

GRUPO I – CLASSE VI – 1ª Câmara

TC 040.422/2018-6

Natureza: Representação

Entidade: Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.

Representação legal: Silvia Regina Schmitt (OAB/DF 38.717), representando Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.; Wanderley Romano Donadel (OAB/MG 78.870), representando Trivale Administração Ltda.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. VALEC ENGENHARIA, CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S.A. PREGÃO ELETRÔNICO 14/2018. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA O GERENCIAMENTO DOS CARTÕES DE VALE ALIMENTAÇÃO E/OU REFEIÇÃO. CONHECIMENTO. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA. OITIVA. REPRESENTAÇÃO PARCIAMENTE PROCEDENTE. DEFICIÊNCIA NO PLANEJAMENTO. EXIGÊNCIA POTENCIALMENTE RESTRITIVA. ATENUANTES NO CASO CONCRETO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de representação a respeito de possíveis irregularidades relacionadas ao Pregão Eletrônico 14/2018, conduzido pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., que tem por objeto a contratação de empresa especializada para o gerenciamento dos cartões de Vale Alimentação e/ou Refeição eletrônicos, magnéticos, com chip e em PVC, com recargas mensais, destinados aos diretores, empregados da Valec, compreendidos entre o quadro próprio e os quadros especiais do extinto Geipot e da extinta RFFSA, e estagiários.

2. A sessão pública do pregão teve início na data de 19/11/2018, havendo participado três licitantes. O melhor lance, no valor de R\$ 54.458.721,83, foi oferecido pela empresa “Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércios S.A.”.

3. Em síntese, a representante alega que o Edital da licitação contém item que reduz injustamente o caráter competitivo do certame. A cláusula em questão estabelece que as licitantes devem apresentar, para fins de qualificação técnica, atestado contendo o número de empregados beneficiados pelo fornecimento de vales, para as duas categorias (vale-alimentação e vale-refeição), sob pena de inabilitação da licitante.

4. Entre outros pontos, a representante requereu “a suspensão do certame até que se analise o mérito da questão” e, alternativamente, “caso o certame já tenha acontecido quando da apreciação desta, que se suspenda a homologação e assinatura do contrato e, caso este já tenha sido assinado, que seja suspensa sua execução até ulterior decisão do mérito”.

5. Quando do exame do edital do certame, a Selog constatou outras situações as quais, embora não suscitadas pela representante, recomendariam a obtenção de esclarecimentos da estatal, uma vez que poderiam restringir a competitividade do certame ou ainda indicariam deficiência no planejamento da contratação.

6. À peça 7, conheci da presente representação, mas indeferi o pedido de concessão de medida cautelar formulado pelo representante, por entender que não estava presente na ocasião o

requisito do *periculum in mora*. Na mesma oportunidade autorizei a realização das oitivas propostas pela Selog.

7. Nesta etapa processual, promovidas as mencionadas oitivas, a Selog oferece proposta de mérito. Transcrevo, com os ajustes que entendi pertinentes, o exame técnico elaborado pelo auditor federal que instruiu o feito (peça 16):

“Item a) exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica comprovando a aptidão concomitante para a prestação dos serviços de gerenciamento de auxílios de vale-alimentação e vale-refeição, visto que tal exigência seria imprópria, pois a qualificação técnica da licitante ‘restaria demonstrada diante da comprovação de apenas um desses serviços, considerando que o atendimento da rede credenciada mínima será verificado apenas para a assinatura do contrato e são serviços que utilizam tecnologias e formas operacionais similares (art. 37, XXI, da CF, c/c o art. 30, II, da Lei 8.666/93)’ - Acórdão 513/2018-TCU-1ª Câmara, de 30/1/2018, Ministro Relator Weder de Oliveira.

Manifestação do órgão/entidade:

1. Considera que, apesar de os benefícios de vale-alimentação e vale-refeição serem similares, possuem características distintas, ainda que ambos sejam regidos pelo Programa de Alimentação do Trabalhador do Ministério do Trabalho e Emprego.
2. Assinala que a exigência decorre do entendimento de que ‘solicitar apenas uma delas não garantiria a capacidade técnica para a prestação de todos os serviços objeto da contratação’ (peça 15, p. 5).

Análise:

3. A característica que distingue os benefícios de vale-alimentação e vale-refeição reside, unicamente, na rede de estabelecimentos credenciados, uma vez que a capacidade técnica de gerenciamento dos cartões é idêntica.
4. Conforme apontado em instrução precedente, questão semelhante, qual seja, a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica comprovando a aptidão concomitante para a prestação dos serviços de gerenciamento de auxílios de vale-alimentação e vale-refeição, foi objeto de apreciação no TC 034.545/2017-4. Na apreciação do feito, ao prolatar o Acórdão 513/2018-TCU-1ª Câmara, de 30/1/2018, Ministro Relator Weder de Oliveira, o Colegiado deu ciência ao ente contratante que tal exigência seria imprópria, pois a qualificação técnica da licitante ‘restaria demonstrada diante da comprovação de apenas um desses serviços, considerando que o atendimento da rede credenciada mínima será verificado apenas para a assinatura do contrato e são serviços que utilizam tecnologias e formas operacionais similares (art. 37, XXI, da CF, c/c o art. 30, II, da Lei 8.666/93)’.
5. Entretanto, em apreciação posterior, o Pleno acolheu entendimento diverso proferido no Voto condutor do Acórdão 433/2018-TCU-Plenário, de 7/3/2018, Ministro Relator Augusto Sherman, do qual se reproduz o seguinte excerto:

‘3. Realizadas as oitivas das partes, vieram aos autos suas alegações, fundadas na diferenciação dos produtos vale alimentação e vale refeição, entendendo justificada a previsão editalícia de que os serviços pertinentes e compatíveis em características com os licitados seriam aqueles relativos ao fornecimento unicamente do vale refeição objeto do certame, por meio de cartões com chip de segurança, para fins de aceitação dos atestados.

(...)

6. Em face desses argumentos principais, a Secex/SP entende justificadas as exigências constantes do item 6.1.4 do edital, arrematando que os entendimentos mais recentes desta Corte são no sentido de que os serviços de vale refeição e vale alimentação são distintos, em que pese a utilização do mesmo meio operacional de pagamento (cartão com chip eletrônico), e que a diferença da rede credenciada de cada um seria fundamental para justificar a exigência editalícia

de requisito técnico específico em cada situação particular, conforme indicado nos referidos julgados.

7. Assim, propõe a secretaria a revogação da cautelar outrora adotada e, no mérito, a improcedência da representação.

8. De fato, nos precedentes mencionados, este Tribunal admitiu exigência semelhante à ora questionada, reconhecendo-se sua admissão como medida acautelatória adotada pela administração visando assegurar o cumprimento da obrigação assumida, desde que tecnicamente justificada, não constituindo, por si só, restrição indevida. Ademais, também conforme os precedentes Acórdãos 2.356/2013-TCU-Plenário, 6.082/2016-TCU-1ª Câmara e 8.291/2017-TCU-2ª Câmara, este Tribunal tem compreendido que os serviços de vale refeição e vale alimentação são distintos, e que a diferença da rede credenciada de cada um é motivo bastante para justificar a exigência editalícia de requisito técnico específico, de um ou de outro serviço, em cada situação particular.

9. Os fundamentos apresentados na instrução técnica da Secex/SP guardam conformidade com os precedentes mencionados, apreciados por este Tribunal, e, em especial, identidade com o decidido no Acórdão 2.356/2013 - Plenário, conduzido à deliberação sob minha relatoria perante este Colegiado.’

6. Em face do exposto, cabe concluir, no ponto, pela improcedência da representação.

Item b) exigência de que a licitante comprove fornecimento anterior “para o universo de no mínimo 1.000 (mil) pessoas”, pois consoante sólida jurisprudência do TCU é irregular a fixação de quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar (dentre outros, Acórdãos 737/2012, Ministro Relator Marcos Bemquerer, e 827/2014, Ministro Relator Augusto Sherman, ambos do Plenário).

Manifestação do órgão/entidade:

7. Afirma que a exigência em questão ‘objetivava resguardar o erário público [sic], dados os valores expressivos envolvidos na contratação, da ordem de R\$ 56.000.000,00, bem como a vigência do contrato por sessenta meses’ (peça 15, p. 6).

8. Admite que o número de empregados beneficiados ‘pode sofrer alterações para maior ou menor valor durante a execução contratual’, porém, por considerar que cada empregado irá receber mensalmente os dois benefícios, conclui que a contratada (idem):

‘...realizaria, na maior das hipóteses, aproximadamente dois mil créditos de benefícios mensais’, pelo que considera haver mantido ‘o entendimento da sólida jurisprudência do TCU quanto à fixação de quantidade mínima de 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, não havendo descumprimento dos acórdãos elencados no item em questão.’

Análise:

9. Conquanto se venha a admitir que o gerenciamento de benefícios de vale-alimentação e vale-refeição englobe serviços similares, porém de características distintas, não se afigura razoável que a VALEC tenha exigido das licitantes que comprovassem fornecimento anterior ‘para o universo de no mínimo 1.000 (mil) pessoas’, quando o quantitativo de pessoal a que se destina o benefício é composto por 1.195 pessoas, sob o argumento de que ‘cada empregado irá receber mensalmente os dois benefícios’.

10. Ora, os serviços serão prestados por uma mesma empresa, já havendo sido exigido que as licitantes comprovassem aptidão tanto no gerenciamento de cartões de vale-alimentação quanto nos de vale-refeição, não havendo sido demonstrada pela VALEC, porém, a real necessidade de se estabelecer tal exigência para garantir a perfeita execução do objeto licitado. Tampouco foi demonstrado que a exigência decorra de justificativa técnica plausível, o que é agravado pela não realização de estudos técnicos preliminares, contrariando previsão contida no art. 20, inciso I, e art. 24 da IN 5/2017 – SEGES/MP e no art. 12, inciso I e § 2º, do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da VALEC.

11. Conclui-se que a previsão contida no item 13.1 do Termo de Referência e item 10.1.2.1 do Edital do Pregão Eletrônico 14/2018 estabeleceu exigência indevidamente restritiva ao estabelecer que os atestados de capacidade técnica devessem comprovar: ‘o fornecimento de cartões eletrônicos, magnéticos, com chip nas categorias alimentação e refeição por pelo menos 2 (dois) anos para o universo de no mínimo 1.000 (mil) pessoas’, sem que reste demonstrado haver justificativa técnica plausível para a fixação de quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, contrariando sólida jurisprudência do TCU (dentre outros, Acórdãos 737/2012, Ministro Relator Marcos Bemquerer, e 827/2014, Ministro Relator Augusto Sherman, ambos do Plenário).

12. Em face do exposto, cabe concluir, no ponto, pela procedência da representação.

Item c) exigência de comprovação de fornecimento dos serviços ‘por pelo menos 2 (dois) anos’, sem que reste evidente que seja imprescindível para garantir a perfeita execução do objeto licitado e decorra de justificativa técnica plausível.

Item d) exigência de comprovação de fornecimento dos serviços ‘por pelo menos 2 (dois) anos’, sem que reste evidente que seja imprescindível para garantir a perfeita execução do objeto licitado e decorra de justificativa técnica plausível, o que, em conjunto com os demais pontos antecedentes e o fato de apenas três licitantes terem participado do certame, constituem indícios de haver ocorrido direcionamento no Pregão 14/2018.

Manifestação do órgão/entidade:

13. Afirma que a exigência em questão visou garantir ‘a contratação de empresa com expertise no mercado’ e capaz de atender às peculiaridades do contrato, que exemplifica com a ‘necessidade de vasta rede credenciada para atendimento em cidades longínquas aos grandes centros urbanos’ (peça 15, p. 6).

14. Em relação ao fato de apenas três empresas terem participado do pregão, destaca que ‘são poucas as empresas fornecedoras do serviço no mercado’ capazes de atender, simultaneamente, as duas modalidades de benefícios, ‘o que pode ser verificado junto à Associação Brasileira das Empresas de Benefícios ao Trabalhador – ABBT’ (idem).

Análise:

15. De início, cabe assinalar que a entidade associativa citada pela VALEC possui dezesseis empresas filiadas, das quais apenas três participaram do Pregão. Entretanto, a ordem constitucional assegura a plena liberdade de associação para fins lícitos, ao mesmo tempo em que garante que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado a entidades do tipo. Assim, a VALEC não deveria ter considerado que os potenciais fornecedores se limitariam, unicamente, às empresas filiadas à ABBT, cabendo considerar que, em tese, outras empresas poderiam atuar no setor sem, necessariamente, estarem associadas à ABBT. Ainda assim, ao contrário do que afirma a VALEC, todas as dezesseis empresas associadas à ABBT anunciam oferecer o gerenciamento de cartões de vale-refeição e vale-alimentação.

16. Em sua manifestação, a VALEC não aborda o ponto que diz respeito ao estabelecimento de exigência, para fins de qualificação técnica, de a licitante fazer comprovação de fornecimento dos serviços ‘por pelo menos dois anos’, atendo-se à alegada ‘necessidade de vasta rede credenciada para atendimento em cidades longínquas aos grandes centros urbanos’. Porém, cabe assinalar que a comprovação de credenciamento dos estabelecimentos somente deveria ser feita no ato da assinatura do contrato, não se constituindo, portanto, em exigência de habilitação das licitantes. Ademais, não se vislumbra em que a comprovação de haver executado os serviços ‘por pelo menos dois anos’ guarde relação com o número de estabelecimentos credenciados ‘em cidades longínquas aos grandes centros urbanos’.

17. Conforme previsto no item 10.1.2.3 do Edital, as licitantes deveriam possuir um quantitativo mínimo de estabelecimentos credenciados, mas a comprovação do credenciamento, apenas pela licitante vencedora, deveria ser feita no ato da assinatura do instrumento contratual, devendo,

ainda, apresentar declaração de que se obrigará a manter o número mínimo de estabelecimentos ativos, durante a vigência do contrato

18. A necessidade de fixação de intervalo de tempo de pelo menos dois anos de execução dos serviços não se faz demonstrar por adequada fundamentação, baseada em estudos prévios e na experiência pretérita do órgão contratante, que indiquem ser tal intervalo de tempo indispensável para assegurar a prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas da VALEC, em decorrência da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade.

19. Conclui-se que a previsão contida no item 13.1 do Termo de Referência e item 10.1.2.1 do Edital do Pregão Eletrônico 14/2018 estabeleceu exigência indevidamente restritiva ao impor que os atestados de capacidade técnica devessem comprovar: ‘o fornecimento de cartões eletrônicos, magnéticos, com chip nas categorias alimentação e refeição por pelo menos 2 (dois) anos’, sem que reste demonstrado haver justificativa técnica plausível para a fixação de tal intervalo de tempo de execução dos serviços, contraria o disposto no art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993, o que é agravado pela não realização de estudos técnicos preliminares, contrariando previsão contida no art. 20, inciso I, e art. 24 da IN 5/2017 – SEGES/MPDG e no art. 12, inciso I e § 2º, do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da VALEC.

20. Em face do exposto, cabe concluir, no ponto, pela procedência da representação

Item e) demais informações que julgar necessárias, sem prejuízo de efetuar designação formal de interlocutor que conheça da matéria para dirimir eventuais dúvidas, informando nome, função/cargo, e-mail e telefone de contato, além de enviar cópia integral dos seguintes documentos:

21. A VALEC informou os seguintes interlocutores:

(...)

e.1) estudos preliminares (previsão contida no art. 20, inciso I, e art. 24 da IN 5/2017 – SEGES/MPDG e no art. 12, inciso I e § 2º, do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da VALEC).

Manifestação do órgão/entidade:

22. Afirma haver realizado pesquisa de mercado junto a ‘todas as empresas associadas à ABBT’, porém, sem sucesso. Indica haver utilizado como ‘balizador das taxas praticadas no mercado as compras realizadas através do COMPRASNET à época da contratação’ (peça 15, p. 6). Não fez juntada de qualquer documentação comprobatória.

e.2) Mapa de Risco e respectivas atualizações (previsão contida no art. 26 da IN 5/2017 – SEGES/MPDG e no art. 12, inciso I e § 2º, do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da VALEC).

Manifestação do órgão/entidade:

23. Informa que não foi elaborado qualquer Mapa de Risco, por considerar que o serviço a ser contratado era de baixa complexidade.

Análise:

24. A elaboração de estudos técnicos preliminares é obrigatória para toda contratação e deve ocorrer na fase preparatória do pregão, consistindo em elementos técnicos que embasarão, dentre outros aspectos, a necessidade da contratação e os critérios de aceitação das propostas, ao teor do disposto no art. 3º, incisos I e III, da Lei 10.520/2002, norma legal aplicável ao certame em questão, conforme indicação expressa no preâmbulo do Edital, bem assim ao disposto no art. 20, inciso I, e art. 24 da IN 5/2017 – SEGES/MPDG e no art. 12, inciso I e § 2º, do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da VALEC.

25. A Lei 10.520/2002 assim dispõe, *litteris* (grifou-se):

‘Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e’

26. Na IN 5/2017 – SEGES/MPDG encontra-se:

‘Art. 20. O Planejamento da Contratação, para cada serviço a ser contratado, consistirá nas seguintes etapas:

I - Estudos Preliminares;

II - Gerenciamento de Riscos; e

III - Termo de Referência ou Projeto Básico.

(...)

Art. 24. Com base no documento que formaliza a demanda, a equipe de Planejamento da Contratação deve realizar os Estudos Preliminares, conforme as diretrizes constantes do Anexo III.

§ 1º O documento que materializa os Estudos Preliminares deve conter, quando couber, o seguinte conteúdo:

I - necessidade da contratação;

II - referência a outros instrumentos de planejamento do órgão ou entidade, se houver;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativa das quantidades, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte;

V - levantamento de mercado e justificativa da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativas de preços ou preços referenciais;

VII - descrição da solução como um todo;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da solução quando necessária para individualização do objeto;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis;

X - providências para adequação do ambiente do órgão;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; e

XII - declaração da viabilidade ou não da contratação.

§ 2º Os Estudos Preliminares devem obrigatoriamente conter o disposto nos incisos I, IV, VI, VIII e XII do parágrafo anterior.

§ 3º O órgão ou entidade deverá apresentar justificativas no próprio documento que materializa os Estudos Preliminares quando não contemplar quaisquer dos incisos de que trata o § 1º deste artigo;

(...)

Art. 26. O Gerenciamento de Riscos materializa-se no documento Mapa de Riscos.

§ 1º O Mapa de Riscos deve ser atualizado e juntado aos autos do processo de contratação, pelo menos:

- I - ao final da elaboração dos Estudos Preliminares;
- II - ao final da elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico;
- III - após a fase de Seleção do Fornecedor; e
- IV - após eventos relevantes, durante a gestão do contrato pelos servidores responsáveis pela fiscalização.

§ 2º Para elaboração do Mapa de Riscos poderá ser observado o modelo constante do Anexo IV.

27. O Regulamento Interno de Licitações e Contratos da VALEC, por sua vez, assim determina:

‘Art.12 Após aprovação da autoridade competente, as áreas demandantes deverão instruir os autos com os seguintes documentos:

- I. Documentação referente ao Planejamento da Contratação (análise de viabilidade, gerenciamento de riscos etc.), conforme o caso;
- II. Estudos Técnicos Preliminares, nos termos da legislação vigente;
- III. Termo de Referência, no caso de contratação de obras, serviços ou complexo de obras e serviços comuns, bem como para aquisições, incluindo o critério de julgamento da licitação;
- (...)
- V. Orçamento e/ou Pesquisa de Mercado com Planilha Comparativa de Preços, devidamente assinado pelo servidor responsável por sua elaboração;
- (...)

§ 2º Nos casos de contratações de serviços comuns, com ou sem mão de obra exclusiva, a área demandante deverá instruir o processo com a documentação referente ao Planejamento da Contratação conforme determina a Instrução Normativa nº 5/2017-MPOG, dispensada a indicação de empregado que atue na equipe de licitações para compor a equipe de Planejamento da Contratação.’

28. Verifica-se, portanto, não haver qualquer previsão legal ou normativa que exima os gestores da VALEC de, previamente, na etapa de planejamento da contratação, realizarem estudos técnicos preliminares a serem materializados em documento próprio que demonstre, de forma inequívoca, a necessidade de inserção de especificações que possam limitar o caráter competitivo do certame, tal como se verificou no item 13.1 do Termo de Referência e item 10.1.2.1 do Edital do Pregão Eletrônico 14/2018.

29. Conforme definição contida no Regulamento Interno de Licitações e Contratos da VALEC, ‘Matriz de Riscos’ é documento elaborado pela área demandante, definidora de riscos e responsabilidades entre as partes, caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, indicando o percentual de risco do ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação que impactará a execução da obra ou serviço, que não serão objeto de aditivo contratual, sendo de elaboração obrigatória para obras e serviços de engenharia, e facultativa para as demais contratações.

30. Entretanto, a denominada ‘Matriz de Riscos’, estando adstrita à etapa final do processo de contratação, não se confunde com o ‘Mapa de Riscos’ que materializa o gerenciamento de riscos nas fases antecedentes à contratação, conforme previsto na IN 5/2017 – SEGES/MPDG, cuja elaboração não está condicionada a juízo subjetivo a respeito da complexidade do objeto.

31. A elaboração do ‘Mapa de Riscos’ nas fases de elaboração dos ‘Estudos Técnicos Preliminares’ e do ‘Termo de Referência’, tem por objetivo identificar os principais riscos que possam comprometer a efetividade do ‘Planejamento da Contratação’, da ‘Seleção do Fornecedor’ ou que impeçam o alcance dos resultados que atendam às necessidades da contratação. A IN 5/2017 –

SEGES/MPDG também prevê a elaboração do ‘Mapa de Riscos’ na fase de ‘Gestão Contratual’, considerada a etapa final do processo, após eventos relevantes, durante a gestão do contrato pelos servidores responsáveis pela fiscalização, documento assemelhado à ‘Matriz de Riscos’ descrita no regulamento da VALEC.

32. Em realidade, a ‘Matriz de Riscos’ é figura introduzida pela Lei 13.303/2016, que em seu artigo 42, inciso X, apresenta a seguinte definição a ser observada na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista (grifou-se):

‘X - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, impactantes no equilíbrio econômico-financeiro da avença, e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;

b) estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de resultado, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico da licitação;

c) estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade das contratadas para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em obrigações de meio, devendo haver obrigação de identidade entre a execução e a solução pré-definida no anteprojeto ou no projeto básico da licitação.’

33. Cabe assinalar que, nos termos da lei, a ‘Matriz de Riscos’ não é mero documento administrativo, mas deve ser convertida em cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato. Conquanto nos termos do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da VALEC a elaboração da ‘Matriz de Riscos’ seja facultativa para casos como o objeto do Pregão Eletrônico 14/2018, a estatal não está desobrigada, contudo, de elaborar o ‘Mapa de Riscos’ que materializa o gerenciamento de riscos nas fases antecedentes à contratação, conforme previsto na IN 5/2017 – SEGES/MPDG c/c art. 12, inciso I e § 2º, do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da VALEC.

e.3) Parecer(es) emitido(s) pela assessoria jurídica da VALEC no respectivo processo de contratação (previsão contida no Capítulo VI do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da VALEC).

Manifestação do órgão/entidade:

34. Informa que não houve análise jurídica, conforme autorização da Superintendente de Licitações e Contratos, com fundamento no art. 22 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da VALEC.

Análise.

35. O citado dispositivo do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da VALEC limita a análise das minutas de Edital e contrato pela assessoria jurídica apenas aos seguintes casos:

i) aquisições e/ou contratações cujo objeto envolva a atividade fim da empresa;

ii) aquisições e/ou contratações que sejam oriundas de adesão à ata de registro de preços como participante ou não participante (carona); e

iii) nos casos em que a Superintendência de Licitações e Contratos da VALEC ou a autoridade competente solicitarem, desde que devidamente justificada a relevância da análise jurídica, ou da não utilização da minuta padrão.

36. Sendo a Lei 13.303/2016 omissa a respeito da necessidade de prévio exame das minutas de Edital e contrato pela assessoria jurídica e havendo disposição expressa no regulamento da VALEC que dispensa sua realização, conclui-se restar justificada a ausência de parecer(es) emitido(s) pela assessoria jurídica da VALEC no respectivo processo de contratação

e.4) Memorando 125/2018/GECAP/SUADM – análise e manifestação da GECAP mencionados pelo Pregoeiro na apreciação da impugnação interposta pela empresa ‘Trivale Administração Ltda.’ (CNPJ: 42.150.664/0001-87).

Manifestação do órgão/entidade:

37. Cópia do Memorando 125/2018-GELIC/SULIC, 1º/11/2018 encontra-se à peça 15, p. 15-20.

CONCLUSÃO

38. Diante do exposto, os elementos constantes dos autos permitem, desde já, a avaliação quanto ao mérito da presente representação como parcialmente procedente.

39. Em face da presença de indícios de violação a normas legais e regulamentares que resultaram em limitação indevida do caráter competitivo do Pregão Eletrônico 14/2018, será proposta a realização de audiência dos responsáveis na forma descrita a seguir.

(...)

F. IMPACTO DOS ENCAMINHAMENTOS PROPOSTOS

Análise:

49. A proposta de anulação do certame acarretará a necessidade de realização de outra licitação. Todavia, os efeitos decorrentes da determinação proposta poderão ser mitigados com a concomitante autorização à VALEC para que efetue contratação emergencial dos serviços ou prorrogue a vigência do atual contrato pelo tempo estritamente necessário à conclusão do novo certame.

50. Cabe assinalar que as deliberações propostas não se fundamentam em valores jurídicos abstratos e, tampouco, desconsideram suas consequências práticas ou visam estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito. Busca-se, apenas, resguardar a necessária observância de disposições legais e normativas cogentes pelos agentes públicos de incontroversa aplicabilidade em processos de licitações e contratos. A chamada em audiência dos responsáveis, de caráter personalíssimo, não acarreta ônus ou perdas de qualquer natureza ao ente administrativo, cabendo assinalar, por fim, que se trata de decisão interlocutória na qual se asseguram aos responsáveis o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

I. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Em virtude do exposto, propõe-se:

1. conhecer da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno/TCU, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

2. no mérito, considerar a presente representação parcialmente procedente;

3. indeferir o pedido de concessão de medida cautelar formulado pelo representante, tendo em vista a inexistência dos elementos necessários para sua adoção;

4. realizar a audiência dos responsáveis indicados abaixo, com fundamento nos artigos 10, § 1º, e 12, inciso III, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, para apresentar, no prazo de até quinze dias, razões de justificativa acerca das seguintes irregularidades identificadas na condução/execução do processo administrativo que resultou na realização do Pregão Eletrônico 14/2018:

a) Responsável: Mauro Sérgio Almeida Fatureto. CPF: 562.076.976-34.

Conduta do agente: na condição de Superintendente de Gestão de Pessoas, elaborou check-list de conformidade aprovando o Termo de Referência do Edital do Pregão Eletrônico 14/2018 e check-list de Conformidade de Documentos para Contratações de Serviços Comuns, no qual atesta o cumprimento da Instrução Normativa 5/2017. Todavia, o processo carecia da realização de estudos técnicos preliminares e da elaboração de ‘Mapa de Risco’ que permitissem identificar os principais riscos que pudessem vir a comprometer a efetividade do ‘Planejamento da Contratação’, da ‘Seleção do Fornecedor’ ou que pudessem impedir o alcance dos resultados que atendessem às necessidades da contratação. Ato contínuo, na condição de responsável pela área demandante, encaminhou o processo para a Superintendência de Licitações e Contratos da VALEC solicitando a contratação. Em consequência, houve publicação do Edital contendo inserção de especificações restritivas que limitaram indevidamente o caráter competitivo do certame, com possível direcionamento, evidenciado no item 13.1 do Termo de Referência e item 10.1.2.1 do Edital do Pregão Eletrônico 14/2018, ao qual acorreram apenas três licitantes, sagrando-se vencedora a atual contratada.

Critérios: art. 3º, incisos I e III, da Lei 10.520/2002, art. 20, inciso I, art. 24 e art. 26, caput e § 1º, da IN 5/2017 – SEGES/MPDG e art. 12, inciso I e § 2º, do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da VALEC.

Evidências: peça 15, p. 17-20

b) Responsável: Flávia Carneiro de Oliveira. CPF: 832.411.911-68.

Conduta do agente: na condição de Superintendente de Licitações e Contratos da VALEC, autorizou a realização do processo licitatório requerido pelo Superintendente de Gestão de Pessoas. Todavia, o processo carecia da realização de estudos técnicos preliminares e da elaboração de ‘Mapa de Risco’ que permitissem identificar os principais riscos que pudessem vir a comprometer a efetividade do ‘Planejamento da Contratação’, da ‘Seleção do Fornecedor’ ou que pudessem impedir o alcance dos resultados que atendessem às necessidades da contratação. Em consequência, houve publicação do Edital contendo inserção de especificações restritivas que limitaram indevidamente o caráter competitivo do certame, com possível direcionamento, evidenciado no item 13.1 do Termo de Referência e item 10.1.2.1 do Edital do Pregão Eletrônico 14/2018, ao qual acorreram apenas três licitantes, sagrando-se vencedora a atual contratada.

Critérios: art. 3º, incisos I e III, da Lei 10.520/2002, art. 20, inciso I, art. 24 e art. 26, caput e § 1º, da IN 5/2017 – SEGES/MPDG e art. 12, inciso I e § 2º, do Regulamento Interno de Licitações e Contratos da VALEC.

Evidências: peça 15, p. 13.

alertar o senhor Mauro Sérgio Almeida Fatureto (CPF: 562.076.976-34) e a senhora Flávia Carneiro de Oliveira (CPF: 832.411.911-68), caso constem do rol de responsáveis das contas anuais da VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias Ltda., quanto à possibilidade de as suas contas ordinárias serem julgadas irregulares em decorrência das constatações identificadas neste processo;

determinar à VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias Ltda., com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, que adote providências para anular o Pregão Eletrônico 14/2018, e informe ao TCU, no prazo de até cinco dias úteis, os encaminhamentos realizados:

autorizar a VALEC Engenharia, Construções e Ferrovias Ltda., em caráter de excepcionalidade, a efetuar contratação emergencial dos serviços ou prorrogar a vigência do atual contrato pelo tempo estritamente necessário à conclusão do novo certame;

encaminhar cópia da presente instrução aos responsáveis chamados em audiência.”

8. À peça 17, o titular da subunidade da Selog divergiu do encaminhamento do auditor que instruiu o feito, nos seguintes termos, mantidos os destaques do original:

“Muito embora a percuciente análise realizada pelo AUFC Leonel Munhoz Coimbra, divirjo da proposta constante da peça precedente, pelos motivos expostos a seguir.

2. O Acórdão 2.622/2015-TCU-Plenário, relator Ministro Augusto Nardes, tratou de levantamento realizado com objetivo de sistematizar informações sobre o estágio da governança e da gestão das aquisições em amostra de organizações da Administração Pública Federal (APF).
3. Concluiu-se, naquela oportunidade, que havia deficiências na gestão de riscos das aquisições nas organizações analisadas, mostrando-se necessário que a alta administração das organizações públicas fomentasse a cultura do gerenciamento de riscos nas aquisições, de modo a estabelecer diretrizes e capacitar os gestores nessa área.
4. Destaco a recomendação contida no item 9.9, subitem 9.9.1, do Acórdão 2.622/2015-TCU-Plenário:

‘9.9. recomendar aos órgãos e entidades a seguir relacionados que avaliem as orientações contidas no presente acórdão e adotem as medidas necessárias à implementação na sua esfera de atuação:

9.9.1. Comissão Interministerial de Governança Corporativa e de Administração de Participações Societárias da União (CGPAR);’
5. O referido acórdão vem sendo monitorado por esta Selog, que apontou estar ‘em implementação’ a recomendação contida no item 9.9.1, conforme Acórdãos 1.361/2017, relator Ministro Augusto Nardes, e 850/2018-TCU-Plenário, relator do Ministro Aroldo Cedraz.
6. Portanto, embora tenha iniciado ações com vistas ao estabelecimento de diretrizes, capacitação dos gestores e efetiva adoção de procedimentos visando à gestão de riscos nas aquisições, o Órgão de Governante Superior (OGS) do segmento das estatais ainda não implementou, tampouco disseminou às entidades abarcadas pela Lei 13.303/2016 o resultado de eventuais iniciativas no que se refere à gestão de riscos.
7. A IN 5/2017 - Seges/MP, de 26 de maio de 2017, entrou em vigor em setembro de 2017, com o contratante na fase de planejamento da contratação, conforme capítulo III, devendo observar as etapas de elaboração dos estudos preliminares, do gerenciamento de riscos, e do termo de referência/Projeto básico.
8. Embora a IN 5/2017 - Seges/MP disponha de regras e procedimentos a serem observados no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, o regulamento interno de licitações da Valec, de 2018, estabelece, no art. 1º, que é regido, dentre outras normas, pela IN 5/2017.
9. Por sua vez, o referido regulamento da Valec, conforme mencionado na instrução precedente, estabelece o seguinte:

‘Art.12 Após aprovação da autoridade competente, **as áreas demandantes deverão instruir os autos com os seguintes documentos:**

I. Documentação referente ao Planejamento da Contratação (análise de viabilidade, gerenciamento de riscos etc.), conforme o caso;’
10. Em resposta à oitiva, a Valec informa que não foi elaborado qualquer mapa de riscos, por considerar que o serviço a ser contratado era de baixa complexidade (peça 15, p. 6).
11. Não se sabe se por falta de clareza do dispositivo contido em seu regulamento, que pode ter levado à interpretação de que, a depender do caso, nem todos os documentos seriam obrigatórios, pelo fato dos normativos que tratam do assunto serem recentes, ou pela falta de orientações e diretrizes quanto ao gerenciamento de riscos em aquisições pelo OGS do segmento das estatais, os responsáveis pelo planejamento da contratação entenderam de forma equivocada que devido à baixa complexidade do serviço a ser contratado estaria dispensada a elaboração do ‘mapa de riscos’, previsto no art. 26 da IN 5/2017 - Seges/MP.
12. Em que pese a irregularidade identificada, considerando os atenuantes mencionados nos parágrafos anteriores, entendo suficiente dar ciência à Valec para evitar outras ocorrências semelhantes, tendo em vista que o gerenciamento de riscos, a ser materializado no documento

‘mapa de riscos’, deve ser elaborado, conforme a IN 5/2017, para todas as contratações, independentemente da complexidade do objeto, ao menos até que sobrevenha diretriz interna que defina, com base em indicadores consistentes, na importância da contratação para o órgão e no impacto dos possíveis resultados, quais que devem ser objeto da gestão de riscos.

13. Quanto à falta de estudos preliminares, a Valec limitou-se a afirmar que realizou pesquisa de mercado junto a todas as empresas associadas à ABBT e utilizou como balizador das taxas praticadas no mercado as compras realizadas através do Comprasnet à época da contratação.

14. Os estudos preliminares devem ser materializados em documento que contenha o definido no art. 24, §1º, da IN 5/2017 - Seges/MP, o que não foi observado pela Valec no caso em exame. Apesar da irregularidade identificada, entendo que a ausência dos estudos preliminares na forma prevista na referida instrução normativa deve ser objeto de ciência à Valec, com vistas a evitar futuras ocorrências semelhantes.

15. No que diz respeito às exigências contidas no item 10.1.2.1 do edital, necessidade de comprovação de fornecimento dos serviços licitado por pelo menos 2 (dois) anos e para o mínimo de 1000 (mil) pessoas, sua regularidade não foi questionada pelo representante, conforme instrução inicial (peça 7).

16. Ao analisar novamente essas exigências, entendo que a comprovação de fornecimento dos serviços licitados por pelo menos 2 (dois) anos estaria amparada no item 10.6, alínea ‘b’, do Anexo VII da IN 5/2017 Seges/MP, afastando-se, portanto, a irregularidade apontada na instrução precedente.

‘IN 5/2017 - Seges/MP.

10.6. Na contratação de serviço continuado, para efeito de qualificação técnico-operacional, a Administração Pública poderá exigir do licitante:

...

b) comprovação que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado, mediante a comprovação de **experiência mínima de três anos** na execução de objeto semelhante ao da contratação, podendo ser aceito o somatório de atestados;’

17. Quanto à exigência de fornecimento anterior para no mínimo 1000 (mil) pessoas, conforme mencionado nas instruções anteriores, consoante sólida jurisprudência do TCU, é irregular a fixação de quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar (dentre outros, Acórdãos 737/2012, Ministro Relator Marcos Bemquerer, e 827/2014, Ministro Relator Augusto Sherman, ambos do Plenário).

18. No entanto, é importante considerar que há, apenas no setor público, diversas empresas estatais com mais de 1.000 (mil) empregados e que fornecem vale-alimentação e vale-refeição a seus funcionários. Com isso, embora a exigência contrarie a jurisprudência do TCU, entendo que não é o bastante para restringir a competitividade do certame. A participação de ‘apenas’ 3 (três) empresas na disputa também não é elemento suficiente para se afirmar que houve restrição excessiva à competitividade.

19. Analisando a ata do pregão, verifica-se que houve disputa entre as licitantes na fase de lances, sagrando-se vencedora a empresa Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A, com taxa de administração negativa de 3,52%.

20. Portanto, não estando configurada a materialização da potencial restrição, entendo suficiente dar ciência à Valec da irregularidade identificada, com vistas a evitar outras ocorrências semelhantes.

21. Isso posto, submeto os autos à consideração superior propondo:

a) conhecer da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/, c/c os arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno/TCU, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

b) no mérito, considerar a presente representação **parcialmente procedente**;

c) dar ciência à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias Ltda., com fundamento no art. 7º da Resolução - TCU 265/2014, sobre as seguintes impropriedades/falhas, identificadas no Pregão Eletrônico 14/2018, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes:

I) ausência no planejamento da contratação de estudos preliminares e gerenciamento de riscos, na forma prevista nos arts 20, 24 e 26 da IN 05/2017 - SEGES/MP, c/c o art. 12 do Regulamento Interno de Licitações da Valec;

II) a exigência contida no item 10.1.2.1 do edital do certame, de comprovação de capacidade técnica operacional por meio de fornecimento anterior para universo de no mínimo 1.000 (mil) pessoas, contraria a jurisprudência do TCU, que considera irregular a fixação de quantitativo mínimo superior a 50 % do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, tendo em vista que o quantitativo de pessoas que se destina o benefício é composto por 1.195 pessoas, conforme Acórdãos 737/2012, Ministro Relator Marcos Bemquerer, e 827/2014, Ministro Relator Augusto Sherman, ambos do Plenário, entre outros.

d) informar à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias Ltda. e ao representante que o conteúdo da deliberação que vier a ser proferida poderá ser consultado no endereço www.tcu.gov.br/acordaos; e

e) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, III, do Regimento Interno deste Tribunal.

9. À peça 18, a titular da unidade instrutora aquiesceu ao parecer emitido pelo titular da subunidade.

É o relatório.