

## Jurisprudência - Informativo de Licitações e Contratos



#### Número 335

Sessões: 31 de outubro, 1°, 7 e 8 de novembro

Este Informativo contém informações sintéticas de decisões proferidas pelos Colegiados do TCU, relativas à área de Licitações e Contratos, que receberam indicação de relevância sob o prisma jurisprudencial no período acima indicado. Os enunciados procuram retratar o entendimento das deliberações das quais foram extraídos. As informações aqui apresentadas não constituem, todavia, resumo oficial da decisão proferida pelo Tribunal nem representam, necessariamente, o posicionamento prevalecente do TCU sobre a matéria. O objetivo é facilitar o acompanhamento dos acórdãos mais importantes do TCU. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos links disponíveis.

#### **SUMÁRIO**

#### Plenário

- 1. Em contratações de serviços de software, não há amparo legal para a exigência de certificado de qualidade de processo de software, a exemplo de CMMi ou MPS.BR, como requisito de habilitação no certame licitatório.
- 2. Taxa de BDI com percentual acima do limite referencial não representa, por si só, superfaturamento, desde que o preço contratado, ou seja, custo mais BDI, esteja compatível com o preço de mercado.

### Segunda Câmara

3. Não há vedação à participação do autor do projeto básico em certame licitatório para a elaboração do projeto executivo ou para a assessoria técnica dos projetos durante a construção da obra. A proibição incide sobre a participação do autor do projeto básico ou executivo na licitação para a contratação da obra, serviço ou fornecimento deles decorrentes, nos termos do art. 9°, inciso I, da Lei 8.666/1993.

#### **PLENÁRIO**

1. Em contratações de serviços de software, não há amparo legal para a exigência de certificado de qualidade de processo de software, a exemplo de CMMi ou MPS.BR, como requisito de habilitação no certame licitatório.

Representação formulada por sociedade empresária questionou a sua exclusão da fase de habilitação de pregão eletrônico promovido pela Caixa Econômica Federal (Caixa) para a contratação de serviços de fábrica de software. O motivo para a desqualificação da empresa fora a não apresentação de certificação CMMi, com o nível 3 ou superior, ou, alternativamente, MPS.BR, de nível C ou superior. A representante argumentou que esse tipo de exigência, na fase de habilitação, fere a Lei 8.666/1993 por não ser condição prevista no rol taxativo do art. 30. No seu voto, o relator destacou posicionamento da unidade técnica no sentido de que o TCU permite "a exigência de certificação de qualidade em licitações para a contratação na modalidade fábrica de software desde que: (i) devidamente comprovada sua necessidade em face da complexidade dos serviços; e (ii) compatível com a própria maturidade do órgão contratante em avaliar, técnica e qualitativamente, os artefatos e produtos gerados pela contratada". Em reforço a esse posicionamento, o relator assinalou que "várias decisões do TCU têm admitido que os órgãos condicionem a prestação de determinados serviços de TI à comprovação de atendimento a um padrão de eficiência de processo de software mínimo na fase de execução do contrato, mas não chegam a admitir como regular a exigência das respectivas certificações como requisito para a habilitação em licitação". Ressaltou que a unidade do Tribunal especializada em TI elaborou a Nota Técnica 5/2010, cujo teor compilado sobre o assunto dispõe: "É vedada a exigência de avaliação (ou 'certificado') de qualidade de processo de software, a exemplo de CMMi ou MPS.BR, como requisito para habilitação em licitação, por ausência de previsão legal, por implicar em despesas anteriores à contratação e desnecessárias à competição e por ferir a isonomia, restringindo injustificadamente a competição." Mencionando acórdãos do Plenário que apontam no mesmo sentido, mas ressalvando que esse entendimento merece ser revisto e aprimorado, o relator concluiu que, no caso examinado, não havia como admitir a regularidade da exigência feita pela Caixa. Desse



### Jurisprudência - Informativo de Licitações e Contratos



modo, considerando a natureza estratégica dos serviços licitados e que houve nível adequado de competição, o relator ponderou que a única limitação imposta pela adoção do critério irregular de habilitação foi a exclusão da representante, razão pela qual sugeriu, e o Colegiado acatou: i) assinar prazo de quinze dias para que a Caixa adote as providências visando à anulação do ato que inabilitou a proposta da representante, bem como dos atos subsequentes, reiniciando o processo licitatório ao momento de análise da mencionada proposta; ii) dar ciência à Caixa "de que a exigência de certificados de qualidade de processo de software (CMMI, MPS.BR etc.) para fins de habilitação contraria o art. 30 da Lei 8.666/1993 e a jurisprudência do TCU".

Acórdão 2468/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro.

2. Taxa de BDI com percentual acima do limite referencial não representa, por si só, superfaturamento, desde que o preço contratado, ou seja, custo mais BDI, esteja compatível com o preço de mercado. O TCU apreciou relatório de auditoria de conformidade realizada na Secretaria Nacional de Portos do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (SNP/MTPA), com o objetivo de avaliar a execução das obras de

dos Transportes, Portos e Aviação Civil (SNP/MTPA), com o objetivo de avaliar a execução das obras de dragagem de aprofundamento por resultado no Porto de Paranaguá/PR. No curso da fiscalização, a equipe de auditoria identificara, entre outras ocorrências, suposta falha relativa aos percentuais da incidência de PIS e Cofins na apuração da taxa de BDI. O supervisor da fiscalização, no entanto, entendeu sanada a irregularidade, considerando que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal, a empresa licitante tem liberdade para elaborar o BDI de sua proposta conforme o seu planejamento tributário, desde que os preços finais estejam condizentes com as referências de mercado. Acrescentou o supervisor que a análise isolada dos valores de PIS e Cofins, inseridos no BDI da contratada, não configuram, por si só, sobrepreco ao orcamento. O relator do feito, anuindo à proposta do supervisor, que contou com a concordância do titular da unidade técnica, entendeu desconstituída a irregularidade. Sobre a questão, ponderou que: "Em relação ao tema, a jurisprudência consolidada desta Corte é clara no sentido de que a taxa de BDI com percentual acima do limite referencial não representa, por si só, superfaturamento, desde que o preco contratado, ou seja, custo mais BDI, esteja compatível com o preco de mercado", mencionando como exemplos, os Acórdãos 1.134/2017, 1.466/2016 e 2.827/2014, todos do Plenário. Ponderou, ainda, que o orcamento-base utilizado na licitação desse empreendimento fora objeto de auditoria (TC-029.118/2014-0), na qual o sobrepreço identificado foi corrigido ainda na execução dos trabalhos. Ao final, o Colegiado, aquiescendo à proposição do relator, decidiu realizar a audiência de servidores encarregados da fiscalização das obras em face de irregularidade remanescente nos autos e exarar determinações ao MTPA e à unidade técnica a respeito de outras situações tratadas na auditoria.

Acórdão 2452/2017 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Vital do Rêgo.

### SEGUNDA CÂMARA

3. Não há vedação à participação do autor do projeto básico em certame licitatório para a elaboração do projeto executivo ou para a assessoria técnica dos projetos durante a construção da obra. A proibição incide sobre a participação do autor do projeto básico ou executivo na licitação para a contratação da obra, serviço ou fornecimento deles decorrentes, nos termos do art. 9°, inciso I, da Lei 8.666/1993.

Representação formulada por licitante apontou suposta irregularidade em concorrência conduzida pelo município de Teixeira de Freitas (BA) para a contratação de empresa destinada à elaboração de projetos executivos em diversas obras daquela municipalidade. A representante alegou violação aos princípios da isonomia, da moralidade e da vinculação ao instrumento convocatório, em decorrência de a empresa vencedora do certame ter sido também a autora do projeto básico, situação que desrespeitaria a vedação imposta pelo art. 9°, incisos I e II, e §§ 1°, 2° e 3°, da Lei 8.666/1993. A representante alegou, ainda, que a situação poderia resultar em prejuízo à Administração Pública, já que possíveis falhas na concepção do projeto básico poderiam não ser detectadas ou tenderiam a ser omitidas. Ao examinar o caso, o relator transcreveu ementa de precedente do STJ, no qual foi julgada matéria com questionamento idêntico em lide oriunda de licitação para a construção de edificio anexo do TJSP, cujo trecho de interesse foi assim consignado: "2. Nos termos do artigo 9°, I, da Lei n.º 8.666/93, é



# Jurisprudência - Informativo de Licitações e Contratos



expressamente vedada a participação do autor do projeto básico ou executivo na licitação para a contratação da obra, serviço ou fornecimento deles decorrentes. Contudo, inexiste qualquer proibição no sentido de que o autor do projeto básico participe da licitação para a elaboração do projeto executivo e para a assessoria técnica de projeto durante a construção da obra, como é o caso dos autos. 3. Tratando-se de norma de vedação, há de ser aplicada restritivamente, não sendo possível utilização de critérios interpretativos mais abrangen tes, sob pena de contrariar os princípios da hermenêutica jurídica". Diante do entendimento do STJ e da constatação de que a proposta da licitante vencedora se mostrou bem inferior ao valor estimado para o certame, defendeu o relator, em concordância com a unidade técnica, que a questão suscitada pela representante não configurou irregularidade na condução do procedimento licitatório. Assim, o Colegiado decidiu conhecer da representação e considerá-la parcialmente procedente por causa da ausência de publicação do edital do certame na internet, conforme obriga o art. 8°, § 1°, inciso IV, e §§ 2° e 4°, da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), ocorrência que foi objeto de determinação ao município a fim de evitar que a falha se repita em futuras licitações realizadas com recursos da União.

Acórdão 9609/2017 Segunda Câmara, Representação, Relator Ministro-Substituto André de Carvalho.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: <u>jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br</u>