GRUPO II – CLASSE I – Plenário
TC-019.659/2013-0
Natureza: Agravo (em processo de Representação)
Unidades: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamento Nacional (Senai-DN); Serviço Social da Indústria - Departamento Nacional (Sesi-DN)
Recorrentes: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamento Nacional (Senai-DN); Serviço Social da Indústria - Departamento Nacional (Sesi-DN)
Advogados constituídos nos autos: Mauro Porto (OAB/DF 12.878) e outros (peça 26).

SUMÁRIO: AGRAVO CONTRA MEDIDA CAUTELAR. REPRESENTAÇÃO EM FACE DE POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM CONCORRÊNCIA CONJUNTA PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA E ASSESSORIA DE IMPRENSA. CONHECIMENTO. RECEBIMENTO SEM O EFEITO SUSPENSIVO PLEITEADO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. CIÊNCIA AOS RECORRENTES. RESTITUIÇÃO DOS AUTOS PARA EXAME DE MÉRITO.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamento Nacional (Senai-DN) e pelo Serviço Social da Indústria - Departamento Nacional (Sesi-DN) em face de medida cautelar deferida por este Relator em despacho de peça 31, por meio do qual foi determinada a suspensão da Concorrência Conjunta 10/2013 (técnica e preço), lançada com o objetivo de contratar empresa especializada para a prestação de serviços de consultoria e assessoria de imprensa, análise de noticiário, monitoramento e planejamento de ações em redes sociais.

2. A cautelar foi adotada após a realização de oitiva prévia, prevista no § 2º do art. 276 do RI/TCU, e foi submetida ao Plenário na sessão do dia 23/10/2013.

3. No recurso apresentado (peça 40), as entidades sustentam a ausência dos pressupostos para adoção da cautelar em razão da ausência de urgência ou receio de grave lesão, ou mesmo de ineficácia de qualquer decisão de mérito, além de sustentarem a inexistência de *fumus boni juris*, conforme sucintamente apresentado a seguir.

4. Iniciam informando que a Concorrência 10/2013 teria ultrapassado a fase de exame dos documentos de habilitação das quatro licitantes que participaram do certame e que a sessão pública de abertura dos envelopes ocorreu em 2/8/2013, sem a presença da representante. Após a análise da documentação de habilitação, com três empresas habilitadas, apenas uma foi classificada na fase de propostas técnicas (FSB Divulgação Ltda.), encontrando-se o processo no prazo de contrarrazões, conforme disposto no edital. Assim, restariam ainda diversas fases do certame, que poderão ser interrompidas caso os efeitos da medida cautelar sejam mantidos.

5. Nessa linha, aduzem as entidades que *"de pronto deveria ser afastado o periculum in mora, pois ainda restam diversas fases para a homologação do resultado do certame e adjudicação do objeto, cujo atraso injustificado traria sérios danos às agravantes"*. E aponta que antes da homologação existem diversas etapas como a divulgação do resultado do exame das propostas técnicas, a análise de eventuais recursos, a abertura das propostas de preço, a análise e divulgação do resultado do exame das propostas de preço, a valorização e avaliação das propostas técnicas, a classificação das propostas, para, ao final, promover-se o julgamento das propostas das licitantes. O contrato, por sua vez, somente poderá ser assinado após a adjudicação do objeto da licitação, em fase

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50751031.

posterior ao julgamento final e consequente homologação do procedimento, com a indicação da licitante vencedora, o que ainda demandará meses para ocorrer.

6. Alegam que um processo dessa magnitude demanda tempo e recursos que não podem ser desperdiçados, e que a fase externa teve início em agosto, prevendo a contratação por um período inicial de 12 meses, cujo objeto é específico e essencial para os agravantes. Qualquer atraso desnecessário colocaria em risco, segundo os recorrentes, as atividades de assessoria de imprensa para o Sesi e o Senai no próximo ano, motivo pelo qual sustentam haver *periculum in mora reverso.*

7. No sentir dos agravantes, a interrupção da contratação pretendida privaria as entidades de serviço essencial ao cumprimento de sua missão institucional, sendo vital o fortalecimento da estrutura de comunicação, que não poderia sofrer atrasos ou comprometimento de seu planejamento para 2014. Mesmo antes da contratação pretendida, a suspensão do certame causaria um atraso indevido no julgamento das propostas.

8. A própria decisão, ao ver das agravantes, reconheceria que o prosseguimento do certame até a assinatura do contrato não acarretaria qualquer prejuízo, ao admitir a hipótese da suspensão somente de sua execução, caso o contrato tivesse sido assinado, de modo que a decisão poderia ser modulada somente à execução do contrato, permitindo que as agravantes pudessem prosseguir com a licitação até a homologação do resultado, vez que inexistentes os requisitos da cautelar. Cita, nesse sentido, o precedente Acórdão 1.542/2012 – Plenário, em cuja ementa se verifica a revisão de cautelar com vistas a permitir a continuidade de licitação sem autorizar a adjudicação da contratação dela decorrente.

9. No que concerne ao *fumus boni juris*, os argumentos trazidos em sede recursal são os apresentados nas linhas seguintes.

10. Primeiro, aponta que a representante tenta impugnar o edital invocando dispositivos da Constituição Federal, da Lei 8.666/1993, bem como o Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e Senai. Porém, os serviços sociais autônomos não estão obrigados a observar os estritos termos da Lei 8.666/1993, mas somente os princípios gerais da Administração, conforme jurisprudência deste Tribunal, como por exemplo, os Acórdãos 1.386/2009 e 526/2013, ambos do Plenário.

11. Segundo, no que tange à indicação de que o edital teria adotado o tipo técnica e preço sem que constasse dele ou do termo de referência justificativa para a distribuição de peso 7 para a nota técnica e peso 3 para a avaliação de preço, aduz ter sido evidenciada justificativa para tal no processo licitatório. Nesse sentido, aduz que o serviço pretendido não pode ser considerado como "*comumente ofertado ao setor público e à iniciativa privada",* até porque o Sesi e o Senai não são entidades comuns. Ademais, teria constado do edital os critérios adotados para a atribuição dos pesos na análise das propostas técnicas, de modo objetivo, e a demonstração da justificativa teria ficado evidente no processo, conforme o seguinte trecho transcrito no recurso:

> *"Por tratar-se de um serviço de grande complexidade, envolvendo muitas variáveis técnicas e fatores críticos para sua execução, tais como: especialidade técnica nas áreas de comunicação e jornalismo, fazendo atendimento, planejamento, análise de noticiários e redes sociais na internet, produção de conteúdo e identificação, distribuição e negociação de pautas com de veículos de comunicação diversos, é necessária experiência comprovada nesse tipo de serviço, justifica-se a realização de licitação na modalidade técnica e preço (70% técnica e 30% preço).* ***Isso possibilita a contratação de um serviço com alto padrão de qualidade, dentro dos parâmetros desejados.***
>
> *(...)*
>
> *Por tudo isso, é alta a dependência de um eficaz e capilar sistema de informações e captura de notícias, bem como de recursos intelectuais altamente qualificados.* ***É fundamental que os profissionais da empresa contratada sejam experientes e competentes para analisar o posicionamento do Sesi e Senai na mídia, identificar oportunidades de pautas, planejar estratégias de divulgação adequadas para cada situação e gerenciar possíveis crises"*** (grifos da transcrição).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50751031.

12. Reforçam que a proporção adotada para a proposta técnica encontra justificativa nos elementos trazidos nos autos, com destaque para a *"extrema importância para a garantia das entregas desejadas pelo Sesi e pelo Senai e para garantia da qualidade do serviço a ser realizado pela empresa contratada"*. Cita, no mesmo padrão do adotado, e como referência, a Concorrência 02/2012 do Sebrae, de objeto semelhante, no qual se utilizou o mesmo critério de 70% para técnica e 30% para o preço. E, também, a Concorrência 01/2012 do Sescoop/SP.

13. Em sequência, afirmam não ter havido prejuízo à competitividade, tendo em vista a apresentação de diversas propostas no certame. E, no caso da concorrência em questão, de acordo com a natureza das contratantes, também foram previstos parâmetros de atribuição de notas, minimizando o grau de subjetividade da análise técnica.

14. No terceiro ponto questionado, relativo à exigência de tempo de experiência e qualificação indicada, com imposição de ônus desnecessário antes da contratação, afirmam ter havido equívoco da representante uma vez que o item não impõe qualquer contratação prévia de equipe técnica de profissionais ou ônus desnecessário às licitantes. De acordo com o subitem 3.9.2 do edital, as licitantes deveriam comprovar a existência de uma equipe técnica de profissionais qualificados em número suficiente para desenvolver o trabalho, a fim de possibilitar o perfeito cumprimento das obrigações, de acordo com o perfil exigido. No entanto, não se exige vínculo prévio, bastando a indicação de nomes e a apresentação de termo de compromisso, conforme subitem 3.11 do edital.

15. Segundo as agravantes, a instrução da Selog teria entendido não ser razoável que as licitantes fossem obrigadas a apresentar termo de compromisso com a equipe técnica requerida no edital, *"pela simples razão que tal exigência desestimularia a concorrência"*. Porém, a simples exigência de termo de compromisso não desestimula, ao ver da agravante, ampla participação no certame, nem imporia ônus desnecessário a qualquer licitante.

16. Concluindo essa parte do recurso, assevera que a jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de evitar apenas a exigência de profissional em quadro próprio da licitante, e não de mero termo de compromisso, a exemplo do decidido no Acórdão 526/2013 – Plenário.

17. No que tange à previsão de critérios restritivos para pontuação de atestados técnicos, como atestar execução de serviços com o mínimo de cem empregados e atendimento a entidades industriais e educacionais, apontado pela representante, as recorrentes alegam que os atestados servem apenas para efeitos de pontuação técnica, não dotados de critério restritivo, pois empresas que não atendem a esse requisito podem concorrer no certame.

18. A comprovação de atendimento a entidades industriais e/ou educacionais se justificaria em razão de os temas serem afins aos tratados pelo Sesi/Senai. Já a pontuação relativa aos mais de cem funcionários, se justificaria pelo porte e abrangência nacional dessas entidades, sendo proporcional ao tipo de serviço demandado.

19. Acerca da proibição de somatório de atestados para fins de comprovação de tempo de experiência, aduz que se referiu a critério de pontuação e não de habilitação técnica. A exigência mínima de 5 anos de experiência na prestação de serviços a um mesmo cliente procura atribuir maior pontuação àquelas que demonstrem maior fidelização na prestação do serviço sem quebra de continuidade, uma característica essencial visada pelas entidades. Busca-se, conforme esclarecimentos dos recorrentes, a comprovação da prestação dos serviços a médio e longo prazo e não o simples somatório de diversos contratos de curto prazo, valorada nos seguintes itens:

> "4.6.2.1 A pontuação será obtida a partir da apresentação destes atestados pelas licitantes, considerando os critérios de avaliação:
>
> a) Comprovação de que a licitante prestou serviços de assessoria de imprensa para empresas de grande porte (considerado para efeito de pontuação aquelas com, no mínimo, 100 (cem funcionários);

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50751031.

b) Comprovação de experiência profissional da licitante em atividades de assessoria de imprensa (considerado para efeito de pontuação, no mínimo, 5 (cinco) anos de experiência);

c) Comprovação de que a licitante atende ou atendeu entidades educacionais e/ou industriais, tais como escolas, colégios, faculdades, entidades do Sistema Industria (CNI, Sesi, Senai, IEL, federações e sindicatos industriais) e associações industriais e/ou educacionais ".

20. Tendo por base esses critérios, as agravantes aduzem o seguinte:

"Como se percebe, o objetivo dessa comprovação de atestado único é verificar a capacidade da empresa de reter clientes no longo prazo, o que atesta a qualidade dos serviços prestados e a satisfação das empresas que contrataram os serviços das licitantes. Esse critério é fundamental haja vista que a contratação é inicialmente prevista em 12 (doze) meses, mas que, em tese, poderá ser renovada por até 60 (sessenta) meses.

Ora, além de não serem exigências eliminatórias, a atribuição de peso equivalente a 15% à comprovação da experiência das licitantes está nitidamente dentro do principio da razoabilidade.

Assim, além de não representar qualquer exigência que iniba a participação na licitação, os requisitos pontuados na proposta técnica visam tão somente o aprimoramento da melhor escolha para as reais necessidades das entidades licitadoras, na forma definida no edital, conferindo concretude aos parâmetros adotados, sem qualquer subjetivismo".

21. Por fim, acerca do indício de irregularidade apontado pela Selog, segundo o qual de acordo com as características do objeto a licitação versaria sobre prestação de serviços da qual resultaria a entrega de produtos, de modo que a cotação de preços deveria ser por produto entregue e não por "homem x hora", tece as considerações seguintes nas razões do agravo:

21.1 – há equívoco em relação à natureza do serviço, que não se trata de mera entrega de produto, mas serviços especializados de consultoria e assessoria de imprensa, mostrando-se inadequados os precedentes indicados na instrução, relativos à prestação de serviços de Tecnologia da Informação - TI;

21.2 – o raciocínio aplicado à Administração Pública (IN SLTI 4/2008) não pode ser aplicado à licitação em tela, seja pela especificidade do objeto, que não se trata de TI, seja pela inexistência de regra específica dirigida às entidades, mostrando-se indevida a exigência de cotação de preços por produto entregue em vez da previsão de pagamento por homem x hora, tanto em razão da falta de previsão legal como diante da natureza do serviço;

21.3 – a Selog até concorda que não há regra específica sobre o assunto, mas defende que o TCU entende que nessa situação o gestor deve procurar os parâmetros a serem observados nas normas que regem a Administração Pública e na jurisprudência (Acórdão 526/2013 – Plenário);

21.4 – o item 13 da decisão agravada já havia destacado que a falta de critérios para aferir a adequação dos serviços/produtos solicitados nas ordens de serviço não seria causa suficiente para fundamentação cautelar e o apontamento da Selog trata apenas de uma recomendação que deveria ser analisada caso a caso;

21.5 – a mensuração do serviço, fiscalização e garantias para o pagamento foram muito bem dimensionadas no edital e termo de referência (itens 7.3, 14.5 e 15.5 do edital, e itens 2.3, 4.2 e 4.4 do contrato). Apesar disso a Selog entendeu que não restou adequadamente afastada a possibilidade de remuneração por produto e além de não vislumbrar qual seria a melhor opção, verifica-se uma interferência indevida na discricionariedade das entidades licitantes;

21.6 – "dessa forma, mostra-se perfeitamente adequada a previsão de pagamento dos serviços por horas trabalhadas, tendo em vista a inexistência de previsão legal no sentido contrário, observando, ainda, a natureza dos serviços a serem contratados e a previsão de critérios de controle para a remuneração da contratada, devidamente vinculados à efetiva entrega dos serviços demandados".

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50751031.

22. Ao concluir, as agravantes formulam os seguintes pedidos:

a) concessão de efeito suspensivo ao agravo, na forma do art. 289, § 4º, do RI/TCU;

b) a revogação da cautelar, ante o *periculum in mora* reverso;

c) alternativamente, que se autorize o prosseguimento da licitação até a homologação do procedimento, com a indicação da vencedora, a exemplo do acórdão 1.542/2012 – Plenário;

d) no mérito, sejam negados os pedidos formulados pela representante, revogando-se a cautelar e arquivando-se o processo.

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50751031.