

JULGAMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO INTERPOSTO NA LICITAÇÃO DE MODALIDADE TOMADA DE PREÇOS N° 2015/9010001-01

No dia oito do mês de abril de dois mil e quinze foi interposto, tempestivamente, recurso hierárquico pela empresa **BELEFLEX IMPERMEABILIZAÇÕES LTDA.**, em virtude de decisão proferida no dia primeiro de abril do ano de dois mil e quinze, pela Comissão de Licitações, nos autos do processo licitatório TP2015/9010001-01.

O Recurso Hierárquico alude em sua fundamentação, a ilegalidade das exigências contidas nas especificações dos serviços e requereu a exclusão da necessidade de apresentação de mais de dois atestados de capacidade técnica com imposição de metragem mínima de área.

Vistos. Decido.

Inicialmente cabe salientar que o pedido constante da impugnação ao edital era: *“para que seja excluída a necessidade de apresentação de mais de dois atestados de capacidade técnica e de atestados de impermeabilizações de áreas superiores a 1.450,00m²...”*.

A decisão proferida pela Comissão de Licitações no primeiro dia do mês de abril do ano de dois mil e quinze, deu parcial provimento à impugnação interposta pela empresa ora recorrente no sentido de reduzir de 04 para 03 o número de atestados de capacidade técnica bem como reduzir a área de impermeabilizações para 1000m².

Partindo do princípio de que é cabível recurso quando da prova de que a decisão da qual se recorre fere direitos do licitante, não há que ser conhecido o recurso hierárquico no que tange ao pedido de *“exclusão de imposição de metragem mínima de área a ser comprovada por meio de atestado de capacidade técnica”*, uma vez que não há direito negado no que tange à redução da área de impermeabilização a ser atestada.

Sendo assim, o pedido de exclusão de imposição de metragem mínima de área a ser comprovada por atestado de capacidade técnica NÃO SERÁ CONHECIDO, uma vez que não é possível inovar em sede recursal, sob pena de incidir-se em supressão de instância, posto que não foi dada a oportunidade ao julgador anterior de manifestar-se sobre esse tema.

Quanto ao pedido de “exclusão de exigência de apresentação de mais de dois atestados de capacidade técnica, dá-se **IMPROVIMENTO**. Isso por que não há que se falar em ilegalidade quando da exigência de três atestados de capacidade técnica de impermeabilização maiores de 1.000,00 m², uma vez que serão impermeabilizados 1450,00m².

Ao contrário do aludido em recurso, tal exigência editalícia se faz necessária no intuito de manter a qualidade do serviço a ser prestado para Biblioteca Central da Universidade Federal de Santa Maria, portanto, indispensável o mínimo de capacidade técnica comprovada. Sendo assim, o requerimento de somente 03 (três) atestados de capacidade técnica com a comprovação de impermeabilização maiores de 1.000,00 m² é ato legal e indispensável para a realização de processo licitatório.

Ademais, a exigência por três atestados não é uma escolha arbitrária. Esse número é a praxe em certames licitatórios que tem nesa quantidade o entendimento de equilíbrio, vide a exigência por três orçamentos para a dispensa de licitação pelo artigo 24, II e a exigência de que o Convite, para ter validade, precisa de, no mínimo, a participação de três licitantes. E esses são apenas alguns exemplos. Ou seja, ao pedir a comprovação através de três atestados, a Comissão de Licitações está adotando, analogicamente, a praxe das licitações como um todo, chanceladas pelo entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o tema.

Vale dizer que o Tribunal de Contas da União tem, por diversas vezes, chancelado a exigência de uma pluralidade de atestados de capacidade técnica, haja vista que se trata de forma de garantir um bom serviço à Administração Pública, vide Acórdão do Plenário no processo nº 019.452/2005-4, com trechos abaixo citados e íntegra em anexo:

“1. Não afronta o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 a exigência de atestados com quantitativo mínimo, para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional, quando este quantitativo reflita características intrínsecas a cada contrato mencionado nos atestados e quando o objeto licitado for de natureza predominantemente intelectual, dificultando, por conseguinte, a aferição dessa capacitação.(...)”

6. A respeito da exigência de quantitativo mínimo em relação à referida capacitação técnico-profissional, observo que uma interpretação literal do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 leva à conclusão de ser vedada tal prática. Entretanto, é necessário aprofundar-se na exegese do referido dispositivo, extraindo-lhe sua verdadeira **mens legis** e confrontando-a com a exigência estabelecida em cada caso concreto, conforme o fez a Unidade Técnica, às fls. 54/55 do v.p..

7. Para valer-se do mencionado dispositivo legal, e exigir que as licitantes comprovem ter seu corpo técnico executado obra ou serviço de características semelhantes a que será contratada, as comissões de licitação, eventualmente, não disporão de outro meio tão eficiente e objetivo quanto a análise quantitativa de obras ou serviços outrora executados por esses profissionais, quanto mais no Certame em foco, cujo objeto – prestação de serviços de consultoria e apoio à Eletronorte, visando à atualização do processo de planejamento estratégico para o ciclo 2006/2010 – é de natureza predominantemente intelectual.

8. Em respaldo ao entendimento que ora defendo, transcrevo abaixo a lição de Marçal Justen Filho, que, ao comentar o art. 30 da Lei nº 8.666/1993, assim se posiciona:

“Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, mesmo para fins de qualificação técnica-profissional. Por isso, deve-se interpretar razoavelmente a própria vedação que o § 1º, inciso I, estabelece a propósito de qualificação técnica profissional. Somente se aplica quando a identificação da experiência anterior não envolver a existência de um dado quantitativo ou a explicitação de um local peculiar. Se a complexidade do objeto licitado consistir precisamente nesses pontos (extensão, dificuldade de acesso e assim por diante), **é perfeitamente possível exigir comprovação de experiência anterior abrangendo requisitos dessa ordem.**” (in Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 10ª edição, 2004, p. 330)

9. Nessa linha de raciocínio, considero que a exigência contida no subitem 9.8.4, alínea “c”, do Edital do Pregão PR-GSG-5.2113 – atestados técnicos ou currículo comprovando a atuação dos profissionais em atividades de planejamento em, pelo menos, 2 (duas) empresas com mais de 1.000 (um mil) empregados (fls. 16 do anexo I e 43 do anexo II) – não esbarra na vedação do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que a interpretação razoável desse dispositivo não alcança os quantitativos intrínsecos a cada contrato anteriormente executado, como no caso em exame, mas apenas a quantitativos referentes, entre outros, ao conjunto de experiências ou ao tempo de prática em cada uma delas, a exemplo do que ocorreria se a Eletronorte houvesse exigido das licitantes a comprovação de experiência mínima de dois anos no ramo de consultoria ou da execução de, pelo menos, dois contratos de consultoria em entidades cujas características, medidas em número de funcionários, faturamento anual, área de atuação etc, fossem semelhantes, em cada um desses entes, às encontradas na Eletronorte.

10. **No que concerne à quantidade mínima de atestados – irregularidade descrita no subitem 3.2 supra –, também assiste razão à 1ª Secex ao defender que essa exigência não fere o princípio da isonomia, tampouco restringe a competitividade do Certame, tendo em vista que a exigência de certa quantidade de atestados é, inegavelmente, uma forma de a Administração se certificar da experiência e aptidão das empresas em realizar o serviço a ser contratado(...)**”

Finalmente, é preciso recordar que exigências de ordem técnica, necessárias a comprovar a capacidade das concorrentes de prestar o serviço necessário, são legais e essenciais a uma licitação que preza pela contratação do melhor serviço possível para a Administração Pública, como ressalta MARÇAL JUSTEN FILHO:

*A identificação do objeto licitado pode (deve) envolver características que lhe dão individualidade. Essas peculiaridades podem relacionar-se com circunstâncias técnicas. **Não há impedimento a que a Administração determine requisitos de qualidade técnica mínima.** Ou seja, a Administração necessita adquirir bens de qualidade mínima. Se necessitar de bens de boa qualidade, basta estabelecer no edital os requisitos mínimos de aceitabilidade dos produtos que serão adquiridos. **Em tais hipóteses, o edital deverá***

conter padrões técnicos de identificação do objeto licitado, o que envolverá a definição da qualidade mínima aceitável. Não se tratará de licitação de melhor técnica ou de técnica e preço, eis que as propostas que não atenderem aos requisitos técnicos mínimos serão desclassificadas. Mas, as que preencherem esses requisitos serão classificadas em rigorosa igualdade de condições, saindo vencedora a que tiver menor preço".¹

Ou seja, exigências como as existentes no edital não são absurdas ou desprovidas de necessidade técnica. Tratam-se de bases simples para atender o que necessita a Administração Pública. Exigir menos do que isso é comprometer a qualidade dos serviços que serão contratados e, por consequência, prejudicar o erário público o que, sabe-se, é inadmissível.

Dessa forma, a exigência por três atestados de capacidade técnica não é impossível de ser cumprida e é razoável, dentre as necessidades do projeto e a complexidade dos serviços a serem contratados. Dado o vasto volume de empresas que atuam nessa área no Brasil, é ridículo pensar que apenas uma (como alega a recorrente) teria capacidade técnica para atender os requisitos editalícios. Ademais, fosse assim, deveria a recorrente ter comprovado o direcionamento que alega, o que não fez.

Assim, **decido por manter inalterado a decisão da Comissão de Licitações.** Face à manutenção das especificações provenientes de decisão ora recorrida, será mantido o prazo para a realização das aberturas dos envelopes 01 e 02. Assim sendo, a primeira abertura realizar-se-á no dia **20/04/2015 às 14hs** e, no dia **27/04/2015 às 14hs** realizar-se-á a segunda abertura.

Santa Maria, 09 de abril de 2015.

THOMÉ LOVATO
Diretor Presidente
FATEC

1 JUSTEN FILHO, MARÇAL. Ob. Cit. p. 595.

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC-019.452/2005-4 (c/ 2 anexos).

Natureza: Representação.

Unidade Jurisdicionada: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte.

Interessada: Orion Representações Comerciais e Prestação de Serviços Ltda., CNPJ nº 06.864.106/0001-10.

Advogados constituídos nos autos: Alexandre Aroeira Salles, OAB/MG nº 71.947; Ariadna Augusta Eloy Alves, OAB/DF nº 20.085; Débora Val Leão, OAB/MG nº 98.788; Francisco de Freitas Ferreira, OAB/MG nº 89.353; Marcelo Andrade Fiúza, OAB/MG nº 90.637; Marina Hermeto Corrêa, OAB/MG nº 75.173; Patrícia Guercio Teixeira, OAB/MG nº 90.459; e Renata Aparecida Ribeiro Felipe, OAB/MG nº 97.826.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. SUSPENSÃO CAUTELAR DO CERTAME. EXIGÊNCIA DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS PARA COMPROVAÇÃO DE CAPACITAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE. CONTRATAÇÃO, MEDIANTE MODALIDADE DE PREGÃO, DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA NA ÁREA DE PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO. ILEGALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME.

1. Não afronta o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 a exigência de atestados com quantitativo mínimo, para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional, quando este quantitativo reflita características intrínsecas a cada contrato mencionado nos atestados e quando o objeto licitado for de natureza predominantemente intelectual, dificultando, por conseguinte, a aferição dessa capacitação.

2. Ilegalidade da contratação de serviços de consultoria na área de planejamento estratégico via pregão, tendo em vista se tratar de serviço de natureza complexa.

RELATÓRIO

Trata-se da Representação formulada pela empresa Orion Representações Comerciais e Prestação de Serviços Ltda., com base no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21/06/1993, reportando a este Tribunal possíveis irregularidades no âmbito do Pregão PR-GSG-5.2113, que está sendo realizado pelas Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte com o objetivo de contratar empresa especializada para prestação de serviços de consultoria e apoio à Entidade, visando à atualização do processo de planejamento estratégico para o ciclo 2006/2010.

2. A Representante, em vista das irregularidades que aponta, solicita a anulação do edital, requerendo sua substituição por outro destituído de vícios.

3. Após exame preliminar, (fls. 12/19 do volume principal – v.p.), a 1ª Secretária de Controle Externo desta Corte – 1ª Secex concluiu pela improcedência de alguns dos fatos relatados pela representante. Contudo, ante os novos elementos trazidos aos autos pela Eletronorte, em resposta à diligência realizada por meio do Ofício nº 1062/2005-TCU/Secex-1 (fl. 10 do mesmo volume), a Unidade Instrutiva vislumbrou a necessidade de se analisar o recurso administrativo interposto pela empresa Memora Processos Inovadores Ltda. contra a decisão que julgou a empresa Ecoplan Engenharia Ltda. vencedora do Certame.

4. Em 22/12/2005, por meio do Despacho de fls. 21/22, v.p., o Ministro Valmir Campelo, à época no exercício da Presidência desta Corte de Contas, reconhecendo a presença do **periculum in mora** e do **fumus boni iuris**, determinou, com base no art. 28, inciso XVI, c/c o art. 276, ambos do Regimento Interno/TCU, a suspensão cautelar do aludido Certame, até que o Tribunal se manifestasse sobre a matéria, e a oitiva dos responsáveis pelo Pregão PR-GSG-5.2113 para que se pronunciassem sobre as seguintes supostas irregularidades:

4.1 – cerceamento da livre concorrência ao exigir, para fim de habilitação técnica, a apresentação de atestados dos consultores contratados pela licitante, o que seria uma forma de complementar os certificados exigidos para a qualificação técnica da empresa, contrariando o art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/1993;

4.2 – exigência indevida de quantidade de atestados; e

4.3 – utilização da modalidade de pregão, quando a contratação de serviços técnicos especializados deveria ser licitada mediante tomada de preços ou concorrência, no tipo técnica e preço.

5. Determinou, ainda, que fosse realizada diligência junto à Eletronorte, objetivando o recebimento de documentos e informações necessários à elucidação dos fatos, e que fosse fixado prazo de 15 (quinze) dias para que a empresa Ecoplan Engenharia Ltda., caso quisesse, se manifestasse a respeito da cautelar deferida e dos demais fatos constantes do referido Despacho e da Instrução da Unidade Técnica.

6. Em resposta, a Eletronorte encaminhou o expediente CE-PR 1.00.534.05, de 29/12/2005 (fl. 31, v.p.), acompanhado dos documentos de fls. 02/184, anexo II.

7. Também a empresa Ecoplan Engenharia Ltda., após ter-lhe sido concedida dilação de prazo (fl. 46, v.p.), se pronunciou nos autos, por meio dos elementos de fls. 185/197, anexo II.

8. Novamente submetida a presente Representação à análise da 1ª Secex, veio aos autos a Instrução de fls. 48/68, v.p., mediante a qual propôs-se acolher as justificativas apresentadas pelo Sr. Elton Crisóstomo Pereira, Assessor de Licitação e Contratação da Eletronorte, e, conseqüentemente, conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la improcedente, revogando os efeitos da medida cautelar concedida em 22/12/2005.

9. Estando os autos no Gabinete junto ao qual atuo como Ministro-Substituto, a empresa Ecoplan Engenharia Ltda., vencedora do Pregão PR-GSG-5.2113, mais uma vez interveio no processo para juntar novos elementos de defesa (fls. 81/97, v.p.), por meio dos quais apresenta esclarecimentos complementares, segundo ela, destinados a propiciar um melhor conhecimento da matéria pela TCU.

VOTO

Registro, inicialmente, que atuo nestes autos com fundamento no art. 27 da Resolução/TCU nº 175, de 25/05/2005, e nos termos da Portaria nº 191, de 25/08/2003, tendo em vista tratar-se de processo afeto ao Ministro responsável pela Lista de Unidades Jurisdicionadas nº 03 no biênio 2005/2006.

2. Por encontrar amparo nos arts. 237, inciso VII, e 235 do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, merece ser conhecida a presente Representação, formulada pela empresa Orion Representações Comerciais e Prestação de Serviços Ltda., reportando a este Tribunal possíveis irregularidades no âmbito do Pregão PR-GSG-5.2113, que está sendo realizado pelas Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte.

3. Conforme consignado no Relatório precedente, foi determinada a suspensão cautelar do Pregão, a realização de diligência junto à Entidade licitante e a oitiva dos responsáveis pelo Certame para que se pronunciassem sobre as seguintes irregularidades:

3.1 – cerceamento da livre concorrência ao exigir, para fim de habilitação técnica, a apresentação de atestados dos consultores contratados pela licitante, o que seria uma forma de complementar os certificados exigidos para a qualificação técnica da empresa, contrariando o art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/1993;

3.2 – exigência indevida de quantidade de atestados; e

3.3 – utilização da modalidade de pregão, quando a contratação de serviços técnicos especializados deveria ser licitada mediante tomada de preços ou concorrência, no tipo técnica e preço.

4. Pelos argumentos adiante expostos, manifesto, no que se refere aos subitens 3.1 e 3.2 *supra*, compartilhar o entendimento da 1ª Secex, que propôs acolher explicações apresentadas pela Eletronorte.

5. De fato, segundo sustenta a Unidade Instrutiva (fls. 52/54, v.p.), a exigência de atestados de capacidade técnica emitidos em nome dos profissionais consubstancia-se em elemento de convicção para a comprovação da capacitação das licitantes, especificamente da parte técnico-profissional, encontrando amparo no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, na melhor doutrina administrativista e na jurisprudência deste Tribunal.

6. A respeito da exigência de quantitativo mínimo em relação à referida capacitação técnico-profissional, observo que uma interpretação literal do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 leva à conclusão de ser vedada tal prática. Entretanto, é necessário aprofundar-se na exegese do referido dispositivo, extraindo-lhe sua verdadeira **mens legis** e confrontando-a com a exigência estabelecida em cada caso concreto, conforme o fez a Unidade Técnica, às fls. 54/55 do v.p..

7. Para valer-se do mencionado dispositivo legal, e exigir que as licitantes comprovem ter seu corpo técnico executado obra ou serviço de características semelhantes a que será contratada, as comissões de licitação, eventualmente, não disporão de outro meio tão eficiente e objetivo quanto a análise quantitativa de obras ou serviços outrora executados por esses profissionais, quanto mais no Certame em foco, cujo objeto – prestação de serviços de consultoria e apoio à Eletronorte, visando à atualização do processo de planejamento estratégico para o ciclo 2006/2010 – é de natureza predominantemente intelectual.

8. Em respaldo ao entendimento que ora defendo, transcrevo abaixo a lição de Marçal Justen Filho, que, ao comentar o art. 30 da Lei nº 8.666/1993, assim se posiciona:

“Existem situações em que o fator quantitativo é relevante, mesmo para fins de qualificação técnica-profissional. Por isso, deve-se interpretar razoavelmente a própria vedação que o § 1º, inciso I, estabelece a propósito de qualificação técnica profissional. Somente se aplica quando a identificação da experiência anterior não envolver a existência de um dado quantitativo ou a explicitação de um local peculiar. Se a complexidade do objeto licitado consistir precisamente nesses pontos (extensão, dificuldade de acesso e assim por diante), é perfeitamente possível exigir comprovação de experiência anterior abrangendo requisitos dessa ordem.” (in Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 10ª edição, 2004, p. 330)

9. Nessa linha de raciocínio, considero que a exigência contida no subitem 9.8.4, alínea “c”, do Edital do Pregão PR-GSG-5.2113 – atestados técnicos ou currículo comprovando a atuação dos profissionais em atividades de planejamento em, pelo menos, 2 (duas) empresas com mais de 1.000 (um mil) empregados (fls. 16 do anexo I e 43 do anexo II) – não esbarra na vedação do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que a interpretação razoável desse dispositivo não alcança os quantitativos intrínsecos a cada contrato anteriormente executado, como no caso em exame, mas apenas a quantitativos referentes, entre outros, ao conjunto de experiências ou ao tempo de prática em cada uma delas, a exemplo do que ocorreria se a Eletronorte houvesse exigido das licitantes a comprovação de experiência mínima de dois anos no ramo de consultoria ou da execução de, pelo menos, dois contratos de consultoria em entidades cujas características, medidas em número de funcionários, faturamento anual, área de atuação etc, fossem semelhantes, em cada um desses entes, às encontradas na Eletronorte.

10. No que concerne à quantidade mínima de atestados – irregularidade descrita no subitem 3.2 **supra** –, também assiste razão à 1ª Secex ao defender que essa exigência não fere o princípio da isonomia, tampouco restringe a competitividade do Certame, tendo em vista que a exigência de certa quantidade de atestados é, inegavelmente, uma forma de a Administração se certificar da experiência e aptidão das empresas em realizar o serviço a ser contratado, especialmente, no Pregão em apreço, em que se mostra complexo o objeto licitado e em que a soma dos quantitativos exigidos para cada atestado – experiência profissional na área de planejamento em, pelo menos, 2 (duas) empresas com mais de 1.000 (um mil) funcionários (fl. 16, anexo I) – encontra-se compatível com as características da Eletronorte, que emprega mais de 2.500 (duas mil e quinhentas) pessoas (fl. 101-A do mesmo anexo).

11. Esse é o entendimento ao qual, estando em consonância com diversos julgados desta Corte de Contas – Decisões Plenárias nº 217/1997, 101/1998 e 238/2000 –, anuo, sendo oportuno esclarecer que a Decisão nº 134/1998-Plenário, de minha relatoria e citada pela Unidade Instrutiva, à fl. 56 do v.p., como uma das deliberações deste Tribunal pela qual se considerou ilegal a exigência de um número mínimo de atestados de capacidade técnica, apenas determinou, diante das particularidades daquele caso – especialmente da constatação de que a exigência em comento integrava o edital de licitação realizada pelo Instituto Nacional de Tecnologia –, a suspensão cautelar do certame, tendo sido essa medida, posteriormente, revogada pela Decisão nº 292/1998-Plenário, que acatou as justificativas, à época, apresentadas pela Entidade.

12. Com relação à irregularidade descrita no subitem 3.3 deste Voto – utilização da modalidade de pregão para contratação de serviços de consultoria na área de planejamento estratégico –, deixo de acompanhar a proposta da 1ª Secex no sentido de acolher as razões apresentadas pela Eletronorte, pois entendo ser de natureza complexa o objeto do Pregão PR-GSG-5.2113, resultando, conseqüentemente, na impossibilidade de a Administração lançar mão dessa modalidade licitatória, por ausência de respaldo legal, tendo em vista que, nos termos do art. 1º, **caput** e parágrafo único, da Lei nº 10.520, de 17/07/2002, o pregão somente pode ser adotado para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados, para os fins e efeitos desse artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado.

13. Assevero, aliás, não ser o caso de se alegar objetividade na definição dos serviços de consultoria a serem prestados – característica esta presente no Anexo I do Edital (fls. 22/29, anexo I) –, uma vez que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002 não almeja essa objetividade, relacionada aos serviços a serem prestados, mas aquela referente aos resultados a serem alcançados em termos de padrões de desempenho e qualidade, parâmetros estes que, quando se trata de um objeto de natureza predominantemente intelectual, como é o caso de consultoria e apoio destinados à atualização do processo de planejamento estratégico plurianual de uma empresa do porte da Eletronorte, não podem ser medidos na fase de licitação, mas somente após terem sido executados, diferente do que se verifica, por exemplo, numa aquisição de microcomputadores de mesa, cujos padrões de desempenho e qualidade – velocidade de processamento de dados, capacidade de memória etc – podem ser definidos com precisão antes mesmo de serem adquiridos.

14. Sobre a questão da inaplicabilidade da modalidade de pregão à aquisição de bens e serviços complexos, oportuno trazer novamente à lume os ensinamentos de Marçal Justen Filho, que aponta dois requisitos necessários para se caracterizar como comum um bem ou serviço, requisitos estes, ressalte-se, que não vislumbro no objeto do Pregão em exame: disponibilidade no mercado próprio e padronização. Do primeiro pressuposto decorre a regra segundo a qual “O bem ou serviço é comum quando a Administração não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens e serviços tais como disponíveis no mercado” (in Comentário à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, Editora Dialética, 4ª edição, 2005, p. 26). O outro requisito, complementar do primeiro segundo o autor, “se configura quando são predeterminados, de modo objetivo e uniforme, a qualidade e os atributos essenciais de um bem ou serviço”, podendo decorrer “de regras técnicas formalmente adotadas por entidades especializadas (em especial, a ABNT) ou também pode ser gerada por procedimentos internos à própria Administração, em que se

estabeleçam padrões de identidade de certos objetos aptos à satisfação das necessidades estatais” (op. cit., p. 27).

15. Ainda no que respeita à utilização da modalidade de pregão na Licitação em análise, cabe enfrentar a alegação apresentada, após a última Instrução da Unidade Técnica, pela empresa Ecoplan Engenharia Ltda., segundo a qual o fato de não haver, atualmente, empresa de maior porte que dispense o planejamento estratégico leva à conclusão de que é comum a consultoria objeto do Pregão PR-GSG-5.2113 (fl. 88 do v.p.).

16. De plano, considero improcedente tal argumento, uma vez que o número de fornecedores capazes de prestar determinado serviço não é indicativo de que este seja ou não comum. O próprio Marçal Justen Filho menciona haver uma tendência em afirmar que a expressão bem ou serviço comum é antônima de objeto singular. Defende esse autor que “De fato e sob um certo ângulo, não é ‘comum’ aquilo que se configura como ‘singular’. A singularidade é o oposto do comum. Mas a comparação é excessiva, porque inúmeros objetos nem são comuns e nem são singulares” (op. cit., p. 30, **in fine**). É o que ocorre com o Pregão PR-GSG-5.2113, cujo objeto não é comum nem singular, conforme sustentado, respectivamente, por mim e pela empresa Ecoplan Engenharia Ltda..

17. Ademais, a regra contida no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002, evidencia não ser a simples oferta do serviço no mercado apta a indicar se este é ou não comum. Ao contrário, o referido parágrafo único optou, expressamente, por outro critério de definição ao estabelecer que são considerados “bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.” (destaque não consta no original)

18. Diante de todo o exposto, evidencia-se a complexidade do objeto do Pregão PR-GSG-5.2113, objeto este consistente na prestação de serviços de consultoria e apoio à Eletronorte, visando à atualização do processo de planejamento estratégico dessa Entidade para o ciclo 2006/2010 (fl. 8, anexo I) e compreendendo, ainda, consultoria para adequação das orientações estratégicas, análise ambiental externa e interna, atualização da visão, missão e valores, atualização do mapa estratégico e consolidação do plano estratégico (fl. 85 do mesmo anexo). Em consequência, cabe fixar prazo para que a Eletronorte adote as providências necessárias à anulação do aludido Certame.

19. Outrossim, ainda que restem dúvidas sobre tal complexidade – hipótese que levanto apenas para refutá-la –, elas devem levar à não utilização do pregão, postulado hermenêutico este que decorre das características dessa modalidade e da realidade a que ela se dirige. Nesse sentido é a lição de Marçal Justen Filho, valendo transcrever de sua obra o seguinte trecho:

“O pregão aplica-se como alternativa às modalidades licitatórias contempladas na Lei nº 8.666. Trata-se de modalidade licitatória que se caracteriza pela redução da segurança em prol da Administração Pública. O conceito de bem ou serviço comum pressupõe a existência de um objeto destituído de peculiaridades que demandem indagação sobre a habilitação do fornecedor. A sumariedade do procedimento licitatório dificulta o controle (seja por parte da Administração, seja por órgãos ou pessoas externas à Administração).

Logo, a utilização do pregão deve ser reservada para as hipóteses em que não há controvérsia lógica sobre a configuração de um bem ou serviço comum. Se dúvidas persistirem, tal desaconselhará a adoção da solução do pregão.” (op. cit., p. 24, **in fine**)

questão jurídica subjacente aos fatos arrolados não se apresenta de fácil solução. Diversas dúvidas razoáveis se apresentam na aplicação das normas referentes ao pregão para a aquisição dos produtos objeto da licitação sob comento

20. Quanto à possibilidade de punição dos responsáveis pela adoção da modalidade de pregão no Certame em apreço, entendo razoável afastar a medida por considerá-la, no caso em exame, de excessivo rigor, uma vez que a questão jurídica subjacente aos fatos arrolados não se apresenta de fácil solução, podendo surgir diversas dúvidas razoáveis quanto à aplicabilidade da modalidade de pregão a aquisições dos serviços concernentes à Licitação sob comento. Ademais, não constam dos autos quaisquer indícios de má-fé, locupletamento, direcionamento da licitação ou favorecimento de particulares.

21. Julgo, entretanto, pertinente expedir determinação à Eletronorte para que se abstenha dessa prática quando da contratação de serviços de consultoria com nível de complexidade similar ou superior ao daquela objeto do Pregão PR-GSG-5.2113, esclarecendo-lhe que essa determinação não faz supor, necessariamente, que os serviços de consultoria com nível de complexidade inferior possam ser contratados mediante pregão, tendo em vista que, na linha de raciocínio desenvolvida no presente Voto, esta modalidade somente se aplica aos casos em que seja viável definir com objetividade os padrões de desempenho e qualidade do serviço, conforme rege o art. 1º, **caput** e parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002.

22. Por fim, no intuito de dar maior efetividade ao presente **Decisum**, reputo pertinente incumbir a 1ª Secex de acompanhar o cumprimento da determinação dirigida à Eletronorte, alertando esta Entidade de que o descumprimento de determinação desta Corte de Contas enseja, independentemente de prévia audiência dos

responsáveis, aplicação da multa prevista no art. 58, § 1º, da Lei nº 8.443, de 16/07/1992 c/c o art. 268, inciso VII, do Regimento Interno/TCU.

Com essas considerações, Voto no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

T.C.U., Sala das Sessões, em 05 de abril de 2006.

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA

Relator

ACÓRDÃO Nº 492/2006 - TCU - PLENÁRIO

1. Processo nº TC-019.452/2005-4 (c/ 2 anexos).

2. Grupo II, Classe de Assunto: VII – Representação.

3. Interessada: Orion Representações Comerciais e Prestação de Serviços Ltda., CNPJ nº 37.096.286/0001-60.

4. Órgão: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte.

5. Relator: Auditor Lincoln Magalhães da Rocha.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade Técnica: 1ª Secex.

8. Advogados constituídos nos autos: Alexandre Aroeira Salles, OAB/MG nº 71.947; Ariadna Augusta Eloy Alves, OAB/DF nº 20.085; Débora Val Leão, OAB/MG nº 98.788; Francisco de Freitas Ferreira, OAB/MG nº 89.353; Marcelo Andrade Fiúza, OAB/MG nº 90.637; Marina Hermeto Corrêa, OAB/MG nº 75.173; Patrícia Guercio Teixeira, OAB/MG nº 90.459; e Renata Aparecida Ribeiro Felipe, OAB/MG nº 97.826.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela empresa Orion Representações Comerciais e Prestação de Serviços Ltda., reportando a este Tribunal possíveis irregularidades no âmbito do Pregão PR-GSG-5.2113, que está sendo realizado pelas Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com base nos arts. 237, inciso VII, e 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, conhecer da presente Representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. fixar, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal e no art. 45 da Lei nº 8.443/1992, c/c o art. 251 do Regimento Interno/TCU, o prazo de 15 (quinze) dias para que a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte adote as providências necessárias à anulação do processo licitatório referente ao Pregão PR-GSG-5.2113;

9.3. determinar:

9.3.1. à Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte que se abstenha de utilizar a modalidade Pregão para contratações de serviços de consultoria com nível de complexidade similar ou superior ao daquela objeto do Pregão PR-GSG-5.2113;

9.3.2. à 1ª Secex que monitore o cumprimento da medida constante do subitem 9.2 **supra**, representando a este Tribunal, caso necessário;

9.4. alertar a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte de que:

9.4.1. a determinação contida no subitem 9.3.1 desta Deliberação não lhe permite pressupor que os serviços de consultoria com nível de complexidade inferior ao daquela objeto do Pregão PR-GSG-5.2113 possam ser contratadas mediante pregão, tendo em vista que esta modalidade somente pode ser adotada caso seja viável definir com objetividade os padrões de desempenho e qualidade do serviço;

9.4.2. o descumprimento de determinação desta Corte de Contas enseja, independentemente de prévia audiência dos responsáveis, aplicação da multa prevista no art. 58, § 1º, da Lei nº 8.443/1992 c/c o art. 268, inciso VII, do Regimento Interno/TCU;

9.5. enviar cópia do presente Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam, às empresas Orion Representações Comerciais e Prestação de Serviços Ltda. e Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – Eletronorte;

9.6. arquivar os presentes autos.

10. Ata nº 13/2006 – Plenário

11. Data da Sessão: 5/4/2006 – Ordinária

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0492-13/06-P

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Adylson Motta (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar, Benjamin Zymler e Augusto Nardes.

13.2. Auditor convocado: Lincoln Magalhães da Rocha (Relator).

13.3. Auditores presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

ADYLSON MOTTA
Presidente

LINCOLN MAGALHÃES DA ROCHA
Relator

Fui presente:

PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral em exercício