PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Em exame representação formulada pela empresa Ideorama Comunicação Ltda. EPP, em face de possíveis irregularidades na condução da Concorrência Conjunta Sesi-Senai 10/2013, do tipo técnica e preço, realizada com vistas à contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de consultoria e assessoria de imprensa, análise de noticiário, monitoramento e planejamento de ações em redes sociais para promover os programas e projetos do Serviço Social da Indústria (Sesi) e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai), com estimativa de custo de R$ 2.400.000,00.

2. Preliminarmente, consigno que a representação preenche os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno, razão pela qual pode ser conhecida por este Tribunal.

3. Como visto no relatório precedente, após realização de oitiva prévia do Sesi/Senai acerca dos indícios de irregularidades apontados, determinei a suspensão cautelar da licitação. A medida cautelar foi objeto de agravo, recurso esse interposto pelas entidades, e que teve seu provimento negado por este Tribunal, nos termos do Acórdão 3.267/2013 – Plenário.

4. Após o *decisum* foi oportunizado ao Sesi/DN e ao Senai/DN o prazo de quinze dias para que se pronunciassem sobre o mérito das questões debatidas nesta representação, tal como antes determinado na parte final do despacho concessivo da cautelar à peça 31.

5. Consoante exposto no relatório precedente, as referida entidades não trouxeram aos autos elementos novos. Limitaram-se a reafirmar aqueles já apresentados por ocasião da oitiva prévia e do agravo interposto contra a cautelar, mantendo-se, assim, desta feita, a convicção sobre a existência de irregularidades no edital de licitação, as quais conduziriam, nesta etapa processual, à expedição de determinação para anulação da concorrência suspensa cautelarmente.

6. Neste ponto, aduzo, desde logo, que acompanho a análise empreendida na instrução precedente, no que tange à confirmação da existência de parte das irregularidades apontadas na inicial e instruções que lhe foram posteriores. Todavia, no que tange ao encaminhamento alvitrado, penso haver necessidade de alterações, seja em razão de que apenas parte das irregularidades restaram confirmadas, no mérito (e assim, portanto, a procedência deve ser parcial), seja em razão da apresentação de novos elementos, posteriores ao término da etapa de instrução, concernentes à revogação do certame pelas entidades, para fins de sua revisão.

7. Iniciando pelos novos elementos apresentados, cabe ponderar qual encaminhamento deveria ser conferido a esta representação, tendo em vista sua revogação pelas entidades. Essas pugnam pelo arquivamento do procedimento fiscalizatório, sugerindo, como motivo para tanto, sua perda de objeto em face da revogação do certame.

8. Não resta dúvida de que suspensão cautelar da licitação, outrora determinada por este Relator e referendada pelo Plenário, resta prejudicada, tendo havido a perda de seu objeto com a revogação da licitação, eis que extirpado o risco de ineficácia de decisão de mérito, bem assim o perigo relativo à contratação em certame eivado de vícios.

9. Entretanto, no que tange ao exame de mérito da matéria posta em discussão, penso que o caminho adequado não mais passa pela perda de objeto da representação, em face da revogação do certame, eis que essa ocorreu somente após a instauração e consumação do contraditório, com a realização de oitivas prévias e posteriores, sobre as questões trazidas nesta representação. Ocorreu após o julgamento de recurso de agravo, onde as questões também foram debatidas. Bem assim, porque tal revogação da licitação somente ocorreu após o término da etapa de instrução do feito, já tendo as entidades conhecido o posicionamento de mérito da unidade técnica deste Tribunal sobre as irregularidades, que, embora não possua o caráter definitivo, sinalizava a manutenção dos indícios de irregularidades apontados. Aduzo, ainda, que a revogação se deu sem vinculação ao compromisso de realização de nova licitação escoimada dos vícios apontados por este Tribunal em sede de cautelar. A revogação se deu sob a alegação, tão somente, de haver necessidade de revisão do edital, sem apontar a este Tribunal em quais pontos se dariam essa revisão.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51123897.

10. Dessarte, entendo que a revogação da licitação, neste caso específico, conduz à perda de objeto da cautelar, mas não da representação em si, cujo exame de mérito se faz necessário com vistas a orientar pedagogicamente as entidades de modo a evitar a repetição do certame com as irregularidades aqui examinadas.

11. Assim, no que tange ao mérito, entendo que o não afastamento dos indícios de irregularidades apontados conduzem ao julgamento pela procedência parcial da representação, com consequente expedição de determinação sugerida pela Selog, aliada à ciência das irregularidades, a serem transmitidas às entidades licitantes com vistas a orientá-las em futuros certames licitatórios, inclusive, em caso de repetição da licitação, cujo edital se encontra em revisão.

12. Conforme reportado na instrução precedente, na inicial a representante, Ideorama Comunicação Ltda. EPP, alegou ter havido a inserção de exigências que causariam restrição indevida da competitividade do certame licitatório, relativas ao critério de pontuação adotado e à demonstração da capacidade técnica, conforme a seguir:

a) o critério de pontuação seria desproporcional e injustificado, porquanto o item 4.5.1 – Valoração da proposta técnica – fixa que será desclassificada a proposta que não alcançar a pontuação mínima de 70 pontos, no total de 100, atribuindo peso na proporção de 70% para a proposta técnica e 30% para a proposta de preços, segundo o item 4.5.2 do edital;

b) haveria exigência de comprovação da execução de contrato com valor anual acima de R$ 1.000.000,00, conforme previsto nos itens 4.6.1 e 4.6.2 do edital, o que representa valor superior ao limite de 50% da prestação de serviços objeto da licitação;

c) teria havido proibição do somatório de atestados para fins de comprovação de tempo de experiência técnica da licitante, segundo esclarecimento prestado pela CPL no documento de peça 8, p. 1 (PERGUNTA 4), acerca do item 4.6.2.1, "b", do Edital e 11.3.2 do Termo de Referência; e

d) o edital teria incluído limitação de tempo ou de época para os atestados de capacidade técnica, os quais deverão comprovar experiência no objeto da licitação a partir do ano 2000, conforme item 4.6.2.

13. Outra possível irregularidade, decorrente da análise que fez a secretaria, seria a de que a licitação versaria sobre prestação de serviços da qual resultaria entrega de produtos, sendo assim a cotação de preços deveria ser por produto entregue e não por "homem x hora".

14. Submetido o feito ao escrutínio deste Relator, determinei que fosse realizada a oitiva prévia do Sesi-Senai – Departamento Nacional, para que se pronunciassem sobre as exigências que restringiriam a competitividade do certame, assim referidas:

14.1 – no item 4.5.2 do edital, adoção de licitação do tipo técnica e preço, sem que constasse do edital ou do termo de referência justificativa para a atribuição de peso 7 para a nota técnica e peso 3 para a avaliação do preço;

14.2 – nos itens 4.6.1.1 e 4.6.2 do edital, comprovação da execução de contrato com valor anual acima de R$ 1.000.000,00, o que representa, com base no patrimônio líquido exigido, valor superior ao limite de 50% da prestação de serviços objeto da licitação;

14.3 – nos itens 4.6.2.1,"b", do edital e 11.3.2 do Termo de Referência, proibição do somatório de atestados para fins de comprovação de tempo de experiência profissional, segundo esclarecimento prestado pela Comissão Permanente de Licitação no documento "Perguntas e Respostas";

14.4 – no item 4.6.2 do edital, limitação de tempo ou de época para os atestados de capacidade técnica;

14.5 – no item 3.9.2 do edital, exigência de a licitante, como critério de qualificação técnica, possuir equipe técnica de profissionais, com tempo de experiência e qualificação indicada, em número suficiente para desenvolver o trabalho, impondo ônus desnecessário antes da contratação;

14.6 – no item 4.6.1.1 e 4.6.2.1 do edital, 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.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51123897.

15. Determinei, ainda, que fosse realizada oitiva pelo fato de que, consoante as características do objeto, a licitação versaria sobre prestação de serviços da qual resultaria na entrega de produtos, sendo assim a cotação de preços deveria ser por produto entregue e não por "homem x hora" (item 14.1 do Termo de Referência - Anexo I do edital, e itens 4.1 e 4.2 da Minuta do Contrato - Anexo IV do Edital), consoante jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 667/2005 e 786/2006, ambos do Plenário, e Acórdão 4.156/2013-TCU-2ª Câmara).

16. Em instrução de peça 28 a secretaria concluiu que não teriam sido apresentados argumentos suficientes para elidir os indícios de irregularidades reproduzidos nos itens 14.1, 14.3, 14.5, 14.6 retro, bem como quanto ao modelo de remuneração, se por produto ou "homem x hora", razão pela qual persistiriam os motivos ensejadores da adoção da medida.

17. Além deles, a unidade técnica apontou outro indício de irregularidade, decorrente do exame que se fez sobre as alegações das instituições contratantes, qual seja, a *"ausência de mecanismos para a devida remuneração dos serviços no modelo adotado, conforme a seguir exposto: não foram previstos critérios/mecanismos a serem utilizados para calcular/estimar, previamente, à ordem de serviço, o volume de horas necessárias para a realização de cada trabalho específico; não foram previstos critérios para aferir a adequação dos serviços/produtos solicitados nas ordens de serviço (Acórdão 667/2005-TCU-Plenário)."*.

18. Ao deferir a cautelar proposta pela Selog, ponderei que esse último indício de irregularidade não seria causa suficiente para fundamentação da medida, porquanto a ausência dos referidos mecanismos poderia ser suprida no momento da celebração do contrato, ou até mesmo por ocasião do início de sua execução, mediante a celebração de aditivo ou adoção de procedimentos no sentido de se estabelecer, previamente, o volume de horas necessárias, caso se constatasse a adequação do modelo de contratação desenhado no edital.

19. No entanto, quanto aos demais itens apontados como indícios de irregularidades remanescentes, após defesa apresentada pelas entidades, reputei suficientes para a adoção da cautelar.

20. Após todas as justificativas apresentadas, verifico que persistiram vários dos indícios de irregularidades questionados.

21. Conforme já aduzi anteriormente nestes autos, no Acórdão 526/2013 – Plenário este Tribunal deixou assente não serem suficientes justificativas de que a atividade publicitária tem muitos fatores críticos para sua execução a justificar uma técnica com valoração mais que o dobro do preço ofertado. Tamanha disparidade deveria ser justificada mediante estudo capaz de sustentá-la, de modo a afastar a contraposição de pesos pela relação 6 x 4 ou de paridade entre as propostas, na relação técnica x preço. Não basta que haja justificativa no processo, necessita ela efetivamente dar sustentação ao tipo adotado, ou seja, a justificativa deve ser razoável e adequada.

22. Conforme já tive oportunidade de expor, por ocasião da apreciação do agravo interposto contra a cautelar deferida nestes autos, a justificativa para a adoção dos pesos indicados no edital não se revelou adequada para tamanha disparidade, nem observou o entendimento deste Tribunal explicitado em deliberação especialmente dirigida às então agravantes, tendo em vista o que restou consignado no referido Acórdão 526/2013 – Plenário, envolvendo essas mesmas entidades:

> "De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, para 'a distribuição privilegiada de peso em favor da nota técnica deveria restar caracterizada a complexidade do certame e o impacto sobre os preços contratados', estando acompanhada de estudo demonstrando que a disparidade verificada é justificável (item 33 do relatório e 11 do voto condutor do Acórdão 1.488/2009-Plenário). Ainda de acordo com esse acórdão, *'a simples adoção da licitação do tipo 'técnica e preço' já proporciona a contratação de propostas de melhor qualidade, uma vez que a técnica passa a compor a nota final do certame, abrindo possibilidade para que, a despeito de apresentarem custos superiores, empresas com técnica mais apurada vençam a disputa' (item 15 do voto). Esse também é o entendimento constante dos Acórdãos 1.782/2007, 29/2009, 2017/2009, 327/2010 e 1.041/2010, todos do Plenário, dentre outros*." (destaquei)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51123897.

23. Por ocasião do referido julgado este Tribunal já havia determinado às referidas entidades (Sesi/Senai – DN), que se abstivessem de prever, em caso de licitação do tipo técnica e preço, excessiva valoração atribuída ao quesito "técnica", em detrimento do "preço", sem amparo em justificativas técnicas suficientes que demonstrem sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa, observando o art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi/Senai (subitem 9.1.6 do Acórdão 526/2013 - Plenário).

24. Outrossim, vejo que a disposição editalícia relativa à exigência de equipe técnica de profissionais, com tempo de experiência e qualificação indicada, em número suficiente para desenvolver o trabalho, com a prévia apresentação de termo de compromisso e indicação dos nomes, também não restou devidamente justificada. O edital previa que caso não houvesse vínculo empregatício ou contrato de prestação de serviços entre a licitante e o profissional indicado para compor a equipe técnica mínima, caberia ao licitante apresentar termo de compromisso assinado pelo profissional indicado no qual se comprometeria a compor a equipe técnica caso a licitante viesse se sagrar vencedora (subitens 3.10, 3.11 do edital – qualificação técnica; e 10.3 e 10.4 do Anexo I, Termo de Referência).

25. Em que pese não exigir formalmente o vínculo empregatício ou contratual, tal exigência impunha, efetivamente, ônus ao licitante, uma vez que precisaria não apenas indicar o profissional, como também obter dele compromisso de composição da equipe técnica que faria os trabalhos objeto do contrato, situação que, na prática, impõe à licitante o estabelecimento de vínculo com o profissional indicado.

26. Relativamente ao atestado de execução de serviços com o mínimo de cem empregados e atendimento a entidades industriais e educacionais, a exigência de atendimento a entidades industriais e educacionais foi considerada pertinente ao objeto da licitação e aos objetivos pretendidos com a contratação, conforme instrução de peça 28 (item 11.4), desde que observados critérios razoabilidade e proporcionalidade na pontuação do quesito, e que haja justificativa para tal. Todavia, a comprovação da prestação de serviços a entidades com mais de cem empregados não restou devidamente justificada, haja vista ter se pautado apenas no porte das entidades Sesi/Senai.

27. Também não houve justificativa adequada para a proibição do somatório de atestados para fins de comprovação de tempo de experiência profissional. O argumento de que visaria atribuir melhor pontuação a contratadas que demonstrassem, mediante um único atestado, o cumprimento da exigência mínima de 5 anos na prestação de serviços a um mesmo cliente, e de que tal exigência de pontuação teria o objetivo de aferir a capacidade dessa empresa de reter clientes no longo prazo, comprovando a qualidade dos serviços prestados e a satisfação de quem contrata, não é razoável.

28. Por esse critério, seria pontuada uma empresa responsável pela prestação de serviços a um único cliente, por cinco anos consecutivos, ao passo que outra empresa, com carteira de dezenas de clientes, porém com contratos de até quatro anos, não seria pontuada. Reafirmo que não vejo como aferir a qualidade dos serviços prestados por ambas as empresas, como deseja o Sesi/Senai, mediante tal critério. Sem um estudo adequado, poder-se-ia inferir, por exemplo, em linha diversa da exigida no edital, que a prestação de serviços a vários clientes, ainda que em períodos de contratos inferiores a cinco anos, implicaria no reconhecimento do mercado acerca da qualidade da prestação dos serviços, haja vista a dimensão e a diversificação da carteira de clientes, denotando ampla aceitação da empresa no mercado. O que respaldaria quaisquer desses critérios seriam estudos capazes de embasar referidas afirmativas ou referidas exigências, ou a solicitação de apresentação de atestado de qualidade técnica na prestação dos serviços junto a outras instituições. E, embora seja o critério apenas de pontuação e não de habilitação, ganha relevância excessiva na competição, vez que se utiliza do peso 7 à técnica.

29. Por fim, no que tange ao modo de remuneração do contrato, se por produto ou mediante "homem x hora", não foi esclarecido, no prazo oportunizado de quinze dias para a manifestação do Sesi/Senai sobre as questões remanescentes indicadas na instrução, nem demonstrado, detalhadamente, os serviços que seriam realizados e a impossibilidade de que sua contratação mediante o pagamento

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51123897.

pelo produto, em que pese várias das atividades previstas mais se aproximarem de produtos, segundo se depreende de suas indicações:

29.1 – atividade 1: serviços de consultoria e assessoria de imprensa;
29.2 – atividade 2: produção de newsletters;
29.3 – atividade 3: webdesign;
29.4 – atividade 4: produção de atividade diária de mídia;
29.5 – atividade 5: produção de relatório mensal de análise de mídia;
29.6 – atividade 6: monitoramento e análise de mídias sociais na internet;
29.7 – atividade 7: diagnóstico e plano de ação para mídias sociais na internet.

30. Sobre a questão, à vista de maior detalhamento por parte das entidades licitantes, limito-me a propor que este Tribunal dê ciência às entidades de que a ausência de justificativa para a mensuração dos serviços por homem/hora (item 14.1 do Termo de Referência - Anexo I do edital, e itens 4.1 e 4.2 da Minuta do Contrato - Anexo IV do Edital), contraria jurisprudência do Tribunal de Contas da União (Acórdãos 667/2005 e 786/2006, ambos do Plenário, e Acórdão 4.156/2013-TCU-2ª Câmara) acerca das modalidades de execução contratual de produtos e serviços, bem assim, de que no edital em questão foram encontradas as seguintes falhas, que se esperam não ser repetidas em futuros certames das entidades:

30.1 – ausência de mecanismos para a devida remuneração dos serviços no modelo adotado:

a) não foram previstos critérios/mecanismos a serem utilizados para calcular/estimar, previamente à ordem de serviço o volume de horas necessárias para a realização de cada trabalho específico;

b) não foram previstos critérios para aferir a adequação dos serviços/produtos solicitados nas ordens de serviço, contrariando jurisprudência do TCU (Acórdãos 667/2005 e 187/2014, ambos do Plenário).

31. Penso, por fim, que se torna pertinente fazer a determinação alvitrada pela Selog, no sentido de que caso as entidades venham a promover nova licitação em substituição à Concorrência Conjunta 10/2013, se abstenham de incluir cláusulas editalícias que contenham as irregularidades indicadas nesta representação.

Ante o exposto, acolhendo em essência o parecer da unidade técnica, com ajustes considerados pertinentes, manifesto-me por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 26 de março de 2014.

AUGUSTO SHERMAN CAVALCANTI
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 51123897.