



Respostas a Impugnação

De acordo com as respostas enviadas pelas áreas técnicas competentes da CMB (DETIC, DETES, DESER, DEGEC e DEJUR) segue resposta à impugnação apresentada pela empresa **SICPA BRASIL INDÚSTRIA DE TINTAS E SISTEMAS LTDA.**

O significado da expressão bem e serviços comuns foi ampliado ao longo do tempo pela clara vantagem da modalidade pregão. Assim, o TCU, especialmente ao longo da última década, apresentou em sua jurisprudência evolutiva, entendimento para considerar admissíveis pregões para a compra de helicópteros, aviões e serviços inéditos e de alta complexidade tecnológica. Senão vejamos:

O Ministro Benjamim Zymler, no voto que deu origem ao Acórdão nº 2.392/2006–Plenário presta alguns esclarecimentos em face do uso indiscriminado da licitação na modalidade pregão. O Ministro Marcos Vinícios Vilaça, no voto que deu suporte ao Acórdão nº 2.406/2006–Plenário, assim se pronunciou com relação a matéria:

*“(...) 46. Quanto ao aspecto legal, a Lei do Pregão nos fornece um tipo aberto, consubstanciado no “bem ou serviço comum” por ela definido como **“aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”** Em outras palavras podemos dizer que o objeto deve ser definido por meio de critérios objetivos e usuais no mercado. Ocorre que todo julgamento de propostas, independentemente da modalidade licitatória empregada, deve utilizar-se de critérios objetivos, como determina o art. 44 da Lei nº 8.666/93. A primeira parte da definição então pouco orienta, pois não pode ser considerada intrínseca ao pregão.*

47. A segunda parte da definição também é vaga, pois não informa nem quais os critérios para considerar algo usual, nem a qual mercado se refere. Por exemplo, as especificações do pregão da Senasp não podem ser consideradas usuais em relação ao mercado em geral, pois aeronaves não são bens negociados pela grande maioria das pessoas ou empresas. Por outro lado, podem ser corriqueiras no mercado aeronáutico.

48. No vácuo admitido pela Lei, esta Corte de Contas tem procurado decidir o caso concreto com bom senso e pragmatismo, visando sempre o interesse da Administração. Neste processo, acredito que um bom referencial para a nossa



decisão são os pregões já realizados por outros órgãos, que trouxeram bons resultados e demonstraram a viabilidade do procedimento.

49. Portanto, sem adentrar muito na discussão do assunto, creio que deve ser considerada regular a realização do Pregão nº 21/2006, sem que, com isso, pretenda-se estabelecer uma regra geral, aplicável a qualquer tipo de aeronave.”

Em abono:

*“é essencial destacar que o conceito de serviço comum **não está ligado a sua complexidade**. O parágrafo único do seu art. 1º da Lei nº 10.520/2002 define serviço comum (...)*

Em nenhum momento usou-se os termos ‘complexidade’ ou ‘simplicidade’, o conceito de comum é que possa ser definido objetivamente e ter padrões de desempenho e qualidade especificados como foram os serviços constantes deste edital. (Relatório do AC 2.658/2007-P)

*d) Bens e serviços comuns, segundo o art. 1º, § 1º, da Lei 10.520/02, são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. Isto é, são aqueles que podem ser especificados a partir de características (de desempenho e qualidade) que estejam comumente disponibilizadas no mercado pelos fornecedores, não **importando se tais características são complexas, ou não.** (Declaração de Voto no AC 237/2009-P) (grifado)*

Diferentemente da licitação anterior para o mesmo objeto, esta detalha os serviços e os resultados esperados a partir de especificações que, segundo a área técnica, são usuais de mercado, **informação descrita expressamente no termo de referência do objeto a ser licitado.**

Outro argumento pode ser trazido pela Nota Técnica nº 02/2008 - SEFTI/TCU, segundo o qual “A decisão **de não considerar comuns** determinados bens ou serviços de tecnologia da informação deve ser justificada nos autos do processo licitatório. Nesse caso, a licitação **não poderá ser do tipo “menor preço”, visto que as licitações do tipo “menor preço” devem ser realizadas na modalidade Pregão.** (Lei nº 8.666/1993, art. 15, III; Lei nº 10.520/2002, art. 1º; Decreto nº 5.450/2005, art. 4º; Acórdão nº 1.547/2004-TCU-Primeira Câmara; Acórdão nº 2.471/2008-TCU-Plenário, item 9.2.6).



Para espancar quaisquer dúvidas, trazemos a colação o entendimento recente do TCU sobre a utilização do pregão para objeto inédito, *in verbis*:

***“O fato de o serviço objeto da contratação fazer parte de projeto inédito e com eventuais complexidades logísticas não repercute necessariamente no nível de dificuldade intrínseca do serviço, sendo possível o seu enquadramento na condição de serviço comum.*”**

Em Prestação de Contas da Eletrosul Centrais Elétricas S.A., fora efetuada a audiência dos responsáveis em face, dentre outros aspectos, do uso indevido da modalidade pregão eletrônico para contratação de bens e serviços destinados à execução das obras de implantação da linha de transmissão 230 KV Desterro - Palhoça - Biguaçu, que não se enquadrariam na condição de bens e serviços comuns: fretamento de helicóptero; aquisição de estruturas metálicas e postes de concreto; serviços de escala, embalagem, carga, transporte e descarga de estruturas metálicas; fornecimento de escadas de manutenção para postes de concreto; e serviços de movimentação, transporte e descarregamento de três bobinas de cabo submarino. Ao analisar a ocorrência, registrou o relator que “a utilização do pregão vem beneficiando a administração pública com descontos maiores que os anteriormente vistos em concorrências”, além de eliminar “conflitos demorados sobre a habilitação dos participantes. Apesar disso, volta e meia deparamo-nos com questionamentos acerca da pertinência do enquadramento do objeto licitado na condição de bens e serviços comuns”. Sobre o caso concreto, ressaltou que os pareceres que concluíram pela inviabilidade do pregão eletrônico “fundam-se não em uma avaliação criteriosa da complexidade dos objetos licitados, mas das obras como um todo”. Nesse sentido, destacou que “o fato de o fretamento de helicóptero servir a projeto inédito e com eventuais complexidades logísticas não repercute necessariamente no nível de dificuldade intrínseca do serviço”, lembrando o Acórdão 798/2005 – 2ª Câmara, por meio do qual o Tribunal, no exame de licitação promovida pela Eletronorte, defendera a viabilidade da contratação desse item mediante pregão. Ademais, “o serviço complexo para determinada empresa pode não sê-lo para outra a ele acostumado”. Nessa linha, concluiu o relator, não seria “incomum ao mercado e, em especial, a empresas da área de atuação da Eletrosul a aquisição de estruturas metálicas e postes de concreto, serviços de manipulação dessas estruturas, escadas de manutenção e serviços de movimentação e transporte de bobinas de cabos”. Considerando que os responsáveis comprovaram a



competitividade dos pregões eletrônicos, o Plenário, acompanhando o relator, acolheu no ponto as justificativas apresentadas e, dentre outras decisões, julgou regulares com ressalvas as contas dos responsáveis. Acórdão 166/2015-Plenário, TC 028.277/2010-4, relator Ministro José Múcio Monteiro, 4.2.2015.

Respondendo especificamente aos itens impugnados, tem-se que:

63.

- (i) A presente Licitação visa a contratação de serviços e ativos tecnológicos comumente encontrados no mercado, conforme listado no item 2.1.2 do Termo de Referência, objetivando o atendimento de um serviço de controle e rastreamento de carteiras de cigarros nas unidades fabris em todo o Território Nacional. Conforme exposto, a classificação como Bem Comum, de acordo com a Lei nº 10.520/02 e o Decreto nº 5.450/05, subsidiariamente a Lei nº 8.666/93, é aplicável a este tipo de Licitação devido ao fato da solução possuir padrões de desempenho e características usualmente encontradas no mercado, podendo, portanto, ser adotada a modalidade Pregão.
- (ii) Foram estabelecidos os parâmetros de desempenho operacionais e de qualidade que a solução deve alcançar, independente da natureza da tecnologia ofertada. Nos itens 3.1 à 3.10, estão descritas as características que a solução deve conter de forma a elucidar os participantes quanto às necessidades da CMB, sendo explicitados os valores numéricos que a solução deve alcançar na Tabela 5 - Índice de Desempenho Operacional, apresentada no Termo de Referência, na página 63. Acrescente-se que mais parâmetros serão avaliados durante os testes da solução ofertada pela empresa vencedora do pregão, descritos no item 4.1.4. Teste de Aceitação, do Termo de Referência – página 67.
- (iii) Considerando a manifestação das áreas técnicas que reafirmam a natureza comum do objeto licitado e, portanto, o cabimento da modalidade Pregão, tendo em vista que os serviços e ativos tecnológicos são comumente encontrados no mercado e que foram estabelecidos os parâmetros de desempenho operacionais e de qualidade que a solução deve alcançar, independente da natureza da tecnologia ofertada, não há que se falar em adoção do tipo “técnica e preço”, pois incompatível com a referida modalidade, nos termos do art. 4º, X da Lei nº 10.520/02 e art. 8º, V, do decreto nº 3.555/00, respectivamente:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)



X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:

(...)

V - para julgamento, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

64.

Conforme já respondido no Esclarecimento04 (Questão 13), a exigência de atestados referentes à capacitação técnica, considerando a singularidade do objeto bem como as especificações, sequer atenderia à ampliação do certame, uma vez que o serviço anteriormente contratado fora realizado por inexigibilidade. Ademais, o teste de aceitação previsto no edital funciona de maneira similar à verificação amostras ou protótipos após o julgamento das propostas.