

TCU – Tribunal de Contas da União - Acórdão 891/2009 - Plenário

Número Interno do Documento

AC-2545-48/08-P

Grupo/Classe/Colegiado

GRUPO I / CLASSE VII / Plenário

Processo

025.153/2008-5 

Natureza

Representação

Entidade

Entidade: Companhia Hidroelétrica do São Francisco - CHESF

Interessados

Interessada: Associação Brasileira de Consultores de Engenharia - ABCE

Sumário

REPRESENTAÇÃO. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS DE ENGENHARIA. UTILIZAÇÃO DA MODALIDADE PREGÃO NA FORMA ELETRÔNICA. CONCESSÃO DE CAUTELAR SUSPENDENDO O CERTAME. OITIVA DA CHESF. IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DO OBJETO DA LICITAÇÃO COMO COMUM (ART. 1º DA LEI Nº 10.520/2002). ILEGALIDADE. DETERMINAÇÃO À CHESF, NO SENTIDO DE QUE PROMOVA A ANULAÇÃO DO CERTAME.

É incabível a licitação na modalidade pregão para a contratação de serviços de engenharia que se revelem complexos e cujos padrões de desempenho e qualidade não possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado

Assunto

Representação

Ministro Relator

Benjamin Zymler

Representante do Ministério Público

não atuou

Unidade Técnica

Secretaria de Controle Externo - PE (SECEX-PE)

Advogado Constituído nos Autos

não há

Relatório do Ministro Relator

Trata-se de representação efetuada pela Associação Brasileira de Consultores de Engenharia - ABCE contra atos praticados pela Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - Chesf na condução do Pregão Eletrônico PG-1.92.2008.4860, cujo objeto foi descrito pelo edital, nos seguintes termos:

"Execução de serviços de análise das oportunidades, visando oferecer suporte conceitual, metodológico, analítico e operacional para subsidiar a CHESF em suas avaliações estratégicas relativas à implantação de novos empreendimentos de geração e transmissão de energia, de acordo com a Especificação Técnica ET-DE-002/2008"

2. A referida Associação acusou como irregular a escolha pela Chesf da modalidade pregão eletrônico para a contratação de serviços profissionais especializados de engenharia, visto que não estariam eles abrangidos pelo conceito de bens e serviços comuns contido no art. 1º da Lei nº 10.520/2002. A autora da representação argumentou que "Os serviços a contratar apresentam elevado nível de complexidade técnica, não se enquadrando na categoria de serviços comuns como estabelece a lei e decretos que a regulamentam".

3. Informou, também, que a Decisão nº 0074/2007 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - Confea é contrária "à contratação pelo setor público de obras e serviços de engenharia, arquitetura e agronomia por pregão". Ponderou, ainda, que este Tribunal, por meio do Acórdão nº 1615/2008-Plenário (juntado às fls. 35/43), decidiu "pela não aplicação da modalidade pregão a serviços dessa natureza, motivado por Representação desta Associação, contra pretendida contratação, por Furnas Centrais Elétricas S.A, de serviços técnicos que não se enquadram nos dispositivos legais mencionados".

4. A ABCE asseverou, adicionalmente, que "O tipo de licitação adequado para a contratação dessa natureza deve ser um dos que a lei 8.666/93 estipula em seu Art. 46, dispositivo específico e de aplicação exclusiva para serviços profissionais e de consultoria de engenharia". Ao final, requereu que "o Tribunal mande sustar o prosseguimento do referido processo licitatório mediante medida cautelar para reverter a prática irregular apontada e sua continuidade em licitações futuras".

5. Por meio de despacho, após analisar a Especificação Técnica ET-DE-002/2008 do objeto contratado, anotei o que se segue:

"Ao avaliar o objeto licitado, em rito de cognição sumária, considero que sua natureza e complexidade impedem seja ele classificado como comum. Verifico que foram relacionados, no termo de referência, Relatórios Técnicos e Seminários a serem produzidos sobre temas altamente complexos, como, por exemplo: "avaliação de oportunidades e riscos de investimentos em novos projetos de geração termelétrica nuclear"; "revisão de análise de investimentos, análise de projetos e o uso do método do Fluxo de Caixa Descontado, em suas diversas variantes, além das especificidades da avaliação de Project Finance, tanto para projetos de transmissão como de geração", entre outros.

Considerando, pois, que a suposta irregularidade apontada pela ABCE - licitação de serviços especializados mediante pregão - está, em princípio caracterizada, visto que a Lei nº 10.520/2002 prevê a aplicação do pregão apenas aos denominados bens e serviços comuns, entendo caracterizado o pressuposto *fumus boni iuris*. Lembro, a esse respeito, que há precedentes recentes em que o Tribunal se posicionou no sentido de ser o pregão modalidade de licitação inadequada para contratação de serviços incomuns (Acórdão nº 1615/2008 - Plenário, por exemplo). Também há precedentes que sinalizam a inadequação dessa modalidade para contratação de serviços de consultoria (Acórdão nº 492/2006 - Plenário).

Considero, ainda, presente o requisito do *periculum in mora*. Isso porque há previsão de abertura das propostas para o dia 15/9/2008. Atendidos, portanto, os pressupostos para adoção da medida explicitada no art. 276 do Regimento Interno do TCU, determino cautelarmente à Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF que se abstenha de dar seguimento ao Pregão Eletrônico PG-1.92.2008.4860 (...), até que este Tribunal decida no mérito acerca da modalidade de licitação utilizada, nos termos do art. 276 do Regimento Interno do TCU.

Determino, ainda, a realização de oitiva da CHESF, para que se pronuncie, no prazo de quinze dias, quanto às questões acima relacionadas. Autorizo, ainda, o encaminhamento de cópia deste despacho a essa empresa, para subsidiar sua manifestação. Solicito, por fim, que se proceda à autuação do presente feito".

6. Concedi, por meio do citado despacho, medida cautelar para sustar o prosseguimento do Pregão Eletrônico PG-1.92.2008.4860. Determinei, também, a realização de oitiva da Companhia sobre a utilização a modalidade pregão para contratação de serviços especializados, em provável afronta à Lei nº 10.520/2002 e em dissonância com jurisprudência desta Corte (Acórdão nº 492/2006 - Plenário, por exemplo). Em 15/10/2008, por meio do Ofício nº CE-PR-449/2008, o Sr. Diretor-Presidente da Chesf apresentou esclarecimentos, que foram assim sintetizados pelo Sr. Diretor Fabiano de Oliveira Luna:

"(...)

5.1 O Diretor-Presidente da Chesf informou, preliminarmente, que a Companhia vem cumprindo a medida cautelar determinada pelo Exmº Sr. Ministro Benjamin Zymler, no sentido de não dar prosseguimento ao Pregão PG-1.92.2008.4860.

5.2 No tocante à modalidade escolhida para a licitação do objeto em referência, o responsável passa a tecer considerações acerca do conceito de serviço comum, para os fins da Lei nº 10.512/2002.

5.3 A expressão seria composta - analisa - por duas condições. A primeira, de que os padrões de desempenho e de qualidade do bem ou serviço possam ser objetivamente definidos no edital. A segunda, de que essa definição possa efetuar-se por meio de especificações usuais no mercado.

5.4 Para a Chesf, todos os bens ou serviços que possam ser licitados através do pregão, sem que haja prejuízo no que tange à avaliação de sua qualidade ou da própria capacitação técnica dos licitantes devem ser considerados bens e serviços comuns.

5.5 Em outras palavras, entende a Chesf que "todos os bens que puderem ser licitados adequadamente através da modalidade pregão devem ser considerados comuns, e não foi outra a interpretação da Chesf ao promover o Pregão PG-1.92.2008.4860, cujo objeto é 'Análise das oportunidades para expansão da geração e transmissão da Chesf'" (fl. 4, Anexo 1).

5.6 Reforça esse argumento com a doutrina de Ricardo Ribas da Costa Berloff e Vera Scarpinella (fl. 5, Anexo 1).

5.7 Em seguida, a Companhia passa a trazer argumentos defendendo um uso amplo da modalidade pregão, conforme reproduzido, em parte, abaixo, com grifos originais:

"(...)

Evidentemente que a modalidade pregão não deve ser utilizada indiscriminadamente em todos os casos. O que aqui se defende é que a modalidade seja utilizada em todos os casos em que o objeto da licitação seja compatível com a sistemática do Pregão. Ou seja, em que a sistemática, mais simples, com menos formalidades e rigores, não prejudique, sobretudo, a avaliação a respeito da qualidade do bem contratado pela Administração.

Veja-se que o ponto central, que atraiu a atenção do legislador, gira em torno da qualidade dos bens. Tanto que ele definiu bem e serviço comum como aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Nota-se que a referência para mensurar o que é usual no mercado refere-se diretamente ao desempenho e qualidade dos bens licitados.

Se a adoção do pregão não prejudicar a análise da qualidade do produto, porque ela é definida de modo usual, então é cabível o pregão. Noutro lado, se o bem licitado envolver técnicas especiais, variáveis de produto para produto, que mereçam atenção particularizada e pormenorizada, então o pregão não é cabível, fazendo-se imperativo recorrer às modalidades da Lei nº 8.666/93.

Reconheça-se que o conceito ora proposto também é suscetível à subjetividade do interlocutor. Para uns, determinado bem pode perfeitamente ser licitado através do pregão, sem prejuízo da avaliação da qualidade.

Para outros, o pregão já compromete a avaliação da qualidade daquele mesmo bem. Sem embargo, a subjetividade é algo imanente ao conceito de bem e serviço comum, que é, repita-se, indeterminado.

À doutrina cabe criar contornos que ofereçam subsídios para melhor delimitar tal conceito. No entanto, não compete a ela delimitá-lo de tal forma a retirar-lhe a indeterminação. Se a intenção fosse dispor de conceito preciso, o legislador deveria ter prescrito normas precisas. Em caso contrário, resta aos intérpretes conviver com tal indeterminação.

A Chesf iniciou em 27/09/2002 a utilização da modalidade de Pregão Presencial, seguindo as determinações do Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000 e Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e neste período foram realizados 654 licitações nesta modalidade o que viabilizou uma economia para a Administração de aproximadamente 15% em relação aos valores previstos para a contratação, correspondente a aproximadamente 82 milhões de reais.

Com o advento dos Decretos n.º 5.450, de 31 de maio de 2005 e n.º 5.504, de 5 de agosto de 2005, foi iniciada na Chesf, em 30.08.2005, a utilização do Pregão Eletrônico e, até o dia 08.10.2008, foram realizados 1.902 Pregões nesta modalidade, propiciando uma economia, em relação aos valores previstos para contratação, de aproximadamente 23%, correspondendo a um valor aproximado de 296 milhões de reais.

Portanto, mostra-se evidente que a Chesf, sem descuidar da observância dos dispositivos legais, acertou na escolha da modalidade Pregão para promover suas licitações, onde cabível, gerando considerável economia para o erário, cumprindo dessa forma, os princípios constitucionais da legalidade, economicidade e eficiência, dentre outros."

5.8 Em seguida, o Diretor-Presidente da Chesf passa a reproduzir excertos da Nota Técnica nº 2/2008, da Secretaria de Fiscalização de Fiscalização de Tecnologia da Informação - Sefti deste Tribunal, como mostrado abaixo (grifos originais):

"(...) Na mais recente orientação desse Tribunal, através da Nota Técnica 02/2008 - SEFTI/TCU, 11/09/2008, podemos destacar os itens abaixo relacionados:

"33.(...)O texto da Lei não diz que "todo serviço de natureza predominantemente intelectual deve ser licitado por técnica e preço ou melhor técnica, mas diz que "os tipos melhor técnica ou técnica e preço só podem ser usados para contratar serviços de natureza predominantemente intelectual".

34. Decorre daí que:

O gestor não poderá decidir pelos tipos "melhor técnica" ou "técnica e preço" se os serviços em questão não tiverem natureza predominantemente intelectual;

O gestor tem liberdade para decidir pelo tipo "menor preço" nas contratações de serviços predominantemente intelectuais, quando este tipo de licitação se mostra capaz de conduzir a seleção da proposta mais vantajosa, pois essa é a regra geral das licitações.

37. (...) o caráter predominantemente intelectual é apenas um dos requisitos para a escolha do tipo "técnica e preço" ou "melhor técnica". Outro requisito é ser absolutamente inviável que se obtenha a proposta mais vantajosa por meio de licitação do tipo "menor preço", pois esse tipo de licitação é a regra geral para as licitações públicas.

39. (...) essa discricionariedade facultada ao gestor não o autoriza a optar pelas modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993 em detrimento do Pregão quando da aquisição de bens e serviços que se reputam comuns, principalmente se consideradas as vantagens propiciadas pelo Pregão, principalmente a celeridade e a redução de preços. Não seria razoável transigir com o interesse público dessa forma, sem a adequada motivação. Portanto, o não uso da modalidade Pregão deve ser sempre exaustivamente justificado. (grifo nosso)

41. (...) verifica-se que além das restrições a "técnica e preço" relatadas, ainda há uma atual predileção legal ao Pregão, que não é fortuita, por conta do papel que está promovendo nas aquisições governamentais. Com maior celeridade que as outras modalidades, o Pregão permite ao gestor atuar mais

tempestivamente na solvência dos problemas. Na forma eletrônica, aumenta a transparência dos atos e torna irrelevante a localização geográfica dos licitantes, incrementando a competitividade. Tudo isso resulta na redução dos preços. Não por acaso, em 2007 o Pregão respondeu por quase 80% em valor das aquisições governamentais da União, principalmente na forma eletrônica, contribuindo na redução de 16% nos preços de aquisição em relação aos orçados.

61. O primeiro prejuízo possível é a perda de competitividade. É bastante comum nas licitações por "técnica e preço" que balanço entre os índices técnico e de preço sejam de 7 para 3, privilegiando ao máximo as qualidades técnicas da proposta. Ao mesmo tempo, também é comum que as pontuações técnicas atribuídas privilegiem qualidades elevadas, ainda que não necessariamente se convertam em benefício real para o contratante (p.ex. pontuar privilegiadamente a certificação CMMI em nível 4 ou 5, quando o próprio contratante não tem seus processos de desenvolvimento com maturidade compatível com esses níveis de qualidade). Nesses casos, há desestímulo à participação de eventuais interessados na licitação que atendam aos patamares mínimos aceitos pelo contratante, mas não aos patamares pontuados mais altos, pois deparam-se com a sobrevalorização de características de qualidade que reduzem suas chances de sucesso no certame. Esses eventuais interessados podem desistir de participar porque o custo de preparar uma proposta técnica é alto demais diante de uma chance tão baixa de lograr êxito. Esse efeito é necessariamente ruim nas licitações de objetos que podem ser considerados comuns, porque exclui ou desestimula interessados que de fato estariam em condições plenas de se tornarem fornecedores.

62. Em decorrência da perda de competitividade, ocorre também prejuízo à economicidade. Primeiro, devido à eventual seleção de proposta mais cara, cuja qualidade técnica extra não se converte em benefícios para o contratante na mesma proporção do preço, em razão de ser objeto comum. Segundo, porque havendo redução do número de competidores interessados e não havendo sessão de lances (como no Pregão), as possibilidades de se alcançar os menores preços factíveis no mercado em questão são bem menores.

63. Portanto, a adoção do tipo "técnica e preço" para objetos que possam ser considerados comuns implica no tratamento não isonômico do mercado potencialmente fornecedor, em desalinhamento com o art. 3º da Lei nº8.666/1993.

69. (...) O caráter comum ou incomum de um bem ou serviço e intrínseco à maneira como o mercado o comercializa, podendo se alterar com o tempo em função dos interesses de compradores e vendedores. Portanto, o gestor deve balizar-se pelo mercado, e não por suas necessidades, para determinar o atributo de comum de um bem ou serviço."

(...)"

5.9 O Sr. Dilton da Conti Oliveira requereu, ao fim, "que seja determinado o prosseguimento do processo do PG-1.92.2008.4860".

7. O Sr. Diretor examinou as razões apresentadas pela Chesf, nos seguintes termos:

"6. ANÁLISE DOS ELEMENTOS APRESENTADOS.

6.1 Como visto, a Chesf buscou defender a escolha da modalidade pregão para uma contratação que tem o seguinte objeto, conforme edital (fl. 8):

"Execução de serviços de análise das oportunidades, visando oferecer suporte conceitual, metodológico, analítico e operacional para subsidiar a CHESF em suas avaliações estratégicas relativas à implantação de novos empreendimentos de geração e transmissão de energia, de acordo com a Especificação Técnica ET-DE-002/2008"

6.2 Observamos, de início, que a Companhia apresentou seus argumentos no plano apenas conceitual, defendendo a aplicabilidade da norma do pregão sem, contudo, demonstrar que o caso concreto ora analisado estaria abrangido na hipótese normativa.

6.3 Importa notar que, por meio de sua oitiva, à Chesf foi dada a oportunidade de demonstrar, de modo cabal, que a contratação pretendida era possível de ser conduzida pela modalidade pregão, afastando os receios do periculum in mora e desanuviando o fumus boni iuris que ensejaram a expedição da medida cautelar pelo Relator.

6.4 Podemos afirmar que, no plano estritamente conceitual, são coerentes as considerações doutrinárias trazidas pela Companhia a respeito do emprego do pregão.

6.5 Também entendemos correta a afirmação feita no sentido de que, para a escolha do pregão como modalidade de licitação, os padrões de desempenho e de qualidade do bem ou serviço a ser contratado devem ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado.

6.6 No tocante à alusão à Nota Técnica nº 2/2008 da Sefti, cumpre observar que a mesma foi editada com o propósito de demonstrar a possibilidade jurídica da adoção do pregão como modalidade de licitação, especificamente, para a contratação de bens e serviços de tecnologia da informação, o que não é o caso da licitação sob exame.

6.7 Além disso, a edição dessa Nota Técnica foi motivada pela padronização existente no mercado de tecnologia da informação, no tocante ao desenvolvimento e características de seus produtos, que permitem uma especificação objetiva dos bens e/ou serviços a serem contratados, o que não demonstrou a Chesf em sua manifestação.

6.8 Reproduzimos, abaixo, por oportuno, excerto da referida Nota Técnica, que embasa a afirmação supra:

"(...)

49. No atual estágio de desenvolvimento desse mercado, pode-se verificar grande diversidade de empresas de software, e abundância de cursos superiores de TI e de técnicos formados. Além disso, as ferramentas de desenvolvimento e as linguagens de programação evoluíram em busca de produtividade e disponibilidade de recursos aos desenvolvedores, permitindo o desenvolvimento de sistemas em magnitude e complexidade crescentes. Essa evolução natural ensejou a elaboração, por centros acadêmicos, fundações e empresas, de modelos que padronizassem conceitos e processos, com o objetivo de viabilizar o cumprimento de prazo, custo e qualidade, mesmo com o cenário de crescente complexidade dos projetos. Tais técnicas padronizadas constituem o domínio da disciplina denominada Engenharia de Software.

50. Alguns desses modelos se destacaram e se tornaram referência tanto no mercado quanto nos meios acadêmicos. Podem-se citar como modelos para desenvolvimento de software a NBR 12.207 3 e o RUP 4. Modelos como o CMMI 5, MPS.BR 6 e NBR 15.504 7 auxiliam as entidades, desenvolvedoras ou contratantes, a compreenderem o grau de maturidade de seus processos de desenvolvimento de software ou a contratação deste, e o caminho para evolução desses processos. Outros modelos internacionais, como o Cobit 8 e ITIL 9, tratam de padrões de governança de TI e influem diretamente na implementação ou aquisição de softwares.

51. O modelo UML 10 é usado para definir os requisitos de software, permitindo descrever a lógica de negócio por meio de uma linguagem de notação gráfica. Com a UML cria-se um modelo abstrato que retrata as características do negócio, que é a base para a definição dos processos e regras de negócio, e que servirá de insumo para a fase de codificação.

52. No âmbito de métrica para medição de desenvolvimento, existe a Análise por Pontos de Função, que permite mensurar as funcionalidades disponibilizadas ao usuário, e que pode ser utilizada como índice para o faturamento do serviço de desenvolvimento e manutenção de software.

53. Todos esses modelos são usualmente utilizados para padronização do funcionamento do mercado, de modo a alcançar maior produtividade e confiabilidade dos serviços prestados. Em vista dessas vantagens, esses modelos são comercialmente utilizados para respaldar contratos de desenvolvimento, tanto na esfera pública quanto privada, evidenciando o domínio do mercado brasileiro de software nessas práticas.

54. Dessa forma, esses modelos fornecem elementos padronizados de desempenho e qualidade, amplamente conhecidos e utilizados por fornecedores e consumidores de serviços de desenvolvimento de software, o que viabiliza a contratação desses serviços por Pregão. (...)"

6.9 O Sr. Dilton da Conti Oliveira, Diretor-Presidente da Chesf, em momento algum demonstrou quais modelos padronizados de desempenho e qualidade, de conhecimento e aplicação ampla por fornecedores e consumidores, seriam aplicáveis ao caso aqui analisado.

6.10 Note-se, ademais, que o Relator teve o cuidado de buscar a Especificação Técnica nº ET-DE-002/2008, referida na descrição do objeto da licitação (fls. 44/46), encontrando produtos que deveriam ser entregues pelo contratado que, em um juízo de cognição sumária, não permitiriam ser enquadrados como comuns, citando-se aqui, apenas como exemplo, a "elaboração de relatório técnico direcionado prioritariamente para a avaliação de oportunidades e riscos em novos projetos de geração termelétrica nuclear", o que não sugere tratar-se de um serviço cujos padrões de desempenho e qualidade sejam avaliáveis objetivamente, por meio de modelos usualmente aplicados no mercado.

6.11 Registre-se, ademais, que o Despacho do Ministro-Relator foi encaminhado à Chesf, por cópia, como por ele determinado, com o fim de subsidiar sua manifestação.

6.12 Apesar disso, a Chesf optou por manifestar-se apenas no plano teórico, entendendo, aparentemente, ser discricionária a avaliação da existência de padrões objetivos de desempenho e qualidade - que sejam de amplo domínio e uso pelo mercado - para a especificação das características dos bens e serviços a contratar via pregão, sem, sequer, precisar demonstrar essa avaliação, no plano concreto.

6.13 Os elementos apresentados em oitiva, portanto, não infirmaram a hipótese vislumbrada desde o início, de que se trata de uma contratação cuja complexidade refoge ao conceito de serviço comum, por faltar-lhe os requisitos objetivos de avaliação de desempenho e qualidade, que sejam de amplo domínio e utilização no mercado.

6.14 Assim, considerando que se trata de ilegalidade verificada em ato administrativo, cumpre assinalar-se prazo à Companhia para o fiel cumprimento da lei, com vistas à anulação do Pregão Eletrônico PG-1.92.2008.4860, tendo em vista que seu objeto não enquadra como serviço comum, nos termos do art. 1º da Lei nº 10.520/2002."

8. Ao final, o Sr. Diretor apresentou a seguinte proposta de encaminhamento:

"7.1 Diante do exposto, somos pela remessa dos autos ao Gabinete do Relator, Exmº Sr. Ministro Benjamin Zymler, com a seguinte proposta:

a) com fundamento no art. 113, §1º, da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 237, VII, do Regimento Interno do Tribunal, conhecer da presente Representação, para no mérito, considerá-la procedente;

b) com fulcro no art. 45 da Lei nº 8.443/1992, c/c o art. 251 do RI/TCU, assinalar prazo de até quinze dias para que a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco adote as providências necessárias para o exato cumprimento da lei, anulando o Pregão Eletrônico nº PG-1.92.2008.4860, uma vez que os serviços licitados não se enquadram como serviços comuns, na definição dada pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002;

c) dar ciência da decisão que vier a ser adotada ao interessado."

9. O Sr. Secretário pôs de acordo com a proposta de encaminhamento fornecida pelo Sr. Diretor.

É o Relatório.

Voto do Ministro Relator

Conforme mencionado no Relatório supra, trata-se de representação encaminhada pela Associação Brasileira de Consultores de Engenharia - ABCE, efetuada com suporte nos termos do art. 113, § 1º da Lei nº 8.666/93, contra edital licitatório da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - CHESF (PG-1.92.2008.4860), em razão da utilização de modalidade pregão em licitação cujo objeto é a "Análise das oportunidades para expansão da geração e transmissão da CHESF".

2. O objeto dessa licitação foi enunciado no respectivo edital como: "Execução de serviços de análise das oportunidades, visando oferecer suporte conceitual, metodológico, analítico e operacional par subsidiar a CHESF em suas avaliações estratégicas relativas à implantação de novos empreendimentos de geração e transmissão de energia elétrica, de acordo com a Especificação Técnica ET-DE-002/2008 (...)" O orçamento base elaborado pela CHESF para a referida licitação é de R\$ 1.473.835,82. Os serviços seriam executados sob o regime de empreitada por preço unitário.

3. Com intuito de impedir a abertura e julgamento das propostas, concedi, por meio de despacho, medida cautelar suspendendo o andamento do certame, por vislumbrar a impossibilidade de qualificação do mencionado objeto como serviço comum, segundo a definição contida no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002. Promovi, em seguida, a oitiva da Chesf, acerca da utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, para aquela licitação. A Chesf apresentou suas razões, que foram adequadamente examinadas pelo Sr. Diretor, razão pela qual incorporo ao presente Voto as ponderações contidas nos subitens 6.1 a 6.14 de sua instrução, transcrita no Relatório supra.

4. Considero, porém, conveniente explicitar os motivos fundamentais que me conduzem a encampar a proposta de encaminhamento sugerida pela Unidade Técnica. Anoto, de início, nos termos do pronunciamento do Sr. Diretor, que a "Companhia apresentou seus argumentos no plano apenas conceitual, defendendo a aplicabilidade da norma do pregão sem, contudo, demonstrar que o caso concreto ora analisado estaria abrangido na hipótese normativa". Caberia a Chesf a demonstração de que o citado objeto se compatibilizaria com as condições de utilização dessa modalidade de licitação. Isso, porém, não foi feito.

5. Com intuito de comprovar a impossibilidade de adoção da referida modalidade de licitação, para o caso concreto, passo a transcrever os produtos que a serem fornecidos pela empresa contratada, segundo o respectivo edital de licitação:

"PRODUTOS

A CONTRATADA apresentará como produtos a emissão de relatórios, a realização de seminários e a elaboração de documentos específicos, nos prazos definidos pela CHESF, contados a partir da emissão da Ordem de Início dos Serviços, conforme discriminado a seguir:

PRODUTOS DESCRIÇÃO/PRAZOS

PRODUTO 1 § Plano de Trabalho Definitivo.Prazo - 30 dias.

PRODUTO 2 § Apresentação de versão beta da Biblioteca Virtual (BV-CHESF) com o objetivo de formar e consolidar o acervo de documentos eletrônicos sobre o setor elétrico.Prazo - 60 dias.

PRODUTO 3 § Relatório Técnico contendo uma análise sobre as restrições ao investimento e ao endividamento das empresas estatais brasileiras e o papel que essas restrições desempenham na política de estabilização macroeconômica recente.Principais aspectos que deverão fazer parte do relatório: acordos com FMI, planos de estabilização econômica, política de geração de superávit fiscal, contabilização de gastos e investimentos das estatais, restrições ao endividamento das estatais.§ Realização de Seminário para discussão da relação entre as restrições a investimentos das estatais e a política macroeconômica.Prazo - 90 dias.

PRODUTO 4 § Apresentação de versão definitiva da Biblioteca Virtual (BV-CHESF) com um mínimo de 300 documentos eletrônicos. A média mensal de novos documentos eletrônicos deverá ser de 50 documentos. Todos os documentos deverão ser passíveis de cópia integral e os direitos autorais dos mesmos serão de exclusiva responsabilidade da contratada.Prazo - 120 dias.

PRODUTO 5 § Relatório Técnico focado na investigação de como as restrições de investimentos das estatais influenciam a competitividade destas empresas e como essas restrições podem ser mitigadas.Principais aspectos que deverão fazer parte do relatório: exame da sistematização dos argumentos relacionados tanto às restrições existentes a investimentos de estatais de uma forma geral como especificamente relativo ao aparato legal aplicável à Eletrobrás e suas subsidiárias.§ Seminário de nivelamento conceitual sobre o impacto das restrições de

investimentos na competitividade das empresas estatais diante das empresas privadas e alternativas para mitigação dessas restrições. Prazo - 150 dias

PRODUTO 6 § Relatório Técnico com a análise das principais variáveis relacionadas ao embasamento econômico para elaboração de propostas de modo a superar, ainda que parcialmente, as restrições à competitividade das estatais e especificamente à Chesf. Principais aspectos que deverão fazer parte do relatório: o uso de Project Finance e o impacto das participações minoritárias e majoritárias em novos projetos. Também devem ser discutido e sistematizado em que medida outras estruturas societárias podem ser utilizadas, capazes de minorar as restrições aos investimentos das estatais. § Seminário para avaliação e discussão das propostas de como superar, ainda que parcialmente, as restrições à competitividade das estatais e especificamente à Chesf. Prazo - 210 dias

PRODUTO 7 § Relatório Técnico examinando os principais parâmetros e premissas utilizadas na modelagem financeira de novos projetos de geração e transmissão. Principais aspectos que deverão fazer parte do relatório: revisão de análise de investimentos, análise de projetos e o uso do método do Fluxo de Caixa Descontado, em suas diversas variantes, além das especificidades da avaliação de Project Finance, tanto para projetos de transmissão como de geração. § Seminário sobre análise de projetos incluindo parte dedicada ao nivelamento conceitual sobre modelagem financeira de novos projetos de geração e transmissão e aula prática com discussão de cases com participação do corpo técnico da CHESF. Prazo - 270 dias

PRODUTO 8 § Relatório Técnico centrado na análise da avaliação financeira de oportunidades e riscos de investimentos em novos projetos de geração de energia, abrangendo biomassa, eólica e pequenas centrais hidrelétricas. § Seminário sobre avaliação de oportunidades e riscos de investimentos em novos projetos de geração de energia, abrangendo biomassa, eólica e pequenas centrais hidrelétricas. Prazo - 330 dias

PRODUTO 9 § Relatório Técnico contendo principais aspectos relacionados à determinação do custo do capital. Inclui questões relacionadas à determinação do custo em empreendimentos de geração e transmissão, bem como o cálculo do custo de capital de um Project Finance. § Seminário de nivelamento conceitual em relação à determinação do custo do capital e aula prática com discussão de cases com a participação do corpo técnico da CHESF. Prazo - 390 dias

PRODUTO 10 § Relatório Técnico analisando as oportunidades e riscos de investimentos em novos projetos de geração termelétrica, utilizando gás natural. § Seminário sobre avaliação de oportunidades e riscos de investimentos em novos projetos de geração termelétrica, utilizando gás natural. Prazo - 450 dias

PRODUTO 11 § Relatório Técnico dedicado ao exame das principais questões relativas à estratégia de parcerias, envolvendo os aspectos societários, tributários e de endividamento, visando minimizar o impacto de novos projetos no orçamento e no balanço. § Seminário de nivelamento conceitual sobre estratégia de parcerias, envolvendo aspectos societários, tributários e de endividamento. Prazo - 510 dias

PRODUTO 12 § Relatório Técnico dedicado à avaliação de oportunidades e riscos de investimentos em novos projetos de geração termelétrica, utilizando óleo combustível e carvão mineral. § Seminário sobre avaliação de oportunidades e riscos de investimentos em novos projetos de geração termelétrica, utilizando óleo combustível e carvão mineral. Prazo - 570 dias

PRODUTO 13 § Relatório Técnico direcionado prioritariamente para a avaliação de oportunidades e riscos de investimentos em novos projetos de geração termelétrica nuclear. § Seminário sobre avaliação de oportunidades e riscos de investimentos em novos projetos de geração termelétrica nuclear. Prazo - 630 dias

(...)"

6. A natureza e complexidade do objeto licitado impedem seja ele classificado como comum. Observo que foram relacionados, no termo de referência, relatórios técnicos e seminários a serem produzidos sobre temas altamente complexos, como, por exemplo, "avaliação de oportunidades e riscos de investimentos em novos projetos de geração termelétrica nuclear"; "revisão de análise de investimentos, análise de projetos e o uso do método do

Fluxo de Caixa Descontado, em suas diversas variantes, além das especificidades da avaliação de Project Finance, tanto para projetos de transmissão como de geração", entre outros.

7. Não é possível, dada a conformação do mencionado serviço, classificá-lo como comum. Isso porque não possui padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado, consoante exige o comando contido no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2003. Na verdade, a descrição desse objeto revela de forma imediata e com clareza seus contornos singulares e a impossibilidade de seja classificado como comum. Entendo, por isso, que a irregularidade apontada pela ABCE - licitação de serviços especializados mediante pregão - restou caracterizada.

8. Lembro, a esse respeito, que há precedentes recentes em que o Tribunal se posicionou no sentido de ser o pregão modalidade de licitação inadequada para contratação de serviços incomuns (Acórdão nº 1615/2008 - Plenário, por exemplo). Também há julgados que sinalizam a inadequação dessa modalidade de licitação para contratação de serviços de consultoria (Acórdão nº 492/2006 - Plenário, por exemplo). Por esses motivos, entendo que se deva estipular prazo de até quinze dias para que a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco promova a anulação do Pregão Eletrônico nº PG-1.92.2008.4860.

Em face do exposto, Voto no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 12 de novembro de 2008.

BENJAMIN ZYMLER

Relator

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação efetuada pela Associação Brasileira de Consultores de Engenharia - ABCE contra atos praticados pela Companhia Hidro Elétrica do São Francisco - Chesf na condução do Pregão Eletrônico PG-1.92.2008.4860, que tem por objeto a "Execução de serviços de análise das oportunidades, visando oferecer suporte conceitual, metodológico, analítico e operacional para subsidiar a CHESF em suas avaliações estratégicas relativas à implantação de novos empreendimentos de geração e transmissão de energia, de acordo com a Especificação Técnica ET-DE-002/2008", ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, em:

9.1. com fundamento no art. 113, §1º, da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 237, VII, do Regimento Interno do Tribunal, conhecer a presente Representação, para no mérito, considerá-la procedente;

9.2. com fulcro no art. 45 da Lei nº 8.443/1992, c/c o art. 251 do RI/TCU, assinar prazo de até quinze dias para que a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco adote as providências necessárias para o exato cumprimento da lei, anulando o Pregão Eletrônico nº PG-1.92.2008.4860, uma vez que os serviços licitados não se enquadram como serviços comuns, na definição dada pelo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002;

9.3. dar ciência da decisão que vier a ser adotada à Associação Brasileira de Consultores de Engenharia - ABCE

Quorum

13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Valmir Campelo, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar, Benjamin Zymler (Relator), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz e Raimundo Carreiro.

13.2. Auditores presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.