

VOTO

Cuidam os autos de representação da empresa Contato Eletromecânica Ltda., com pedido de medida cautelar, a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico (PE) 39/2023, promovido pela Comissão Nacional de Energia Nuclear/Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares (CNEN/Ipen), para contratação de serviços de Instalação de Sistema de Proteção contra Descargas Atmosféricas (SPDA) no Centro do Reator de Pesquisas do Ipen (CERPq) e Bloco A, com valor estimado de R\$ 1.303.813,94.

2. Em síntese, a representante alega que teria sido inabilitado indevidamente do certame por não atender aos subitens 4.9.5, 4.9.6 e 8.39.1 do Termo de Referência (TR), transcritos a seguir:

[Termo de Referência (peça 32, p. 13)]

“8.39.1 - Para a comprovação do quantitativo mínimo, a licitante deverá demonstrar ter prestado os mesmos serviços em ao menos 1 (um) serviço de SPDA - Sistema de Proteção contra Descargas Atmosféricas;

[Estudo Técnico Preliminar (peça 32, p. 27)]

4.9.5 - DECLARAÇÃO de que disporá, por ocasião da futura contratação, do pessoal técnico considerado essencial para a execução contratual. Tal equipe deve ser constituída por profissionais com as habilitações mínimas e exigências abaixo descritas:

a) Engenheiro Elétrico com formação em estabelecimento de ensino reconhecido pelo Ministério da Educação, com registro técnico no CREA.

c) A comprovação do vínculo profissional deverá ser feita por meio de apresentação de cópias das Carteiras de Trabalho (CTPS), ou fichas de registro de empregado que comprove a condição de que pertence ao quadro da CONTRATADA, ou contrato social que demonstre a condição de sócio do profissional, ou de declaração de contratação futura do profissional, com anuência deste, ou, ainda, por meio de contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum;

d) Os profissionais indicados pela CONTRATADA, para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional, deverão participar do serviço, objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela CONTRATANTE.

4.9.6 - DECLARAÇÃO da Licitante de que, sendo vencedora da Licitação, imediatamente após a celebração do Contrato, providenciará, junto ao CREA, a respectiva Anotação de Responsabilidade Técnica – ART (Artigo 1º da Lei nº 6.496/1977).”

3. Conforme historiado pela unidade técnica, o pedido de medida cautelar formulado pela representante foi indeferido por meio do despacho inserto à peça 35, ocasião em que restituí os autos à Unidade de Auditoria Especializada em Contratações (AudContratações) para que reavaliasse se realmente haveria nos autos elementos aptos a embasar as propostas de ciência que foram formuladas.

4. Em breve síntese, o derradeiro exame realizado pela unidade técnica informou que a empresa Contato Eletromecânica Ltda. não conseguiu atender a diversas exigências técnicas previstas no instrumento convocatório e seus anexos, de acordo com parecer técnico emitido pela Laga Engenharia Ltda., empresa terceirizada contratada pela CNEN/Ipen para a condução da análise técnica do procedimento licitatório. Essas falhas de comprovação de qualificação técnica, relacionadas a subitens específicos do edital, justificaram a decisão inicial de inabilitar a empresa no processo licitatório.

5. Após a apresentação de novos dados complementares, a Laga Engenharia Ltda. emitiu um segundo parecer. Nele, algumas das exigências técnicas previamente não atendidas foram consideradas

sanadas. No entanto, as falhas nas comprovações técnicas relacionadas aos subitens 4.9.5, 4.9.6 e 8.39.1 permaneceram pendentes, o que resultou na manutenção da inabilitação da empresa.

6. Com base nesses pareceres, é possível presumir que o órgão responsável pela licitação buscou solucionar as falhas apontadas na proposta da empresa autora desta representação. Entretanto, por conta da persistência de algumas inconsistências, a Contato Eletromecânica Ltda. foi formalmente inabilitada de continuar no certame.

7. A AudContratações discute a possibilidade de que, em conformidade com a jurisprudência desta Corte de Contas, a inabilitação não deveria ocorrer caso as falhas pudessem ser corrigidas por diligência. A instrução técnica apontou, contudo, que há indícios de que houve esforços por parte da CNEN/Ipen para corrigir as irregularidades pendentes antes de efetuar a inabilitação da empresa.

8. Posteriormente, a Contato Eletromecânica Ltda. recorreu administrativamente contra a decisão de inabilitação, apresentando documentos que visavam demonstrar que os subitens 4.9.5 e 4.9.6 haviam sido atendidos. O recurso incluiu, entre outros documentos, uma declaração de pessoal técnico e o contrato de trabalho do engenheiro responsável.

9. A análise do recurso indicou que a exigência do subitem 4.9.6, relativa à Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), poderia ser considerada desnecessária, já que a própria legislação já obriga o registro da ART. Assim, a exigência não deveria ser motivo para inabilitação, pois seria irrelevante para garantir o cumprimento das obrigações contratuais.

10. Em relação ao subitem 8.39.1 do termo de referência, que exigia comprovação de experiência na prestação de serviços específicos (instalação de Sistema de Proteção contra Descargas Atmosféricas), houve divergência quanto à interpretação do cumprimento deste critério. Embora o pregoeiro tenha declarado que a exigência foi atendida, o parecer técnico apontou que o atestado fornecido pela licitante não possuía o acervo necessário junto ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia.

11. Assim, a instrução de mérito da AudContratações conclui que a exigência de apresentação da Certidão de Acervo Operacional (CAO), conforme estipulado pela consultoria técnica, não estava prevista de forma explícita no edital, o que fere o princípio da vinculação ao edital e a premissa de julgamento objetivo. Então, há fundamento para considerar indevida a inabilitação da empresa com base no subitem 8.39.1 do termo de referência, reforçando a necessidade de adequações no processo licitatório para garantir a conformidade legal.

12. Com base no cenário descrito, acolho, com ajustes de redação, as propostas de encaminhamento formuladas pela unidade técnica no sentido de julgar parcialmente procedente a presente representação e de cientificar a CNEN/Ipen das seguintes impropriedades observadas no Pregão 39/2023:

- a) inabilitação indevida da empresa Contato Eletromecânica Ltda. com base nos subitens 4.9.5 e 9.4.6 do Estudo Técnico Preliminar (ETP), considerando que a licitante apresentou a documentação exigida no âmbito de recurso contra a decisão; e
- b) inabilitação indevida da empresa Contato Eletromecânica Ltda. com base no subitem 8.39.1 do termo de referência, considerando que a decisão do pregoeiro é incongruente por contradizer parecer técnico de consultoria; e que o edital do certame em referência não previa a apresentação de Certidão de Acervo Operacional (CAO), cuja emissão foi recém-regulamentada na Resolução-Confea 1.137/2023.

13. Considero que o certame ora em análise, assim como o contrato dele decorrente, não deva ser anulado, pois a diferença entre a proposta da empresa representante (R\$ 1.046.000,00) e da empresa contratada, Orion Telecomunicações Engenharia S.A., (R\$ 1.047.000,00), é de apenas mil reais, devendo ser aplicado o disposto no art. 147 da Lei 14.133/2021, **in verbis**:

“Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III - motivação social e ambiental do contrato;

IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.”

14. Sem maiores digressões, apenas o custo para realização de novo certame já justificaria a continuidade do contrato decorrente do Pregão Eletrônico (PE) 39/2023, de forma que a declaração de nulidade do referido ajuste seria contrária ao interesse público.

II

15. Passo a tratar de um relevante aspecto que observei no certame ora em análise que não foi abordado pelo representante e pela unidade técnica. Trata-se da inclusão do estudo técnico preliminar (ETP) como anexo do edital de licitação, assunto que deve ser revisitado por esta Corte de Contas.

16. Não desconheço a existência de precedentes que entenderam pela obrigatoriedade de inclusão do ETP como anexo do instrumento convocatório. Nesse sentido, cito o Acórdão 1.463/2024-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, que deu ciência ao jurisdicionado da seguinte impropriedade:

“9.5.1. falta de publicação, junto com o edital da licitação, dos Estudos Técnicos Preliminares, em afronta aos princípios da publicidade e da transparência, ao Anexo V, item 2.2, alínea "a", da IN Seges/MPDG nº 5/2017 e aos Acórdãos 488/2019-TCU-Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes, e 1.414/2023-TCU-Plenário, Relator Ministro Jorge Oliveira;”

17. Não verifico na Lei 14.133/2021 nenhum dispositivo que estabeleça que o estudo técnico preliminar deve ser um anexo do edital de licitação. Ao contrário, a regulamentação federal procedida pela Instrução Normativa Seges 58/2022 prevê, em seu art. 13, a possibilidade de classificar o documento como sigiloso, nos termos da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação). Existe uma disposição na Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) estabelecendo a divulgação do ETP no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) somente após a homologação do certame, **in verbis**:

“Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

[...]

§ 3º Após a homologação do processo licitatório, serão disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e, se o órgão ou entidade responsável pela licitação entender cabível, também no sítio referido no § 2º deste artigo, os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos.”

18. A divulgação do ETP como um anexo do edital, embora não seja expressamente vedada, faz surgir algumas preocupações tais como:

a) o elevado risco de informações conflitantes entre o ETP e o projeto básico ou termo de referência, já que estes artefatos de planejamento podem alterar as soluções/especificações que foram preliminarmente delineadas no ETP ou, ainda, complementar/detalhar tais soluções e alternativas;

b) a inadequação de que critérios de julgamento e habilitação acabem constando apenas do ETP, quando deveriam constar do edital e/ou do termo de referência, como observado nestes autos, induzindo os licitantes à apresentação de propostas com documentação incompleta;

c) a necessidade de revisar e compatibilizar o ETP após a elaboração do termo de referência e/ou projeto básico no caso de estes artefatos de planejamento modificarem alguma disposição do estudo técnico preliminar, gerando um retrabalho desnecessário;

d) o aumento potencial de pedidos de impugnação ou esclarecimento de dúvidas baseados em informações que estão contidas no ETP; e

e) a grande quantidade de informações existentes no ETP que não são de interesse dos potenciais concorrentes, aumentando desnecessariamente o volume de documentos e dados a serem analisados pelos licitantes, aumentando, por conseguinte, os custos de transação com o setor público.

19. O último aspecto relacionado acima merece ser mais bem explicitado com base nos treze tópicos que constam do art. 18, § 1º, da Lei 14.133/2021 (grifos acrescidos):

“§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo

classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;
VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;
VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;
IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;
X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;
XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;
XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;
XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.”

20. Em princípio, a caracterização da necessidade da contratação (inciso I do § 1º do art. 18) não é uma informação que interesse ao particular, tampouco a informação da previsão do objeto licitado no plano de contratações anual (inciso II). O mesmo raciocínio pode ser aplicado quanto aos incisos XI (contratações correlatas e/ou interdependentes), X (providências internas da administração) e IX (demonstrativo de resultados pretendidos).

21. No caso do inciso V (análise das alternativas possíveis), é patente o risco de conflitos entre o ETP e o Termo de Referência (TR), pois este apresentará apenas uma solução, ao passo que o primeiro analisará várias soluções e alternativas para o atendimento ao interesse público, que estarão em evidente contradição com o objeto delineado no TR.

22. Mesmo os incisos IV, VI e VII, que em tese já se referem à alternativa escolhida no ETP, podem apresentar divergências em relação ao que constará no TR em função de mudanças supervenientes e de ulterior detalhamento das soluções e refinamento do orçamento estimativo.

23. O orçamento estimativo do ETP é preliminar e serve para definir a melhor alternativa em termos de custo-benefício, ao passo que o orçamento estimativo da contratação, a que se refere o art. 23 da Lei 14.133/2021, detalha o valor estimado da solução escolhida no ETP.

24. Dito de outra forma, a estimativa de valor da contratação realizada nos ETP visa levantar o eventual gasto com a solução escolhida de modo a avaliar a viabilidade econômica da opção. Essa estimativa não se confunde com os procedimentos e parâmetros de uma pesquisa de preço para fins de verificação da conformidade/aceitabilidade da proposta. Com o intuito de demonstrar as diferenças na estimativa do valor da contratação realizada nas etapas do ETP e do TR, cito o enunciado 3 do Instituto Nacional da Contratação Pública:

“A estimativa do valor da contratação constante do Estudo Técnico Preliminar, que está relacionada à escolha da solução do que a definição de um preço de referência, não precisa seguir estritamente todas as regras definidas pelo artigo 23 da Lei nº 14.133/2021, permitindo a opção por aferições mais simples, quando cabível.”

25. Também cabe apresentar o enunciado 17, aprovado no 1º Simpósio de Licitações e Contratos da Justiça Federal (grifo acrescido):

“A estimativa do valor da contratação realizada por meio dos Estudos Técnicos Preliminares,

de que trata o art. 18, § 1º, inciso VI, será, via de regra, uma análise inicial dos preços praticados no mercado por servir unicamente à análise da autoridade competente quanto à viabilidade econômica da contratação. De forma diferente, há uma estimativa do valor da contratação realizada pelo setor competente do órgão, conforme o art. 6º, inciso XXIII, “i”, que servirá como base à análise da aceitabilidade das propostas na fase externa do processo licitatório e, por isso, utilizará os parâmetros do art. 23 e seus parágrafos, combinados, sempre que possível, em uma “cesta de preços”, priorizando os preços públicos, salvo quando, de acordo com o Manual de Atribuições e Regulamento Interno do órgão, a obrigação recair para o mesmo setor que estiver elaborando os Estudos Técnicos Preliminares.”

26. Faço todas essas observações, pois exsurge a preocupação de que dois anexos distintos do instrumento convocatório (ETP e TR) possam conter informações discordantes sobre o orçamento estimado, um dos principais parâmetros a serem observados pelos licitantes na formulação de suas propostas.

27. Com base nessas considerações, creio que o TCU deva cientificar o Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos e a Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos (CNLCA/AGU/CGU) de que a Lei 14.133/2021 não obriga a inclusão do ETP como um anexo do instrumento convocatório, pois podem ser necessárias adaptações no Sistema de Compras do Governo Federal e nas minutas padronizadas de termos de referência produzidas pela Advocacia-Geral da União, que fazem remissão diversas vezes aos elementos constantes do ETP.

28. Segundo a minha assessoria apurou, a publicação do ETP no PNCP só é possível de ser operacionalizada no momento em que o instrumento convocatório é divulgado no referido portal, o que acaba indo contra o dispositivo que prevê a publicação dos documentos produzidos na etapa preparatória somente após a homologação do certame (art. 54, § 3º).

29. Portanto, o Estudo Técnico Preliminar (ETP) constitui-se como o instrumento primordial utilizado pela Administração Pública para orientar de maneira fundamentada a aquisição de bens, a contratação de serviços e a execução de obras. É por meio deste documento que se logra aferir a viabilidade ou inviabilidade da contratação ou aquisição almejada.

30. Nos termos da Instrução Normativa 40/2020, o ETP configura o documento inicial do planejamento de uma contratação, no qual se identifica determinada necessidade e se descrevem as análises realizadas em relação aos requisitos exigidos, às alternativas consideradas, às escolhas efetuadas e aos resultados pretendidos, bem como outras características pertinentes. Este estudo serve de alicerce para a elaboração do anteprojeto, do termo de referência ou do projeto básico, desde que se conclua pela viabilidade da contratação.

31. Em síntese, o ETP insere-se na fase interna do procedimento licitatório, momento em que a Administração delinea, de forma minuciosa, a contratação a ser celebrada, tomando por base a formalização da demanda advinda do setor requisitante. É no âmbito deste estudo que a Administração revela o interesse público subjacente à contratação vindoura.

32. Outrossim, o ETP oferece os fundamentos que embasam a confecção do Termo de Referência do edital, justificando as escolhas efetuadas, as exigências técnicas e os detalhes concernentes aos itens licitados.

33. Em suma, julgo que a publicação do ETP em conjunto com o instrumento convocatório não seja obrigatória, mas, caso a equipe de planejamento de contratação do órgão promotor do certame considere que a divulgação do ETP melhor embase os licitantes para sua participação no processo, não

vejo nenhum óbice quanto à sua publicação, desde que os riscos de informações conflitantes com o TR sejam mitigados previamente.

34. Nesse sentido, não subsiste nenhuma ilegalidade na publicação do ETP, a não ser que tal documento possua informações protegidas pelo sigilo ou sensíveis, que não devam ser disponibilizadas ao mercado. Sendo assim, a decisão pela publicação ou não do ETP deve ficar à cargo do órgão licitante, de acordo com as características do objeto a ser licitado e respeitando as particularidades de cada caso concreto.

Ante o exposto, proponho que seja prolatado o acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 23 de outubro de 2024.

BENJAMIN ZYMLER
Relator