

Destino(s):

- Pró-Reitoria de Extensão (PROEX)
- Pró-Reitoria de Administração (PROAD)/ CGSA
- Comissão Permanente de Licitações

C/ Cópia:

- Reitoria
- Procuradoria Federal junto à UFABC

Assunto: **Processo nº 23006.002113/2014-07**

Tendo em vista a análise do presente processo, seguem as considerações realizadas pela Auditoria Interna (AUDIN).

Os autos tratam da contratação de empresa para prestação de serviços de consultoria e assessoria técnica especializada para concepção, execução e acompanhamento dos Projetos Executivos das Obras do Bloco Cultural da UFABC (Campus Santo André – Bloco C), por meio de Inexigibilidade de Licitação nº 132/2014, no valor de R\$ 689.235,45 (seiscentos e oitenta e nove mil, duzentos e trinta e cinco reais e quarenta e cinco centavos), cujo extrato foi publicado no Diário Oficial da União em 25 de novembro de 2014. A presente contratação engloba também, segundo o Termo de Referência - TR, a redação, por parte da consultoria a ser contratada, dos “*materiais descritivos e termos de referência para a publicação dos editais de aquisição de equipamentos e acabamentos*”. (Fls. 03-v)

Durante análise, foram levantados alguns item relevantes da contratação e instrução processual, conforme descritos a seguir.

1) Definição da modalidade de contratação pela área técnica demandante.

Durante a análise quanto à contratação direta realizada, constatou-se que, diferente do que determina a Lei de Licitações, bem como à jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU),

(...) é obrigatório que a Comissão Permanente de Licitação não delegue competências exclusivas de sua alçada, (...), para outras unidades da empresa, conforme preconiza o art. 6º, inciso XVI, c/c o art. 45, todos da Lei 8.666/1993, ressalvada a possibilidade de solicitar parecer técnico ou jurídico relativo à matéria submetida à sua apreciação. (Acórdão TCU nº. 1182/2004 Plenário – Grifos adicionados),

a modalidade a ser utilizada na presente contratação fora definida pela área demandante (Pró-Reitoria de Extensão - PROEX). Pois consta no item 2.9 do TR, às fls. 04 à 05 do processo, a escolha da contratação por meio de inexigibilidade de licitação, documento este assinado em 18/09/2014 (fls.13-v), anterior, portanto, ao preenchimento do campo de n.º 2 do formulário de contratação as fls. 02, pela Comissão Permanente de Licitações – CPL.

2) Indicação, no TR, sobre qual a empresa a ser contratada e possibilidade de “parceiros de negócio” na prestação dos serviços.

Outro fator identificado no TR é a explícita indicação da empresa com qual se pretende contratar, inclusive demonstração de apreço na comparação com outros potenciais fornecedores, dita no item 2.9 (fls. 05), nos seguintes termos:

(...) Diante dos fatos, indicamos a Teletec como empresa de competência superior às demais na área de tecnologia de equipamentos cinematográficos e cenotécnicos, assim como sua equipe de consultores e co-workers como a mais adequada para desenhar soluções para o Bloco Cultural - e cujo desempenho, comprovado via portfólio documentado, nos desperta a convicção de que atenderá às expectativas de excelência almejadas pela UFABC e o cumprimento total e satisfatório do objeto contratual. (Grifos adicionados).

É pertinente ressaltar que a Lei de Licitações e Contratos estabelece, em seu artigo 2º, que as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, devem ser precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas na Lei. Ademais, o artigo 3º da norma assim preceitua:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1o É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Grifos adicionados).

Dessa forma, as situações de contratação direta são exceções à regra de licitar, devendo, portanto, estar devidamente fundamentadas, motivadas e enquadradas segundo as premissas dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993, sem que haja preferências ou distinções sobre empresas do mercado, principalmente na fase interna em que se define o objeto da contratação. O Acórdão do TCU nº 994/2006 – Plenário contribui para interpretação do texto legal:

Projeto básico é a peça fundamental para a demonstração da viabilidade e conveniência da contratação. Por meio do projeto básico é que a administração discrimina o objeto pretendido, os resultados esperados, tempo e forma de execução. [...] mesmo nas contratações diretas, é exigido “um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível [...]. Nas etapas internas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação”. [...] Identifica-se a necessidade, motiva-se a contratação, para, então, partir-se para a verificação da melhor forma de sua prestação. Ou seja, a decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa, é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso. A impossibilidade ou a identificação da possibilidade da contratação direta, como a melhor opção para a administração, só surge após a etapa inicial de estudos. Como a regra geral é a licitação, a sua dispensa ou inexigibilidade configuram exceções. Como tal, portanto, não podem ser adotadas antes das pesquisas e estudos que permitam chegar a essa conclusão. (Grifos Adicionados)

Outro fator que chama a atenção nesse sentido é a data de assinatura do TR pela UFABC (18/09/2014), fls. 13-v, ser posterior à data de assinatura dos contratos de parceria da empresa TELECBR CENOTECNIA LTDA., que teria a então preferência para a contratação em tela, com seus denominados “co-workers” - parceiros de negócios - (a exemplo o Contrato de Parceria com a empresa ILUMINA LTDA-ME, que é datado de 01/08/2014, fls. 94. Ou seja, a “futura” contratada subcontrata seus parceiros de negócio 38 dias antes de a Universidade definir o objeto a ser contratado).

Ademais, a citação recorrente e a relevância dada aos chamados “co-workers” deve ser comedida e repensada, pois, conforme preconiza a Lei nº. 8666/1993, quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, deverão se observar uma série de normas. Porém, no presente caso, por tratar-se de serviço técnico de natureza singular, na qual apenas uma única empresa detém notória especialização em prestá-lo, não há o que se falar em outras empresas na prestação do serviço contratado. Corrobora com esse pensamento, a análise da Procuradoria Federal Junto à UFABC, em sua Nota 04/2015, fls. 698-v, quando revela em seu item 6, alínea “c” que *“terceirizar o objeto do contrato contraria as razões que levam a escolha de um prestador de serviços em detrimento da licitação”*.

3) Manifestação em documento público dos autos (TR) de apreço e desapreço quanto a empresas existentes no mercado.

No Termo de Referência, em fls. 06-v à 08, é exposta a opinião sobre as demais empresas existentes no mercado utilizando-se, ao invés de documentos técnicos comprobatórios, de julgamento de valor com expressões de que as empresas seriam “*problemáticas*” e que “*moldam seus projetos por interesses próprios*”. Isso fere, principalmente, o princípio da impessoalidade da Administração Pública, tendo em vista a notória manifestação de desapreço, por parte da Administração (na figura do demandante do serviço), pelas empresas que poderiam vir a concorrer se realizada uma licitação.

4) Fragilidade na motivação pela exceção à regra de licitar.

De acordo com jurisprudência do TCU, há entendimento pacificado de que se deve promover a contratação por inexigibilidade de licitação com base no artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, somente “*quando ficar configurada a singularidade do objeto*”. (Acórdão nº. 658/2010 – Plenário). Entendimento esse, inclusive, que foi regulamentado na Súmula 252 do referido Tribunal, segundo a qual:

A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei n.º 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13

da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado. (Grifos adicionados).

O requisito de ser um serviço técnico está caracterizado nos autos, haja vista a identificação do objeto contratado com o disposto no artigo 13, I, da Lei nº 8666/1993:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

(...)

Quanto à notória especialização, a própria área demandante da UFABC objetivou atestar por meio dos documentos juntados às fls. 61 a 90, a notoriedade na pessoa do [REDACTED], acionista da empresa TELECBR CENOTECNIA LTDA, contendo das fls. 76 a 79, atestados de capacidade técnica dos trabalhos por ele desenvolvidos. Também foi juntado aos autos, fls. 91 a 197, documentação relativa aos chamados *co-workers*, que firmaram contratos de “*parceria para elaboração dos projetos executivos para a UFABC*”, indicando subcontratação, possibilidade já afastada (conforme item 2 desta Nota) por tratar-se de contratação por notória especialização.

A esse respeito, a legislação determina que sejam atendidas as seguintes condições:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

§1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. (Grifos adicionados).

No tocante ao enunciado do parágrafo primeiro, do artigo 25, da Lei nº 8.666/1993, o setor demandante consignou informações no Termo de Referência, reafirmando apreço a determinado fornecedor, bem como, reforçando a ideia de parceiros de negócio, contrariando a inferência de que a notória especialização é da empresa a ser contratada (TELECBR CENOTECNIA LTDA) e que prestaria, de forma singular, o serviço “*essencial e indiscutivelmente o mais adequado*” ao objeto do contratado, como determina a legislação. Vejamos a transcrição do TR :

Item 2.6. (...) Tal consultoria deve ser reconhecidamente um destaque em sua área de atuação (...) assim como possuir uma equipe de co-workers de peso e forte atuação em suas áreas relacionadas(...). Grifos adicionados.

Item 4.1. (...) Além da composição técnica do orçamento apresentado, foram avaliados os currículos das empresas, que também se mostraram bem diversos entre si. Demos especial atenção às empresas que já realizaram grandes complexos culturais, e não apenas teatros isolados. (...). Há ainda de se constar que o teatro do Bloco Cultural estará sob três salas de cinema, o que exige conhecimento de acústica tanto na área cinematográfica quanto teatral – know-how que as empresas consultadas, a exceção da Teletec, demonstraram não ter. Nesse sentido, mais uma vez o portfólio da Teletec destacou-se das demais, visto que sua equipe foi responsável pela execução de teatros internacionais de grande porte nos Estados Unidos, México e Brasil, complexos cinematográficos (...). Grifos adicionados.

Entretanto, verifica-se mais adiante nos autos (fls. 672-v), uma notificação da empresa à UFABC, onde figura como signatário o [REDACTED], afirmando que:

(...) Não podemos assegurar que o projeto seja o melhor existente, visto que será decidido conjuntamente com a UFABC através de fiscal e de acordo com os recursos financeiros disponíveis; Podendo assim eventualmente limitar a aplicação de recursos tecnológicos de última geração; (...) Grifos adicionados.

Sendo assim, não ficou devidamente motivado, justificado e comprovado nos autos, até o momento da presente análise, que o serviço proposto pela contratada é indiscutivelmente o mais adequado à UFABC, conforme exige legislação vigente.

Em que pese a diversidade de características das empresas de determinado ramo, o fato por si só não exclui a possibilidade de concorrência acerca do objeto, logo as razões apresentadas pela área demandante não corroboram a hipótese da ausência de outros fornecedores aptos a participarem do procedimento licitatório, o qual tem fase específica para análise e habilitação das propostas. Por conseguinte, nos termos do artigo 48, da Lei nº 8.666/1993, a desclassificação de empresa do certame deve ser motivada somente em decorrência de: a) não conformidade com critério objetivo presente no instrumento convocatório; b) proposta com valor global superior ao limite estabelecido ou manifestamente inexequível.

E, no que diz respeito à natureza singular do serviço, apesar dos documentos juntados pela área demandante (fls. 588 a 606), no intuito de atender a recomendação da Procuradoria Jurídica mediante Parecer nº 419/2014/PF-

UFABC/PGF/AGU, não ficou caracterizada tal singularidade. A propósito, o TCU expressou o seguinte entendimento no Acórdão nº 550/2004 – Plenário:

A singularidade, como textualmente estabelece a lei, é do objeto do contrato; é o serviço pretendido pela Administração que é singular, e não o executor do serviço. Aliás, todo profissional é singular, posto que esse atributo é próprio da natureza humana. Singular é a característica do objeto que o individualiza, o distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador. A singularidade não está associada à noção de preço, de dimensões, de localidade, de cor ou forma. A essência da singularidade é distinguir os serviços dos demais a serem prestados. (...). Grifos adicionados.

Em outras palavras, os elementos que instruem o presente processo de inexigibilidade de licitação por notória especialização e natureza singular do serviço são insuficientes, tanto para fundamentar a opção pela contratação direta, em detrimento do regular procedimento licitatório, como para justificar o enquadramento da despesa no artigo 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993. Com efeito, a Administração poderia ter se certificado a respeito da viabilidade de licitação por técnica e preço, em face do exposto no artigo 46, *caput*, da aludida norma:

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4o do artigo anterior. Grifos adicionados.

5) Ausência de clareza nos comparativos de preço de referência.

Quanto ao preço de referência da contratação, no item 4.1 do TR, a área demandante afirma ter contatado “sete empresas para confecção de orçamentos”, das quais “três enviaram o orçamento solicitado, três não retornaram as solicitações feitas e uma declarou não atender ao perfil procurado por nós”. Porém, tais contatos não foram encontrados nos autos, até o momento da presente análise. Consta no processo um e-mail (fls. 198) da UFABC à empresa Sole Associados, sem que haja a menção de projeto básico, planilha de referência ou qualquer estudo preliminar em anexo, para o qual não foi encontrada resposta. Uma proposta comercial da empresa Benfica & Guedes Engenharia (fls. 202 e 202-v), também sem a apresentação do pedido de orçamento por parte da UFABC e sem o preenchimento de planilha de referência ou parâmetros que possibilite a comparação de peças iguais ou semelhantes. Em fls. 203 e 203-v existe também outra proposta comercial, da empresa Dbm Cinema LTDA., a qual fornece uma

proposta sem parâmetros, oferecendo serviços diferentes do objeto do processo, incluindo “*montagem dos sistemas de som*”. As duas propostas encontradas nos autos são totalmente diferentes entre si, oferecem prestação de serviços diferentes, não demonstra ter havido o envio por parte da UFABC de planilha de referência ou qualquer parâmetro que possa ter balizado os orçamentos encontrados e por este motivo, apresentam preços completamente divergentes entre si, como o de R\$ 395.800,00 e o de R\$ 26.200,00.

Nas fls. 204 a 205-v, encontra-se uma planilha, sem qualquer identificação, título, fonte ou assinatura, constando itens das instalações de teatro, e das salas de projeção. Mas como não há identificação, não foi possível apurar o propósito de tal planilha.

Ainda quanto a comprovação do preço de mercado, nas fls. 286 a 530 são juntados documentos da execução de serviços e venda de equipamentos das empresas TELETEC Brasil (a ser contratada) e TELETEC México. Porém, não há por parte da Administração, a análise nos autos, com um mapa de preços ou referência em relação a esses documentos, de forma que fique claro e objetivamente comprovado que a proposta da futura contratada à UFABC é a mais vantajosa e possui preço dentro da média praticada no mercado, conforme preceitua o inciso III, do artigo 26, da Lei nº 8.666/1993:

Art. 26. (...)

*Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
(...)*

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

Grifos adicionados.

Encontra-se, inclusive, anexado ao processo (fls. 571 a 573-v), despacho da presidente da Comissão Permanente de Licitações – CPL e Responsável pela Divisão de Compras à época, informando ao jurídico que “(...) *não localizamos nos autos cópias de contratos que destaquem os valores referente a elaboração dos projetos executivos, visto que esta é a maior parcela do valor total da contratação pretendida(...)*” e que entende “(...) *ser necessário comprovar que os valores ofertados à UFABC são comumente praticados pela empresa(...)*”.

A Procuradoria Federal junto à UFABC, em Parecer nº. 419/2014/PF-UFABC/PGF/AGU às fls. 574 a 578-v, corrobora com a opinião quanto a

necessidade de melhor justificar o preço da contratação, conforme indica na alínea “b”, do item 34 do referido parecer que para a contratação pretendida é necessário “(...)justificar o preço a ser pago, comprovando-se que se pagará valor compatível com o pago por outras instituições públicas ou privadas(...)”.

Após a recomendação do jurídico, a área demandante insere às fls. 580 a 587 do processo justificativas sobre o preço praticado, inferindo (sem demonstrar comprovação técnica e claramente objetiva) que “(...) 50% do valor do orçamento constante no TR correspondem aos projetos executivos(...)”, e inclui diversas planilhas, de conteúdo pouco esclarecedor, baseadas em “(...) instituições reconhecidas no mercado(...)” como a “UIA – União Internacional dos Arquitetos, o IAB – Instituto de Arquitetos do Brasil e a AsBEA – Associação Brasileira dos Escritórios de Arquitetura”.

6) Proposta comercial da empresa vencida, e com itens extras ao valor proposto e, exclusões de itens importantes à elaboração de projetos e consultoria.

Quanto da análise da proposta comercial ofertada pela empresa a ser contratada, às fls. 16 a 23, constatam-se algumas particularidades que merecem atenção.

A primeira delas é que a proposta data de 17/07/2014(dois meses antes da concepção do termo de referência) e possui validade de 15 dias, ou seja, teria vencido em 01/08/2014, ressaltando que o extrato da Inexigibilidade em questão foi publicado no Diário Oficial da União - DOU em 25/11/2014.

Outro fator é que a proposta exclui itens importantes dos projetos executivos a serem elaborados pela empresa, tais como:

- a) Item 2.4 “Desenho do sistema de mecânica teatral, de acordo com as necessidades (...) para o cálculo estrutural (não inclui cálculo estrutural)”;
- b) Item 2.12 “Sistemas de assentos – apresentação de amostras” ;
- c) Nota 1 “O valor total do projeto (...) se requer de uma pagamento antecipado equivalente aos 30% do custo total do projeto para início dos trabalhos(...)” ;

- d) Nota 2 “Este orçamento não inclui os gastos de viagem , como avião, viáticos, hospedagem, etc. que possam ser necessários”;
- e) Limitação de revisões do projeto caso necessário: “está sendo considerado até duas revisões por projeto”;
- f) Estabelecimento de cobrança extra: “caso seja necessária uma revisão do Termo de Referência, será cobrado a parte”;
- g) “Não está inclusa nos custos do projeto do Sistema de Mecânica Teatral a análise do cálculo estrutural, se necessário”;
- h) E ainda vincula a capacitação técnica dos servidores da UFABC sobre os conhecimentos técnicos operacionais dos sistemas a serem propostos, exigência no item 1 do termo de referência, à aquisição dos equipamentos: “a capacitação técnica se faz necessária e tem por objetivo aperfeiçoar os conhecimentos técnicos (...) a serem propostos no ato da aquisição dos equipamentos.”

7) Fragilidade na clareza do objeto a ser contratado, havendo confusão pela UFABC de quais serviços contratados.

O TR define como objeto da presente contratação pretendida a “prestação de serviços de consultoria e assessoria técnica especializada para concepção, execução e acompanhamento dos Projetos Executivos das Obras do Bloco Cultural da UFABC (Campus Santo André – Bloco C)”, esclarecendo que a contratada deverá também redigir “materiais descritivos e termos de referência para a publicação dos editais de aquisição de equipamentos e acabamentos”. Dessa forma, entende-se que o objeto é a elaboração dos projetos necessários à posterior aquisição dos equipamentos, instalações e obras que se fizerem necessárias.

Porém, em documento as fls. 590, a área demandante refere-se à “manutenção preventiva de qualidade” e “atualizações técnicas no futuro”. E afirma que a “Teletec é a única empresa no Brasil que possui domínio das cinco áreas de operação de Broadcasting: fabricação de equipamentos; distribuição e representação; projetos executivos e consultorias; instalação de sistemas; e serviços de manutenção e atualização de sistemas”.

Nesse sentido, cabe esclarecer que, o objeto contratado é apenas a consultoria e elaboração dos anteprojetos e projetos executivos necessários e não a aquisição e obras de instalações dos equipamentos propostos nesses projetos.

A lei nº. 8666/1993, que regulamenta a matéria, é clara em vetar a participação de empresas que elaboraram os projetos executivos, nas contratações posteriores das obras e/ou instalações. Vejamos:

(...) Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

(...)

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

Segundo a legislação, seria possível uma contratação de obra ou serviço que incluísse a elaboração do projeto executivo, desde que previamente planejado e fixado pela Administração, o que não é o caso.

(...) Art. 9º, § 2º. O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

De acordo com jurisprudência do TCU, há entendimento pacificado de que a Administração:

Abstenha-se de admitir, na licitação, a participação da empresa responsável pela elaboração do projeto executivo da obra, por contrariar o disposto no inciso I do art. 9º da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 1477/2007 Plenário)

Assim, é preocupante o fato de a Administração contratar para a elaboração dos projetos, uma empresa que afirma ser a única que possui domínio sobre os equipamentos que pretende propor em seus projetos executivos para a UFABC. Isso estaria condicionando a universidade à contratação posterior dessa mesma empresa para as obras de instalação desses projetos, o que é vetado por lei, e inviabilizaria, dessa forma, a execução dos projetos propostos. Como demonstra ter conhecimento, a própria área demandante em documento de fls. 590, onde afirma que “(...) *teatros que optam por projetos limitados acabam por tornarem-se*

reféns de poucas empresas de manutenção, encarecendo – e, às vezes, impossibilitando – projetos(...)”.

8) Propostas de alterações no TR após ratificada, homologada e publicada a Inexigibilidade, e empenho emitido.

O Termo de Referência – TR ou Projeto Básico é o documento que define o objeto da contratação e as condições necessárias para sua efetivação. Conforme define o TCU, em seu Manual de Licitações e Contratos (4ª Ed, 2010, p. 166):

(...) Projeto básico é o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar obra ou serviço ou complexo de obras ou serviços. É imprescindível para realização de qualquer obra ou serviço de engenharia(...). É obrigatório também, (...) nas contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade de licitação. Deve possibilitar principalmente avaliação do custo da obra, definição dos métodos e prazo de execução. Grifos adicionados.

Dessa forma, após definidos os métodos, as condições e o elemento que almeja a Administração, deve-se vincular a esse instrumento todos os atos dele decorrentes. Ora, se a contratação fora realizada naquelas condições, não há que se falar em alterações das regras pré-estabelecidas, após a inexigibilidade haver sido ratificada, homologada, publicada e ter seu empenho emitido.

No processo de contratação em tela, porém, a partir das fls. 653, inicia-se uma série atos no intuito de alterações do Termo de Referência e das cláusulas contratuais. Passemos à análise.

Em fls. 653 consta e-mail da Tecnóloga na Área de Produção Cultural da UFABC, [REDACTED], solicitando a minuta do contrato à Divisão de Contratos – DC no intuito de “*verificar a necessidade de atualização ou acréscimo de informação nos termos*”. Não há, porém, alterações sugeridas neste momento por parte da UFABC.

No entanto, quando a DC envia, em 09/12/2014 a minuta de contrato para que seja assinada pela empresa (fls. 669), esta, solicita por e-mail (12/12/2014) à Tecnóloga na Área de Produção Cultural da UFABC, alterações nas cláusulas do contrato e do TR, anexando (fls. 672 a 673-v) uma “*Notificação*” da empresa à UFABC “*requerendo alterações na minuta do contrato de prestação de serviços nº. 128/2014, no Termo de Referência do processo 23006.002113/2014-07 e o acréscimo orçamentário(...)*”.

Nesse sentido, em conformidade com o artigo 64 da norma: “a *Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.*” (Grifos adicionados).

A DC, por sua vez, analisa a proposta de alteração, julgando desnecessárias algumas, mas propondo ao demandante a análise quanto à real necessidade de outras. (fls. 674 a 674-v). E em seguida, a PROEX (fls. 675 a 687) afirma atender as solicitações da empresa, anexando novo TR com as alterações. Alterando inclusive, a cláusula de reajuste de preços, que ao invés de “o preço ofertado será fixo e *irreajustável*” passou a contar “o *preço ofertado será fixo e ajustável se houver a necessidade de contratação de serviços não previstos no orçamento.*”

A realização de modificações nas cláusulas do Termo de Referência (Projeto Básico) como uma condição para assinatura do contrato infringe os princípios da supremacia do interesse público e da vinculação ao instrumento convocatório, contrariando disposição do parágrafo segundo, do artigo 54, da Lei de Licitações e Contratos:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

(...)

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.
Grifos adicionados.

Corroborando com esse entendimento, matéria pacificada no TCU, mediante a Súmula nº 261/2010:

(...) Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos (...).” Grifos adicionados.

O processo passou novamente por análise jurídica (fls. 698 a 701), que recomendou algumas alterações no âmbito do presente processo, desde que justificadas e que o processo fosse então encaminhado para manifestação da Coordenação de Obras Santo André, responsável pelas obras naquele campus.

Em 22/01/2015 a DC encaminha o presente processo à PROEX para as providências recomendadas pelo jurídico, e em 27/01/2015 a Auditoria Interna solicita o processo para análise.

Portanto, da análise do processo (Volumes I a IV, fls. 1 a 702-v, em 27 a 30/01/2015), conclui-se que existem falhas graves na instrução processual, bem como quanto aos controles internos administrativos da área de licitações e contratos (CGSA) e do setor demandante (PROEX). Neste caso, entendemos que a fragilidade nos controles da gestão resultou em contratação direta desprovida do devido embasamento legal.

Sendo assim, é dever da Auditoria Interna alertar sobre os riscos envolvidos no procedimento em questão, como também recomendar a adoção de medidas saneadoras, se possível, tais como:

- a) Rever a instrução processual da presente contratação, verificando a possibilidade de incluir nele justificativas motivadas e fundamentadas de modo a caracterizar a singularidade do serviço, a notória especialização e, principalmente a vantajosidade da Administração em prosseguir com a atual contratação;
- b) Abster-se, em novos processos, de realizar alterações no instrumento convocatório (inclusive anexos) a pedido da empresa a ser contratada, como condição para assinatura do contrato, uma vez que tal prática infringe os princípios da supremacia do interesse público e da vinculação ao instrumento convocatório;
- c) Caso a decisão da gestão seja pela continuidade desta contratação, assuma os riscos dela decorrentes, cientes das impropriedades e falhas apresentadas pela Auditoria Interna no intuito de resguardar a Alta Administração.

Santo André, 30 de janeiro de 2015.

À consideração superior,

Patrícia Alves Moreira
Administradora

Leandro Gomes Amaral
Economista

De acordo. Encaminhe-se conforme proposto.

Adriana Maria Couto
Chefe da Auditoria Interna