Jurisprudência - Informativo de Licitações e Contratos

Número 171

Sessões: 1º e 2 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. A exigência de visita prévia ao local da obra pelo engenheiro indicado como responsável pela execução e em datas pré-definidas, sem a demonstração da imprescindibilidade da visita, é ilegal.

2. É irregular a exigência de balanço patrimonial do exercício anterior à licitação antes dos prazos previstos em lei para sua apresentação.

3. Nos termos da Súmula TCU 259, a fixação de preços máximos é obrigatória apenas nas contratações de obras e serviços de engenharia. Nas demais contratações, é facultativa, podendo, por exemplo, o preço máximo ser definido com base no valor orçado, mas sempre em conformidade com o mercado.

4. A adoção de critério de adjudicação pelo menor preço global por lote em registro de preços é, em regra, incompatível com a aquisição futura por itens, tendo em vista que alguns itens podem ser ofertados pelo vencedor do lote a preços superiores aos propostos por outros competidores.

5. A aceitação provisória da obra é tanto um direito do contratado – que, por meio dela, transfere a posse do bem ou do resultado do serviço – quanto um dever da Administração Pública – que assegura o controle sobre o desempenho das obras recebidas e sobre a conformidade do objeto com as especificações técnicas, legais e contratuais.

PLENÁRIO

1. A exigência de visita prévia ao local da obra pelo engenheiro indicado como responsável pela execução e em datas pré-definidas, sem a demonstração da imprescindibilidade da visita, é ilegal. Em autos de Representação acerca de possíveis irregularidades em concorrência pública realizada pela Prefeitura Municipal de Brejo do Cruz/PB, no âmbito de convênio firmado com a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) para a conclusão do sistema de esgotamento sanitário no município, foram identificados indícios de restrição à competitividade do certame, em especial "*exigência de que a visita prévia ao local da obra fosse efetuada pelo engenheiro indicado pela licitante como responsável pela sua execução*". Em juízo de mérito, realizadas as audiências dos responsáveis e a notificação da contratada, após revogação de cautelar concedida, o relator anotou que, de fato, *"a exigência de que a visita prévia ao local da obra fosse efetuada pelo engenheiro responsável pela execução e em data previamente definida, sem qualquer motivação, nos moldes adotados no presente caso, não se coaduna com a jurisprudência deste Tribunal, representando restrição à competitividade"*. Isso porque *"a Lei nº 8.666/1993, no seu art. 30, inciso III, limita a documentação relativa à qualificação técnica à comprovação de que, quando exigido, o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação"*. Nesse sentido, *"a simples declaração de ciência das condições locais é suficiente"*. A admissão de exigência daquela natureza requer, segundo o relator, o atendimento de, ao menos, três condições: (i) a demonstração da imprescindibilidade da visita; (ii) a não exigência de que a visita seja realizada pelo engenheiro responsável pela obra; e (iii) o estabelecimento de prazo adequado e suficientemente elástico. Além disso, devem-se adotar

medidas capazes de obstar a reunião de licitantes, de modo a evitar o conhecimento prévio entre os concorrentes. Em epílogo, anotou o relator que *"a exigência de visita técnica não admite condicionantes que importem restrição injustificada da competitividade do certame"*, como evidenciado na licitação promovida pelo município de Brejo do Cruz. O Tribunal, ao acolher o juízo de mérito da relatoria, julgou procedente a Representação, adotando a sanção de multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, e cientificou a municipalidade, dentre outros pontos, de que *"a exigência de visita prévia ao local da obra pelo engenheiro responsável pela sua execução em datas pré-definidas, sem a demonstração da imprescindibilidade da visita, não se conforma ao disposto no art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e no art. 30, inciso III, da Lei nº 8.666/1993"*. ***Acórdão 2669/2013-Plenário, TC 008.674/2012-4, relator Ministro Valmir Campelo, 02.10.2013.***

2. É irregular a exigência de balanço patrimonial do exercício anterior à licitação antes dos prazos previstos em lei para sua apresentação.

Ainda na Representação relativa à concorrência pública realizada pelo município de Brejo do Cruz/PB para a conclusão do sistema de esgotamento sanitário, fora identificada a inabilitação em massa de concorrentes motivada por alteração no edital exigindo que os licitantes apresentassem *"o balanço relativo ao exercício de 2011 e não mais o de 2010"*. Segundo o relator, o exame da documentação evidenciara que *"a data prevista para entrega dos documentos de habilitação (31/1/2012), entre os quais está o balanço patrimonial referente a 2011, antecedia o prazo previsto na legislação para conclusão de tal documento"*, colidindo com os requisitos estabelecidos pelo art. 31, inciso I, da Lei 8.666/93, que predica que a documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á ao balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei. Assim, *"a alteração do edital, ao exigir no mês de janeiro o balanço patrimonial do exercício precedente, antes mesmo de esgotado o prazo fixado em lei para sua apresentação, mostrou-se desmedida e em desconformidade com a legislação. Em consequência, a inabilitação de dez empresas com amparo na ausência de tal documento não se fundamenta"*. O Tribunal, ao acolher o juízo formulado pelo relator, considerou procedente a Representação, sancionando os responsáveis com a multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92, e cientificou a municipalidade, dentre outros pontos, de que *"exigência do balanço patrimonial do exercício de 2011, antes dos prazos previstos em leis para sua apresentação afronta ao disposto no art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e no art. 31, inciso I, da Lei nº 8.666/1993"*. ***Acórdão 2669/2013-Plenário, TC 008.674/2012-4, relator Ministro Valmir Campelo, 02.10.2013.***

3. Nos termos da Súmula TCU 259, a fixação de preços máximos é obrigatória apenas nas contratações de obras e serviços de engenharia. Nas demais contratações, é facultativa, podendo, por exemplo, o preço máximo ser definido com base no valor orçado, mas sempre em conformidade com o mercado.

Em Auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Nova Cruz/RN, com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação dos recursos dos programas "Caminho da Escola" e Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar, foram evidenciadas possíveis irregularidades em tomada de preços conduzida pelo município, tendo em vista a adjudicação de serviços em preços superiores aos valores orçados pela administração. Invocando a Súmula TCU 259 (*Nas **contratações de obras e serviços de engenharia**, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com **fixação de preços máximos para ambos**, **é obrigação e não faculdade do gestor**)*, a unidade técnica sustentara que *"o orçamento elaborado pela Administração, independentemente do objeto em licitação, sempre deverá ser considerado o limite máximo para formulação de proposta por parte dos licitantes, haja vista que qualquer oferta de preço acima deste será reputada como sobrepreço"*. Sobre o assunto – e relembrando que o objeto licitado fora serviço de transporte escolar – o relator registrou que a Súmula TCU 259 estabeleceu a obrigatoriedade da fixação de preços máximos, tanto unitários quanto global, apenas para obras e serviços de engenharia, *"donde se conclui que, para outros objetos que não obras e serviços de engenharia, essa fixação é meramente facultativa"*. Nesse sentido, registrou que "orçamento", "valor orçado", "valor de referência" ou "valor estimado" não se confundem com "preço máximo": *"O valor orçado, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o preço máximo a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. Num dado certame, por exemplo, o preço máximo poderia ser definido como o valor orçado acrescido de determinado percentual. São conceitos, portanto, absolutamente distintos, que não se confundem"*. No caso concreto, considerando a natureza do objeto licitado, a fixação de preço máximo, na forma disciplinada pelo art. 40, X, da Lei de Licitações e Contratos, não seria obrigatória. Assim, o fator decisivo seria a demonstração de compatibilidade dos preços praticados na licitação, não com o valor orçado, mas com os preços de mercado. Nesse sentido, Tribunal, ao apreciar a matéria, acompanhou o voto do relator pelo acolhimento das justificativas apresentadas pelos responsáveis ouvidos em audiência, cientificando a municipalidade das impropriedades consignadas no

relatório de auditoria. ***Acórdão 2688/2013-Plenário*, *TC 034.468/2011-0, relator Ministro José Jorge, 02.10.2013.***

4. A adoção de critério de adjudicação pelo menor preço global por lote em registro de preços é, em regra, incompatível com a aquisição futura por itens, tendo em vista que alguns itens podem ser ofertados pelo vencedor do lote a preços superiores aos propostos por outros competidores.
Representação relativa a licitação promovida pelo Comando Militar do Leste (CML), mediante pregão eletrônico destinado a registro de preços para futura e eventual aquisição de equipamentos, acessórios e materiais de informática, apontara possível restrição à competitividade do certame. A limitação decorreria, dentre outros aspectos, da utilização injustificada de licitação por lotes. Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais, o relator destacou, em preliminar, que a licitação fora *"dividida em grupos, formados por um ou mais itens, (...) facultando-se ao licitante a participação em quantos grupos forem de seu interesse, devendo oferecer proposta para todos os itens que o compõem"*. Relembrou que a jurisprudência do TCU *"tem sido no sentido de que a adoção da adjudicação do menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, pode ser excepcionalmente admissível se estiver embasada em robusta e fundamentada justificativa, capaz de demonstrar a vantajosidade dessa escolha comparativamente ao critério usualmente requerido de adjudicação por menor preço por item, em cumprimento às disposições dos arts. 3º, § 1º, inciso I, 15, inciso IV, e 23, §§ 1º e 2º, todos da Lei n. 8.666/1993"*. E anotou que *"a modelagem de que se valeu o Comando Militar do Leste, isto é, a adjudicação pelo menor preço global por grupo/lote concomitantemente com a disputa por itens, já foi objeto de crítica por parte do Tribunal de Contas da União (...) nos autos do TC 022.320/2012-1 (Acórdão n. 2.977/2012 – Plenário)"*. Desse julgado, destacou importante excerto, no qual se lê: *"A adjudicação por grupo, em licitação para registro de preços, sem robustas, fundadas e demonstradas razões (fáticas e argumentativas) que a sustente, revela-se sem sentido quando se atenta para o evidente fato de que a Administração não está obrigada a adquirir a composição do grupo a cada contrato, podendo adquirir isoladamente cada item, no momento e na quantidade que desejar. (...) O que fica registrado quando a adjudicação se dá pelo menor preço por grupo, não é o menor preço de cada item, mas o preço do item no grupo em que se sagrou vencedor o futuro fornecedor. (...)Em modelagens dessa natureza, **é preciso demonstrar as razões técnicas, logísticas, econômicas ou de outra natureza que tornam necessário promover o agrupamento como medida tendente a propiciar contratações mais vantajosas, comparativamente à adjudicação por item.** É preciso demonstrar que não há incoerência entre adjudicar pelo menor preço global por grupo e promover aquisições por itens, em sistema de registro de preços. **A Administração não irá adquirir grupos, mas itens.** Repisando, **na licitação por grupos/lotes, a vantajosidade para a Administração apenas se concretizaria se fosse adquirido do licitante o grupo/lote integral, pois o menor preço é resultante da multiplicação de preços de diversos itens pelas quantidades estimadas. Em registro de preços, a realização de licitação utilizando-se como critério de julgamento o menor preço global por grupo/lote leva, vis à vis a adjudicação por item, a flagrantes contratações antieconômicas e dano ao erário, potencializado pelas possibilidades de adesões, uma vez que, como reiteradamente se observa, itens são ofertados pelo vencedor do grupo a preços superiores aos propostos por outros competidores***" (grifos do relator). Analisando o caso concreto, registrou o relator que os argumentos apresentados pelo CML foram incapazes de demonstrar a vantajosidade do modelo escolhido. Em conclusão, considerando a efetiva competição verificada no pregão, exceto em um dos grupos, optou o relator pela manutenção da licitação, *"devido à possibilidade de que os ganhos com a repetição do certame sejam inferiores ao custo de um novo procedimento"*. Nesse sentido, caracterizada falha estrutural nesse tipo de modelagem, sugeriu fosse expedida determinação destinada a adoção de iniciativa junto à Secretaria de Logística e Tecnologia do Ministério do Planejamento *"no sentido de que seja desenvolvido mecanismo que impeça a administração, em pregões eletrônicos regidos pelo sistema de registro de preços com a opção pela adjudicação por grupos, de registrar em ata de registro de preços item com preço superior àquele de menor valor resultante da disputa por itens dentro do respectivo grupo, ainda que o item de maior valor faça parte da proposta vencedora contendo o menor valor global por grupo"*, bem como determinação ao CML para que restrinja a utilização da ata de registro de preços ao próprio órgão. O Tribunal, ao acolher o juízo de mérito formulado pelo relator, julgou parcialmente procedente a Representação, expedindo, dentre outras, as determinações propostas. ***Acórdão 2695/2013-Plenário*, *TC 009.970/2013-4, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 02.10.2013.***

5. A aceitação provisória da obra é tanto um direito do contratado – que, por meio dela, transfere a posse do bem ou do resultado do serviço – quanto um dever da Administração Pública – que assegura o controle sobre o desempenho das obras recebidas e sobre a conformidade do objeto com as especificações técnicas, legais e contratuais.

Em Auditoria realizada na Secretaria Especial de Portos da Presidência da República (SEP/PR), visando avaliar a qualidade das obras de reconstrução dos berços 1 e 2 do Porto de Itajaí/SC, foram enfatizados os procedimentos adotados pela Administração quanto ao controle sobre o desempenho das obras contratadas e recebidas, de modo a garantir o direito de acionar os responsáveis em caso de vícios construtivos, tendo em vista o período quinquenal de garantia das obras, constante do art. 618 do Código Civil. No trabalho fora identificado que *"a emissão do termo de recebimento definitivo não foi precedida da aceitação provisória consoante determina a Lei 8.666/1993, em seu art. 73, inciso I, alínea **a**"*. Sobre o assunto, anotou o relator que, nos termos da Lei 8.666/93, o recebimento da obra é dividido em dois estágios: *"O primeiro, provisório, é feito pelo responsável pelo acompanhamento e fiscalização, em até quinze dias da comunicação escrita da conclusão da obra pelo contratado da obra; já o segundo, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, após o decurso do prazo de observação ou de vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais"*. Cuidou o legislador de resguardar o recebimento da obra *"pela vontade do fiscal do contrato combinada com a do servidor ou da comissão designada pela autoridade competente"*. Nesse sentido, *"a aceitação provisória das obras é também um direito do contratado, que, por meio dela, transfere a posse do bem ou do resultado do serviço, mas, por outro lado, assegura o controle da Administração Pública sobre o desempenho das obras recebidas, dando-lhe condições para que examine o objeto e verifique se foram executadas em conformidade com as especificações técnicas, legais e contratuais"*. Em epílogo, após discorrer sobre o acompanhamento das obras posteriormente ao recebimento e suas implicações no tocante à responsabilização do gestor, registrou o relator que *"a complexidade do caso concreto deveria ter conduzido a SEP/PR a ter maior zelo no recebimento desta obra, todavia, como apontado no relatório precedente, não foi evidenciada má fé dos gestores ou prejuízo ao erário ou a terceiros, motivo pelo qual entendo suficiente o envio de cópia do relatório precedente à unidade jurisdicionada para ciência"*. O Tribunal, ao apreciar a matéria, adotou as medidas preconizadas pelo relator. ***Acórdão 2696/2013-Plenário, TC 018.841/2013-9, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 02.10.2013.***

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