



Número 397

Sessões: 4, 5, 11 e 12 de agosto de 2020

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 licitação do tipo técnica e preço, a Administração deve se abster de utilizar, para a atribuição da nota de preço, qualquer critério que tenha como resultado prático a fixação de preço mínimo, a exemplo da limitação da nota de preço a um valor máximo, em desacordo com os arts. 3º e 40, inciso X, da Lei 8.666/1993 e com o princípio da economicidade.
 2. Em contratação sob o regime de empreitada integral, admite-se a previsão de subcontratação de parte relevante do objeto licitado quando, de antemão, a Administração sabe que existem poucas empresas no mercado aptas à sua execução, devendo, em tais situações, se exigir a comprovação de capacidade técnica, relativamente a essa parte do objeto, apenas da empresa que vier a ser subcontratada.
 3. É legal, para a comprovação da capacidade técnico-profissional de licitante, a exigência de quantitativos mínimos, executados em experiência anterior, compatíveis com o objeto que se pretende contratar, cabendo à Administração demonstrar que tal exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser contratada.
-

PLENÁRIO

1. Em licitação do tipo técnica e preço, a Administração deve se abster de utilizar, para atribuição da nota de preço, qualquer critério que tenha como resultado prático a fixação de preço mínimo, a exemplo da limitação da nota de preço a um valor máximo, em desacordo com os arts. 3º e 40, inciso X, da Lei 8.666/1993 e com o princípio da economicidade.

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no edital da Concorrência 2/2020, do tipo técnica e preço, promovida pelo Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs), por meio da Coordenadoria Estadual da Paraíba (Cest/PB), tendo por objeto a contratação de empresa especializada nos serviços de supervisão, gerenciamento e controle tecnológico das obras de construção do Sistema Adutor Ramal do Piancó, para transferência de água do Trecho II do Eixo Norte do Projeto de Integração do Rio São Francisco (Pisf) para a Bacia do rio Piancó. Entre as irregularidades suscitadas, mereceu destaque a “*limitação da nota de preços a um valor máximo*”, isso porque, de acordo com o edital, a nota de preços (NP) seria obtida pela equação $NP = 10 \times P1/P2$, sendo P1 a média entre o orçamento do Dnocs e os preços ofertados, e P2 o proposto pelo licitante; ficou estipulado que o valor máximo da relação P1/P2 estaria limitado a um inteiro. Em sua instrução, a unidade técnica destacou que a aplicação do limitador da nota de preços teria por efeito o desestímulo à obtenção de propostas mais econômicas para a Administração. E esse risco de perda de economicidade, segundo ela, “*não restou justificado como sendo imprescindível para a contratação de empresa com a técnica requerida para a execução dos serviços a serem contratados*”. Em seu voto, o relator ressaltou que a unidade técnica bem demonstrou que o modelo adotado para apuração, “*ao igualar a referida nota de preços para propostas que superem determinado limite, permite, em certos casos, que a classificação final seja decidida exclusivamente a partir da avaliação da proposta técnica, de cunho predominantemente subjetivo*”, e que a avaliação ponderada



entre as propostas técnica e de preço “deveria permitir uma diferenciação, por menor que fosse, de modo a não sofrer perda de economicidade”. Entendeu também pertinente registrar que, em caso similar ([Acórdão 479/2015-Plenário](#)), o TCU criticou edital em que idêntica fórmula para nota da proposta de preços foi prevista, transcrevendo o seguinte trecho do voto condutor do aludido acórdão: “[...] 31. Verifico, portanto, que o uso de tal critério não beneficia a licitante que tenha cotado preço abaixo do preço médio apurado entre o orçamento da administração e a média das propostas. Ou seja, para fins de pontuação de preço, torna-se totalmente irrelevante que a proposta de preço esteja abaixo da média das propostas das demais licitantes. (...) 33. Não assiste razão à Hemobras, pois essa matéria, especificamente, já foi tratada pelo TCU em algumas ocasiões, por exemplo, no [Acórdão 1.891/2006-TCU-Plenário](#), no qual o Tribunal entendeu haver afronta ao art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993, determinando que a entidade fiscalizada se abstivesse de utilizar, para atribuição de nota de preço, qualquer critério que tenha como resultado prático a fixação de preço mínimo”. Nos termos da proposta do relator, o Plenário considerou procedente a representação e, entre outras deliberações, decidiu determinar ao Dnocs a adoção de providências no sentido de anular o ato convocatório da Concorrência 2/2020, bem como os eventuais atos dele decorrentes, por infringência “ao art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal de 1988; aos arts. 3º, caput e § 1º, inciso I, 30, § 1º, 40, inciso VII, 44, § 1º, e 45 da Lei 8.666/1993; ao art. 2º da Lei 9.784/1999 e aos arts. 26 e 28 da Instrução Normativa MP 5/2017”, sem prejuízo de cientificar a entidade, com vistas à prevenção de ocorrências semelhantes, sobre a “limitação da nota de preços a um valor máximo, em desacordo com o previsto no art. 3º da Lei 8.666/1993 e com o princípio da economicidade”.

Acórdão 2108/2020 Plenário, Representação, Relator Ministro Raimundo Carreiro.

2. Em contratação sob o regime de empreitada integral, admite-se a previsão de subcontratação de parte relevante do objeto licitado quando, de ante mão, a Administração sabe que existem poucas empresas no mercado aptas à sua execução, devendo, em tais situações, se exigir a comprovação de capacidade técnica, relativamente a essa parte do objeto, apenas da empresa que vier a ser subcontratada.

O Plenário do TCU apreciou processo de auditoria de conformidade realizada na estatal Furnas Centrais Elétricas S.A., no âmbito do Fiscobras 2019, com o objetivo de fiscalizar a contratação, sob o regime de execução por empreitada integral, de fornecimento e substituição de três Bancos de Capacitores Série Fixos de 550kV, equipamentos e sistemas associados, na Subestação de Samambaia/DF. A fiscalização apontou que uma cláusula constante na minuta do contrato “vedou a subcontratação do fornecimento dos equipamentos Bancos de Capacitores (78,46% do valor total do contrato), restringindo o caráter competitivo da licitação apenas aos fabricantes do equipamento, em afronta ao art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993”. Instada a se manifestar sobre a questão, a entidade afirmou que não houvera restrição à competitividade do certame, pois a vedação teria por finalidade impedir a transferência a terceiros do fornecimento e da execução da parcela de maior complexidade e relevância técnica, para a qual se exigira atestado de qualificação técnica. Ademais, a cláusula estaria em consonância com o disposto no item 2 do art. 90 do Regulamento de Licitações e Contratos da Eletrobras. Ao se manifestar no voto, a relatora observou que “a vedação em tela resultou não só na possibilidade de participação no certame apenas dos fabricantes das peças e dos sistemas tecnológicos que integram esse equipamento, mas também de seus fornecedores, empresas responsáveis pelo projeto e dimensionamento desses componentes”, situação que implica “configuração de risco de não se ter alcançado a proposta mais vantajosa à estatal”. Nesse sentido, destacou a relevância da “informação de que, no caso da Eletrosul (TC 007.986/2019-0) – em que não houve a vedação sobre a qual ora se discute –, as propostas formuladas por fabricantes de equipamentos foram superiores à proposta vencedora, apresentada por empresa não fabricante, atuante no segmento de construção e instalação de distribuição de energia elétrica”. Por outro lado, a ministra entendeu “razoável admitir a dificuldade na tomada de decisão por parte de Furnas sobre exigir, ou não, dos licitantes atestado de capacidade técnico-operacional para aquela parcela de maior relevância técnica e econômica e limitar a subcontratação às parcelas restantes e secundárias do objeto, diante da existência de decisões do TCU – embora não afetas a contratos sob o regime de execução de empreitada integral –, citadas pelas interessadas, que albergam esse entendimento”. A relatora asseverou que “o reduzido número de interessados em certame destinados à contratação de bancos de capacitores sugere concentração de mercado na fabricação e no fornecimento desses equipamentos e não recomenda a exigência editalícia quanto ao fornecimento de atestados de capacidade técnica”, aduzindo “ainda que fosse realmente necessária a comprovação de aptidão técnico-



operacional para aquela parcela principal do contrato, seria suficiente que o edital demandasse da contratada demonstração de capacidade técnica da eventual empresa a ser subcontratada na gestão e execução de obras ou serviços análogos”. Ao fim de sua exposição, a ministra destacou: “a vedação de subcontratação do fornecimento de bancos de capacitores, por meio de contrato sob o regime de empreitada integral, me afigura indevida e prejudicial à ampla competitividade do certame, conquanto reconheça, conforme registrei anteriormente, a dificuldade da matéria e a razoabilidade da decisão que culminou na regra editalícia”, razão pela qual, acolhendo o posicionamento da unidade técnica, entendeu não ser necessária a realização de audiência dos responsáveis, sendo suficiente a expedição de ciência para evitar a incidência da irregularidade em contratações futuras. Com essas considerações, seguindo o entendimento da relatora, o Tribunal decidiu “dar ciência às Centrais Elétricas Brasileiras S.A e Furnas Centrais Elétricas S.A. que a cláusula 12, § 4º, da minuta do termo de contrato em regime de execução por empreitada integral, constante do Edital da Concorrência CO.GCM.A.00044.2017, vedou, de forma indevida, a subcontratação do fornecimento de bancos de capacitores série – o que restringiu o caráter competitivo da licitação apenas aos fornecedores e/ou fabricantes do equipamento –, quando poderia tê-la permitido mediante exigência de comprovação de capacidade técnica de empresas que viessem a ser subcontratadas, no tocante à gestão e execução de obras ou serviços análogos, em afronta ao disposto no art. 78, caput, e § 1º, da Lei 13.303/2016”.

Acórdão 2021/2020 Plenário, Auditoria, Relator Ministra Ana Arraes.

3. É legal, para a comprovação da capacidade técnico-profissional de licitante, a exigência de quantitativos mínimos, executados em experiência anterior, compatíveis com o objeto que se pretende contratar, cabendo à Administração demonstrar que tal exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser contratada.

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL), relacionadas à contratação de “serviços necessários à realização de estudos para subsidiar a desestatização do porto de Itajaí/SC, conforme condições e especificações constantes do Edital 7/2020”. Entre as irregularidades suscitadas, mereceu destaque o suposto vício do edital quanto às seguintes exigências quantitativas mínimas de comprovação da capacidade técnica para os profissionais das empresas licitantes: “i) profissional que tenha atuado na elaboração de modelagem econômico-financeira no escopo de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA referente a instalações portuárias que tenham estado em operação, com movimentação anual de, no mínimo, 262.000 TEU, realizada no Brasil ou no exterior; ii) profissional que tenha atuado na elaboração de anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo no escopo de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA referente a instalações portuárias que tenham estado em operação, com movimentação anual de, no mínimo, 262.000 TEU, realizada no Brasil ou no exterior; iii) profissional que tenha atuado em atividades de assessoria jurídica com as seguintes características mínimas: prestação de serviço de due diligence jurídico em processos de FUSÕES E AQUISIÇÕES, no Brasil ou no exterior, no setor de infraestrutura, com ativo mínimo de R\$ 352 milhões; iv) profissional que tenha atuado em atividades de avaliação ambiental no escopo de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA referente a instalações portuárias que tenham estado em operação, com movimentação anual de, no mínimo, 262.000 TEU, realizada no Brasil ou no exterior”. Em sua instrução inicial, a unidade técnica chamou a atenção para o fato de que tal prática “poderia afrontar a Lei 8.666/1993, em seu art. 30, § 1º, inciso I, que define que a comprovação de capacitação técnico-profissional consiste na comprovação do licitante de possuir, em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente. Ademais, tal profissional deve ser detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos”. Na oportunidade, alertou que a jurisprudência do TCU, em especial o [Acórdão 2.521/2019-Plenário](#), acena no sentido de que a literalidade do mencionado dispositivo deve ser observada. Chamada aos autos, a EPL ponderou que o art. 30 § 1º, da Lei 8.666/1993 poderia trazer prejuízos para a eficiência da licitação se levada em conta apenas a sua literalidade e que, na licitação em tela, a qualidade técnica dos trabalhos seria imprescindível para o correto diagnóstico das condições do porto. Como exemplo, a EPL citou que o ‘Relatório de Transações’ objetivava diagnosticar a condição de competitividade do porto de Itajaí



frente a outros *players* presentes em sua área de influência, e que, caso o relatório fosse executado de maneira tecnicamente equivocada, “o processo de desestatização poderia sofrer com retrabalhos, a fim de corrigir os erros técnicos, ou mesmo levar a cenário onde toda a modelagem restasse prejudicada”. Após analisar as justificativas, a unidade técnica concluiu que, considerando os objetivos específicos da licitação, os requisitos quantitativos mínimos exigidos dos profissionais funcionariam como “*garantia de porte adequado da experiência dos ativos humanos a serem utilizados na execução contratual pretendida*”. Em seu voto, anuindo à manifestação da unidade instrutiva, o relator assinalou que o mínimo exigido (262.000 TEUs) de movimentação anual do terminal seria razoável, por se referir a quantitativo equivalente ao de um terminal de pequeno porte, e que o porto de Itajaí, só no primeiro semestre de 2020, movimentara 258.476 TEUs. Considerou igualmente razoável a exigência para o produto “*due diligence jurídico*” em serviços prestados em processos de fusão e aquisição (R\$ 352 milhões), por se referir a 50% do ativo total declarado pela Superintendência do Porto de Itajaí à Antaq, em dezembro de 2018. Frisou, por fim, que o TCU possui precedentes no sentido de que, ao se exigir quantitativos mínimos para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes, a Administração deve apresentar a devida motivação dessa decisão administrativa, evidenciando que a exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação (Acórdãos 492/2006, 1.124/2013 [1.214/2013], 3.070/2013 e 534/2016, todos do Plenário), e que, no presente caso, “foi demonstrado pelos estudos que balizaram a exigência e os quantitativos exigidos, que as exigências feitas, para habilitação técnico-profissional, de experiência em torno de 50%, estão no patamar entendido como razoável por esta Corte de Contas”, no que foi acompanhado pelos demais ministros.

Acórdão 2032/2020 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br

