

**Número 192****Sessões: 8 e 9 de abril 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. Para análise de superfaturamento nos contratos firmados sob o regime de empreitada por preço global, é incabível comparar os preços ofertados com os custos efetivamente incorridos pela contratada. Para concluir pela ocorrência de dano ao erário, é essencial examinar o preço global do contrato em comparação com valores de mercado.
2. É admissível o pagamento de reserva técnica, desde que devidamente motivado com estudo específico e descrição dos eventos a que será destinado.
3. A inabilitação de licitante em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, de que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes, caracteriza inobservância à jurisprudência do TCU.
4. A adoção, na proposta da empresa licitante, de índice de produtividade diferente daquele previsto no edital somente é admissível se houver previsão explícita no instrumento convocatório.
5. Limpeza hospitalar não é atividade compatível em características com limpeza predial comum.

Segunda Câmara

6. É aplicável, na busca da proposta mais vantajosa para a Administração, a prerrogativa administrativa da negociação em todas as modalidades licitatórias.

PLENÁRIO

1. Para análise de superfaturamento nos contratos firmados sob o regime de empreitada por preço global, é incabível comparar os preços ofertados com os custos efetivamente incorridos pela contratada. Para concluir pela ocorrência de dano ao erário, é essencial examinar o preço global do contrato em comparação com valores de mercado.

Pedido de Reexame em processo de Representação requereu a reforma de deliberação que determinara ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Renováveis (Ibama) que verificasse se as glosas realizadas na vigência de contrato firmado com a recorrente estavam de acordo com o entendimento expresso no processo, em relação aos pagamentos de adicional noturno, adicional de férias, décimo terceiro salário, reserva técnica e salários dos profissionais, e, se fosse o caso, ajustasse os valores glosados. O mencionado contrato é resultante de adesão do Ibama a ata de registro de preços de pregão eletrônico da Universidade Federal da Bahia (UFBA), do tipo menor preço com julgamento por preço global por lote e regime de execução contratual por empreitada por preço global estimado. Ao analisar a matéria, o relator julgou equivocada a premissa do acórdão recorrido frente à jurisprudência do Tribunal, uma vez que "*utilizou-se de juízo comparativo entre percentuais e valores da planilha de custos estimados no certame da UFBA com os valores realmente incorridos pela contratada durante a prestação dos serviços ao Ibama*". Explicou que, "*em contratos por empreitada por preço global estimado (...) é inadmissível o TCU substituir preços ofertados por custos efetivamente incorridos pela contratada*". A propósito, citou o Acórdão 2.784/2012-Plenário, que esclarece a questão: "*Sendo direito do contratante auferir os lucros que puder na execução do contrato, firmado a valores*

de mercado no regime de empreitada, parece-me ilegítimo o repasse direto à Administração de eventuais ganhos oriundos da diferença entre o preço proposto e as despesas incorridas na prestação dos serviços (...) A tese que vincula os gastos com insumos aos valores da proposta confunde custos da contratada com os seus preços (...) Como consequência disso, a aferição do superfaturamento acaba sendo feita em relação aos custos do contratado, e não aos valores de mercado". Por fim, concluiu o relator que "ao examinar contratos por preço global, não é lícito pinçar um ou mais itens de custo isoladamente, qualificá-los como excessivos ou irregulares e determinar providências para ressarcimento, sob pena de alterar indevidamente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para concluir pela ocorrência de dano ao Erário, é essencial examinar o preço global do contrato em comparação com valores de mercado". No caso concreto, considerando a ausência de indícios de que os valores contratados estariam acima dos preços de mercado, o Tribunal, seguindo o voto do relator, deu provimento parcial ao Pedido de Reexame, tornando insubsistente o acórdão recorrido, e julgou improcedente a representação. **Acórdão 910/2014-Plenário, TC 000.079/2011-1, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 9.4.2014.**

2. É admissível o pagamento de reserva técnica, desde que devidamente motivado com estudo específico e descrição dos eventos a que será destinado.

Ainda no Pedido de Reexame interposto por empresa contra deliberação que determinara ao Ibama a verificação e o ajuste dos valores glosados no âmbito de contrato firmado com a recorrente, o relator apresentou considerações quanto à inclusão de reserva técnica na planilha de custos e formação de preços apresentada pela contratada. Esclareceu o relator que "a jurisprudência do TCU admite seu pagamento, desde que devidamente motivado com estudo específico e descrição dos eventos a que será destinado (Acórdãos 793/2010 e 1442/2010, da 2ª Câmara; 727/2009, 2060/2009, 1597/2010 e 3092/2010, do Plenário)". Destacou ainda que, conforme a orientação do TCU em seus acórdãos, "pelo risco de onerarem os custos dos serviços contratados, os valores relativos à parcela reserva técnica têm sido removidos, por meio de repactuação". Em relação ao caso concreto, observou que "a justificativa para o pagamento de reserva técnica foi que essa parcela constava do contrato original do certame, a cuja ata de registro de preços o Ibama aderiu". Ressaltou, contudo, que "a adesão à ata de registro de preços, por si só, não impõe à administração o pagamento de itens, no contrato dela decorrente, sem a devida contraprestação. É preciso atestar a efetiva prestação dos serviços contratados antes de efetuar os pagamentos correspondentes". Considerando que o contrato em questão teria sido encerrado, concluiu o relator que "não caberia determinação/recomendação para que o Ibama excluísse tal parcela em futuras repactuações ou prorrogações contratuais". Nesse sentido, o Tribunal, em concordância com a relatoria, deu provimento parcial ao Pedido de Reexame para tornar insubsistente o Acórdão recorrido, sem prejuízo de determinar ao Ibama que "verifique se os valores glosados durante a execução contratual foram superiores aos devidos e ajuste-os de acordo com a comprovação da efetiva prestação dos serviços contratados". **Acórdão 910/2014-Plenário, TC 000.079/2011-1, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 9.4.2014.**

3. A inabilitação de licitante em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, de que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes, caracteriza inobservância à jurisprudência do TCU.

Por intermédio de Pedido de Reexame em autos de Representação, o pregoeiro que conduzira licitação promovida pela Universidade Federal Fluminense (UFF) solicitou a reforma do julgado original para suprimir multa que lhe fora aplicada em razão de irregularidades verificadas no procedimento licitatório. Entre as falhas que levaram o Tribunal a apenas o responsável, destacou-se a sua recusa em aceitar proposta de licitante para dois itens do edital, com preços significativamente inferiores ao da empresa ganhadora da competição, "pelo fato de a licitante não ter feito constar corretamente a marca dos produtos ofertados, sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei 8.666/1993, visando esclarecer a marca dos produtos ofertados". Em seus argumentos recursais, reproduzidos pelo relator, o pregoeiro justificou, entre outros motivos, que: i) a empresa "nem poderia participar do certame, já que sua atividade não se coadunava integralmente com o objeto da disputa"; ii) a proposta recusada havia desatendido o edital ao informar "a marca/fabricante dos produtos, mas não inserir o modelo ofertado"; iii) o mencionado dispositivo da Lei de Licitações e Contratos não o obrigava a realizar diligência para sanear a questão; iv) não fora comprovada a capacidade de fornecimento da empresa. O relator, concordando com a unidade técnica, destacou que não existia qualquer obstáculo estatutário que impedisse a participação da licitante, desclassificada sem motivo justo, pois a realização de mera diligência esclareceria as dúvidas sobre o questionado atendimento ao edital. Aduziu que "a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de condenar a inabilitação de licitantes em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por diligência, sem que essa pesquisa se constitua

inserção de documento novo ou afronta à isonomia”. Além disso, o instrumento convocatório “*previa a possibilidade de o pregoeiro solicitar informações acerca das características do material ofertado, tais como marca, modelo, tipo e fabricante*”. Com relação à falta de comprovação de capacidade de fornecimento da empresa inabilitada, o relator afirmou que o argumento não devia prosperar, uma vez que a desclassificação da licitante “*não se deu por sua incapacidade comercial, mas por formalidades supríveis em simples diligência, além do fato de ter ficado assente nos autos que essa empresa já havia participado e vencido outros certames de objeto semelhante*”. Assim, diante das razões expostas pelo relator, o Tribunal conheceu do recurso e, no mérito, negou-lhe provimento. **Acórdão 918/2014-Plenário, TC 000.175/2013-7, relator Ministro Aroldo Cedraz, 9.4.2014.**

4. A adoção, na proposta da empresa licitante, de índice de produtividade diferente daquele previsto no edital somente é admissível se houver previsão explícita no instrumento convocatório.

Representação de empresa participante de pregão eletrônico promovido pelo Hospital das Forças Armadas (HFA) para contratação de serviços de limpeza especializada nas instalações daquela instituição hospitalar apontara, entre outras irregularidades, a desclassificação indevida da proposta da representante sob alegação de alteração dos índices de produtividade na proposta. Realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, a relatora anotou que a desclassificação da representante “*foi acertada, pois adotou índice de produtividade superior ao previsto no edital*”. Acrescentou que, de acordo com o disposto na Instrução Normativa 2/2008, da SLTI/MPOG, a adoção de produtividade diferente daquela fixada no edital “*só seria admissível se houvesse previsão explícita no instrumento convocatório*”. Nesse sentido, rejeitou a alegação da representante de que “*as produtividades indicadas no edital eram apenas referenciais*”, ressaltando que se trata de “*alteração fundamental na formulação da proposta comercial, pois impacta o dimensionamento da equipe a ser alocada aos trabalhos. Não corresponde a pequenas diferenças na composição do preço final que pudessem ser sanadas por meio de diligências e ajustes de planilha sem alteração do preço global ofertado*”. O Tribunal, seguindo o voto da relatora, considerou regular a desclassificação da representante. **Acórdão 938/2014-Plenário, TC 012.718/2013-0, relatora Ministra Ana Arraes, 9.4.2014.**

5. Limpeza hospitalar não é atividade compatível em características com limpeza predial comum.

Ainda na representação relativa a pregão eletrônico promovido pelo Hospital das Forças Armadas (HFA) para a contratação de serviços de limpeza especializada nas instalações daquela instituição hospitalar, a representante apontara “*a falta de qualificação técnica*” por parte da empresa vencedora para executar o objeto da licitação, tendo em vista que os atestados apresentados não comprovaram experiência em serviços de natureza hospitalar. A relatora observou que, de fato, a empresa vencedora não comprovava a habilitação técnica exigida. Ressaltou que “*o próprio instrumento convocatório deixou clara a diferença existente entre a limpeza em áreas administrativas e hospitalares ao exigir que os profissionais de limpeza fossem habilitados para atuar em unidades de saúde classificadas em áreas críticas, semicríticas e não críticas*”. Ademais, “*a conceituação de limpeza hospitalar extraída do termo de referência do certame sinaliza a especialização necessária para esse tipo de serviço*”, sendo “*inadmissível considerá-la compatível com a simples limpeza de áreas administrativas. Houve ofensa, portanto, ao inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993*”. Ponderou, contudo, que “*o instrumento convocatório poderia ter sido explícito quanto à necessidade de se comprovar experiência em limpeza hospitalar*”. A despeito disso, concluiu que “*limpeza predial comum não é atividade ‘compatível em características’ com limpeza hospitalar*”, motivo pelo qual a empresa declarada vencedora “*deveria ter sido inabilitada*”. O Tribunal, ao acolher a proposta da relatora, decidiu fixar prazo para que o HFA procedesse à desclassificação da empresa e, “*caso tal alternativa seja considerada conveniente*” pelo HFA, “*autorizar o prosseguimento do certame após a implementação da providência mencionada*”. **Acórdão 938/2014-Plenário, TC 012.718/2013-0, relatora Ministra Ana Arraes, 9.4.2014.**

SEGUNDA CÂMARA

6. É aplicável, na busca da proposta mais vantajosa para a Administração, a prerrogativa administrativa da negociação em todas as modalidades licitatórias.

Representação relativa a concorrência lançada pela Universidade Federal do Amazonas (Ufam) para a execução de obras em um dos seus *campi* apontara, entre outras irregularidades, a desclassificação da licitante que apresentara o menor preço global, sem que fosse dada, por meio de diligência, oportunidade para a empresa promover adequações em sua proposta, consubstanciadas na correção, para valores iguais ou abaixo dos estimados pela Ufam, do preço de um dos serviços e do BDI incidente sobre outro, o que caracterizaria, nos

termos da audiência endereçada aos responsáveis, “*ato de gestão antieconômico em virtude da desobediência ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública*”. A unidade técnica, após as providências de praxe, propusera a aplicação de multa aos integrantes da comissão de licitação. O relator, concordando parcialmente com a unidade instrutiva e observando que outras quatro empresas haviam sido desclassificadas por motivos semelhantes aos da que apresentara menor preço global, ressaltou que se “*fosse efetivada diligência e consequente negociação com as licitantes alijadas do certame, as propostas ofertadas em desacordo com o edital poderiam sim ter seus valores reduzidos, adequando-se aos parâmetros estabelecidos no ato convocatório, o que, à luz do art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93, deveria ser buscado pela Administração, haja vista que um dos objetivos a serem perseguidos com a realização da licitação é justamente a seleção da proposta mais vantajosa*”. Adicionou que, embora os dispositivos do instrumento convocatório não fossem suficientemente claros a respeito das situações em que seria possível a realização de diligência, os responsáveis pelo certame “*deveriam ter feito uma interpretação sistêmica do edital, conciliando-o (...) com os princípios maiores que regem a atuação da Administração Pública, insertos na Constituição Federal, na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 9.784/99, em vez da interpretação excessivamente literal e isolada das disposições editalícias*”. Para reforçar o seu entendimento, o condutor do processo asseverou que, a despeito de o Estatuto das Licitações não trazer explicitamente a possibilidade de negociação no âmbito de uma concorrência, faculdade prevista na Lei do Pregão e no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), “*cabe sim negociação – na busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública – no âmbito de todas as modalidades licitatórias, aí se inserindo, por óbvio as previstas na Lei nº 8.666/93*”. Apesar das conclusões desfavoráveis aos membros da comissão de licitação, o relator ponderou que a aplicação de multa aos responsáveis seria medida de excessivo rigor, considerando, entre outras atenuantes, o problema de clareza do edital quanto às situações passíveis de diligência, a falta de previsão explícita de negociação na Lei 8.666/93 e a ausência de indícios de direcionamento do certame ou de que a contratação fora efetivada com preços superiores aos de mercado. O Colegiado, na linha defendida pelo relator, deliberou pelo acolhimento parcial das razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, dispensando a aplicação da multa proposta pela unidade técnica. **Acórdão 1401/2014-Segunda Câmara, TC 006.478/2012-3, relator Ministro José Jorge, 8.4.2014.**

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