



Número 265

Sessões: 27 e 28 de outubro de 2015

Este Informativo contém informações sintéticas de decisões proferidas pelos Colegiados do TCU, relativas à área de Licitação e Contratos, que receberam indicação de relevância sob o prisma jurisprudencial no período acima indicado. O objetivo é facilitar ao interessado o acompanhamento dos acórdãos mais importantes do Tribunal na área. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos *links* disponíveis. As informações aqui apresentadas não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

1. O atraso na execução de obras públicas é ocorrência de extrema gravidade, sendo cabível, quando a Administração dá causa ao descumprimento dos prazos, a apuração de responsabilidades dos gestores. Nos atrasos advindos de incapacidade ou mora da contratada, o órgão contratante tem o dever de adotar as medidas cabíveis para aplicar as multas contratuais e demais penalidades previstas em lei.
2. Os estudos técnicos vinculados a concessões de serviços públicos podem ocorrer mediante autorização do poder concedente, inexistindo a obrigatoriedade de que o ato, face ao seu caráter discricionário, seja precedido por processo seletivo formal (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal c/c art. 21 da Lei 8.987/95).
3. O licitante pode apresentar a taxa de BDI que melhor lhe convier, desde que o preço proposto para cada item da planilha e, por consequência, o preço global não estejam em limites superiores aos preços de referência.
4. Nas licitações de serviços de manutenção integrada de infraestrutura de datacenter, é cabível a exigência de comprovação de habilidade para prestação de serviços de acordo com a NBR 15.247 (requisitos para instalação e uso de sala-cofre), como requisito de qualificação técnica, quando a magnitude e a relevância dos dados a serem tratados justificarem a apresentação de certificações que garantam a qualidade e a continuidade dos serviços prestados.
5. Nas licitações para a aquisição de produtos controlados pelo Exército Brasileiro é regular a exigência de apresentação, além da necessária homologação prévia dos produtos pelo Exército, de memorial descritivo, de modo a permitir a avaliação da pertinência do objeto ofertado às demandas específicas do adquirente.

PLENÁRIO

1. O atraso na execução de obras públicas é ocorrência de extrema gravidade, sendo cabível, quando a Administração dá causa ao descumprimento dos prazos, a apuração de responsabilidades dos gestores. Nos atrasos advindos de incapacidade ou mora da contratada, o órgão contratante tem o dever de adotar as medidas cabíveis para aplicar as multas contratuais e demais penalidades previstas em lei.

Unidade técnica do TCU realizou auditoria com a finalidade de verificar a legalidade e a legitimidade da gestão dos recursos repassados para a execução de obras de canalização e dragagem do Rio Bengalas, bem como a recuperação da microdrenagem em bairros da cidade de Nova Friburgo/RJ. No curso dos trabalhos foram identificados indícios de irregularidades, entre elas a paralisação e diminuição do ritmo de execução das obras. Verificou-se que a obra sofrera atrasos e paralisações que ensejaram a prorrogação do prazo de conclusão inicialmente estabelecido. Concluiu a unidade técnica que entre os motivos para os atrasos está a intempestividade dos repasses financeiros por parte do Ministério das Cidades. O órgão repassador, entretanto, demonstrou que ao longo do período de execução do empreendimento, a transferência de recursos financeiros ocorreu em montantes suficientes à execução do cronograma planejado. Para o relator, *“o atraso na conclusão das obras expõe a população local aos riscos de novas enchentes e catástrofes naturais, como a que foi verificada em janeiro/2011”*, portanto *“a situação narrada é um indício de grave transgressão a normas legais, podendo ensejar a aplicação das penalidades previstas na Lei Orgânica do TCU aos responsáveis”*. Em exame preliminar, o ministro ponderou que *“constatado o atraso injustificado da execução do ajuste pela empresa contratada, deve-se instaurar procedimento com vistas a um exame objetivo das razões do atraso. Este pode ter sido ocasionado por culpa da própria construtora, por atos e fatos de terceiro, pela superveniência de fato excepcional ou imprevisível, ou, ainda, por atos e omissões da própria Administração”*.

E continuou: “quando a Administração concorre para o descumprimento dos prazos acordados, a apuração de responsabilidades dos gestores é cabível, principalmente quando a dilação for consequência de negligência, imperícia ou imprudência dos gestores. De outra forma, nos atrasos advindos da incapacidade ou mora da contratada, o órgão contratante tem o dever de adotar as medidas cabíveis para aplicar as multas contratuais e demais penalidades previstas em lei”. Ao concluir, o relator destacou que “o atraso na execução de obras públicas é ocorrência de extrema gravidade, que pode inclusive ser enquadrada no tipo penal previsto no art. 92 da Lei de Licitações e Contratos”. Acompanhando as conclusões do relator, o Plenário determinou a realização das oitivas propostas pela equipe de auditoria, com a finalidade de colher evidências e informações acerca das causas dos atrasos das obras, para a devida apuração de responsabilidades. [Acórdão 2714/2015-Plenário, TC 011.481/2015-3, relator Ministro Benjamin Zymler, 28.10.2015.](#)

2. Os estudos técnicos vinculados a concessões de serviços públicos podem ocorrer mediante autorização do poder concedente, inexistindo a obrigatoriedade de que o ato, face ao seu caráter discricionário, seja precedido por processo seletivo formal (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal c/c art. 21 da Lei 8.987/95).

Pedido de Reexame interposto por deputado federal questionara deliberação do Tribunal mediante a qual fora dado “provimento parcial à Representação decorrente da conversão de Denúncia oferecida pelo ora recorrente, anuindo ao prosseguimento dos atos decorrentes da Portaria SEP/PR 38/2013, por meio da qual a Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) autorizou a Estruturadora Brasileira de Projetos S.A. (EBP) a realizar estudos destinados a subsidiar a preparação de procedimentos licitatórios de concessões de arrendamentos portuários”. Desta feita, questionou o parlamentar o seguinte: “(i) incompetência da SEP/PR para dispor sobre os atos regulados pela Portaria SEP/PR 38/2013; (ii) ilegalidade do objeto da Portaria SEP/PR 38/2013; (iii) vício de forma da autorização conferida pela Portaria SEP/PR 38/2013; (iv) inadequação da estrutura produtiva da EBP com a autorização a ela conferida; (v) lesividade ao patrimônio público; e (vi) desvio de finalidade na autorização conferida à EBP”. Analisando o mérito, no tocante à suposta incompetência da SEP/PR para dispor sobre os atos regulados pela Portaria SEP/PR 38/2013, afastou o relator a argumentação do recorrente no sentido de que “a SEP/PR, na qualidade de Poder Concedente, teria tão somente a competência de planejar estrategicamente o setor portuário e que isso não incluiria a realização dos procedimentos licitatórios, a celebração dos contratos de concessão e a emissão da autorização a que se refere o art. 21 da Lei 8.987/1995”. A propósito, destacou o relator que “a Portaria não delega competência alguma à EBP, mas sim autoriza a empresa a realizar os estudos destinados a subsidiar a SEP/PR na preparação dos estudos que fundamentarão os processos licitatórios”. No que respeita ao argumento de que a SEP/PR deveria ter licitado a elaboração dos estudos, entendeu o relator que, “a opção pela autorização prevista no art. 21 da Lei 8.987/1995 (ou no art. 6º, § 3º, do Decreto 8.033/2013) é uma faculdade do Poder Concedente, sendo, portanto, legítima”. A propósito, a constitucionalidade e a legalidade dessas autorizações foram suficientemente esclarecidas no voto revisor, da lavra do ministro Benjamin Zymler, que acompanhou o voto vencedor do acórdão recorrido, no qual resta assentado que (i) “o ordenamento jurídico pátrio permite que os estudos técnicos referentes a concessões de serviços públicos ocorram mediante autorização”, (ii) “o caráter discricionário deste ato, uma vez que o Poder Público analisará a conveniência e a oportunidade dessa autorização”, (iii) “não existe a obrigatoriedade de a autorização em tela ser precedida por um processo seletivo formal” e (iv) “a Administração Pública, se entender necessário, poderá realizar um certame competitivo ou mesmo uma licitação para escolher um projeto que servirá de base para uma concessão de um porto organizado ou um arrendamento portuário”. Na dicção do relator, “antes de lançar os editais de desestatização, o Poder Concedente deve fazer a seguinte escolha: realizar estudos de forma direta e por conta própria, com seus recursos humanos e materiais, ou remunerar particulares pelo uso de recursos a eles pertencentes”. Ademais, prosseguiu, “os estudos referidos no art. 21 da Lei 8.987/1995, por expressa previsão legal, não constituem atividade a ser necessariamente desenvolvida pelo próprio Poder Público, nem implicam transferência da atividade regulatória nem a seu autor, nem aos titulares dos recursos por ele mobilizados, ainda que o autor em questão tenha sido indevidamente favorecido quando escolhido para realizá-los”. Nesses termos, e em face de outros aspectos analisados pelo relator, o Plenário negou provimento ao recurso. [Acórdão 2732/2015-Plenário, TC 012.687/2013-8, relator Ministro Bruno Dantas, 28.10.2015.](#)

3. O licitante pode apresentar a taxa de BDI que melhor lhe convier, desde que o preço proposto para cada item da planilha e, por consequência, o preço global não estejam em limites superiores aos preços de referência.

Embargos Declaratórios opostos por empresa apontaram, entre outros pontos, suposta contradição em acórdão que apreciara atos de pregão eletrônico promovido pela Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência

Social (Dataprev), destinado à contratação de empresa especializada para manutenção integrada de infraestrutura de datacenter. A contradição em questão residiria em o acórdão recorrido não ter considerado o descumprimento ao edital do certame, uma vez que a empresa vencedora apresentara BDI em percentual superior ao limite estabelecido. Assim, solicitou a embargante que fosse dado efeito infringente ao recurso e anulado o pregão. Ao analisar o ponto, o relator iniciou ponderando *“que a aceitação de BDI em valor superior ao definido como teto pelo edital não se configura vício insanável ensejador de anulação do Pregão 357/2015. Ademais, essa questão foi expressamente examinada quando da prolação do acórdão de mérito, haja vista a própria decisão trazer a medida capaz de convalidar a impropriedade, qual seja a determinação para que a contratação só seja efetivada com a exclusão da diferença entre o BDI ofertado (27,5%) e o apresentado no edital (25%)”*. Apesar de pontuar que a via dos embargos não se presta a rediscutir o mérito da decisão combatida, considerou que o entendimento preponderante do TCU é no sentido *“de cada particular poder apresentar a taxa que melhor lhe convier, desde que o preço proposto para cada item da planilha e, por consequência o preço global, não estejam em limites superiores aos preços de referência, valores estes obtidos dos sistemas utilizados pela Administração e das pesquisas de mercado, em casos de lacunas nos mencionados referenciais”*. Desse modo, concluiu *“pela viabilidade do certame, ao sopesar que os elementos dos autos indicam que o orçamento estimado pela Administração está apto a balizar os preços de mercado e que o desconto ofertado traz a economicidade ao Pregão 357/2015. Ao privilegiar o princípio do formalismo moderado, e ao sopesar que os princípios da economicidade e da eficiência sobrepujam a ofensa ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, entendo que não há óbices ao prosseguimento dessa contratação”*. O Plenário do Tribunal, em consonância com a proposta do relator, não conheceu dos embargos declaratórios e manteve o acórdão recorrido em seus exatos termos. [Acórdão 2738/2015-Plenário, TC 011.586/2015-0, relator Ministro Vital do Rêgo, 28.10.2015.](#)

4. Nas licitações de serviços de manutenção integrada de infraestrutura de datacenter, é cabível a exigência de comprovação de habilidade para prestação de serviços de acordo com a NBR 15.247 (requisitos para instalação e uso de sala-cofre), como requisito de qualificação técnica, quando a magnitude e a relevância dos dados a serem tratados justificarem a apresentação de certificações que garantam a qualidade e a continuidade dos serviços prestados.

Embargos Declaratórios opostos por empresa apontaram, entre outros pontos, suposta omissão em acórdão que apreciara atos de pregão eletrônico promovido pela Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social (Dataprev), destinado à contratação de empresa especializada para manutenção integrada de infraestrutura de datacenter. A omissão em questão residiria em o acórdão recorrido não ter explicitamente tratado da questão afeta à possibilidade de participação de apenas uma empresa no certame, ou seja, direcionamento da licitação, uma vez que uma única empresa no mercado deteria certificações em sala-cofre. Começou o relator esclarecendo que *“a alegação de direcionamento da licitação, consoante aqui já colocado, guarda relação direta com a inviabilidade técnica de parcelamento do objeto deste pregão, nos termos tratados no acórdão combatido e nas análises que o acompanham”*. Continuou, discorrendo sobre as peculiaridades da contratação: *“as razões colacionadas pela empresa seriam plausíveis caso o alvo da contratação não possuísse as particularidades e objetivos desse tipo de estrutura. O funcionamento desse datacenter exige uma série de cautelas para a salvaguarda e recuperação de informações de magnitude consideráveis, haja vista sustentar dados de quase trinta milhões de benefícios pagos por mês, além de abrigar mais de dois bilhões de dados de contribuintes e quatorze bilhões de dados de remunerações. Com todo esse porte e nos termos defendidos pela Sefti, argumentos de ordem técnica justificam o não parcelamento do objeto, visto a integração total do ambiente e dos sistemas que o compõem. Ademais, a presença de múltiplos prestadores de serviços atuando no ambiente da sala-cofre traria fragilidades ao sistema, no qual deve imperar a mitigação de riscos para garantir a segurança e disponibilização perene das informações”*. Diante disso, concluiu o relator que *“todas essas peculiaridades impõem à Administração o dever de zelar por esses dados, o que implica a exigência de certificações que garantam a qualidade e continuidade dos serviços prestados. Como consequência, os requisitos relacionados à comprovação de habilidade para prestar serviços que atendam à NBR 15.247, que trata de requisitos atinentes ao uso da sala cofre, vão ao encontro da busca pelo interesse público e não maculam a realização do certame. Não obstante inexistir outra empresa capaz de prover serviços específicos para as salas-cofre nos termos da NBR 15.247, outros interessados poderiam vir a obter a certificação para participar do pregão”*. O Plenário do Tribunal, em consonância com a proposta do relator, não conheceu dos embargos declaratórios e manteve o acórdão recorrido em seus exatos termos. [Acórdão 2740/2015 Plenário, TC 012.030/2015-5, relator Ministro Vital do Rêgo, 28.10.2015.](#)

5. Nas licitações para a aquisição de produtos controlados pelo Exército Brasileiro é regular a exigência de apresentação, além da necessária homologação prévia dos produtos pelo Exército, de memorial

descritivo, de modo a permitir a avaliação da pertinência do objeto ofertado às demandas específicas do adquirente.

Representação formulada por sociedade empresária questionara possíveis irregularidades em pregão eletrônico de responsabilidade do Comando Logístico do Exército Brasileiro (Colog), destinado ao registro de preços de capacetes de combate, em especial a inabilitação da representante no certame por não ter apresentado o memorial descritivo do produto, exigido pelo edital. Em síntese, a representante *“questionou a razoabilidade da exigência editalícia de apresentação de Memorial Descritivo dos produtos que pretende fornecer, sob o argumento de já tê-lo feito no processo de homologação do produto”*. Isso porque, em seu entendimento, existiria *“interdependência entre as licitações realizadas pelo Colog para aquisição de produtos controlados, nos termos do Regulamento para Fiscalização de Produtos Controlados (R-105), aprovado pelo Decreto 3.665/2000, e o procedimento de homologação e fiscalização desses mesmos produtos, a cargo do Exército”*. Ou, em outros termos, *“a exigência de apresentação de memorial descritivo seria ilegal porque o procedimento de aprovação e homologação prévia do produto pelo Departamento de Ciência e Tecnologia do Exército – DCT tem como requisito a apresentação desse mesmo documento, fato que dispensaria nova verificação do documento nos certames licitatórios para aferir o preenchimento das exigências técnicas”*. Analisando o ponto, anotou o relator que *“o fato de a licitante ter um produto previamente homologado pela Diretoria de Fiscalização de Produtos Controlados não significa que tal produto atenda às exigências de toda e qualquer licitação promovida pelo Comando do Exército”*. Isto porque *“a fiscalização de produtos controlados atende a diversas finalidades elencadas no art. 2º do Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados, aprovado pelo Decreto 3.665/2000”*. Assim, *“diante da variedade de propósitos a que se presta o processo de homologação de produtos controlados pelo Comando do Exército, surge a necessidade de, a cada licitação, avaliar a pertinência do produto ofertado às demandas específicas do adquirente”*. Ademais, como pontuado pela unidade instrutiva, *“a exigência contida no edital não constitui nenhum óbice à participação de interessados, haja vista que a elaboração do documento requerido depende tão somente do próprio licitante”*. Diante desses elementos, concluiu o relator pela regularidade da conduta da pregoeira ao inabilitar a representante em face da ausência de documento essencial exigido pelo edital. Nesse sentido, acolheu o Plenário a proposta da relatoria, considerando improcedente a Representação. [**Acórdão 2712/2015-Plenário**](#), TC 014.846/2014-4, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 28.10.2015.

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