

**Número 177****Sessões: 12, 13 e 14 de novembro 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. A mera variação de preços de mercado não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93. Diferenças entre os preços contratuais reajustados e os de mercado é situação previsível, já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a evolução do mercado.
2. A adjudicação de itens aos licitantes remanescentes, sem a observância das mesmas condições propostas pelos vencedores do certame, embora viole o § 2º do art. 64 da Lei 8.666/93, não implica, necessariamente, a configuração de dano ao erário, o qual deve ser parametrizado em função dos preços efetivamente praticados no mercado.
3. É legal, para a comprovação da capacidade técnico-profissional da licitante, a exigência de quantitativos mínimos, executados em experiência anterior, compatíveis com o objeto que se pretende contratar.
4. A alta complexidade da obra não afasta a proibição de se exigir, na qualificação técnico-operacional dos licitantes, comprovação de propriedade de máquinas e equipamentos, vedação para a qual a lei não prevê nenhum tipo de exceção.

PLENÁRIO

1. A mera variação de preços de mercado não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93. Diferenças entre os preços contratuais reajustados e os de mercado é situação previsível, já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a evolução do mercado.

Tomada de Contas Especial apurou pagamentos realizados indevidamente à construtora contratada, no âmbito de contrato firmado pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf) para a execução das obras civis de infraestrutura de irrigação do Projeto Salitre – Etapa I, em Juazeiro/BA. Dentre os pagamentos impugnados, destaca-se o relativo ao 5º termo aditivo ao contrato, por meio do qual fora realizado reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste com base em alegada variação dos preços de mercado. A Codevasf argumentou, fundamentalmente, que a celebração do aditivo baseou-se em estudo comparativo entre os preços unitários contratuais e os preços de mercado dois anos após a contratação, considerando pesquisa de mercado do custo dos insumos e mantendo-se o desconto ofertado pela contratada à época da licitação. O relator, ao apreciar as justificativas apresentadas, registrou que “a adoção de tal sistemática motivou um incremento de 4,86% ao valor contratual até então não executado (...), que foi incorporado adicionalmente aos percentuais de reajustamento contratualmente previstos”. Observou, a esse respeito, que “a mera variação de preços, para mais ou para menos, não é suficiente para determinar a realização de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo essencial a presença de uma das hipóteses previstas no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, a saber: fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de

força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual." Destacou ainda que a ocorrência de pequenas variações entre os preços contratuais reajustados e os preços de mercado é situação previsível, "já que dificilmente os índices contratuais refletem perfeitamente a variação de preços do mercado". Por fim, ressaltou que "caso a metodologia adotada pela Codevasf fosse considerada adequada, o art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993 restaria inócuo, já que qualquer variação de preço seria capaz de ensejar a obrigatoriedade da realização de reequilíbrio econômico-financeiro, o que substituiria o reajustamento dos contratos". O Tribunal, seguindo o voto do relator, decidiu, em relação ao ponto, condenar em débito a construtora solidariamente com os gestores responsáveis. [Acórdão 3024/2013-Plenário, TC 019.710/2004-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 13.11.2013.](#)

2. A adjudicação de itens aos licitantes remanescentes, sem a observância das mesmas condições propostas pelos vencedores do certame, embora viole o § 2º do art. 64 da Lei 8.666/93, não implica, necessariamente, a configuração de dano ao erário, o qual deve ser parametrizado em função dos preços efetivamente praticados no mercado.

Tomada de Contas Especial, originada da conversão de processo de Denúncia, apurou responsabilidades relativas a indícios de dano ao erário decorrente de descontinuidade no fornecimento de merenda escolar no Município de Porto da Folha, em Sergipe, bem como de utilização irregular de recursos do FNDE transferidos à municipalidade. Na origem dos fatos, encontrava-se suposta irregularidade ocorrida em tomada de preços promovida pelo município, na qual, diante da desistência dos vencedores (após a habilitação e sem fato superveniente justificador), foram adjudicados itens aos segundos colocados pelos preços por estes propostos, sem que se observassem as disposições do §2º do art. 64 da Lei 8.666/93, que admite convocação de remanescentes desde que nos termos da proposta vencedora. Embora anuindo às conclusões da unidade técnica no que respeita à violação do dispositivo legal citado, o relator consignou que "*essas circunstâncias fáticas não poderiam, por si só, dar azo à conclusão da unidade técnica quanto à existência de 'dano ao erário', estando este, a seu ver, caracterizado 'pela aquisição de produtos por preços superiores aos melhores ofertados'*". Tal conclusão fora, em seu sentir, derivada, exclusivamente, da comparação com propostas ofertadas por outros licitantes. No entanto, asseverou o relator, "*para a caracterização de sobrepreço e consequente dano ao erário, deveria a Secex-SE demonstrar que os valores adjudicados e, ao final do certame, contratados pela Prefeitura Municipal de Porto da Folha/SE estavam acima dos efetivamente praticados no mercado à época*". Em epílogo, sumariou: "*É cediço que a desistência de licitante sem a ocorrência de fato superveniente após a fase de habilitação ofende o § 6º do art. 43 da Lei nº 8.666/93. É também sabido que a adjudicação de itens da licitação aos segundos colocados pelos preços por estes propostos, sem observância das condições oferecidas pelos vencedores da competição, viola o § 2º do art. 64 da referida lei. Tais irregularidades poderiam até sujeitar os respectivos responsáveis (membros da comissão de licitação e Prefeito municipal) à aplicação de penalidade por omissão no primeiro caso, e pela prática de ato ilegal no segundo caso, ou até mesmo ato antieconômico, mas sem que as sobreditas irregularidades necessariamente tenham implicado, conjuntamente, em dano aos cofres públicos*". Ademais, o relator anotou que nada garantiria que os segundos colocados aceitariam as mesmas condições oferecidas pelos desistentes, levando à frustração da licitação ou à contratação direta, "*sempre mais onerosa para o poder público*". Nesse contexto, no que respeita às ocorrências que envolveram a licitação analisada, concluiu o relator pela insuficiência de gravidade a ensejar a apenação dos responsáveis. O Plenário – remanescendo, contudo, injustificada irregularidade atinente à ausência de comprovação da aplicação de recursos sacados, em dinheiro, da conta específica do PNAE – acolheu a proposta do relator, julgando irregulares as contas do prefeito municipal, condenando-o à restituição do dano apurado e sancionando-o com a multa do art. 57 da Lei 8.443/92. [Acórdão 3052/2013-Plenário, TC 028.740/2011-4, relator Ministro José Jorge, 13.11.2013.](#)

3. É legal, para a comprovação da capacidade técnico-profissional da licitante, a exigência de quantitativos mínimos, executados em experiência anterior, compatíveis com o objeto que se pretende contratar.

Denúncia acerca de possíveis irregularidades em pregão promovido pelas Centrais Elétricas de Rondônia S.A. (Ceron), destinado à contratação de fornecimento e instalação de módulos fotovoltaicos no total de 120 kWp de capacidade, apontara possível restrição à competitividade do certame, decorrente de exigência editalícia de quantitativos mínimos em atestado de capacidade técnico-profissional. Sinteticamente, o edital requeria a apresentação de certidões de acervo técnico de engenheiros, emitidas pelo Crea, demonstrando experiência em projetos executivos e gerenciamento de construção de usinas fotovoltaicas com capacidade de pelo menos 30 kWp. Revisitando os requisitos do inciso I do § 1º do art. 30 da Lei 8.666/93, o relator registrou que a interpretação que "*mais se coaduna com o interesse da Administração de se resguardar quanto à real*

*capacidade técnica da licitante de prestar adequadamente os serviços pactuados” é a que vincula a vedação de exigências de quantidades mínimas ao número de atestados, e não aos serviços objeto dos atestados fornecidos. No caso concreto, pela complexidade técnica dos serviços, entendeu o relator ser “*imprescindível a apresentação de atestado de capacidade técnico-profissional com exigência de quantitativos mínimos, sob pena de a Administração atribuir responsabilidade pela prestação dos serviços a profissionais que não detêm capacidade técnica demonstrada na execução de serviços de porte compatível com os que serão efetivamente contratados*”. Em tais circunstâncias, refletiu o relator, “*o que deve ser então ponderado é se os quantitativos mínimos exigidos em relação à capacidade técnico-profissional das licitantes restringiram excessivamente a competitividade do certame em tela*”. Na licitação em análise o quantitativo exigido no edital correspondia a apenas 25% do total a ser contratado, “*não podendo ser considerado, a priori, exorbitante a ponto de se inferir ter havido restrição indevida à competitividade do certame*”. Nada obstante, entendeu o relator ser necessária, ante a ausência de justificativas para os quantitativos requeridos, a expedição de determinação à Ceron para que, “*em futuras licitações, ao exigir quantitativos mínimos para fim de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes, apresente a devida motivação dessa decisão administrativa, evidenciando que a exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame*”. O Plenário, acolhendo a proposta do relator, julgou parcialmente procedente a Denúncia, expedindo a determinação sugerida. **Acórdão 3070/2013-Plenário, TC 018.837/2013-1, relator Ministro José Jorge, 13.11.2013.***

4. A alta complexidade da obra não afasta a proibição de se exigir, na qualificação técnico-operacional dos licitantes, comprovação de propriedade de máquinas e equipamentos, vedação para a qual a lei não prevê nenhum tipo de exceção.

Representação relativa a concorrência promovida pela Prefeitura Municipal de Conde/PB, destinada à contratação de empresa para execução de obras e serviços de engenharia, apontara, dentre outras irregularidades, inabilitação indevida de licitante por não atendimento da exigência editalícia de apresentação de “*declaração de disponibilidade, com comprovação de propriedade, das máquinas e equipamentos considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação*”. Em juízo de mérito, o relator registrou que “*afigura-se de fato irregular exigir que a declaração de disponibilidade de máquinas e equipamentos essenciais ao cumprimento do objeto licitado seja acompanhada da comprovação de propriedade desses itens (...), condição que afronta o disposto no § 6º do art. 30 da Lei 8.666/1993, segundo o qual os requisitos mínimos relativos à disponibilidade de máquinas e equipamentos serão atendidos mediante a apresentação de declaração formal do licitante, sob as penas cabíveis, ‘vedadas as exigências de propriedade e de localização prévia’*”. Ao rebater a justificativa apresentada pela Prefeitura, no sentido de que a alta complexidade da obra demandaria da contratada acervo técnico e equipamentos especializados, ressaltou que “*o grau de complexidade da obra pode influir na definição dos equipamentos essenciais ao cumprimento do objeto da licitação, cuja declaração de disponibilidade será requerida no certame, mas não serve para suplantare a proibição de se exigir a comprovação de propriedade desses itens na qualificação técnico-operacional dos licitantes, para a qual a lei não prevê nenhum tipo de exceção*”. Acrescentou o relator ainda que, no caso concreto, não se vislumbra a “alta complexidade” dos serviços licitados e que “*mesmo a eventual complexidade das obras não serviria para excetuar a vedação legal à exigência de comprovação de propriedade dos equipamentos ...*”. Por fim, considerando que “*a inabilitação decorreu unicamente de cláusula manifestamente ilegal, caracterizando efetivamente a restrição indevida à competitividade do certame*”, propôs determinação à Prefeitura para a adoção das providências necessárias à anulação da concorrência, bem como do contrato dela decorrente. O Tribunal endossou o voto do relator. **Acórdão 3056/2013-Plenário, TC 022.078/2013-4, relator Ministro José Múcio Monteiro, 13.11.2013.**

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