



## Número 172

Sessões: 9 de outubro 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. É ilegal, no pregão eletrônico, cláusula que exclua, da fase de lances, a participação dos licitantes que apresentaram propostas superiores a 10% do menor preço até então ofertado, ante a ausência de previsão no Decreto 5.450/05.
2. É ilegal a subcontratação, pela empresa executora da obra ou do serviço, de autor do projeto básico para elaboração do projeto executivo.
3. Nos pregões eletrônicos, é recomendável a adoção de procedimentos padronizados de publicidade dos atos de suspensão e retomada do certame no sistema eletrônico, de modo a conferir maior transparência aos atos dos pregoeiros.
4. A prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados, pode ser exigida do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal.

## PLENÁRIO

### **1. É ilegal, no pregão eletrônico, cláusula que exclua, da fase de lances, a participação dos licitantes que apresentaram propostas superiores a 10% do menor preço até então ofertado, ante a ausência de previsão no Decreto 5.450/05.**

Denúncia contra possíveis irregularidades em pregão eletrônico da Secretaria Extraordinária de Segurança para Grandes Eventos (Sesge), do Ministério da Justiça, para aquisição de mobiliário, apontara possível desclassificação indevida de licitantes, com prejuízo à obtenção de propostas mais vantajosas. Tal fato decorreria de cláusula do edital a estabelecer que somente o autor da oferta mais baixa e os das propostas com valores até 10% superiores àquela poderiam fazer novos e sucessivos lances. Segundo o denunciante, seria regra própria do pregão presencial, não do pregão eletrônico. Em razão dos indícios de irregularidade, o relator determinara a suspensão cautelar do certame. Realizadas as oitavas regimentais, o órgão reconheceu o vício questionado e noticiou a anulação do pregão. Não obstante, anotou o relator que, ao contrário do Decreto 3.555/00, que regula o pregão presencial, o Decreto 5.450/05, que dispõe sobre o pregão eletrônico, não prevê esse tipo de limitação na fase de lances. No mérito, seguindo o voto do relator, o Tribunal considerou a Denúncia procedente e notificou a Sesge/MJ “quanto à ilegalidade de se incluir cláusula, no Pregão Eletrônico, que limite a participação na fase de lances de concorrentes que apresentem propostas superiores a 10% ao menor preço apresentado, ante a ausência de previsão no Decreto 5.450/2005”. [Acórdão 2770/2013-Plenário, TC 019.516/2013-4, relator Ministro Valmir Campelo, 9.10.2013.](#)

### **2. É ilegal a subcontratação, pela empresa executora da obra ou do serviço, de autor do projeto básico para elaboração do projeto executivo.**

Pedidos de Reexame interpostos por gestores da Infraero contestaram os fundamentos do Acórdão 1.703/2012-TCU – Plenário, pelo qual foram condenados ao pagamento de multa por irregularidade praticada em contrato

de execução de obras e serviços no aeroporto de Macapá/AP, em razão da anuência à subcontratação da autora do projeto básico pela empresa executora da obra para a elaboração do projeto executivo. Analisando o mérito do recurso, o relator anotou que o contido nas disposições do art. 9º, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93 “*não permite extrair qualquer autorização expressa e excepcional do legislador ordinário para a subcontratação do autor de projeto básico, pela entidade contratada pela Administração Pública, para elaboração de projeto executivo*”. A Lei de Licitações “*apenas autoriza a participação do autor do projeto básico, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada*”. Isso porque, prossegue o relator, “*admitir que a empresa responsável pela execução da obra possa subcontratar autor de projeto básico para confecção de projeto executivo, por si só, contempla o grave risco de transferência de informações privilegiadas da projetista à entidade construtora, permitindo a essa sociedade auferir vantagens indevidas oriundas, muitas vezes, de imprecisões ou omissões no projeto básico do empreendimento*”. No caso concreto, evidenciara-se a participação indireta da empresa autora do projeto básico na elaboração do projeto executivo, serviço de responsabilidade do consórcio vencedor do certame. Configurado o vínculo de natureza técnica, comercial, econômica e financeira entre a autora do projeto básico e o consórcio vencedor, concluiu o relator que “*esse quadro viola frontalmente a literalidade e a mens legis contidas no artigo 9º, caput, incisos I e II, § 3º, da Lei 8.666/1993*”. O Tribunal, ao acolher o juízo formulado pelo relator, negou provimento ao recurso. **Acórdão 2746/2013-Plenário, TC 008.884/2006-0, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 9.10.2013.**

### **3. Nos pregões eletrônicos, é recomendável a adoção de procedimentos padronizados de publicidade dos atos de suspensão e retomada do certame no sistema eletrônico, de modo a conferir maior transparência aos atos dos pregoeiros.**

Representação relativa a pregão eletrônico promovido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – Diretoria Regional de São Paulo Metropolitana (ECT/DR/SPM), para contratação de serviços de gerenciamento informatizado do abastecimento de sua frota de veículos automotores, apontara, dentre outros aspectos, possível afronta ao princípio da publicidade na condução do certame. A irregularidade decorreria do fechamento da sessão pelo pregoeiro, sem comunicação prévia aos licitantes, via sistema (chat), da data e horário de reabertura da sessão. A representante alegara ter ocorrido “*afronta ao princípio da publicidade na convocação das licitantes para apresentação de documentação complementar de habilitação, o que acarretou sua desclassificação, por perda do prazo para realização do ato*”. Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais, o relator anotou que “*a representante não logrou demonstrar eventual prejuízo, em razão da forma como foi conduzido o certame*”. Ao contrário, relembrou o relator que a representante, após a desclassificação da segunda colocada, fora convocada pelo pregoeiro para apresentar a documentação no prazo de quatro horas úteis a contar de 16h35min do dia 13/8/2013. Nada obstante, a representante só comparecera ao chat no dia 15/8/2013, “*quando o prazo concedido já havia se expirado e sua desclassificação declarada*”. Deixara, portanto, de observar o disposto no art. 13, IV, do Decreto 5.450/05 que “*impõe ao licitante o dever de acompanhar as operações no sistema eletrônico, sob pena de, em não o fazendo, arcar com o (...)ônus decorrente da perda de negócios diante da inobservância de quaisquer mensagens emitidas pelo sistema ou de sua desconexão*”. Dessa forma, concluiu o relator que “*a perda do prazo pela empresa (...) para o encaminhamento da documentação não pode ser atribuída aos procedimentos adotados pelo pregoeiro da ECT/DR/SPM, uma vez que a licitante foi devidamente convocada pelo meio previsto no edital*”. Por outro lado, apesar da ausência de norma específica sobre a matéria, reconheceu o relator que os registros do chat revelavam, de fato, que a inexistência de padronização para procedimentos de entrada e saída do pregoeiro do sistema eletrônico “*poderia dar ensejo a dúvidas dos licitantes quanto à retomada dos procedimentos do certame*”. Nesse sentido, sugeriu fosse expedida recomendação à ECT/DR/SPM para que “*aprimore a condução dos pregões eletrônicos, padronizando os procedimentos de saída e entrada do pregoeiro no sistema eletrônico, informando a data e o horário previstos para o retorno e a reabertura da sessão, de forma a conferir maior transparência aos atos dos pregoeiros*”. O Tribunal, ao acolher o juízo de mérito formulado pelo relator, julgou parcialmente procedente a Representação e expediu a recomendação proposta. **Acórdão 2751/2013-Plenário, TC 024.351/2013-0, relator Ministro Benjamin Zymler, 9.10.2013.**

### **4. A prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados, pode ser exigida do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal.**

Em Representação contra edital de pregão eletrônico da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), para aquisição de solução de gerenciamento eletrônico de documentos e para contratação de serviço de digitalização de documentos e certificados digitais, verificou-se, dentre outras, possível irregularidade na exigência de realização de prova de conceito pelos licitantes, como requisito de qualificação técnica. A unidade técnica especializada do Tribunal, ao analisar a matéria, esclareceu que a prova de conceito se assemelha à avaliação de amostras. No caso em questão, a prova de conceito objetivaria verificar se a solução apresentada satisfaz as exigências do termo de referência. Destacou, entretanto, que, *“quando exigida, não pode constituir condição de habilitação dos licitantes, devendo limitar-se ao licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar. Caso não seja aceito o material entregue ou apresentado para análise, o licitante deve ser desclassificado, devendo ser exigido do segundo e assim sucessivamente, até ser classificada uma empresa que atenda plenamente às exigências do ato convocatório”*. Apoiado em jurisprudência pacificada da Corte, e em consonância com o posicionamento da unidade técnica especializada, o relator sustentou que *“a prova de conceito, meio para avaliação dos produtos ofertados pelas licitantes, pode ser exigida do vencedor do certame, mas não pode ser exigida como condição para habilitação, por inexistência de previsão legal”*. Ao acolher a proposta do relator, o Tribunal considerou a Representação procedente e determinou à CBTU, quanto ao ponto, que em futuras licitações *“abstenha-se de estabelecer prova de conceito como requisito para habilitação técnica dos licitantes, ante o disposto no art. 30, caput e § 5º, da Lei 8.666/1993”*. **Acórdão 2763/2013-Plenário, TC 012.741/2013-2, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 9.10.2013.**

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