

Sessões: 9 e 10 de agosto de 2011

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, 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**

Pregão para contratação de serviços: por constituir presunção relativa, suposta inexecutabilidade de proposta comercial de licitante não autoriza imediata desclassificação, excetuando-se situação extremas nas quais a Administração Pública se veja diante de preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero.

A não aferição do perfil dos profissionais indicados em substituição aos originalmente integrantes da equipe técnica apresentada por empresa contratada, a partir de licitação do tipo técnica e preço, constitui irregularidade, sujeitando o responsável pelo fato às sanções cabíveis.

Licitação para aquisição de produtos de merenda escolar:

1 - No caso de exigência de amostra de produto, devem ser estabelecidos critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação, bem como de julgamento técnico e de motivação das decisões relativas às amostras apresentadas;

2 - Em regra, as aquisições por parte de instituições públicas devem ocorrer por itens, sendo que no caso de opção de aquisição por lotes a composição destes deve ter justificativa plausível.

Para fins de configuração de ilicitude, basta a utilização indevida do benefício de desempate previsto no art. 44 da Lei Complementar 123/2006, destinado à empresa de pequeno porte ou microempresa, não sendo necessária a efetiva contratação para que seja declarada a inidoneidade da empresa.

Licitação para aquisição de produtos de merenda escolar: argumentos como a limitação de espaço para estocagem de alimentos ou o prazo de validade dos produtos perecíveis não impedem que seja utilizada a correta modalidade de licitação, desde que seja realizada a elaboração de cronograma de fornecimento, o qual deve integrar o instrumento convocatório do certame.

PLENÁRIO

Pregão para contratação de serviços: por constituir presunção relativa, suposta inexecutabilidade de proposta comercial de licitante não autoriza imediata desclassificação, excetuando-se situação extremas nas quais a Administração Pública se veja diante de preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero

Representação trouxe ao conhecimento do Tribunal potenciais irregularidades no edital do Pregão Eletrônico nº 9/2011, conduzido pelo Ministério da Previdência Social – (MPS), no qual objetivou contratar empresa especializada na prestação de serviços de organização de eventos, incluindo as atividades de operacionalização, execução, acompanhamento e finalização dos mesmos, com abrangência nacional, em regime de empreitada por preço unitário. Para o relator, a controvérsia principal trazida aos autos cingiu-se à regra editalícia que levaria à desclassificação das propostas que apresentassem desconto superior a 30% do orçamento elaborado pelo Ministério da Previdência Social. Consoante o relator, após revisão do arcabouço legal das normas regentes do assunto, não haveria nenhum dispositivo que autorizaria o estabelecimento de critério de aceitabilidade de preço mínimo para o caso de serviços comuns. Todavia, a Instrução Normativa nº 2/2008 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (IN/SLTI nº 2/2008) trataria da questão em seu art. 29, a qual deveria, então, ser interpretada a partir dos dispositivos legais de referência (inc. X do art. 40, § 3º do art. 44 e inc. II do art. 48, todos da Lei

8.666/1993). Nesse quadro, consignou que, apesar de o § 5º do art. 29 da IN/SLTI nº 2/2008 dar possibilidade de desclassificação imediata de propostas a partir da ocorrência das condições lá estabelecidas, “*em licitação para contratação de serviços comuns, como é o caso, a Lei de Licitações não define critérios objetivos para aferição da exequibilidade das propostas*”. Caberia, então, ao administrador público exercer tal tarefa com cautela, “*sob pena de eliminar propostas exequíveis que à primeira vista se mostrem inviáveis, em desconhecimento com a busca pela proposta mais vantajosa e, por consequência, com o princípio da economicidade*”. Assim, exceto em situações extremas nas quais a instituição contratante se veja diante de preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, a teor do § 3º do art. 44 da Lei 8.666/1993, a norma não teria outorgado à comissão julgadora, ou ao pregoeiro, poder para desclassificar propostas, sem estar demonstrada, no procedimento licitatório, a incompatibilidade entre os custos dos insumos do proponente e os custos de mercado, bem como entre os seus coeficientes de produtividade e os necessários à execução do objeto. Destacou, ainda, que “*embora a Lei não defina parâmetro do que seja irrisório ou simbólico, cabe ao intérprete firmar tal juízo no caso concreto, em atenção ao princípio da razoabilidade*”, sendo certo que “*uma proposta nessa condição há de apresentar preços deveras destoantes da realidade, em respeito à própria adjetivação utilizada pela norma, não se podendo afastar, de plano, por exemplo, propostas cujos preços representem pouco menos de 70% do valor orçado pela Administração*”. Assim, a despeito das disposições constantes do § 5º do art. 29 da IN/SLTI nº 2/2008, propostas supostamente inexequíveis não poderiam ser desclassificadas de maneira imediata, excetuando-se as situações extremas previstas no § 3º do art. 44 da Lei 8.666/1993 (preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero). Por conseguinte, além de outras irregularidades, por conta da adoção indevida de critério de desclassificação de propostas de várias licitantes, as quais não teriam tido sequer oportunidade para tentar evidenciar a factibilidade de suas propostas, votou o relator pela procedência da representação e por que se determinasse ao MPS, com relação ao Pregão Eletrônico nº 9/2001, a adoção de medidas com vistas à sua anulação, em face dos vícios de legalidade apurados, sem prejuízo, ainda, de se determinar ao órgão medidas corretivas para suas futuras licitações. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedentes citados: Acórdãos nºs 559/2009, da 1ª Câmara, 697/2006 e 363/2007, ambos do Plenário. **Acórdão n.º 2068/2011-Plenário, TC-015.709/2011-6, rel. Min. Augusto Nardes, 10.08.2011.**

A não aferição do perfil dos profissionais indicados em substituição aos originalmente integrantes da equipe técnica apresentada por empresa contratada, a partir de licitação do tipo técnica e preço, constitui irregularidade, sujeitando o responsável pelo fato às sanções cabíveis

Em auditoria realizada na Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura Terrestre no Estado de São Paulo – (Dnit/SP), com intuito de verificar empreendimentos de infraestrutura ferroviária executados em 2009, em especial a obra de construção do contorno e pátio ferroviário de Tutóia – Araraquara/SP, a unidade técnica do Tribunal apontou como sendo irregular a substituição de profissionais da equipe da empresa contratada a partir da concorrência 161/2008, do tipo técnica e preço, destinada à contratação de serviços de gestão ambiental para implantação das obras, sem observância dos critérios estipulados no edital. O responsável ouvido pelo fato alegou, em síntese, “*que o tempo decorrido entre a proposta técnica da contratada e o início dos serviços levou a que os profissionais da equipe original assumissem outros compromissos, dada a demanda do mercado por técnicos qualificados, e que os substitutos possuíam experiência e qualificação compatíveis com as dos substituídos, além de atenderem os requisitos do edital*”, o que foi rebatido pela unidade técnica incumbida da instrução do feito, a qual demonstrou que a pontuação destes seria inferior à da equipe original. No voto, o relator observou que, sem adentrar no exame dos perfis dos profissionais contratados em substituição aos primeiros, a argumentação do responsável não elidiu o fato de que não foi feita a aferição dos currículos dos novos profissionais, nos termos previstos no edital, o que já caracterizaria, em sua opinião, a irregularidade da conduta. Entretanto, aditou que a gravidade da ocorrência seria ampliada ao se constatar que se tratava de licitação do tipo técnica e preço, “*na qual a técnica tinha peso elevado e na qual a empresa contratada sagrou-se vencedora do certame, apesar de não ter cotado o menor preço, em virtude de sua proposta técnica, que incluía a qualificação de sua equipe*”. Por isso, votou pela rejeição das justificativas apresentadas pelo responsável, com aplicação de multa a este, sem prejuízo de se determinar ao Dnit/SP que regularize a situação dos profissionais substituídos, no que foi acompanhado pelo Plenário. **Acórdão n.º 2091/2011-Plenário, TC-018.910/2009-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 10.08.2011.**

Licitação para aquisição de produtos de merenda escolar: 1 - No caso de exigência de amostra de produto, devem ser estabelecidos critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação, bem como de julgamento técnico e de motivação das decisões relativas às amostras apresentadas

Por intermédio de representação, o Tribunal tratou de possíveis irregularidades ocorridas na condução do Pregão 71/2010, realizado pela Prefeitura de Manaus, no Amazonas, cujo objeto consistiu no registro de preços para eventual aquisição de gêneros alimentícios, em lotes, da merenda escolar, para atendimento à rede municipal de ensino. Na etapa processual anterior, o Tribunal determinara cautelarmente à Prefeitura de Manaus que se abstinhasse de realizar novas aquisições, com recursos federais, de produtos constantes da Ata de Registro de Preços 11/11, decorrente do certame examinado, bem como não permitisse novas adesões à mencionada Ata, até que o Tribunal deliberasse definitivamente sobre a matéria (ver informativo 63). Nesse quadro, ao empreender novo exame, o relator voltou a cuidar da questão relacionada à ausência de critérios técnicos e objetivos de avaliação das amostras. Para ele, em linha com o decidido quando da prolação do julgado anterior (Acórdão n.º 1291/2011-Plenário), teria ocorrido falta de transparência dos procedimentos adotados para eliminação de certas amostras, sendo que, no curso da licitação, em determinadas situações, foi mencionado apenas que o produto não atenderia ao especificado no edital ou que havia divergência na qualidade, sem especificar as falhas. A ausência de motivação nas decisões da comissão avaliadora das amostras, de acordo com o relator, *“tolheu a possibilidade de apresentação de recursos pelos participantes”*. Destacou, ainda, não ter sido identificada qualquer referência aos critérios de apresentação das amostras, aos parâmetros técnicos de aferição dos produtos, como aspectos visuais, formas de acondicionamento e limites de variação aceitáveis, haja vista a utilização de termos imprecisos para fundamentar as análises, tais como, com relação a certos produtos, *“pesando aproximadamente”* e *“no mínimo”*. Noutro giro, o relator consignou em seu voto ter acontecido a desclassificação de produtos fundamentada apenas na qualidade imprópria para o consumo ou na ausência de acondicionamento e refrigeração corretos. Todavia, não teriam sido apontadas quais as características do produto encontravam-se divergentes e que supostamente haveriam sido determinadas pela instituição contratante, evidenciando, de novo, a ausência de transparência na análise das amostras. Contudo, considerando que as falhas nos critérios de avaliação das amostras não teriam sido constatadas em todas as desclassificações e que o encaminhamento final a ser conferido ao processo seria pela anulação da ata de registro de preços, tendo em conta a gama de outros fatos irregulares verificados, considerou suficiente dar ciência à Prefeitura de Manaus das irregularidades relativas às amostras, para que, em futuros editais de licitações, quando do estabelecimento de tal exigência, sejam estabelecidos critérios objetivos, detalhadamente especificados, de apresentação e avaliação de amostras, bem como de julgamento técnico e de motivação das decisões, apresentando voto nesse sentido, que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 1168/2009 e 1512/2009, ambos do Plenário. *Acórdão n.º 2077/2011-Plenário, TC-004.835/2011-5, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 10.08.2011.*

Licitação para aquisição de produtos de merenda escolar: 2 - Em regra, as aquisições por parte de instituições públicas devem ocorrer por itens, sendo que no caso de opção de aquisição por lotes a composição destes deve ter justificativa plausível

Ainda na representação que tratou de possíveis irregularidades ocorridas na condução do Pregão 71/2010, analisou-se a escolha, por parte da Prefeitura de Manaus, de aquisição dos produtos por lotes e não por itens, em aparente desacordo com o art. 15, inciso IV, da Lei 8.666/1993, bem como com a Súmula TCU 247. A adjudicação dos bens, divididos em grandes lotes, já tinha sido examinada na ocasião da prolação do julgado anterior (Acórdão n.º 1291/2011-Plenário - ver informativo 63), tendo sido considerada irregular por diversas razões, tendo o relator destacado, na presente etapa processual, que o problema não teria sido a aquisição, em si, dos produtos divididos por lotes, mas sim a composição destes, os quais previram volumosas quantidades de produtos, envolvendo elevados montantes. Ilustrou destacando dois lotes que previam, respectivamente, as quantidades de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentas mil) toneladas de produtos e 925.000 (novecentos e vinte e cinco mil) toneladas de gêneros alimentícios e alcançaram mais de 10 milhões de reais, cada um. No caso concreto, de modo a garantir a competitividade do certame e a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, haveria, no ponto de vista do relator, que se ter uma definição de número maior de lotes, contendo menos produtos e quantidades em cada um. De outra parte, caso a definição dos lotes trouxesse produtos com características mais próximas, poderia, concomitantemente, atender aos anseios da prefeitura e cumprir-se com ordenamento jurídico relacionado ao assunto. Citando decisão anterior do Tribunal, realçou o relator a necessidade de se determinar à Prefeitura de Manaus que, em suas futuras licitações, caso opte pela licitação em lotes, procedesse à análise mais detida quanto à real necessidade e à conveniência de se agrupar

itens, de modo a evitar a reunião em mesmo lote de produtos que poderiam ser licitados isoladamente ou compondo lote distinto, com vistas a possibilitar maior competitividade no certame e obtenção de proposta mais vantajosa para a administração, fazendo constar nos autos o estudo que demonstre a vantajosidade desse modo de contratação. Entendeu o relator, ainda, embora tenham sido observadas deficiências na composição dos lotes, não ser o caso de aplicar multa aos responsáveis, sendo a determinação à prefeitura o bastante para a correção das falhas na próxima licitação, apresentando voto nesse sentido, que foi acolhido pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão nº 3891/2011 do Plenário. *Acórdão n.º 2077/2011-Plenário, TC-004.835/2011-5, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 10.08.2011.*

Para fins de configuração de ilicitude, basta a utilização indevida do benefício de desempate previsto no art. 44 da Lei Complementar 123/2006, destinado à empresa de pequeno porte ou microempresa, não sendo necessária a efetiva contratação para que seja declarada a inidoneidade da empresa

Por meio de processo de representação, o TCU identificou no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – (Siasg) e no Portal de Compras do Governo Federal – (Comprasnet) que diversas empresas de pequeno porte – (EPP) e microempresas – (ME) teriam se utilizado indevidamente do benefício do critério preferencial de desempate em licitações públicas, fixado pelo art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006, dado que apresentavam receita bruta anual superior ao permitido em lei para o enquadramento em tal categoria. Ao averiguar os fatos, a unidade técnica responsável pelo feito apontou que uma dessas empresas apresentou faturamento superior ao máximo permitido em lei para enquadramento como ME ou EPP por três anos seguidos, utilizando-se do benefício da preferência de desempate em 85 oportunidades. Em sua oitiva, a empresa beneficiada alegou, dentre outros argumentos, que não fora demonstrado, nos autos, a utilização efetiva do benefício do lance de desempate, *“uma vez que não constam informações de contratações entabuladas pela empresa”*. Consoante o relator, todavia, *“a sociedade empresária lançou mão do privilégio de desempate em 85 (oitenta e cinco) oportunidades, tendo sido identificados 4 (quatro) certames em que a empresa utilizou-se do lance de desempate para vencer o torneio licitatório, o que indica fraude à licitação, nos termos do art. 90 da Lei n. 8.666/1993”*. Além disso, ainda para o relator, *“a concretização de avenças ulteriores decorrentes das disputas é irrelevante, pois basta verificar a ocorrência de utilização indevida do benefício preferencial do empate, haja vista que a empresa usou a benesse legal para sagrar-se vencedora de certames públicos, para fins de configuração da ilicitude em exame”*. Por conseguinte, propôs, e o Tribunal acolheu, que a empresa que utilizou indevidamente o benefício do desempate fosse declarada inidônea para participar de licitação na Administração Pública Federal pelo prazo de um ano, ante a conduta fraudulenta percebida. *Acórdão n.º 2101/2011, TC-019.543/2010-7, rel. Min.-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 10.08.2011.*

Licitação para aquisição de produtos de merenda escolar: argumentos como a limitação de espaço para estocagem de alimentos ou o prazo de validade dos produtos perecíveis não impedem que seja utilizada a correta modalidade de licitação, desde que seja realizada a elaboração de cronograma de fornecimento, o qual deve integrar o instrumento convocatório do certame

Denúncia noticiou ao Tribunal possíveis irregularidades na gestão de recursos federais despendidos pelo Município de Maués/AM à conta de diversos Programas, dentre eles, o Nacional de Merenda Escolar – (PNAE). Após o exame dos fatos, a unidade técnica concluiu que haveria irregularidade nas aquisições de merenda escolar nos anos de 2009 e 2010, consistente na realização de licitações sob as modalidades convite e tomada de preços, quando deveria ter realizado concorrência, em razão dos valores totais envolvidos. Teria, ocorrido, portanto, fracionamento indevido de despesa, na opinião da unidade técnica, que chegou a essa conclusão após examinar argumentos do responsável no sentido de que a realização de diversas licitações deveu-se, além de outros motivos, *“à dificuldade de estocagem dos alimentos adquiridos, bem assim à necessidade de observância do prazo de validade dos produtos perecíveis, que, se comprados em uma única licitação, certamente resultariam em perdas no decurso do ano letivo”*. O relator, ao concordar com os exames da unidade técnica, destacou, em sua proposta, *“a soma dos valores das aquisições de merenda escolar realizadas pelo Município de Maués/AM indica a adoção da concorrência como modalidade licitatória, e não de convite ou tomada de preços, conforme aconteceu”*. Ainda consoante o relator, *“a limitação de espaço para estocagem de alimentos e a necessidade de observância dos prazos de validade poderiam ser facilmente contornadas mediante a elaboração de um cronograma de fornecimento, o qual deveria integrar o instrumento convocatório da licitação”*. Por conseguinte, considerou que a utilização de modalidade licitatória distinta de concorrência prejudicaria a obtenção de proposta mais vantajosa à administração municipal, tendo em conta que a compra fracionada dos alimentos afastaria a possibilidade de ganhos provenientes de economia de escala.



Propôs o relator, então, a rejeição das justificativas do responsável, sem prejuízo de encaminhar sugestão de que lhe fosse aplicado multa, tendo em face a irregularidade ocorrida, o que foi aprovado pelo Plenário. *Acórdão n.º 2109/2011, TC-011.886/2010-2, rel. Min.-Subst. André Luís de Carvalho, 10.08.2011.*

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