denúncia, além de apontar suposta restrição ao caráter competitivo do certame, alegou que a participação, nessa Concorrência, do consórcio Ecoplan-Techne-Skill, responsável pela elaboração do projeto executivo das obras do PISF do Trecho V, e sua posterior contratação para prestar os referidos serviços não poderia ter sido admitida pela Administração. Por isso, requereu a anulação dos atos que resultaram nessa contratação. O relator, porém, além de afastar alegada restrição à competitividade da licitação, observou que “o art. 9º, § 1º da Lei nº 8.666/1993 permite, na licitação de obra, a participação de empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração de projeto básico ou executivo, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento”. O Tribunal, então, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) conhecer a denúncia; b) julgá-la improcedente; c) retirar a chancela de sigilo que recaía sobre o processo. **Acórdão nº 3156/2012-Plenário, TC-029.694/2012-4, rel. Min. Raimundo Carreiro, 21.11.2012.**

2. É indevida, em avaliação inicial, a concessão do benefício estipulado no art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006 a consórcio de empresas cuja soma dos faturamentos anuais extrapole o limite previsto no art. 3º, inciso II, dessa lei

Representação de empresa apontou supostas irregularidades na condução do Pregão Eletrônico 39/2012 pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, que tem por objeto a contratação de empresa para aquisição e entrega de equipamentos e *softwares* para compor os laboratórios tecnológicos, no âmbito do Programa Brasil Profissionalizado. Entre as ocorrências impugnadas pela autora da representação, destaque-se a concessão do benefício previsto no art. 44 da Lei Complementar 123/2006 a consórcio que participou do certame. Segundo disposto nesse artigo e em seus §§ 1º e 2º: “Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. § 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. § 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.” O relator, ao se debruçar sobre a questão, anotou que as empresas constituintes do consórcio beneficiado tiveram faturamento, em 2011, da ordem de R\$ 2,83 milhões e R\$ 1,28 milhões. O art. 3º, inciso II, da citada lei, porém, define empresa de pequeno porte como sendo aquela que “*aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00*”. Valeu-se, então, de manifestação da unidade técnica no sentido de que os consórcios não possuem personalidade jurídica. E de que, por isso, não podem ser classificados como empresas de pequeno porte. Ademais “*o somatório dos faturamentos das empresas consorciadas extrapola o limite estabelecido na lei para enquadramento como empresa de pequeno porte e não existe dispositivo legal permitindo o tratamento diferenciado aos consórcios formados por empresas de pequeno porte*”. Em face desse panorama, o referido benefício só poderia ser conferido a entidades que “*individualmente, nos termos do artigo 3º da referida norma, sejam classificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte*”. Acrescentou, porém, que, “*Na hipótese de serem admitidos consórcios, a condição das empresas que os integram não deve ser aferida de forma individual, mas deve ser promovido o somatório, para fins de concessão desse benefício, dos faturamentos das empresas, devendo o benefício ser estendido apenas aos consórcios cujos faturamentos anuais encontrem-se dentro dos limites estipulados no mencionado normativo*”. Concluiu, em avaliação preliminar, que o benefício estendido ao consórcio não seria devido. O relator, então, também por esse motivo, suspendeu o andamento dos atos relacionados à condução do Grupo 3 do Pregão Eletrônico 39/2012 e promoveu a oitiva do consórcio beneficiado e do FNDE. O Tribunal endossou essa providência. **Comunicação de Cautelar, TC-042.183/2012-0, rel. Min. José Jorge, 21.11.2012.**

3. Em avaliação preliminar, o estabelecimento de data específica para realização de visita técnica, mesmo na hipótese de não ser ela obrigatória, compromete o caráter competitivo do certame e favorece a formação de acertos prévios entre licitantes. O caráter facultativo dessa visita demanda, também em análise precária, a inserção, no edital, de cláusula que estipule ser da responsabilidade do contratado a assunção de eventuais prejuízos decorrentes da opção de não realizá-la

Representação formulada por empresa apontou supostas irregularidades no edital da Concorrência 18/2012, conduzida pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo (IFSP), que tem por objeto a contratação de empresa para executar as obras de construção civil do *campus* Araraquara. Além de inconsistências na definição do objeto, ausência de critérios de aceitabilidade de preços unitários e outros indícios de graves irregularidades, a autora da representação também acusou: a) “*a delimitação de visita técnica facultativa em um dia predefinido (...), ainda que passível de alteração em caso excepcional*; b) “*a ausência de cláusula no edital que estabeleça ser da responsabilidade da futura contratada a ocorrência de eventuais prejuízos em virtude de sua omissão na verificação dos locais da obra*”. Anotou a unidade técnica a respeito dessas ocorrências que: a) O Tribunal considera “*irregular a exigência da realização de visita técnica em dias e horários fixos*” (Acórdãos 1948/2011, 3119/2010, 3197/2010, 2583/2010, 2477/2009, 874/2007, todos do Plenário/TCU e Acórdãos 1450/2009-TCU-2ª Câmara e 2028/2006-TCU-1ª Câmara); apesar de o edital do certame estabelecer como facultativa a visita técnica e permitir sua realização em outra data, isso restringiria indevidamente a competitividade do certame e possibilitaria o conhecimento prévio dos concorrentes pelas licitantes; b) “*O estabelecimento de visita técnica facultativa sem a inserção de cláusula editalícia que estabeleça ser da responsabilidade do contratado a ocorrência de eventuais prejuízos em virtude de sua omissão na verificação dos locais de instalação é temerária, razão pela qual também há*

*necessidade de oitiva da IFSP quanto a esse aspecto...”. O relator, por sua vez, ao endossar a análise efetuada pela unidade técnica a respeito dessas falhas e das outras supostas irregularidades identificadas no referido edital, decidiu: a) suspender, em caráter cautelar, o andamento do referido certame; b) promover a oitiva do IFSP a respeito dos indícios de irregularidades apurados, entre os quais aqueles relativos à vista técnica ao local daquelas obras. O Tribunal, então, ratificou as providências implementadas pelo relator. Precedentes mencionados: Acórdãos 1948/2011, 3119/2010, 3197/2010, 2583/2010, 2477/2009, 874/2007, todos do Plenário/TCU e Acórdãos 1450/2009-2ª Câmara e 2028/2006-1ª Câmara. **Comunicação de Cautelar, TC-043.862/2012-8, rel. Min. José Jorge, 21.11.2012.***

4. A necessidade de preservação do sigilo de informações e da imagem de instituição bancária submetida aos ditames da Lei de Licitações não autoriza a contratação direta de empresa pública para a modernização de infraestrutura tecnológica. Diversas empresas são capazes de executar tal objeto satisfatoriamente

Representação apontou supostas irregularidades na contratação efetuada pelo Banco da Amazônia S. A. – Basa da empresa Cobra Tecnologia S.A., controlada pelo Banco do Brasil S.A., por inexigibilidade de licitação, a qual teve por objeto a realização de melhorias em sua infraestrutura tecnológica, “*abrangendo softwares, aplicativos e equipamentos computacionais, visando atender as recomendações sugeridas pela Associação Brasileira dos Bancos Estaduais (Asbace)*” - Contrato 2004/224. Entre os vícios identificados, destaque-se a ausência dos pressupostos estabelecidos no art. 25, *caput* e inciso II da Lei 8.666/1993, que justificassem tal contratação. Foram ouvidos em audiência a respeito dessa ocorrência Diretores do Basa, seu consultor jurídico e alguns técnicos relativamente aos atos inseridos em suas respectivas esferas de atuação. Entre os motivos invocados para justificar tal contratação, mencionem-se os seguintes: a) necessidade de manter sigilo das informações bancárias e de proteger a imagem do banco, evitando-se a exposição de sua situação crítica na área de TI; b) complexidade do projeto; c) risco de se obter uma solução insatisfatória, se tivesse havido licitação; d) possível retardo na implementação da solução, “*em razão de recursos protelatórios*”, caso tivesse sido realizada a licitação. A relatora, ao valer-se de manifestação da unidade técnica especializada, anotou que a descrição minuciosa das necessidades de TI do Banco revelaria, apenas, a pretensão de modernização de suas soluções de TI; “*Todas as instituições passam por isso*”. As grandes empresas que atuam nesse ramo estão obrigadas preservar o sigilo de informações estratégicas a respeito das quais tomem conhecimento. “*Várias contratações de empresas privadas são realizadas pelo governo federal e por empresas públicas. Muitas vezes, nessas contratações, a contratada tem acesso a informações estratégicas, sendo o assunto tratado de forma sigilosa e de mercado*”. Não se poderia, com base na aventada necessidade de resguardo de sigilo, promover a contratação de empresa pública. O fato de a Cobra ser controlada pelo Banco do Brasil não deveria, portanto, ter sido considerada decisiva para a contratação em tela. O Tribunal, então, ao acolher proposta da relatora decidiu: a) em face dessa e de outras graves irregularidades verificadas na celebração e execução do citado contrato, aplicar a ex-Presidente e ex-Diretores do Basa multa do art. 58 da Lei nº 8.443/1992, no valor máximo permitido (R\$ 41.528,52), e a outros agentes, no valor de R\$ 15.000,00; b) dar ciência ao Basa de que a contratação de forma direta por inexigibilidade “*sem a presença de todos os pressupostos legais*”, viola o disposto no art. 25 da Lei 8.666/1993. **Acórdão nº 3126/2012-Plenário, TC-019.534/2006-0, rel. Min. Ana Arraes, 21.11.2012.**

5. A contratação de serviços comuns de engenharia que possam ser objetivamente definidos em edital, aí incluídos os relativos à conservação de rodovia, deve se dar por meio de pregão

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit, ex-Diretor dessa entidade e duas empresas de engenharia interpuseram pedidos de reexame contra deliberação do Tribunal, proferida por meio do Acórdão 1.936/2011 - Plenário, em que se examinou auditoria em obras de manutenção de trechos rodoviários na BR-163/MT. No âmbito dessa auditoria, foram avaliados oito contratos firmados para execução de intervenções ao longo da rodovia. Esses contratos englobavam atividades típicas de conservação (mais simples) e também de restauração rodoviária (mais complexas). O Tribunal, com base nos achados de auditoria, considerou “*indevida a licitação de serviços de conservação rodoviária por meio de concorrência pública e determinou ao Dnit, no item 9.8.1, que passasse a utilizar-se da modalidade pregão em certames para contratação do referido objeto*”. A unidade técnica, ao posicionar-se favoravelmente à manutenção dessa determinação, ressaltou que “*a jurisprudência desta Corte, interpretada em consonância com o Decreto 5.450/2005, definiria como obrigatória a utilização da modalidade pregão para serviços comuns, inclusive de engenharia*”. E também que os serviços de conservação devem ser classificados como comuns. A relatora, contudo, ao ter em vista os objetos dos contratos examinados na auditoria, entendeu que “os

serviços de manutenção rodoviária não podem, indistintamente, ser considerados comuns, ‘de prateleira’, passíveis de objetiva definição em edital”. E mais: “O escopo das intervenções é que definirá como comuns ou específicos os serviços e, por isso, penso que cabe ao gestor público avaliar, em cada caso, se os serviços a serem licitados são comuns – o que o obrigaria a utilizar a modalidade pregão – ou complexos a ponto de afastar a referida modalidade” – grifou-se. Acrescentou que “A existência de normativos técnicos que esboçam o escopo dos serviços não é suficiente, por si só, para definir a atividade como de baixa complexidade”. O Tribunal, então, ao acolher proposta da relatora, decidiu: a) dar provimento parcial ao recurso interposto pelo Dnit e tornar insubsistente o subitem 9.8.1 do acórdão 1.936/2011-Plenário; b) dar ciência à Autarquia de que, “quando da contratação de serviços comuns, á incluídos os relativos à conservação rodoviária que possam ser objetivamente definidos em edital, a utilização do pregão é obrigatória”. Acórdão nº 3144/2012-Plenário, TC-005.868/2009-7, rel. Min. Ana Arraes, 21.11.2012.

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