

TC 019.659/2013-0

Tipo de processo: Representação (pedido de reexame).

Unidade jurisdicionada: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamento Nacional e Serviço Social da Indústria - Departamento Nacional.

Recorrentes: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamento Nacional (CNPJ 33.564.543/0001-90) e Serviço Social da Indústria - Departamento Nacional (CNPJ 03.795.086/0001-84).

Advogado: Mauro Porto (OAB/DF 12.878), procuração às peças 22, p. 5-8, e 26.

Pedido de sustentação oral: Não há.

Sumário: Representação. Requisitos previstos no edital de licitação restritivos à competitividade. Medida cautelar. Negativa de provimento a agravo. Revogação do procedimento licitatório. Perda do objeto da medida cautelar. Provimento parcial da representação. Determinações. Pedido de reexame. Conhecimento. Legitimidade da representante. Possibilidade de expedição de determinação em processo com perda de objeto. Determinação genérica. Exigências que restringem o caráter competitivo do certame. Indicação de profissionais antes da celebração do contrato. Pagamento por homens x horas. Negativa de provimento. Comunicações.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame contra o Acórdão 743/2014-TCU-Plenário (peça 69), interposto conjuntamente pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – SENAI/DN, e Serviço Social da Indústria – SESI/DN (peça 76).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

- 9.1. conhecer da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos para a espécie, com fundamento nos arts. 237, inciso VII, e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU;
- 9.2. considerar prejudicada a medida cautelar determinada nestes autos, ante a perda de seu objeto, com a revogação da licitação pelo Sesi-Senai/DN;
- 9.3. considerar a representação parcialmente procedente, em face da confirmação de parte dos indícios de irregularidade apontados;
- 9.4. dar ciência ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamento Nacional e ao Serviço Social da Indústria - Departamento Nacional acerca das seguintes irregularidades no edital da Concorrência Conjunta Sesi-Senai 10/2013:

9.4.1. no item 4.5.2 do edital, adoção de licitação do tipo técnica e preço sem justificativas suficientes e adequadas para a distribuição de peso 7 para a nota técnica e peso 3 para a avaliação do preço (norma infringida: Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi/Senai, artigos 2º e 8º, § 2º, e jurisprudência do Tribunal de Contas da União - Acórdãos 1.782/2007, 503/2008, 29/2009, 2.017/2009, 1.488/2009, 327/2010 e 1.041/2010, todos do Plenário);

9.4.2. 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 (norma infringida: Lei 8.666/1993, artigos 3º, § 1º, inciso I, e 30, § 5º, e jurisprudência do Tribunal de Contas da União - Acórdãos 167/2006, 1.110/2007 e 1.052/2012, 342/2012, todos do Plenário; Acórdão 1.544/2008 da Primeira Câmara);

9.4.3. 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, vez que, apesar de não exigir formalmente o vínculo empregatício ou contratual, tal exigência impõe, efetivamente, ônus ao licitante, uma vez que precisariam não apenas indicar o profissional, como também obter dele compromisso de composição da equipe técnica responsável pelos trabalhos objeto do contrato (item 3.11 e Anexo I-C do edital), situação que, na prática, impõe à licitante o estabelecimento de vínculo com o profissional indicado (norma infringida: Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi/Senai, art. 2º, e jurisprudência do Tribunal de Contas da União - Acórdãos 600/2011, 727/2012, 526/2013 e 126/2013, todos do Plenário, Acórdão 2.575/2008-TCU-1ª Câmara, e Súmula 272/2012);

9.4.4. nos itens 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, sendo que exigência de atendimento a entidades industriais e educacionais deve observar critérios razoabilidade e proporcionalidade na pontuação do quesito, estar precedida de justificativa suficiente e adequada (norma infringida: Lei 8.666/1993, artigos 3º, § 1º, inciso I, e 30, § 5º, e jurisprudência do Tribunal de Contas da União - Acórdãos 351/2002, 103/2008, 2.579/2009 e 1.982/2010, todos do Plenário; e Acórdão 3.556/2008-TCU-2ª Câmara);

9.5. dar ciência ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamento Nacional e ao Serviço Social da Indústria - Departamento Nacional de que:

9.5.1. a ausência de justificativa pertinente e adequada 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 deste Tribunal (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;

9.5.2. no edital da Concorrência Conjunta 10/2013 foi notada a ausência de mecanismos para a devida remuneração dos serviços no modo de adoção, tendo em vista que:

9.5.2.1. 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;

9.5.2.2. 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);

9.6. determinar ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - Departamento Nacional e ao Serviço Social da Indústria - Departamento Nacional que, caso optem por promover nova licitação em substituição à Concorrência Conjunta 10/2013, se abstenham de incluir cláusulas editalícias que contenham as irregularidades elencadas neste acórdão;

9.7. dar ciência deste acórdão à representante, aos Departamentos Nacionais do Serviço Social da Indústria (Sesi) e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai); e

9.8. arquivar o presente processo.

HISTÓRICO

2. Cuidam os autos de representação (peças 1e 2), com pedido de cautelar, a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Concorrência Conjunta 10/2013, do tipo técnica e preço, cujo objeto é a 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).

2.1. Em essência, a representante, empresa Ideorama Comunicação Ltda. – EPP, alegou que foram inseridas no edital da Concorrência Conjunta 10/2013 exigências que causariam restrição indevida da competitividade do certame licitatório, relativas ao critério de pontuação para valoração das propostas e à demonstração da capacidade técnica das licitantes.

2.2. Conhecida a representação, após oportunizar às representadas a manifestação acerca dos indícios de irregularidade, determinada pelo Relator *a quo* à peça 14, faculdade processual por elas exercida (peças 24 e 25), foi adotada Medida Cautelar (peça 31) para suspender o curso da licitação ou, caso o contrato já tivesse sido assinado, que as representadas se abstivessem de promover qualquer ato com vistas à sua execução.

2.3. Interposto agravo contra a decisão que adotou a Medida Cautelar (peça 40), o mesmo foi conhecido e improvido por meio do Acórdão 3.267/2013-TCU-Plenário (peça 45).

2.4. Da análise dos elementos constantes dos autos, dentre os quais as respostas das representadas à oitiva promovida pelo Tribunal e da petição acostada à peça 66, informando sobre a revogação da licitação, foi prolatado o acórdão ora vergastado.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Reitera-se o exame preliminar de admissibilidade (peça 77), ratificado à peça 80 pelo Ministro José Múcio, que concluiu pelo conhecimento do recurso, eis que preenchidos os requisitos processuais aplicáveis à espécie, suspendendo-se os efeitos do item 9.6 do Acórdão 743/2014-TCU-Plenário.

EXAME TÉCNICO

4. Delimitação do recurso

4.1. Constitui objeto do recurso examinar as seguintes questões:

- a) se o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 se aplica às entidades integrantes do Sistema S;
- b) se é possível, ante a perda de objeto da representação, expedir determinação ao ente jurisdicionado;
- c) se é possível ao Tribunal de Contas da União expedir determinações genéricas e que se assemelham aos julgamentos em sede de processos de consulta;
- d) se a adoção de peso 7 para a nota técnica e peso 3 para a avaliação de preço em licitações do tipo técnica e preço frustra o caráter competitivo do certame;
- e) se a exigência de tempo de experiência mínima de cinco anos prestando serviços para um mesmo cliente é desarrazoada;
- f) se a exigência de comprovação de profissionais aptos a prestar os serviços licitados por meio da apresentação de termo de compromisso desses profissionais com a empresa licitante restringe a competitividade do certame; e
- g) se a modalidade de pagamento, por homens x hora, contraria a jurisprudência deste Tribunal.

5. Aplicabilidade do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93 às entidades integrantes do Sistema S

5.1. As recorrentes sustentam que é posicionamento pacífico desta Corte que a Lei 8.666/1993 não se aplica às entidades que compõe o Sistema S, que regem suas aquisições por meio de regulamentos próprios, de modo que, não sendo habilitadas a representarem à esta Corte por força de sua Lei Orgânica ou de seu Regimento Interno, as licitantes, como a autora da representação que deu origem aos presentes autos, não tem legitimidade para tanto.

5.2. Assim, requerem o não conhecimento da presente representação.

Análise

5.3. Não assiste razão às recorrentes. Ocorre que não é a primeira vez que as recorrentes levantam a questão da legitimidade de empresas licitantes oferecerem representação a esta Corte em face de licitações promovidas por elas, tendo, nos autos do TC 032.818/2010-6, ao prolatar o Acórdão 307/2011-TCU-Plenário, o Tribunal decidido conhecer daquela representação com base nas seguintes razões que constam da Proposta de Deliberação oferecida pelo Relator:

2. No tocante às questões preliminares invocadas pelo agravante, informo que o Tribunal de Contas da União, pelo seu Plenário e no exercício de suas competências, decidiu que as entidades do Sistema S, ao adotar regulamento próprio, deveriam fazê-lo de conformidade com as diretrizes da Lei 8666/93. Uma das diretrizes dessa lei é, exatamente, a possibilidade de o licitante representar acerca das irregularidades ao competente órgão de controle. Não se pode, então, por meio do regulamento licitatório aprovado internamente, afastar a diretriz de controle dos atos da licitação, nem o direito de representação que assiste aos licitantes e a qualquer cidadão.

3. Não obstante a inexistência, nos regulamentos de licitações e contratos, de previsão da possibilidade de provocação dos órgãos de controle por parte de quem se sentir prejudicado, esses regulamentos são obrigados a seguir os princípios basilares da administração pública e do direito administrativo: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Desses dois princípios derivam os princípios da oficialidade, o princípio da verdade material e o princípio do formalismo moderado que regem e norteiam os atos processuais praticados pelo Tribunal de Contas da União.

4. Assim, ao citar o dispositivo legal para conhecimento da representação, este Tribunal apenas busca o enquadramento legal que melhor se assenta ao direito de representação dos licitantes, na existência do vácuo legislativo que permitiu ao Sistema S utilizar-se de regulamentos próprios. O direito de representação e a função de controle são decorrentes de princípios intrínsecos previstos na própria Carta Constitucional.

5. Ademais, com a intenção de proporcionar poderes ao TCU para agir independentemente da provocação de terceiros, a Constituição Federal, em seu art. 71, atribuiu à Corte de Contas a competência de realizar, por iniciativa própria, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

6. Como consequência desta competência constitucional, uma característica intrínseca dos processos no Tribunal de Contas da União consubstancia-se na faculdade desta Corte poder agir de ofício, sem precisar sequer ser provocado por interessados em causas de direitos disponíveis ou mesmo indisponíveis.

7. Ressaltando esta característica, o legislador ordinário conferiu ao TCU, por meio do art. 41 da Lei 8.443/92, a seguinte competência:

Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I - acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no regimento interno:

a) (...);

b) os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta lei;

8. Finalmente, caso se aceite a argumentação do agravante, estaríamos perante a situação esdrúxula em que mero regulamento interno elaborado por entes supervisionados estaria afastando dispositivos legais e constitucionais que dão poderes aos órgãos de controle para promover sua fiscalização.

9. Portanto, não há como prosperar as preliminares trazidas pelo agravante no sentido de que o comando previsto no parágrafo primeiro do artigo 113 da Lei 8.666/93 não se aplica aos Serviços Sociais Autônomos, tampouco que a representante tenha se equivocado ao provocar o TCU para decidir sobre questão que deve ser objeto de exame do Poder Judiciário.

5.4. Assim, tendo em vista que a questão jurídica dos presentes autos não diverge da ocorrida no citado acórdão, não há razões para se acatar o argumento recursal.

6. Possibilidade, ante a perda de objeto da representação, de expedir determinação ao ente jurisdicionado

6.1. As recorrentes argumentam que o procedimento licitatório foi revogado antes do julgamento de mérito da presente representação, o que importa no não conhecimento da mesma ante a perda de objeto, trazendo arrestos desta Corte, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em processos em que se verificou perda superveniente de objeto.

Análise

6.2. Os argumentos não podem ser acatados. Ocorre que em relação aos processos cíveis de competência do Poder Judiciário vigora o princípio da inércia da jurisdição, o que pressupõe o fim do processo judicial caso ocorra a perda superveniente do objeto posto em juízo, pois, sendo este um dos elementos da ação, não há outra solução a ser dada no âmbito do processo cível, de modo que os precedentes trazidos pela recorrentes estranhos a esta Corte não lhe aproveitam.

6.3. Já em relação ao processo de competência deste Tribunal, conforme bem demonstrado no trecho do voto condutor do Acórdão 307/2011-TCU-Plenário, citado no item 5.3 da presente instrução, esta Corte não está adstrita ao objeto que deu origem aos presentes autos, podendo agir de ofício no exercício do controle externo que exerce sobre, dentre outros, as recorrentes, eis que gerem recursos públicos.

6.4. Desse poder decorre, dentre outros, o poder de expedir determinações quando verificado ilegalidades como as constatadas nos presentes autos e que, importante que se frise, somente foram suprimidas do ordenamento jurídico pela revogação da licitação após a adoção da cautelar, ato praticado pelo Relator *a quo* após ouvidas as recorrentes, e depois de não lograrem êxito no agravo por elas protocolado contra aquela cautelar. De modo que a revogação da licitação no citado estágio processual demonstra, ou ao menos permite que se deduza, ter sido ato praticado não para a correção das ilegalidades apontadas pelo Tribunal, mas para dar fim aos presentes autos.

6.5. Assim, agiu dentro de suas competências legais e constitucionais esta Corte ao expedir a determinação ora questionada mesmo havendo sido revogada a licitação, tudo com base, ademais, em sua função pedagógica.

7. Possibilidade do Tribunal de Contas da União expedir determinações genéricas e que se assemelham aos julgamentos em sede de processos de consulta

7.1. Alegam as recorrentes que, em virtude da revogação do processo licitatório que deu origem aos presentes autos, a determinação ora questionada não foi expedida em face de caso concreto o que, em seus entendimentos, se assemelharia à resposta em processo de consulta.

7.2. Nesse sentido afirmam que a licitante que representou a esta Corte também carece de legitimidade para o início do processo de consulta e que o resultado final do julgamento não visou

corrigir um caso concreto, mas vinculou sua atuação em processos licitatórios futuros, o que pressupõe julgamento da tese levantada, o que também se amolda a processo de consulta.

Análise

7.3. Novamente os argumentos recursais não procedem. O que esta Corte deliberou e votou nos autos foi baseado em caso concreto, embora tenha a licitação sido revogada antes do julgamento final.

7.4. Nos processos de consulta a resposta desta Corte é baseada não numa situação concreta, mas numa tese jurídica acerca da aplicação de norma legal ou regulamentar e não constitui prejulgamento de fato ou caso concreto como se verifica nos presentes autos.

7.5. Quanto aos efeitos da determinação, que alegam as recorrentes não se aterem a uma situação jurídica em concreto, devendo seus efeitos se estenderem a todas as outras licitações a serem por elas promovidas, é da própria natureza das determinações expedidas por esta Corte que assim ocorra, sob pena de perda de sua finalidade de correção de atos futuros.

7.6. Caso se dirigissem somente a situações pretéritas haveria pouca necessidade de serem expedidas, pois bastaria ao Tribunal avaliar a gravidade da falta cometida pelo administrador para resolver apenas-lo ou não, mas ao contrário, as determinações visam corrigir não só os atos jurídicos já praticados, mas evitar que as ilegalidades constatadas voltem a ocorrer no futuro, com por exemplo, o que consta do Acórdão 7.148/2010-TCU-2ª Câmara, com a redação dada pelo Acórdão 2.526/2012-TCU-2ª Câmara, no qual foi determinado ao Senai/DN que:

abstenha-se de incluir em contratos cláusulas que prevejam que a contratante efetue o pagamento de passagens, hospedagens, diárias e deslocamentos aos contratados, quando os serviços forem prestados na localidade onde se encontra sediada a entidade, obedecendo aos princípios básicos constantes do seu Regulamento de Licitações e Contratos.

7.7. Ou seja, a determinação foi adotada com base em caso concreto, mas projetou seus efeitos para o futuro, evitando, assim, que a ilegalidade voltasse a ser cometida, justamente o que se verificou no presente caso.

8. Frustração do caráter competitivo do certame ante a adoção de peso 7 para a nota técnica e peso 3 para a avaliação de preço em licitações do tipo técnica e preço

8.1. Afirmam as recorrentes que a adoção de critérios diferenciados para a nota técnica encontra respaldo na extrema importância para as garantias das entregas do objeto licitado e da qualidade dos serviços a serem prestados, além de encontrarem respaldo legal no que dispõe os arts. 2º e 8º, § 2º, do Regulamento de Licitações e Contratos por elas elaborado, sendo desnecessária a determinação ora combatida, pois a disciplina da definição dos critérios de técnica e preço já foi regulamentada internamente.

Análise

8.2. A questão foi corretamente enfrentada pelo Tribunal na fase processual anterior e, nesta oportunidade, as recorrentes insistem nos mesmos argumentos já apreciados sem trazer quaisquer elementos novos que fundamentem seu inconformismo com a deliberação vergastada, o que, dada a correção do posicionamento anterior, não permite qualquer mudança de entendimento por parte desta Corte de Contas.

8.3. Sobre a questão, assim consta da Proposta de Deliberação acolhida pelo Tribunal:

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)

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).

8.4. Dessa forma, o argumento não merece acolhida.

9. Não razoabilidade de exigência de tempo de experiência mínima de cinco anos prestando serviços para um mesmo cliente

9.1. Afirmam as recorrentes que o edital de licitações e o termo de referência não proibiam o somatório de atestados para fins de pontuação no quesito técnica ao contrário do que restou apontado no acórdão recorrido, mas exigiam a comprovação de experiência que lhes assegurasse a qualidade dos serviços licitados.

Análise

9.2. Equivocam-se as recorrentes ao interpretarem a parte dispositiva do acórdão vergastado. Ocorre que não restou impugnado qualquer restrição ao somatório de atestados, mas a impossibilidade de as licitantes apresentarem atestados que comprovassem a prestação de serviços similares aos licitados por período inferior a cinco anos a um mesmo cliente.

9.3. Conforme bem analisado pela Unidade Técnica responsável pela instrução inicial do feito, não há qualquer razoabilidade em indeferir a apresentação e pontuação de atestados que comprovem a prestação de serviços por prazo inferior a cinco anos, assim se manifestando o Auditor em sua instrução (peça 60, p. 8):

6.7. O exame da argumentação ofertada, realizado por este Tribunal, foi no sentido de que as justificativas ofertadas não demonstraram a pertinência inequívoca da exigência, pois se vislumbrou ser possível que empresas que tenham executado o tipo dos serviços licitados, por menor tempo, possam atender as necessidades do Sesi e Senai, quanto à continuidade e qualidade requeridas para o presente objeto. No voto condutor do Acórdão 3.267/2013-TCU-Plenário (peça 44, p. 6), restou consignado o seguinte sobre esta questão:

“45. Outrossim, ainda carece de justificativa adequada a proibição do somatório de atestados para fins de comprovação de tempo de experiência profissional. (...)

46. 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. Não vejo, portanto, 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. (...)"

9.4. Assim, embora pudesse ocorrer o somatório de atestados, esses somente poderiam ser aceitos caso comprovasse a prestação de serviços a um mesmo cliente por período mínimo de cinco anos, o que fere preceitos da Lei 8.666/1993 de observância obrigatória pelas recorrentes, dentre os quais o da seleção da proposta mais vantajosa à administração.

10. Restrição da competitividade do certame ante a exigência de comprovação de profissionais aptos a prestar os serviços licitados por meio da apresentação de termo de compromisso desses profissionais com a empresa licitante

10.1. Alegam as recorrentes que a exigência de apresentação de termo de compromisso firmado por profissionais aptos a prestarem os serviços licitados não impõe qualquer ônus às licitantes antes da contratação, pois não se exigiu o vínculo empregatício, prática vedada pela jurisprudência desta Corte, e está de acordo com práticas usuais no mercado.

Análise

10.2. Tais argumentos também já foram analisados e considerados insuficientes para afastar a irregularidade em exame quando da instrução que deu origem à medida cautelar de suspensão do curso da licitação (peça 28), tendo o Relator a quo assim se manifestado na proposta de deliberação que negou provimento ao agravo (peça 44):

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

10.3. A exigência impõe ônus antecipado sem a correspondente garantia de que o participante venha a ser o vencedor do certame, o que pode afastar inúmeros interessados.

10.4. Ademais, para que as recorrentes não fiquem a mercê de maus licitantes e tenham maior garantia acerca do pessoal da contratada, cabe a elas disporem, no edital e, sobretudo, no contrato que vier a ser celebrado, sobre as condições dos profissionais necessários à realização dos serviços, podendo, inclusive, estipular no contrato as penalidades específicas para o caso de descumprimento das condições requeridas no edital, como, por exemplo, multa crescente por dias de atraso em apresentar o rol dos profissionais necessários à realização dos serviços e, até, a possibilidade, nos casos mais extremos, de a contratada ser declarada inidônea para contratar com a Administração Pública Federal.

10.5. Assim, a questão foi corretamente enfrentada pelo Tribunal na fase processual anterior.

11. Contrariedade a jurisprudência deste Tribunal quanto à modalidade de pagamento por homens x hora

11.1. Alegam as recorrentes que o precedente utilizado pelo Tribunal para considerar irregular o pagamento por homens x hora na licitação por elas promovida não se aplica ao objeto daquele certame,

além de trazer norma aplicável apenas à Administração Pública direta e indireta, não alcançando, portanto, as entidades integrantes do Sistema S.

11.2. Nesse sentido, informam que o precedente diz respeito à contratação de serviços de tecnologia da informação, distinto do objeto por elas licitado, que seria de assessoria de imprensa, que, por sua vez, encontra-se devidamente mensurado tanto no edital de licitação como no termo de referência.

Análise

11.3. Não assiste razão às recorrentes. Ocorre que o precedente utilizado pelo Tribunal, apesar de referir-se a serviços de tecnologia da informação, apresenta entendimentos reiterados desta Corte no sentido de se determinar aos seus jurisdicionados a adoção de metodologias de mensuração que privilegiem a remuneração das contratadas por resultados e que eliminem a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas trabalhadas (Acórdão 667/2005-TCU-Plenário, Acórdão 786/2006-TCU-Plenário e Acórdão 4.156/2013-TCU-2ª Câmara).

11.4. Também não é correto o entendimento trazido na peça recursal de que a norma que determina a mensuração dos serviços prestados por produto não se aplica a elas e, portanto, podem mensurar os serviços por horas trabalhadas, isso porque, embora a elas assista razão em relação à não aplicação da norma às entidades que compõe o Sistema S, tal preceito visa assegurar a observância de vários princípios que devem ser por elas, na qualidade de gestoras de recursos públicos, respeitados, a exemplo dos princípios da eficiência, da economicidade e da seleção da proposta mais vantajosa.

11.5. Ademais, apesar de argumentarem que os serviços licitados não podem ser mensurados por produto entregue, há vários itens constantes do edital de licitações que demonstram justamente o contrário, conforme citado pelo Relator *a quo* em sua proposta de deliberação:

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 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

11.6. Por fim, quanto à alegação de que as normas que regem a licitação trazem mensuração correta da quantidade de horas necessárias para a prestação de cada um dos itens licitados, limitam-se as recorrentes a alegar, sem trazer qualquer indicação da correção de seus argumentos, motivo pelo qual não deve ser aceita.

CONCLUSÃO

12. Das análises anteriores conclui-se que:

a) embora o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 não se aplique diretamente às recorrentes, como norma que visa dar efetividade aos princípios que regem as licitações públicas e ante a ausência de norma similar em seus regulamentos de licitações e contratos, as participantes de licitações promovidas por entidades do Sistema S são legítimas a representar perante este Tribunal;

- b) é possível que esta Corte, mesmo ante a perda de objeto da representação motivada pela revogação da licitação, expeça determinação ao ente jurisdicionado em virtude de seu poder-dever de agir de ofício;
- c) Não houve por parte desta Corte, no caso em apreço, qualquer expedição de determinações genéricas e que se assemelham aos julgamentos em sede de processos de consulta;
- d) a adoção de peso 7 para a nota técnica e peso 3 para a avaliação de preço em licitações do tipo técnica e preço frustra o caráter competitivo do certame;
- e) a exigência de tempo de experiência mínima de cinco anos prestando serviços para um mesmo cliente é desarrazoada;
- f) a exigência de comprovação de profissionais aptos a prestar os serviços licitados por meio da apresentação de termo de compromisso desses profissionais com a empresa licitante restringe a competitividade do certame; e
- g) a modalidade de pagamento, por homens x hora, contraria a jurisprudência deste Tribunal.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

13. Ante o exposto, submete-se à consideração superior a presente análise dos pedidos de reexame interpostos conjuntamente pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial e pelo Serviço Social da Indústria contra o Acórdão 743/2014-TCU-Plenário, propondo-se, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer dos recursos e, no mérito, negar-lhes provimento;
- b) comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida às recorrentes, e aos demais interessados.

TCU/Secretaria de Recursos/3ª Diretoria, em
15/7/2014.

Luiz Gustavo de Castro Abreu
Auditor Federal de Controle Externo
Matrícula 6524-2