Jurisprudência - Informativo de Licitações e Contratos

Número 181

Sessões: 10 e 16 de dezembro de 2013

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. No orçamento base para licitação de obras, os valores referentes à cobertura de riscos eventuais ou imprevisíveis devem estar contidos no BDI, não nos custos diretos.

2. A metodologia a ser aplicada para a quantificação de sobrepreço deve ser avaliada em cada caso concreto. Em situações normais, o Método de Limitação dos Preços Unitários Ajustado é cabível para avaliação de sobrepreço ainda na fase editalícia; enquanto o Método da Limitação do Preço Global deve ser aplicado no caso de contratos assinados.

3. É ilegal a exigência de certificações como critério de habilitação, uma vez que tais documentos não estão previstos no rol exaustivo contido no art. 30 da Lei 8.666/93. Não obstante, é lícita a inclusão dos resultados esperados na especificação técnica dos serviços a serem realizados, segundo modelos de qualidade de processo, tais como CMMI ou MPS.BR, para fins de acompanhamento da execução contratual.

Inovação Legislativa

Medida Provisória 630, de 24.12.2013

Decreto 8.184, de 17.1.2014

Decreto 8.185, de 17.1.2014

Decreto 8.186, de 17.1.2014

PLENÁRIO

1. No orçamento base para licitação de obras, os valores referentes à cobertura de riscos eventuais ou imprevisíveis devem estar contidos no BDI, não nos custos diretos.

Auditoria realizada na Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) para verificar a execução das obras de dragagem do Porto do Rio de Janeiro/RJ apontara, dentre outras irregularidades, a inclusão no orçamento base da obra de dois custos com a mesma finalidade: (a) “Despesas Eventuais”, no percentual de 5%, na composição de preços unitários; e (b) “Taxa de Margem de Incerteza”, no percentual de 4,5%, no BDI. Segundo a unidade técnica, tal fato causou um sobrepreço de 4,66 % no orçamento estimativo. Em suas justificativas, os responsáveis destacaram a distinção entre "*margem de incerteza*" e "*despesas eventuais*": "*Os riscos inerentes à elaboração dos projetos de dragagem (risco de projeto, climáticos e naturais, término antecipado e jurídico) seriam aqueles contidos na 'margem de incerteza'; e os riscos de execução de dragagem (riscos de obras, performance e operacionais), aqueles contidos nas 'despesas eventuais'* ". Alegaram ainda que as "despesas eventuais" seriam custos diretos, por estarem relacionadas com a execução do objeto, o que seria justificável no caso de "dragagem por resultado", na qual a empresa contratada "*assume sozinha o risco da execução da obras*". O relator rebateu, ressaltando que os itens "Despesas Eventuais" e "Taxa de Margem de Incerteza”, ainda que não sejam compostos pelos mesmos tipos de riscos, destinam-se ao mesmo fim (cobertura de possíveis riscos eventuais ou imprevisíveis, que prejudicam a execução da obra), "*devendo estar previstos uma vez só, em item único e próprio do orçamento*". Ou seja, todos os fatores de risco devem estar

previstos no BDI (no subelemento "margem de incerteza"), "*que é o item orçamentário destinado a cobrir todas as despesas classificadas como custo indireto, que são aquelas não diretamente relacionadas com os insumos necessários à produção dos produtos em si*". Por fim, o relator, considerando a ausência de dano ao erário em razão do desconto oferecido pela contratada no certame, bem como o ineditismo do tipo e porte da obra (dragagem por resultado), e a falta de um sistema de referência oficial de preços para serviços de dragagem, propôs notificar a SEP/PR da impropriedade. O Tribunal endossou a proposta do relator. ***Acórdão 3637/2013-Plenário, TC 013.843/2010-9, relator Ministro José Jorge, 10.12.2013.***

2. A metodologia a ser aplicada para a quantificação de sobrepreço deve ser avaliada em cada caso concreto. Em situações normais, o Método de Limitação dos Preços Unitários Ajustado é cabível para avaliação de sobrepreço ainda na fase editalícia; enquanto o Método da Limitação do Preço Global deve ser aplicado no caso de contratos assinados.

Auditoria realizada na Universidade Federal da Integração Latino-Americana (Unila) com o objetivo de fiscalizar as obras de implantação do campus da entidade apontara "*sobrepreço decorrente de preços excessivos frente ao mercado*" no contrato firmado para a execução da primeira etapa das obras. A unidade técnica constatara um sobrepreço global de R$ 1,44 milhão, motivo pelo qual propôs que fosse determinado à Unila que repactuasse o contrato, realizando a redução dos seus custos unitários conforme a planilha de cálculo elaborada na fiscalização. A relatora, ao divergir desse entendimento, anotou que a unidade técnica teria aplicado indevidamente o "*Método de Limitação dos Preços Unitários Ajustado – MLPUA, preconizado pelo acórdão 2.319/2009 – Plenário, por meio do qual o sobrepreço é calculado pela soma dos sobrepreços unitários, sem que se faça nenhuma compensação com os itens subavaliados*". Destacou que, em situações similares ao caso concreto, "*o TCU tem aplicado o método da limitação do preço global, o qual prevê a compensação entre preços super e subavaliados*". A propósito, recorreu ao Acórdão 3443/2012-Plenário, segundo o qual o Método de Limitação dos Preços Unitários Ajustado – indicado como padrão pelo Acórdão 2319/2009-Plenário – não deve ser aplicado a todo e qualquer caso concreto. Segundo aquele precedente, o MLPUA é cabível quando o sobrepreço é "*constatado ainda em fase editalícia. Afinal, o gestor não pode se afastar do seu dever em balizar os preços unitários de seu certame pelos referenciais da LDO, fazendo valer critérios de aceitabilidade de preços unitários e globais, tal qual prevê o art. 40, inciso X, da Lei 8.666/93. Outra possibilidade seria a limitação de preços unitários para serviços novos, incluídos por meio de termos aditivos, não crivados pelo processo licitatório".* Nesse sentido, registrou a relatora que "*em situações corriqueiras, o MLPUA mostra-se adequado apenas à fase editalícia. Havendo contrato assinado, a análise de eventual prejuízo ao erário deve ser feita por meio da avaliação global*". Considerando as peculiaridades do caso concreto (sobrepreço global inferior a 1%, amostra analisada correspondente a 70% do valor contratual e desconto de 15% obtido na licitação), concluiu "*não ser possível asseverar a prática de preços superiores às referências de mercado*". Ponderou, contudo, que "*a existência de distorções nos preços unitários pode propiciar a prática do jogo de planilha (...)*", e que deve ser assegurado, nas alterações contratuais, o desconto original obtido. O Tribunal, acolhendo o voto da relatora, determinou à Unila que encaminhasse quadro consolidado das alterações contratuais que tenham impactado a planilha orçamentária, com memória de cálculo das aferições dos quantitativos de todos os serviços materialmente relevantes da obra e a demonstração da não redução do desconto original, para posterior análise da unidade técnica. ***Acórdão 3650/2013-Plenário, TC 004.743/2012-1, relatora Ministra Ana Arraes, 10.12.2013.***

3. É ilegal a exigência de certificações como critério de habilitação, uma vez que tais documentos não estão previstos no rol exaustivo contido no art. 30 da Lei 8.666/93. Não obstante, é lícita a inclusão dos resultados esperados na especificação técnica dos serviços a serem realizados, segundo modelos de qualidade de processo, tais como CMMI ou MPS.BR, para fins de acompanhamento da execução contratual.

Em Representação apresentada por empresa contra pregão eletrônico promovido pela Secretaria de Economia e Finanças (SEF) do Comando do Exército, destinado à contratação de serviços de desenvolvimento e manutenção de sistema de informação, a unidade técnica apontara irregularidade atinente à exigência de certificados para fins de habilitação. Em suas alegações, a SEF ponderou que, embora regra geral seja esse o entendimento do TCU, sua jurisprudência admite exceções. Ao analisar o mérito da matéria, o relator esclareceu que "*o TCU não admite a exigência de certificações como critério de habilitação, uma vez que tais documentos não estão previstos no rol exaustivo contido no art. 30 da Lei n. 8.666/1993. O que este Tribunal preconiza é que a administração pública federal adote para si metodologia que assegure a qualidade no desenvolvimento de* ***software****, compatível com os padrões reconhecidos nos certificados emitidos pelas instituições que constituem referência nessa matéria. Ressalte-se a expressão 'compatível', que implica a*

desnecessidade de implementação integral da metodologia tomada como referência e a respectiva certificação". Continuou: *"uma vez internalizados os padrões de qualidade dos processos de desenvolvimento de **software**, os órgãos e entidades contratantes estarão aptos a descrever, no edital ou no termo de referência da licitação, as etapas e produtos que deverão ser observados no processo de desenvolvimento do **software**, e assim caracterizar o objeto licitado e o requisito técnico obrigatório da execução dos serviços, fundamentado no art. 3º, inciso IX, alínea **c**, da Lei n. 8.666/1993 ('especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento'). Uma vez especificados os aspectos desejáveis do processo de desenvolvimento do **software**, caberá ao licitante definir a experiência prévia a ser exigida nos atestados de capacidade técnica e demonstrada pelos interessados em contratar com a administração"*. Assim, concluiu o relator: "*o verdadeiro critério diferenciador dos licitantes é o grau de maturidade dos seus respectivos processos de desenvolvimento de **software**, que podem ou não ter sido reconhecidos mediante certificação. A existência de certificação anterior é um fator secundário, porque a expertise do contratado deve ser aferida ao longo da execução contratual, pela observância de padrões e entrega de produtos pré-estabelecidos no edital ou no seu termo de referência, para cuja aferição o órgão contratante também deve estar capacitado. Em outras palavras, a qualidade do processo de desenvolvimento de **softwares** está vinculada a elementos e características do objeto contratado, e não à prévia qualificação do prestador de serviço"*. Seguindo a proposta do relator, o Plenário, dentre outras deliberações, conheceu da Representação, determinou a anulação do pregão e deu ciência à SEF que *"a exigência de certificados (CMMI, MPS.BR) não é admitida pela jurisprudência majoritária deste Tribunal, na fase de habilitação; entretanto, tais certificados podem ser exigidos, na fase de execução contratual, com a devida justificativa, nas condições previstas no Acórdão 5736/2011-1ª C; outrossim é lícita a inclusão, na especificação técnica dos serviços a serem realizados, dos resultados esperados, segundo modelos de qualidade de processo, tais como CMMI ou MPS.BR"*. ***Acórdão 3663/2013-Plenário, TC 016.684/2013-3, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 10.12.2013.***

INOVAÇÃO LEGISLATIVA

Medida Provisória 630, de 24.12.2013: Altera a Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC e dá outras providências.

Decreto 8.184, de 17.1.2014: Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação, para fins do disposto no art. 3º da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Decreto 8.185, de 17.1.2014: Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de aeronaves executivas, para fins do disposto no art. 3º da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Decreto 8.186, de 17.1.2014: Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos, para fins do disposto no art. 3º da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

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