Sessões: 6 e 7 de julho 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

Irregularidades em contratações:

1 - Necessidade do número mínimo de três propostas válidas na modalidade convite;

2 - Definição da modalidade licitatória cabível, ou sua dispensa, em função da classificação orçamentária dos itens de despesa;

3 - Fracionamento de despesa e certame único para obras e serviços em que os potenciais interessados são os mesmos, ainda que realizados em locais distintos.

Fixação, no instrumento convocatório, do salário dos profissionais que serão disponibilizados, pela futura contratada, para a execução do serviço.

Ausência de parcelamento do objeto: fornecimento de sistema informatizado com código aberto, transferência de tecnologia, implantação do produto e sustentação do sistema.

Concorrência para prestação de serviços de tecnologia da informação:

1 - Contratação de postos de trabalho com remuneração associada à disponibilidade de mão de obra;

2 - Não adjudicação por itens dos serviços;

3 - Uso da modalidade concorrência, do tipo *técnica e preço*, para contratação de serviços comuns, em detrimento do pregão;

4 - Exigência da adoção de valores pré-determinados para a remuneração dos profissionais alocados ao contrato;

5 - Irregularidades no demonstrativo de formação de preços da contratada.

Licitação para execução de obras:

1 - Obrigação editalícia de o responsável técnico pela obra participar da visita técnica ao local do empreendimento;

2 - Estipulação de BDI diferenciado para materiais de valor relevante que são objeto de simples intermediação por parte da empresa executora.

Exigências de habilitação indevidas:

1 - Apresentação de carta de solidariedade do fabricante do equipamento;

2 - Exigência de capital social mínimo junto com a prestação de garantia de participação no certame;

3 - Declaração de que o responsável técnico indicado pela licitante participe permanentemente da execução do objeto.

Primeira Câmara

Inovações do Decreto n.º 7.174/2010 quanto ao exercício do direito de preferência.

Segunda Câmara

Contratação emergencial decorrente da desídia administrativa.

PLENÁRIO

Irregularidades em contratações: 1 - Necessidade do número mínimo de três propostas válidas na modalidade convite

A ausência de três propostas válidas na modalidade convite implica a repetição do processo licitatório, a menos

que se comprove a limitação do mercado ou o manifesto desinteresse dos convidados em participar do certame. Foi esse o entendimento do relator, ao apreciar denúncia formulada ao TCU apontando possíveis irregularidades em contratações realizadas no âmbito da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Diretoria-Geral em Rondônia (DR/ECT/RO). No que se refere à *"licitação sem o número mínimo de três propostas válidas nos Convites n.os 13/2006, 14/2006, 4/2007 e 7/2008"*, ocorrência que justificou a audiência do Diretor Regional, o relator destacou que a ausência de três propostas válidas contrariou o disposto na Súmula n.º 248 do TCU, *"visto que não houve justificativa por parte do responsável que pudesse comprovar a existência de limitação de mercado ou desinteresse dos convidados em participar dos mencionados certames, de acordo com o que dispõe o art. 22, § 7º, da Lei 8.666/93"*. Teria sido, portanto, *"indispensável a repetição dos procedimentos licitatórios"*. Em razão desta e das demais irregularidades confirmadas, o relator propôs e o Plenário decidiu rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo responsável e aplicar-lhe multa. ***Acórdão n.º 1620/2010-Plenário, TC-023.093/2008-6, rel. Min. Raimundo Carreiro, 07.07.2010***.

Irregularidades em contratações: 2 - Definição da modalidade licitatória cabível, ou sua dispensa, em função da classificação orçamentária dos itens de despesa

Outra suposta irregularidade no âmbito da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, Diretoria-Geral em Rondônia (DR/ECT/RO), e que também justificou a audiência do Diretor Regional, dizia respeito a *"indícios de fracionamento de despesa com burla à obrigatoriedade de licitar, ao autorizar as dispensas de licitação DL 7000362/07, DL 7000382/07 e DL 7000391/07, tendo em vista tratar-se de obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que poderiam ser realizadas conjunta e concomitantemente"*. Tais dispensas de licitação, referentes à contratação de uma mesma empresa para execução de obras e serviços de engenharia em unidade da ECT em Porto Velho/RO, envolveram, respectivamente, os valores de R$ 4.569,80, R$ 11.052,86 e R$ 26.595,93. O responsável alegou que as dispensas foram processadas separadamente em razão de os pagamentos feitos à contratada originarem-se de rubricas distintas, a saber: custeio para as duas primeiras e investimento para a última. De acordo com a unidade técnica, essas obras e serviços de mesma natureza e no mesmo local poderiam ser realizadas conjunta e concomitantemente, por meio de licitação na modalidade convite, em razão de seu somatório superar o valor limite de R$ 30.000,00 para a dispensa. Ao anuir à manifestação da unidade técnica, o relator ressaltou que *"a classificação orçamentária das rubricas não determina a adoção dessa ou daquela modalidade de licitação"*, tratando-se de *"inequívoco fracionamento de despesa"* que impede a competição entre as empresas e, consequentemente, a possibilidade de escolha da proposta mais vantajosa para a Administração. Em razão desta e das demais irregularidades confirmadas, o relator propôs e o Plenário decidiu rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo responsável e aplicar-lhe multa. ***Acórdão n.º 1620/2010-Plenário, TC-023.093/2008-6, rel. Min. Raimundo Carreiro, 07.07.2010***.

Irregularidades em contratações: 3 - Fracionamento de despesa e certame único para obras e serviços em que os potenciais interessados são os mesmos, ainda que realizados em locais distintos

Deve ser realizada uma única licitação para a contratação de obras e serviços de mesma natureza, ainda que em locais diversos, quando os potenciais interessados são os mesmos, vedadas as modalidades *convite* ou *tomada de preços*, conforme o caso, sempre que o somatório de seus valores caracterizar *tomada de preços* ou *concorrência*. Esse entendimento, consignado no Acórdão n.º 1.570/2004-Plenário, foi invocado pelo relator ao apreciar, ainda quanto à denúncia envolvendo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – Diretoria-Geral em Rondônia (DR/ECT/RO) –, as razões de justificativa do Diretor Regional acerca dos *"indícios de fracionamento de despesa ao autorizar as seguintes licitações na modalidade 'convite' (Convites 13/2006 e 14/2006), sendo que era obrigatória a utilização de 'tomada de preços' ou 'concorrência', devido ao somatório dos valores e por tratar-se de obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que poderiam ser realizadas conjunta e concomitantemente"*. O relator destacou que, à luz do art. 23, § 5º, da Lei n.º 8.666/93, *"à primeira vista, assistiria razão ao responsável"* ao argumentar que os municípios de Cujubim e Pimenteiras, onde seria feita a adequação dos prédios para o funcionamento das agências de correio, distam um do outro 766 km, tratando-se, a seu ver, de obras independentes. Para refutar esse argumento, o relator valeu-se do seguinte trecho do voto que antecedeu o prefalado Acórdão n.º 1.570/2004-Plenário: *"[...] o Estatuto das Licitações, ao vedar o fracionamento de despesas, pretendeu preservar a competitividade dos certames licitatórios, obrigando que as obras e os serviços realizados no mesmo local fossem englobados em uma única licitação, de maior valor. Interpretando-se a norma de forma sistêmica, orientados pelo princípio da isonomia que norteou sua promulgação, só se pode conceber que a menção a um 'mesmo local' tenha por objetivo único permitir o maior aproveitamento das potencialidades regionais, observando-se a área*

geográfica de atuação das empresas que executam os serviços ou obras a serem contratados.". No caso concreto, o relator verificou que, com exceção de duas empresas que receberam apenas o Convite n.º 14/2006, os demais potenciais licitantes foram convidados a participar dos dois certames e retiraram o edital. Para ele, o fato *"demonstra que essas quatro construtoras podem atuar indiferentemente em qualquer das duas cidades, não sendo permitida, assim, a realização de licitações distintas para obras e serviços de mesma natureza, uma vez que os potenciais interessados nos dois certames são os mesmos"*. Tendo em vista que a soma dos valores ultrapassou o limite estabelecido para a modalidade convite, confirmou-se o fracionamento de despesas. Em razão desta e das demais irregularidades apuradas, o relator propôs e o Plenário decidiu rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo responsável e aplicar-lhe multa. ***Acórdão n.º 1620/2010-Plenário, TC-023.093/2008-6, rel. Min. Raimundo Carreiro, 07.07.2010***.

Fixação, no instrumento convocatório, do salário dos profissionais que serão disponibilizados, pela futura contratada, para a execução do serviço

Representação formulada ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 37/2007, conduzido pelo Ministério das Comunicações, destinado à contratação de empresa para prestação de serviços de operação e manutenção predial. A representante alegou que, apesar de ter ofertado o segundo melhor lance do pregão, teria sido *"indevidamente alijada do processo pelo órgão licitador"* por haver apresentado *"valores de referência salarial abaixo do mínimo estabelecido pelo órgão sindical representante da categoria (Sindiserviços)"*. Aduziu que o julgamento da comissão de licitação estaria viciado pelo fato de esta haver considerado, para as categorias profissionais previstas, a convenção coletiva do Sindiserviços/DF, a qual, nos termos do edital, deveria ser utilizada apenas quando da repactuação do futuro contrato, não se configurando, pois, condição para a contratação. Justamente por essa razão, ela utilizou os pisos da convenção coletiva das categorias profissionais relacionadas ao Sindicato das Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico (Simeb), ao qual está vinculada. A unidade técnica considerou ter havido, na verdade, *"equívoco quanto ao estabelecimento da observância dos valores mínimos do Sindiserviços apenas no item que trata da repactuação, já que a pretensão da Administração seria evitar a cotação de valores inferiores aos definidos por aquele sindicato"*. Para a unidade instrutiva, houve, no presente caso, *"vinculação ao Sindiserviços, ainda que de forma indireta, o que demandaria a apresentação de propostas nos valores por ele estabelecidos"*, justificando-se, portanto, a desclassificação da empresa representante. Em seu voto, o relator ressaltou que a fixação, nos instrumentos convocatórios, dos salários das categorias ou dos profissionais que serão disponibilizados para a execução do serviço pela futura contratada não é vedada à Administração desde a edição da Instrução Normativa MPOG/SLTI n.º 3/2009, que expressamente revogou o inciso II do art. 20 da Instrução Normativa MPOG/SLTI n.º 2/2008. No entanto, a fim de deixar claro que a impossibilidade da fixação de piso salarial mínimo ainda é a regra geral vigente na contratação de serviços, e que a fixação de remuneração mínima em edital somente se aplica nas contratações de serviços que não sejam por resultados, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar ao Ministério das Comunicações que, em futuras licitações, *"observe o art. 11 da IN MPOG/SLTI nº 2/2008 e o item 9.3.3.2 do Acórdão nº 614/2008-Plenário, em especial, atentando para que a possibilidade de fixação de remuneração mínima em edital deve se ater à hipótese excepcional prevista no § 1º do referido art. 11 da IN MPOG/SLTI nº 2/2008"*. ***Acórdão n.º 1612/2010-Plenário, TC-005.365/2008-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 07.07.2010***.

Ausência de parcelamento do objeto: fornecimento de sistema informatizado com código aberto, transferência de tecnologia, implantação do produto e sustentação do sistema

Denúncia formulada ao TCU apontou supostas irregularidades no Pregão Presencial n.º 118/2009, deflagrado no âmbito da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde, cujo objeto era a aquisição de *"Solução de Informação Hospitalar Integrada ao Sistema de Registro Eletrônico de Saúde para Atenção Integral"*, a ser implantada em seis hospitais federais no Rio de Janeiro. Entre as questões levantadas na denúncia, destacava-se o cerceamento à competição, *"em virtude da ausência de divisão do objeto do certame em lotes, o que permitiria a participação de um número maior de licitantes"*, isso porque a licitação abrangia dois itens bem distintos: 1) *"fornecimento de um sistema que atenda previamente aos requisitos técnicos funcionais"*, com transferência de propriedade para o Ministério da Saúde; e 2) prestação de serviços especializados, quais sejam: transferência de tecnologia, implantação do produto e sustentação do sistema nos hospitais. De acordo com a unidade técnica, ao se abranger na mesma adjudicação tanto o item 1 quanto o item 2, *"cria-se uma situação de dependência tecnológica com a empresa que vencer a licitação"*, fugindo-se *"ao propósito da aquisição do sistema com código aberto e transferência de tecnologia, que permitiria que outros, que não o criador do*

código, pudessem construir e modificar em cima do código adquirido, conforme a necessidade do Ministério". No entender da unidade instrutiva, a transferência de tecnologia seria o único serviço que não poderia tecnicamente ser desvinculado do fornecimento do sistema, entendimento que contou com a anuência do relator. A corroborar a afirmativa da unidade técnica de que o primeiro item, aquisição do sistema, sendo por sua natureza muito específico, atraiu poucos licitantes, estendendo-se tal restrição ao segundo item, porquanto englobado com o primeiro, o relator ressaltou que, não obstante mais de vinte empresas terem retirado o edital, somente dois consórcios apresentaram propostas. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu: a) fixar prazo à Secretaria-Executiva do Ministério da Saúde para adotar as providências necessárias à anulação do Pregão Presencial n.º 118/2009 e de todos os atos dele decorrentes; b) determinar a audiência do Diretor de Departamento de Informática do SUS (Datasus), responsável pela elaboração e apresentação do projeto básico (termo de referência) com irregularidades, entre elas a *"ausência de divisão do objeto de modo a aproveitar os recursos disponíveis no mercado e ampliar a competitividade"*. ***Acórdão n.º 1617/2010-Plenário, TC-027.963/2009-2, rel. Min. José Jorge, 07.07.2010***.

Concorrência para prestação de serviços de tecnologia da informação: 1 - Contratação de postos de trabalho com remuneração associada à disponibilidade de mão de obra

Em decorrência de representação oferecida ao TCU, foi realizada *"inspeção"* na Concorrência n.º 001/2006 e no consequente Contrato n.º 11/2007, firmado entre o Ministério do Esporte e a empresa Sigma Dataserv Informática S.A., cujo objeto envolvia *"consultoria, desenvolvimento e manutenção de sistemas aplicativos; administração, operação e suporte para rede de microcomputadores; comunicação de dados e internet/intranet; administração de dados e bases de dados; suporte e help-desk"*. Entre os achados, mereceram destaque a *"interposição indevida de mão de obra e opção indevida por postos de trabalho"* e o *"pagamento não vinculado a resultados"*. A unidade técnica destacou que a mera alocação de mão de obra para ocupar postos de trabalho não representa a melhor opção para a Administração, uma vez que não assegura a obtenção de resultados alinhados às reais necessidades do contratante, incentivando, portanto, ineficiência da execução contratual com potenciais prejuízos ao erário. No caso concreto, o modelo de gestão do contrato adotado foi o pagamento por homens-hora de serviço trabalhado, sem vinculação a resultados, acarretando risco de prejuízo ao erário. A unidade técnica também ressaltou que, como critério de medição dos serviços prestados, o órgão adotou a quantidade fixa de 176 horas mensais por posto de trabalho, independentemente dos dias úteis efetivamente trabalhados no período, e que, considerando o número médio de 21 dias úteis por mês no Brasil, *"tem-se a média mensal de 168 horas úteis, ou seja, 8 horas a menos do que as 176 pagas, por mês por posto de trabalho"*. Ao acolher a manifestação da unidade técnica, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar ao Ministério do Esporte que, nas futuras contratações de serviços de tecnologia da informação: I) *"em atenção ao art. 3º, § 1º, e ao art. 4º, incisos II e IV, do Decreto 2.271/1997 e em concordância com o Acórdão 786/2006-TCU - Plenário, abstenha-se de remunerar a contratada pela mera disponibilização de recursos humanos, a exemplo do ocorrido no Contrato 11/2007, de forma a não incorrer em interposição indevida de mão de obra, em desacordo com o Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho"*; II) *"em atenção ao art. 3º, § 1º, do Decreto 2.271/1997, ao art. 14, alínea 'i', da IN 04/2008-SLTI/MP, e ao princípio da eficiência contido no caput do art. 37 da Constituição Federal, quando possível, elabore procedimentos para mensuração da prestação dos serviços por resultados, segundo métricas previamente estabelecidas, observando o disposto no item 9.1.4 do Acórdão 2.471/2008-TCU-Plenário"*. ***Acórdão n.º 1597/2010-Plenário, TC-010.290/2009-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 07.07.2010***.

Concorrência para prestação de serviços de tecnologia da informação: 2 - Não adjudicação por itens dos serviços

Ainda quanto à *"inspeção"* realizada na Concorrência n.º 001/2006 e no Contrato n.º 11/2007, firmado pelo Ministério do Esporte, foi apontado como achado a *"contratação conjunta de serviços técnica e economicamente divisíveis"*. A unidade técnica destacou que o objeto da Concorrência n.º 001/2006 *"trata de contratação de diferentes categorias de serviços na área de TI, quais sejam: consultoria em planejamento estratégico e segurança da informação; desenvolvimento e manutenção de sistemas de informações; design e manutenção da internet e intranet; administração, operação e suporte para rede de microcomputadores; comunicação de dados e internet/intranet; administração de dados e de base de dados; suporte e serviços de help-desk"*. Para ela, a contratação contemplou serviços que são técnica e economicamente divisíveis e, portanto, viáveis de serem licitados em separado ou adjudicados por itens distintos, com vistas ao melhor

aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade do certame. Acolhendo o entendimento da unidade técnica, e *"em atenção ao art. 23, §§ 1º e 2º, Lei 8.666/1993, ao art. 5º, inciso I, da IN 04/2008-SLTI/MP, e à Súmula TCU 247, bem como aos princípios constitucionais da isonomia, eficiência e economicidade"*, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao Ministério do Esporte, para futuras contratações de serviços de tecnologia da informação. ***Acórdão n.º 1597/2010-Plenário, TC-010.290/2009-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 07.07.2010***.

Concorrência para prestação de serviços de tecnologia da informação: 3 - Uso da modalidade concorrência, do tipo *técnica e preço*, para contratação de serviços comuns, em detrimento do pregão

Também quanto à *"inspeção"* realizada na Concorrência n.º 001/2006 e no Contrato n.º 11/2007, firmado no âmbito do Ministério do Esporte, cujo objeto envolvia *"consultoria, desenvolvimento e manutenção de sistemas aplicativos; administração, operação e suporte para rede de microcomputadores; comunicação de dados e internet/intranet; administração de dados e bases de dados; suporte e help-desk"*, foi apontado como achado a *"opção indevida por técnica e preço, em detrimento do pregão"*. Consoante o Parecer Jurídico n.º 003/2006/Conjur/ME, que balizou a contratação, a utilização da modalidade concorrência, do tipo 'técnica e preço', foi fundamentada no art. 45, § 4º, da Lei n.º 8.666/93. Segundo a unidade técnica, *"conforme se verifica na Nota Técnica Sefti/TCU 02/2008, deve ser ressaltado que já se encontrava derrogada a obrigatoriedade de uso de 'técnica e preço' para a contratação de bens e serviços de TI, expressa no § 4º do art. 45 da Lei 8.666/1993. O entendimento mais recente é o de que, devido à padronização existente no mercado, os bens e serviços de tecnologia da informação geralmente atendem a protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos e a padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. Portanto, por atender a esses requisitos, via de regra os bens e serviços de TI devem ser considerados comuns, conforme disposto no art. 1º da Lei 10.520/2002. Dessa forma, devem ser obrigatoriamente licitados pela modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica. Quando, eventualmente, não for viável utilizar essa forma, deverá ser anexada justificativa correspondente."*. Ao anuir à manifestação da unidade técnica, o relator ressaltou que, de fato, o entendimento do TCU é no sentido de que a licitação de bens e serviços de tecnologia da informação considerados comuns, ou seja, aqueles que possuam padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, *"como são os da Concorrência 001/2006"*, deve ser obrigatoriamente realizada pela modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica, *"mesmo quando se tratar de serviços complexos ou críticos"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao Ministério do Esporte, para futuras contratações de serviços de tecnologia da informação. Precedente citado: Acórdão n.º 2.471/2008-Plenário. ***Acórdão n.º 1597/2010-Plenário, TC-010.290/2009-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 07.07.2010***.

Concorrência para prestação de serviços de tecnologia da informação: 4 - Exigência da adoção de valores pré-determinados para a remuneração dos profissionais alocados ao contrato

A fixação, em edital, da remuneração de empregados envolvidos na prestação de serviços também foi impugnada pela unidade técnica que promoveu *"inspeção"* na Concorrência n.º 001/2006 e no Contrato n.º 11/2007, firmado pelo Ministério do Esporte, tendo por objeto *"consultoria, desenvolvimento e manutenção de sistemas aplicativos; administração, operação e suporte para rede de microcomputadores; comunicação de dados e internet/intranet; administração de dados e bases de dados; suporte e help-desk"*. Em seu voto, ao anuir à conclusão da unidade técnica, o relator acrescentou que tal exigência está expressamente vedada no art. 6º, II, da IN SLTI/MP n.º 4/2008, que rege a contratação de serviços de informática para o Poder Executivo. Além disso, *"o item 9.3.3.2. do Acórdão 614/2008 - Plenário também veda inclusão de cláusula editalícia dessa natureza"*, tendo em vista que os serviços de TI devem ser contratados, medidos e pagos por resultados. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao Ministério do Esporte, para futuras contratações de serviços de tecnologia da informação. ***Acórdão n.º 1597/2010-Plenário, TC-010.290/2009-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 07.07.2010***.

Concorrência para prestação de serviços de tecnologia da informação: 5 - Irregularidades no demonstrativo de formação de preços da contratada

Quanto às planilhas de formação de preços (DFP) da contratada – o contrato é o de n.º 11/2007, firmado no âmbito do Ministério do Esporte –, a inspeção da unidade técnica revelou indícios de irregularidades pela cobrança indevida de percentuais ou valores referentes aos seguintes itens: CPMF, reserva técnica, férias,

FGTS, Duplicidade de FGTS, despesas administrativas/operacionais e previsão de lucro, CSLL e IRPJ. Acolhendo as considerações da unidade técnica, o relator propôs e o Plenário decidiu determinar ao Ministério do Esporte que, nas futuras contratações de serviços de tecnologia da informação, abstenha-se de aceitar das licitantes propostas de preços que contenham: I) *"percentual referente a reserva técnica como item específico das planilhas de custo e formação de preços, sem apresentar estudo específico e descrição dos eventos que motivariam a aceitação desse item"*; II) *"incidência de encargos de CSLL, IRPJ ou IRRF, por se constituírem em tributos de natureza direta e personalística, que oneram pessoalmente o contratado, não devendo ser repassados ao preço do contrato, observando o disposto no item 9.1 do Acórdão 950/2007-TCU – Plenário"*; e III) *"incidência de encargos com alíquotas maiores do que as previstas na legislação vigente, bem como que incidam em duplicidade, a exemplo do ocorrido no Contrato 11/2007 em relação a férias e FGTS"*. Além disso, deliberou o Pleno no sentido de recomendar ao Ministério do Esporte que, nas futuras licitações, em atenção ao disposto nos itens 9.2 do Acórdão n.º 1.851/2008-2ª Câmara e 9.3 do Acórdão n.º 1.990/2008-Plenário, *"abstenha-se de incluir o item reserva técnica nos modelos de planilhas de custos e formação de preços"*. Por fim, foi fixado prazo ao Ministério do Esporte para informar as medidas adotadas com vistas a promover o ressarcimento ao erário dos valores pagos indevidamente, referentes às seguintes irregularidades: a) *"custos com CPMF nos demonstrativos de formação de preço do contrato a partir de 1º/1/2008, uma vez que a cobrança desse tributo encerrou-se em 31/12/2007"*; b) *"incidência de alíquota de 13,3% (treze vírgula três por cento) como encargo de férias, quando, em princípio, o correto seria 11,11% (onze vírgula onze por cento), correspondente a 8,33% (oito vírgula trinta e três por cento) mais 2,78% (dois vírgula setenta e oito por cento), considerando o afastamento de trinta dias a cada período de doze meses mais o abono de férias de um terço da remuneração"*; c) *"incidência de alíquota de 8,5% (oito e meio por cento) relativa ao FGTS, uma vez que, de acordo com o § 2º do art. 2º da Lei Complementar 110/2001, o percentual do FGTS voltou ao patamar de 8% (oito por cento) a partir de 1º/1/2007"*; d) *"incidência em duplicidade do FGTS sobre o 13º salário, na medida em que esse item foi incluído no Grupo D 'incidência do FGTS s/ 13º Salário' além do item 'incidência do grupo A sobre os itens do grupo B', considerando que o FGTS está incluído no Grupo 'A' e o 13º salário no Grupo 'B'"*. ***Acórdão n.º 1597/2010-Plenário, TC-010.290/2009-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 07.07.2010***.

Licitação para execução de obras: 1 - Obrigação editalícia de o responsável técnico pela obra participar da visita técnica ao local do empreendimento

Relatório de auditoria realizada no Ministério das Cidades, referente aos recursos alocados ao *"Apoio a Sistemas de Abastecimento de Água em Municípios de Regiões Metropolitanas, de Regiões Integradas de Desenvolvimento Econômico, Municípios com mais de 50 mil Habitantes ou Integrantes de Consórcios Públicos com mais de 150 mil Habitantes"*, identificou como achado a *"Restrição à competitividade da licitação, decorrente de critérios inadequados de habilitação e julgamento"*. Isso porque, nos editais das Concorrências n.os 166/2008, 167/2008, 168/2008 e 170/2008, realizadas pelo Governo do Estado do Acre, exigiu-se a apresentação de 'Atestado de Visita Técnica' emitido após visita ao local da obra/serviço pelo profissional integrante do quadro da empresa indicado como responsável técnico na licitação, em horário e data únicos, fixados no instrumento convocatório. Para a unidade técnica, a exigência de comprovação de que a licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para cumprimento das obrigações pertinentes ao certame tem amparo no inciso III do art. 30 da Lei n.º 8.666/1993, contudo *"extrapola tal preceito o requisito de que o próprio profissional a ser indicado na licitação como responsável técnico da obra deva ser o credenciado para a vistoria"*. Além disso, *"não se mostra razoável e não encontra abrigo na legislação o estabelecimento de vistoria no mesmo dia e horário para todos os credenciados, uma vez que esse procedimento, além de restringir a participação dos interessados, possibilita a ocorrência de ajustes entre os futuros licitantes."* Ao concordar com o entendimento da unidade técnica, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao Departamento Estadual de Água e Saneamento do Estado do Acre no sentido de que *"abstenha-se de estabelecer, em licitações que venham a contar com recursos federais, cláusulas impondo a obrigatoriedade de comparecimento ao local das obras [...], sendo suficiente a declaração do licitante de que conhece as condições locais para a execução do objeto"*. Precedentes citados: Acórdãos n.os 2.150/2008 e 1.174/2008, ambos do Plenário. ***Acórdão n.º 1599/2010-Plenário, TC-000.274/2010-0, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 07.07.2010***.

Licitação para execução de obras: 2 - Estipulação de BDI diferenciado para materiais de valor relevante que são objeto de simples intermediação por parte da empresa executora

Ainda como consequência da auditoria realizada no Ministério das Cidades, o relator considerou necessária a audiência dos responsáveis *"pelo recebimento dos projetos executivos, memoriais descritivos, especificações técnicas de serviços e orçamentos da Adutora CR Floresta/CR Portal, do Reservatório Apoiado da Penitenciária e da Adutora CR Portal/CR Penal, da Adutora CR Santo Afonso/ramal Amapá (objeto do Contrato n.º 118/2007)"*, haja vista terem *"atestado a adequação da documentação acima [...] com diversas deficiências"*, entre elas a estipulação do BDI de 20% para materiais de valor relevante, quando o máximo razoável, conforme jurisprudência do TCU, é de 10%, materiais esses que *"poderiam ter sido adquiridos em licitação separada e que são objeto de simples intermediação por parte da empresa executora"*. Ao enfatizar que, de fato, o TCU tem entendimento no sentido de que o BDI de materiais relevantes deve ser diferenciado, o relator fez alusão à recém-aprovada Súmula n.º 253, que assim dispõe: *"Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas – BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens."* Ao final, o relator ressaltou que, embora o responsável tenha efetuado a diferenciação, esta, consubstanciada na redução de 23,86% para 20%, *"não se mostrou adequada"*. O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 1.600/2003, 1.020/2007, 1.599/2008 e 2.875/2008, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1599/2010-Plenário, TC-000.274/2010-0, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 07.07.2010***.

Exigências de habilitação indevidas: 1 - Apresentação de carta de solidariedade do fabricante do equipamento

Denúncia oferecida ao TCU apontou possíveis irregularidades na Concorrência n.º 5/2007, realizada pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – Administração Regional do Mato Grosso (Senar/MT), destinada à contratação de empresa especializada em tecnologia de segurança eletrônica para fornecimento, instalação e ativação de um sistema integrado de vigilância nas dependências do edifício-sede daquele serviço social autônomo. No que concerne à exigência da denominada carta de solidariedade, por meio da qual o fabricante *"se responsabiliza solidariamente pela adequada execução do objeto"*, a unidade técnica destacou que o Tribunal, em outras ocasiões, manifestou-se no sentido de que não é lícita, em processo de licitação, a exigência do referido documento, por restringir o caráter competitivo do certame. Ressaltou, ainda, que *"no edital da Concorrência nº 5/2007, foi exigida a apresentação da carta de solidariedade que, pelas características técnicas solicitadas dos equipamentos, era fornecida (pelo fabricante) somente para seu revendedor local em caráter exclusivo, impedindo qualquer outra empresa estabelecida neste estado de fornecer o mesmo equipamento, por não poder ter acesso a esse documento. Portanto, no caso concreto, fica claro que a única empresa apta a obter a referida carta do fabricante era a própria [...] vencedora, já que ela é fornecedora exclusiva da indústria."*. Além de concordar com a unidade técnica, o relator considerou improcedente a alegação dos responsáveis de que tal exigência configuraria maneira de impedir a contratação de bens não garantidos pelo fabricante, porquanto o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seus arts. 12 e 18, estabelece claramente que os fornecedores dos produtos, aqui incluídos tanto o fabricante quanto o comerciante, são responsáveis solidários pelos defeitos e vícios dos produtos e serviços adquiridos pelos consumidores. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu alertar o Senar/MT para que, nas próximas licitações, *"abstenha-se de exigir, para fins de habilitação nas licitações realizadas, documentos não previstos no Capítulo V do seu Regulamento de Licitações e Contratos, como a carta/declaração de solidariedade"*. Precedentes citados: Acórdão n.º 1.373/2004-2ª Câmara; Acórdãos n.ºs 3.018/2009, 1.281/2009, 2.056/2008, 1.729/2008, 423/2007 e 539/2007, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 1622/2010-Plenário, TC-016.958/2007-8, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 07.07.2010***.

Exigências de habilitação indevidas: 2 - Exigência de capital social mínimo junto com a prestação de garantia de participação no certame

Outra possível irregularidade apontada na Concorrência n.º 5/2007, promovida pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – Administração Regional do Mato Grosso (Senar/MT), destinada à contratação de empresa para fornecimento, instalação e ativação de um sistema integrado de vigilância nas dependências do edifício-sede daquele serviço social autônomo, foi a exigência de capital social mínimo de forma concomitante com a garantia de participação na licitação. O relator anuiu à manifestação da unidade técnica, para a qual *"a jurisprudência do TCU é clara ao afirmar que a Administração não pode exigir, para a qualificação*

econômico-financeira das empresas licitantes, a apresentação de capital social ou patrimônio líquido mínimo junto com a prestação de garantia de participação no certame. […] De acordo com as alíneas 'c' e 'd' do inciso III do art. 12 do Regulamento de Licitações e Contratos do Senar, existem três alternativas para que essa entidade se assegure de que os licitantes terão condições financeiras mínimas para executar o objeto licitado, quais sejam: capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou prestação de garantia. Nota-se que apenas uma das três alternativas supramencionadas seria o suficiente para resguardar o Senar/MT de eventuais danos ou prejuízos advindos de inadimplência ou dano causado pela empresa vencedora do certame. Portanto, não se justifica a exigência concomitante de capital social mínimo com as garantias previstas no art. 27 do Regulamento de Licitações e Contratos dessa entidade, o que torna tal atitude uma forma de frustrar a participação de potenciais licitantes.". No que concerne a possível aplicação de sanção pecuniária, o relator registrou que essa medida não se mostrava razoável, *"posto que desproporcional às condutas dos agentes, que, apesar de equivocadas, não resultaram em grave ofensa às normais legais e regulamentares"*. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir tão somente alerta ao Senar/MT. Precedentes citados: Decisão n.º 1.521/2002-Plenário; Acórdãos n.ºs 701/2007 e 1.028/2007, ambos do Plenário; Acórdão n.º 1.039/2008-1ª Câmara. ***Acórdão n.º 1622/2010-Plenário, TC-016.958/2007-8, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 07.07.2010***.

Exigências de habilitação indevidas: 3 - Declaração de que o responsável técnico indicado pela licitante participe permanentemente da execução do objeto

Outra suposta irregularidade indicada na Concorrência n.º 5/2007, realizada pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – Administração Regional do Mato Grosso (Senar/MT), destinada à contratação de empresa para fornecimento, instalação e ativação de um sistema integrado de vigilância nas dependências do edifício-sede daquele serviço social autônomo, foi a exigência editalícia de que o profissional indicado pela licitante para fim de comprovação de capacitação técnica deveria apresentar declaração de que participaria permanentemente da execução do objeto, sem ter sido demonstrado que *"os motivos dessa exação eram tecnicamente justificáveis e indispensáveis à habilitação das licitantes e, ainda, pertinentes ao objeto licitado, de modo a não configurar restrição ao caráter competitivo do certame"*. De acordo com a unidade técnica, não merecia prosperar a justificativa de que tal exigência *"se constituía em um meio suplementar de garantia para a contratante, tendo em vista que, para evitar riscos, a entidade, o Senar/MT poderia se utilizar dos meios legais previstos no art. 32 do Regulamento de Contratos e Licitações."*. Para o relator, no entanto, não restou devidamente configurada *"ofensa aos dispositivos regulamentares ou aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios"*, cabendo o acolhimento das justificativas apresentadas pelos responsáveis, uma vez que a exigência *"não configura restrição ao caráter competitivo da Concorrência n.º 4/2007, pois não se vislumbra, no caso concreto, a inibição à eventual substituição por profissional de competência equivalente, desde que previamente aprovada pela administração da entidade"*. O Plenário anuiu à manifestação do relator. ***Acórdão n.º 1622/2010-Plenário, TC-016.958/2007-8, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 07.07.2010***.

PRIMEIRA CÂMARA

Inovações do Decreto n.º 7.174/2010 quanto ao exercício do direito de preferência

Representação formulada ao TCU indicou possíveis omissões no edital do Pregão Eletrônico n.º 964/2010, promovido pelo Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro), tendo por objeto a *"locação de um no-break trifásico e um grupo gerador trifásico, para alimentar e proteger as cargas ligadas à chave estática do bloco 1D da entidade, por um período de 12 meses"*. Entre as supostas omissões no instrumento convocatório, a representante destacou a "*falta de regra para exercício do direito de preferência do produto nacional nas compras de bens de informática e automação, no tocante à preferência da ME e EPP"*. No que tange à preferência de microempresas e empresas de pequeno porte (ME/EPP), o relator considerou indevido o questionamento da representante, haja vista que o edital *"disciplinou tal prerrogativa à luz do Capítulo V da Lei Complementar n.º 123/2006"*. Já quanto à alegada falta de regra para o exercício do direito de preferência dos produtos nacionais, o relator entendeu assistir razão à representante, isso porque o objeto do pregão tratava de prestação de serviço correspondente à disponibilização de gerador e *no-break*, acrescidos das atividades necessárias para assegurar o regular funcionamento dos equipamentos, sendo, pois, *"obrigatória a preferência descrita no art. 3º da Lei nº 8.248/91"*. Todavia, nos termos do art. 8º do Decreto n.º 7.174/2010, *"o exercício do direito de preferência será concedido, em primeiro lugar, para as ME/EPP dispostas no supramencionado Capítulo V da Lei Complementar nº 123/2006 (inciso I). Apenas depois é que se aplicam as regras de*

preferência nos termos do disposto no art. 3º da Lei nº 8.248/91, quando existirem fornecedores de bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país cuja proposta seja até 10% acima da melhor proposta válida (incisos II, III e IV).”. Compulsando os autos, o relator constatou que as únicas propostas no intervalo de até 10% acima do melhor preço eram de empresas também enquadradas como ME/EPP. Assim sendo, acrescentou ele, *“as melhores propostas são de empresas que se enquadram no Capítulo V da Lei Complementar nº 123/2006, atendendo ao contido no art. 8°, inciso I, do Decreto nº 7.174/2010”*. Portanto, a ausência da previsão de preferência para fornecedores que utilizam tecnologia nacional, nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.248/91 e do art. 8º, incisos II, III e IV, do Decreto n.º 7.174/2010, *“não alterou, no caso concreto, o resultado da licitação”*. Ao final, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu considerar parcialmente procedente a representação e *“alertar o Serpro - Regional São Paulo”* acerca da *“falta de regras no edital do Pregão Eletrônico nº 964/2010 para o exercício do direito de preferência dos produtos nacionais”*. ***Acórdão n.º 4056/2010-1ª Câmara, TC-016.408/2010-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 06.07.2010***.

SEGUNDA CÂMARA

Contratação emergencial decorrente da desídia administrativa

Representação oferecida ao TCU apontou possíveis irregularidades na *“contratação emergencial de empresa para prestação de serviços de gestão de sistemas de informação pelo Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM”*. O Diretor-Geral e o Diretor de Administração foram chamados em audiência, em razão da suposta *“não adoção de providências cabíveis para que fosse promovido o procedimento licitatório com a devida antecedência, o que teria evitado duas contratações emergenciais consecutivas da empresa Montana Soluções Corporativas Ltda. e, posteriormente, da empresa CPM Braxis, para a prestação de serviços técnicos especializados em informática”*. A unidade técnica propôs a rejeição das justificativas apresentadas pelos responsáveis, com a consequente aplicação de multa, por entender que a situação de emergência teria resultado, na verdade, da morosidade na condução do certame, o que acarretara as contratações emergenciais. Em seu voto, o relator frisou que a proposta da unidade instrutiva baseava-se *“em antiga jurisprudência deste Tribunal, Decisão n.º 347/94 – Plenário, segundo a qual a dispensa de licitação é cabível desde que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis”*. No entanto, o relator chamou a atenção para o fato de que *“a jurisprudência desta Corte de Contas evoluiu, mediante Acórdão n.º 46/2002 – Plenário”*, no sentido de que também é possível a contratação direta quando a situação de emergência decorre da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, devendo-se analisar, para fim de responsabilização, a conduta do agente público que não adotou, tempestivamente, as providências cabíveis. No caso concreto, acerca da responsabilidade dos gestores, o relator entendeu que não se deveria atribuir-lhes culpa por eventual demora, uma vez que os processos de licitação abertos com vistas a contratar os referidos serviços não lograram êxito por motivos alheios às atribuições funcionais dos responsáveis. Na verdade, o DNPM se viu obrigado a anular tais certames, em virtude de decisões proferidas ou pelo Poder Judiciário ou pelo TCU ou por decisão do próprio órgão, haja vista a presença de vícios insanáveis. Também com base nas informações prestadas pelos gestores e nos documentos constantes dos autos, o relator não vislumbrou qualquer intenção do DNPM, ao realizar os contratos emergenciais em comento, de privilegiar determinada empresa, haja vista a alternância das contratações. Ao final, divergindo do entendimento da unidade técnica no sentido de sancionar os gestores chamados em audiência, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu considerar improcedente a representação. ***Acórdão n.º 3521/2010-2ª Câmara, TC-029.596/2008-2, rel. Min. Benjamin Zymler, 06.07.2010***.

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