

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 064/2018
PROCESSO ADMINISTRATIVO SEI Nº 00113.00027897/2018-98
JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO – CREA

1. Trata-se de peça impugnatória interposta pela empresa CREA - Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Distrito Federal, pessoa jurídica, inscrita no CNPJ sob o nº 00.304.72510001-73, doravante denominada Impugnante, em 27/08/2018, via protocolo, referente ao Pregão Eletrônico nº 080/2018, cujo objeto é a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE RECUPERAÇÃO, REVITALIZAÇÃO E MANUTENÇÃO CONTINUADA DE OBRAS DE ARTE ESPECIAIS – TIPO PASSARELA, com valor estimado de R\$ 5.780.166,53 (cinco milhões, setecentos e oitenta mil, cento e sessenta e seis reais e cinquenta e três centavos), dividida em dois lotes.

DA ADMISSIBILIDADE

2. Nos termos do disposto no art. 41 da Lei 8.666/93, a presente Impugnação apresenta-se tempestiva.

DO PEDIDO DA IMPUGNANTE

3. Assim pede a impugnante:


SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Distrito Federal

AO
SENHOR PREGOEIRO DO
DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO DISTRITO FEDERAL – DER-DF
Setor de Administração Municipal, bloco “C”, Ed. Sede do DER-DF,
BRASÍLIA-DF.

REFERÊNCIA: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº 080/2018.



Senhor Proprietário,

O CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA DO DISTRITO FEDERAL – CREA-DF, Autarquia Federal de Fiscalização do exercício profissional, instituída na forma da Lei nº 5.194/66, CNPJ nº. 00.304.725/0001-73, com sede no SCAS, Quadra 901, Conjunto D, Brasília – DF, representada pelos abaixo assinados, vem **IMPUGNAR** o Edital do Pregão Eletrônico nº 080/2018, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na execução dos serviços de recuperação, revitalização e manutenção continuada de obras de arte especiais – tipo passarela, conforme especificações e condições no Anexo I do Edital, pelos motivos que a seguir expõe:

I – DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

A presente impugnação ao edital tem fundamento no art. 41 da Lei nº 8.666/2000, até dois dias antes da data fixada para abertura da sessão pública, para impugnar o ato convocatório do prego, na forma eletrônica.

Desta forma, estando de acordo com os critérios pré estabelecidos na legislação vigente e no Edital, manifesta-se o CREA-DF, tempestivamente, para impugnar o que se segue.




BRASÍLIA, 27 de Agosto de 2018. Assinado eletronicamente pelo(a) Sr(a) [nome] [cargo]

SECRETARIA DE AGRICULTURA, Pecuária e Pesca
BRASÍLIA - DF, 15 de maio de 2007
Nº 001/2007
Assessoria de Planejamento e Gestão

CREA-DF
CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, AGRONOMIA E AGRICULTURA

verifica nos seguintes itens:
As exigências de documentos das profissões regulamentadas pela Lei nº 5.194/1966, como se
conferirem, demonstrarem juntamente o contrato, como se se especialização de forma extensa,
Apesar do que tem sido feito para fazer com que essa disposição se mantenha em vigor,
devido ao fato de que a maioria dos serviços comuns de engenharia, os demais bens editados pelo
em diversas bases do Distrito Federal.

2.1 O presente certame objetiva a contratação de empresa especializada visando
recuperação, através de intervenções técnicas, por meio de contrato de prestação de serviços, de obras em
condições necessárias nas áreas de Arte Especial - Tipo Passarela, de acordo com o
conceito definido em sua natureza, com fornecimento de materiais e mão de obra,
- Termo de Referência:
Técnicas especializadas de engenharia, como se verifica nas considerações do objeto do Anexo I

3) Pregão em questão tem por objeto a contratação de serviços de
serviços objeto deste certame por meio de prego eletrônico na modalidade menor preço,
em diversas modalidades, a modalidade procedimental deste Edital no tocante a contratação
C) Edital em análise, bem como o seu Termo de Referência caracterizam,
referido Edital.

Dessa forma, a contratação que está sendo feita é obviamente de
engenharia, constituída por diversos serviços daquela ciência, conforme se verifica no objeto do
e usual, porém, a natureza técnica é comum.
Interessa, portanto, da administração como que aquilo que é peculiar não
profissão, objeto em ciência.

* COMUM, adjectivo de dois gêneros, que é usual, habitual.
* TÉCNICO, adjectivo masculino, relativo ao peculiar a uma arte,
e usual, porém, a natureza técnica é comum.
Referente ao, portanto, da administração como que aquilo que é peculiar não
significando dos vocábulos COMUM e TÉCNICO, extrados do Dicionário Aurélio, sendo

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Distrito Federal



SECRETARIA DE AGRICULTURA, Pecuária e Pesca
BRASÍLIA - DF, 15 de maio de 2007
Nº 001/2007
Assessoria de Planejamento e Gestão

CREA-DF
CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, AGRONOMIA E AGRICULTURA

edital, por meio de especialidades usuais no mercado,
significa que seus padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo
5.450/2005) tem por finalidade que os serviços a serem contratados, sejam comuns, o que
habilitação denominada prego (Lei nº 10.520/2002, Decreto nº 3.555/2000 e Decreto nº
Natura especial, vale frisar que a legislação que rege a modalidade
de obras em ciência, serviços de qualidade.
Natura especial, vale frisar que a legislação que rege a modalidade
de obras em ciência, serviços de qualidade.
Natura especial, vale frisar que a legislação que rege a modalidade
de obras em ciência, serviços de qualidade.
Natura especial, vale frisar que a legislação que rege a modalidade
de obras em ciência, serviços de qualidade.

Assim, a manutenção das habilitações apontadas faz com que a
administração não deva a proposta mais vantajosa e que melhor atender ao interesse público,
uma vez que o único objetivo do certame é a contratação de empresa
especializada na execução dos serviços de recuperação, revitalização e manutenção continuada
de obras de arte especiais - tipo passarela, independentemente da qualidade oferecida pelo
licitante, o qual certamente pretende devolver aos usuários do serviço público, destituídos
fonte de nossa atuação, serviços de qualidade.

Verifica-se que, no contrato do que decorre esse Edital, por se
tratarem de serviços técnicos especializados, com elevado grau de subjetividade e especialização,
os serviços contratados não se enquadrarão no rol de serviços comuns, padronizáveis e disponíveis de
forma comum, habitual e usual, pois os serviços em questão são
Assim, a manutenção das habilitações apontadas faz com que a
administração não deva a proposta mais vantajosa e que melhor atender ao interesse público,
uma vez que o único objetivo do certame é a contratação de empresa
especializada na execução dos serviços de recuperação, revitalização e manutenção continuada
de obras de arte especiais - tipo passarela, independentemente da qualidade oferecida pelo
licitante, o qual certamente pretende devolver aos usuários do serviço público, destituídos
fonte de nossa atuação, serviços de qualidade.

Em análise nos requisitos estabelecidos no instrumento convocatório,
para com o presente Edital, em sua natureza, modalidade e objeto, de acordo com
disponíveis com a legislação vigente, absolutamente, incompatíveis com serviços de
Especializados de Engenharia ora licitados.

SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Distrito Federal





SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Distrito Federal

EDITAL

Itens 8.2.1 e 8.2.2

"VI - Comprovação do Responsável Técnico da licitante (a) executando, a qualquer tempo obras compatíveis com o objeto desta licitação, por meio de certidão (três) e anexada (a), em nome do próprio RT, fornecida (a) por pessoa (a) jurídica (a) de direito público ou privado, devidamente certificada (a) pelo CREA/CAU, na forma do disposto na Resolução nº 1.035, de 30 de outubro de 2009 do CREA/CAU, com apresentação da (s) Certidão de Anotação Técnica - CAT's e indicação da (s) Anotações de Responsabilidade Técnica - ART's e - emitidas pelo conselho de fiscalização de profissional, onde consta a execução de (a) seguintes (a) serviços (a)!"

()

ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA

II - OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

"II.1 Providenciar perante o CREA a Anotação de Responsabilidade Técnica ART referente ao objeto do Contrato e as especificações pertinentes aos serviços previstos, sempre que a legislação requerer."

()

Out, o prego eletrônico é a modalidade de licitação que se destina à aquisição de bens e serviços comuns, assim caracterizados aqueles ditos "de prateleira", ou seja, os que, independente do fornecedor, terão as mesmas características, de forma a ser dispensável o conhecimento técnico da comissão licitante sobre o que será contratado,

Mais, uma vez que o objeto desta licitação é de natureza técnica, a modalidade tecnicamente qual é a metodologia de execução mais eficaz, eficiente e econômica, estar-se-á colocando em risco o resultado colimado pela administração pública e pela sociedade, razão pela qual se deve levar em conta, neste momento, não apenas critérios econômicos, mas também qualitativos, eis que serviços de engenharia são serviços de técnica apurada e específicos em sua demanda, portanto, possíveis de contratar somente por meio da adoção da modalidade licitatória Técnica e Preço.



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Distrito Federal

De outra sorte, mesmo que essa Comissão licitante seja inteiramente formada por *experts* na área objeto deste certame, a quem rendemos nossas homenagens pelo esforço despendido na realização do certame, todavia, não podemos e não devemos nos furtar de manifestação, haja vista a característica dos que se pretende contratar não ser cabível na modalidade licitatória adotada pelo instrumento impugnado.

Do mesmo modo, a leitura conjugada do edital e do termo de referência mostra nos a natureza intelectual inerente ao objeto a ser contratado, bem como que o objeto é referente à atividade de Engenharia, vinculada principalmente à área da Engenharia Civil.

Os serviços relacionados à engenharia possuem características bem peculiares que são o interesse social e o humano, conforme expõe o art. 1º da Lei nº 5.194/1966:

Art. 1º. As profissões de engenharia, arquitetura e engenharia-agrônomo são caracterizadas pelas restrições de interesse social e humano que impõem na realização dos seguintes empreendimentos:

Dessa forma, contratações pela Administração de empresas e profissionais que não detenham conhecimento técnico para realizar determinado serviço específico e técnico, estarão ferindo diretamente o interesse social e humano, além de aumentar os riscos da contratação, incluindo o prejuízo ao erário e danos à coletividade.

A reformulação solicitada que terá que ser feita, no presente caso, não irá de forma alguma restringir a competitividade do certame previsto na Lei nº 8.666/1993, apenas visa garantir que a Administração Pública faça a contratação de maneira correta e preservando o interesse público.

Deste modo, por meio dos pontos destacados nesta impugnação, bem como a par dos inúmeros outros itens do edital que detêm clara e verdadeira natureza de objeto licitado, a contratação de qualquer empresa que ofereça tão somente o menor preço e não a melhor técnica e preço culminará em incerteza e em insegurança, com o certo inadimplemento contratual.

No combatido edital não estão presentes elementos que assegurem que a capacidade técnica dos licitantes será avaliada de maneira objetiva e com tecnicidade razoável.

SERVICÓ PÚBLICO FEDERAL
Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Distrito Federal



além do que, é importante mencionar que na modalidade Pregão, ao contrário do que se dá nos leilões de bens e serviços, há uma exigência de qualificação técnica do licitante, bem como a exigência de demonstrar capacidade técnica e financeira para a execução do objeto, bem como a exigência de demonstrar capacidade técnica e financeira para a execução do objeto, bem como a exigência de demonstrar capacidade técnica e financeira para a execução do objeto.

Nesse sentido, nos serviços de natureza predominantemente intelectual, como é o caso em referência, a própria Lei de Licitações recomenda a adoção do tipo melhor técnica ou técnica e preço. Vale referir que o Decreto nº 3.555/2000, em seu artigo 5º, contém o artigo 6º, do Decreto 5.450/2005, que regulamentou a Lei 10.520/2002, não contém dúvidas que serviços e obras de engenharia não podem e não devem ser contratados pela modalidade Pregão, vejamos:

Art. 6º - A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às licitações mobiliárias e alienações de bens imóveis, bem como às licitações mobiliárias e alienações de bens imóveis, bem como às licitações mobiliárias e alienações de bens imóveis.

Como ponto que merece destacar é quanto a exigência de Certidão de Aproveitamento Técnico - CAT no sistema eletrônico e tratar-se de atividade de engenharia, pois o art. 1º da Resolução nº 1025, de 30/10/2009, do Cofre, estabelece a "Certidão de Aproveitamento Técnico - CAT" como o instrumento que certifica, para os efeitos legais que consta dos assentamentos do CREA, a capacidade técnica dos profissionais inscritos no registro de engenharia, para o fim de comprovar a capacidade técnica dos profissionais inscritos no registro de engenharia, para o fim de comprovar a capacidade técnica dos profissionais inscritos no registro de engenharia.

Dessa forma, a CAT apresentará informações ou resultados pertinentes em função da verificação do registro do profissional e da pessoa jurídica à época da execução da obra ou da prestação do serviço, bem como dos dados do assentamento em face daqueles constantes dos assentamentos do CREA relativos às ARTs registradas (Art. 6º, § 5º da Resolução).

Desse modo, pelas razões já ventiladas na presente impugnação, o objeto do contrato de prestação de serviços de engenharia, cujo fundamento legal embasam no edital, não se trata de prestação de serviços de engenharia, bem como dos dados do assentamento em face daqueles constantes dos assentamentos do CREA relativos às ARTs registradas (Art. 6º, § 5º da Resolução).

Desse modo, pelas razões já ventiladas na presente impugnação, o objeto do contrato de prestação de serviços de engenharia, cujo fundamento legal embasam no edital, não se trata de prestação de serviços de engenharia, bem como dos dados do assentamento em face daqueles constantes dos assentamentos do CREA relativos às ARTs registradas (Art. 6º, § 5º da Resolução).

Desse modo, pelas razões já ventiladas na presente impugnação, o objeto do contrato de prestação de serviços de engenharia, cujo fundamento legal embasam no edital, não se trata de prestação de serviços de engenharia, bem como dos dados do assentamento em face daqueles constantes dos assentamentos do CREA relativos às ARTs registradas (Art. 6º, § 5º da Resolução).

III - DOS PEDIDOS

Por todo exposto o CREA-DF, por seus representantes in fine, pugna no sentido de que:

1 - Seja recebida a presente impugnação, eis que tempestiva, devendo ser autuada, processada e considerada na forma da lei, sendo arquivado o efeito.

Assinatura do representante legal do CREA-DF



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Distrito Federal

suspensivo do § 2º da art. 109 da Lei de Licitações, para que as ilegalidades sejam afastadas antes do prosseguimento do certame;

II - Sejam analisados e ponderados os fatos e fundamentos indicados, reconhecendo a nulidade do Pregão Eletrônico nº 080-2018, uma vez que desta da legislação de regência da matéria e poderá conduzir a uma contratação que não será a mais vantajosa ao interesse público primário, que, como se sabe, não se resume ao aspecto econômico-financeiro;

III - Seja a ora Impugnante devidamente informado sobre a decisão desta Administração, conforme determina a legislação vigente.

Termos em que,

Pede deferimento.

Brasília, 26 de setembro de 2018.


Carlos Divino Trezzi
Analista
Assessoria Jurídica


Lara Sanches Ferreira
CAB/DF 84.295
Chefe da Assessoria Jurídica

DA ANÁLISE DA ADMINISTRAÇÃO

4. Esta Pregoeira encaminhou as alegações à área técnica/demandante, tendo a mesma, encaminhando a Procuradora Jurídica do DER-DF - PROJUR, que emitiu o seguinte Parecer:

“(…)

A Lei federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, em seu artigo 1º, instituiu o pregão como modalidade de licitação, a saber:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

O Regulamento da Licitação na Modalidade de Pregão, aprovado pelo Decreto federal nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, determina em seus artigos 4º e 5º:

Art. 4º A licitação na modalidade de pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da

moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.

O Decreto federal nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que regulamentou o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, determina em seus artigos 4º, 5º e 6º:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

Art. 6º A LICITAÇÃO NA MODALIDADE DE PREGÃO, NA FORMA ELETRÔNICA, NÃO SE APLICA ÀS CONTRATAÇÕES DE OBRAS DE ENGENHARIA, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.

No âmbito do Distrito Federal tem-se o Decreto nº 23.460, de 16 de dezembro de 2002, que regulamentou a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, instituída pela Lei Federal nº 10.520/2002, prescreve em seu artigo 5º:

Art. 5º - A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral..

O Decreto distrital nº 23.460/2002, anterior ao Decreto federal nº 5.450/2005, em seu artigo 5º, retro transcrito, traz redação onde preconiza que a *“modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviço de engenharia”*, enquanto o artigo 6º do Decreto federal nº 5.450/2005 alude que a *“licitação na, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia”*.

Forçoso interpretar que o pregão na forma eletrônico é que não deve ser utilizado para as contratações de obras e serviço de engenharia. As interpretações, desde a edição de referidos decretos, foram se consolidando, tanto no entendimento dos tribunais de contas, como também na doutrina especializada, senão vejamos.

O Manual de Obras e Serviços de Engenharia, da Advocacia Geral da União, em seu item 5.4, colaciona importante contribuição sobre o tema em questão:

“5.4. Pregão para serviços de engenharia no âmbito federal, a aquisição de bens comuns e a contratação de serviços comuns devem ser realizadas obrigatoriamente por meio da modalidade pregão (Decreto n. 5.450/2005, art. 4º), preferencialmente na sua forma eletrônica. Como é cediço, consideram-se comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado (Lei n. 10.520/2002, art. 1º, parágrafo único). Conseqüentemente, a utilização do pregão depende exclusivamente das características intrínsecas do objeto a ser contratado ou do serviço a ser executado e não do alto grau de capacidade técnica dos profissionais necessários à execução, desde que o objeto seja perfeitamente definido de acordo com padrões de mercado, possa teoricamente ser realizado sem diferenças técnicas de execução entre eventuais empresas concorrentes, a utilização do pregão passa a ser obrigatória, como se refere a doutrina: “Em aproximação inicial do tema, pareceu que ‘comum’ também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser ‘comum’, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto. ‘(...) o objeto comum para fins de cabimento da licitação por pregão não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de comuns da Lei 10.520/2002, mas não só. Bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de pregão. O que se exige é que a técnica

neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital.”⁵² O Parecer n. 075/2010-DECOR/CGU/AGU, elaborado pela Dra. Luisa Ferreira Lima (de leitura obrigatória) define serviços comuns de engenharia no seguinte sentido: “(...) pode definir serviço comum de engenharia como aquele que obedece a padrões de desempenho e qualidade que podem ser definidos objetivamente no edital, estando disponível a qualquer tempo no mercado próprio, com características, quantidades e qualidades padronizadas, sem alta complexidade técnica, e sem necessidade de acompanhamento e atuação relevante e proeminente de um engenheiro especializado.” **Portanto, a realização do pregão para a contratação de serviços comuns – incluindo os de engenharia – tem sido bem aceito na doutrina, vez que (1) não existe restrição legal na Lei n. 10.520/2002 e (2) que a vedação contida no art. 6º do Decreto n. 5.450/2005 se aplica apenas às obras de engenharia.** Muito embora o art. 5º do Decreto n. 3.555/2000 afirme textualmente que “a licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia”, deve-se adotar o entendimento de que este último dispositivo foi afetado pelo art. 6º do Decreto n. 5.450/2005⁵³; demais disso, a redação inicial do referido decreto previa expressamente a utilização do pregão para serviços de “manutenção de bens imóveis” (Anexo II revogado), o que deve ser entendido como serviços comuns de engenharia. Registre-se, por oportuno, a existência de alguns julgados que mencionavam a possibilidade de utilização do pregão inclusive para a contratação de obras comuns de engenharia. Entretanto, a Súmula n. 257/2010 do Tribunal de Contas da União veio uniformizar o entendimento, no seguinte sentido: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002” Súmula/TCU nº 257/2010 (DOU de 05.05.2010, S. 1, p. 93) Porém, o Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (Confea), contrariando a firme orientação já consolidada sobre a Posição defendida no Parecer n. 075/2010/DECOR/CGU/AGU, Item 25. 54 TCU, Acórdão n. 286/2007-1ª Câmara (Item 7) e Acórdão n. 817/2005-1ª Câmara (Item 7). CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO 78 questão, tornou pública a Decisão n. 2467/2012-Plenário por meio da qual afirmou que os “...serviços que exigem habilitação legal para sua elaboração ou execução, com a obrigatoriedade de emissão da devida ART perante o Crea, tais como projetos, consultoria, fiscalização, supervisão e perícias, jamais poderão ser classificados como comuns, dada a sua natureza intelectual, científica e técnica, fatores que resultam em ampla complexidade executiva, exigindo portanto profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições, conforme também detalha o art. 13 da Lei 8.666, de 1993, não se admitindo a sua contratação pela modalidade Pregão”. Porém, reitera-se que a mencionada “ampla complexidade executiva” não impede a utilização da modalidade pregão para serviços de engenharia, vez que o fator determinante é a padronização do serviço no mercado, independentemente da

necessidade de utilização de profissionais legalmente habilitados, muito embora não seja suficiente para caracterizá-los como comuns o simples fato de estarem os serviços vinculados a diversas normas técnicas que estabelecem apenas padrões mínimos a serem seguidos. Portanto, a caracterização da atividade como comum deverá ser avaliada e, se for o caso, declarada pelo administrador no caso concreto, mediante a existência de circunstâncias objetivas constantes da fase interna do procedimento licitatório. A questão pode ser sintetizada nos seguintes termos: o pregão é legalmente destinado à aquisição de bens (compras/fornecimento) e serviços comuns, dos quais está excluída a possibilidade de contratação de obra e estão incluídos os serviços comuns de engenharia, que deverão ser licitados mediante pregão. Obviamente, tal ilação remete à diferenciação que se faz entre obras e serviços de engenharia”.

O Dr. Fábio Marcelo de Rezende Duarte, quando exercício de Procurador Chefe Nacional do DNIT, por meio do **DESPACHO/PFE/DNIT N.º 00652/2010**, exarou a seguinte cota sobre o versado tema:

“DA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE A LICITAÇÃO PRETENDIDA:

A questão jurídica sobre a possibilidade da utilização do Pregão como modalidade licitatória para a contratação pelo DNIT de obras de engenharia desafia, à primeira, o exame da legislação que disciplina o referido certame. Com efeito, estabelece a Lei n. 10.520, de 17/07/2002, que:

“Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

Como se observa, a lei não veda, expressamente, a utilização do Pregão para obras ou serviços de engenharia. Exige, apenas, que os bens ou serviços a serem licitados sejam “comuns”, vale dizer: *“aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”*

O conceito legal de “comum” deixa a desejar, levando o intérprete a considerações subjetivas e que, por isso mesmo, podem variar. Com efeito, definir objetivamente no edital os padrões de desempenho e qualidade, não é atributo específico do Pregão. Penso que, em toda e qualquer modalidade licitatória, o edital deve conter os padrões de desempenho e qualidade esperada. Quanto às especificações usuais no mercado para os padrões de desempenho e qualidade, poderiam ser, no caso do DNIT, o próprio projeto básico/executivo que deverá detalhar por completo todas as especificações exigidas para a obra, como, também, as próprias normas e instruções vigentes na Autarquia para a realização

de obras e serviços de engenharia, amplamente conhecidas no mercado da construção de obras de infra-estrutura de transportes.

Como se vê, não há por parte da lei que criou a modalidade licitatória Pregão qualquer restrição explícita para a sua utilização na contratação de obras e serviços de engenharia, desde que possam ser consideradas de natureza “comum”, nos termos do parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 10.520/2002.

Na realidade, a restrição consta do Decreto n. 3.555, de 08/08/2000, que visou regulamentar as Medidas Provisórias n. 2.026 e 2.182, que se transformaram na Lei n. 10.520/2002.

No referido Decreto é disposto que: *“Art. 5º A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.”*

Houve, assim, expressa vedação para utilização do Pregão na contratação de obras e serviços de engenharia, remetendo-as para os demais certames disciplinados na Lei n. 8.666/93.

Quanto a esta proibição, há por parte da doutrina e, inclusive, do próprio Tribunal de Contas da União – TCU, manifestações que consideram que a vedação não possui eficácia, justo porque não constou das Medidas Provisórias e da própria Lei que instituiu o Pregão. Não se poderia, assim, por ato regulamentar – como são os Decretos do Poder Executivo – ser proibido o que por lei não foi.

Parece assistir razão a este entendimento. Com efeito, em todas as edições das Medidas Provisórias que antecederam a Lei n. 10.520/2002 vinha disposto o § 2º do art. 1º que prescrevia:

“O regulamento disporá sobre os bens e serviços comuns de que trata este artigo.” À luz deste dispositivo, estaria delegada à regulamentação a imposição de restrições, como a contida no art. 5º do Decreto n. 3.555/2000.

Entretanto, este dispositivo não restou aprovado quando da conversão da última Medida Provisória – MP n. 2.182-18/2001 – na Lei n. 10.520/2002, visto que aquela disposição não foi mantida, sendo transformado o antigo § 1º em parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 10.520/2002.

Vale dizer, a delegação contida nas Medidas Provisórias e que serviu de fundamento para a proibição de contratar obras e serviços de engenharia mediante o Pregão, não foi mantida na Lei n. 10.520/2002, pelo que a disposição contida no art. 5º do Decreto n. 3.555/2000 não poderia subsistir porque sem amparo na Lei n. 10.520/2002.

É certo que, posteriormente, foi editado o Decreto n. 5.450, de 31/05/2005, dispondo que:

“Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, não se aplica às contratações de obras de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.”

Novamente se observa aqui a regulamentação criando restrições ao uso do Pregão para contratações de obras de engenharia, padecendo, conseqüentemente, dos mesmos vícios da regulamentação anterior. A diferença agora é que, primeiro, a restrição é, apenas, para a *“forma eletrônica”*, podendo, assim, ser admitida a forma presencial. Segundo, que a restrição alcançaria, somente, as *“obras de engenharia”*, e não os *“serviços de engenharia”*.

Desse modo, essa última regulamentação não proíbe expressamente a utilização do Pregão, sob a forma presencial, para a contratação de obras de engenharia, mas somente quanto à forma eletrônica.

O Tribunal de Contas da União vêm admitindo a possibilidade de ser utilizada a modalidade licitatória sob a forma de Pregão apenas para serviços de engenharia que possam ser considerados como *“comuns”*, ou seja, *“aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”* (parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 10.520, de 10/07/2002).

Quanto às *“obras de engenharia”*, as referências encontradas se referem a situações muito específicas onde o percentual, em relação aos serviços, é muito inexpressivo, tendo considerado como *“serviço comum de engenharia”* as seguintes situações:

a) Assistência técnica, operação e manutenção, em caráter preventivo e corretivo, com fornecimento de peças, materiais e componentes, de aparelhos de ar condicionado de janela e centrais de ar condicionado (AC-2272-48/06- P);

b) Escavação e remanejamentos (AC-2079-41/07-P);

c) Manutenção corretiva nos equipamentos denominados Fechadura de Retardo (FR), Fechadura Módulo Teclado (FMT), Fechadura Mecânica de Cofres e de Casa Forte (FCCF) (AC-2482-49/07-P). Por outro lado, encontramos referência sobre a impossibilidade de contratação de serviços de engenharia para acompanhamento e fiscalização da execução das obras de construção do aproveitamento hidrelétrico de Simplício (AC-1615/2008). Ora, se para a supervisão ou auxílio à fiscalização de uma obra de engenharia não foi admitida a utilização do Pregão, a lógica recomendaria que, com maior razão não poderia ser utilizado o procedimento para a contratação da própria obra pública.

Interessa, assim, a análise dos fundamentos que informaram a decisão do TCU para inadmitir a utilização do Pregão na hipótese acima referida. O Voto condutor do Acórdão, proferido pelo Ministro BENJAMIN ZYMLER, restou assim redigido:

“Voto do Ministro Relator Cuidam os autos de representação, com pedido de medida cautelar, encaminhada pela Associação Brasileira de Consultores de Engenharia - ABCE, nos termos do art. 113, § 1º da Lei nº 8.666/93, contra edital licitatório de Furnas Centrais Elétricas S.A. (PE.DAQ.G. 0413.2007), em razão da utilização de modalidade pregão para a contratação de serviços de "engenharia do proprietário para acompanhamento e fiscalização da execução das obras de construção do aproveitamento hidrelétrico de Simplício - queda única". Aduz o representante que tais serviços não poderiam ser qualificados como comuns e, por via de consequência, haveria impedimento à realização de licitação na modalidade pregão por contrariar o art. 1º da Lei nº 10.520/03.

2. Ao avaliar o objeto licitado, em rito de cognição sumária, considerei atendidos os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* e determinei cautelarmente à Furnas Centrais Elétricas S.A que se abstinhasse de celebrar o contrato referente ao Pregão Eletrônico PE.DAQ.G. 0413.2007, até que este Tribunal decidisse no mérito acerca da modalidade de licitação utilizada, nos termos do art. 276 do Regimento Interno do TCU.

3. Após a oitiva de Furnas Centrais Elétricas S.A. e da empresa Marte Engenharia Ltda., vencedora do certame sub examine, a Secex-RJ manifestou-se no sentido da impossibilidade da contratação, por meio de licitação na modalidade pregão, dos serviços de engenharia do proprietário para acompanhamento e fiscalização da execução das obras de construção do aproveitamento hidrelétrico de Simplício - queda única. Diante disso, propôs determinar à Furnas que não proceda a contratação da empresa vencedora do certame.

4. Verifica-se, portanto, que a questão fulcral dos autos refere-se à adequação, ou não, da realização de licitação na modalidade pregão para contratação de serviços de engenharia do proprietário para acompanhamento e fiscalização da execução das obras de construção do aproveitamento hidrelétrico de Simplício.

5. Registro, preliminarmente, que acolho a instrução da unidade técnica e adoto os fundamentos ali expendidos como razões de decidir, sem prejuízo das seguintes considerações.

6. O pregão, instituído pela Lei n.º 10.520/2002, é modalidade licitatória adequada à aquisição de bens e serviços comuns, definidos como "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado".

7. Para Marçal Justen Filho, "o bem ou serviço é comum quando a Administração não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens ou serviços tal como disponíveis no mercado" (Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico - 4a ed., São Paulo: Renovar, 2005, p. 26). Aduz ainda o doutrinador: "bem ou serviço comum é

aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível a qualquer tempo, num mercado próprio. Bem por isso, a regra é que obras e serviços de engenharia não se enquadrem no âmbito de "bens e serviços comuns". (Ob. cit., p. 30)

8. Já Benedicto de Tolosa Filho esclareceu que "a licitação na modalidade pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, estes definidos como de padrão e tendo a característica de desempenho e qualidade que possam ser estabelecidos de forma objetiva, ou seja, sem alternativas técnicas de desempenho dependentes de tecnologia sofisticada." (Pregão. Uma nova modalidade de licitação. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9). Nesse mesmo sentido manifestou-se Arídio Silva: "Trata-se, portanto, de bens e serviços geralmente oferecidos por diversos fornecedores e facilmente comparáveis entre si, de modo a permitir a decisão de compra com base no menor preço" (Desvendando o Pregão Eletrônico. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 34).

9. Observe-se que a definição legal atribuída aos "bens e serviços comuns" é imprecisa, provocando, em muitos casos, dúvidas quanto ao enquadramento de determinados bens ou serviços. Para apurar o conceito de serviço comum colimado pela Lei n.º 10.520/02, deve-se analisar a estrutura e finalidade do pregão vis-à-vis aos preceitos da licitação na forma definida pela Lei n.º 8.666/93.

10. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 e do julgamento objetivo, nos termos do art. 3º do Estatuto de Licitações e Contratos.

11. A proposta vantajosa agrega (a) preços economicamente satisfatórios e exequíveis, (b) o cumprimento pelo licitante vencedor das obrigações contratuais assumidas e (c) a aquisição de bens e serviços em tempo hábil ao atendimento do interesse público.

12. A competição e a conseqüente busca dos melhores preços à Administração são fundamentos de qualquer modalidade licitatória. A Lei de Licitações e Contratos visa, além da competição, garantir que a contratada possua condições de honrar as obrigações assumidas perante o Poder Público. Esta é a razão da existência da prévia fase de habilitação, cuja função é avaliar a capacidade do licitante para suprir os encargos inerentes ao objeto licitado. Em complemento, o art. 48, II, da referida lei exige a desclassificação de proposta com preços inexequíveis. Destarte, a Lei n.º 8.666/93 preza a competição e a segurança na contratação.

13. Por outro lado, o pregão, procedimento simplificado, foi criado para imprimir celeridade ao processo de aquisição e ampliar a competição entre os interessados no contrato, gerando forte estímulo à redução de preços sem, entretanto, constituir instrumentos para que sejam descartadas propostas inexeqüíveis. O que diferencia o pregão é a estruturação procedimental - a inversão das fases de habilitação e julgamento, bem como a possibilidade de renovação dos lances pelos licitantes - a forma de elaboração de propostas - por escrito, verbal ou por via eletrônica - e o universo de possíveis participantes - os quais não precisam estar inscritos em cadastro.

14. No pregão são mitigados os requisitos de participação, fato justificável em razão da aptidão desse instrumento licitatório para aquisição, unicamente, de bens e serviços comuns. Dessa forma, a lei resguardou a aplicação do pregão aos bens e serviços comuns pois o risco de inadimplemento do contratado é reduzido.

15. A aplicação do pregão aos bens e serviços incomuns representa risco à segurança contratual, pela possibilidade de conduzir a Administração à celebração de contrato com pessoa sem qualificação para cumpri-lo ou pela aceitação de proposta inexeqüível.

16. Por essa razão, em situações que sejam necessárias medidas mais cautelosas para segurança do contrato, em razão dos riscos decorrentes de inadimplência da contratada ou da incerteza sobre a caracterização do objeto, deve o gestor preterir o pregão em favor de outras modalidades licitatórias cercadas de maior rigor formal.

17. O gestor, ao classificar bens e serviços como comuns, deve se certificar de que a descrição do objeto é suficientemente clara a ponto de não suscitar dúvidas, no afã do procedimento concorrencial do pregão, acerca das especificações do objeto ofertado pelos licitantes. Ademais deverá observar a complexidade das especificações não encetar insegurança ao adimplemento contratual pelos potenciais contratados em face da inexistência da habilitação prévia.

18. Não se nega que, com o advento do Decreto nº 5.450/2005, restou, em tese, possibilitada a contratação de serviços de engenharia por meio de pregões. Contudo, não foi afastada a exigência de que sejam esses serviços enquadráveis como comuns. Até porque, tal exigência decorre expressamente do art. 1º da Lei nº 10.520/2002.

19. Da identificação dos serviços objeto do pregão por meio do Termo de Referência anexo ao Edital, verifico haver atividades, a seguir transcritas, que permitem a conclusão de que não se trata de "*serviços comuns*":

a) aferição mensal da conformidade dos eventos executivos, dentro da programação de implantação das obras e serviços, para a emissão total ou

parcial, da medição física e financeira e sua liberação para aprovação final de Furnas;

b) elaborar processos licitatórios para contratação das obras e serviços sob a responsabilidade do Departamento de Construção de Geração Térmica;

c) supervisionar a execução de todas as etapas das obras, assegurando que as contratadas de Furnas estejam atendendo integralmente ao projeto, às especificações técnicas, ao programa da qualidade e aos requisitos contratuais;

d) analisar os procedimentos executivos das contratadas de Furnas para a execução das obras;

e) acompanhar e fazer com que se cumpram o projeto, as especificações técnicas e os contratos, inclusive quanto aos materiais industrializados ou produzidos na obra;

f) avaliar e opinar sobre adequações de projeto, visando a otimização das atividades, mantendo Furnas sempre informada sobre tais questões;

g) dar suporte a Furnas para solucionar problemas de ordem técnica e executiva relativos às obras, sempre observando a documentação contratual; h) acompanhar as inspeções técnicas, fornecendo os subsídios solicitados por Furnas;

i) execução do controle tecnológico de concreto e execução de ensaios laboratoriais de concreto e geotecnia;

j) operação de laboratórios de tecnologia de concreto e geotecnia;

k) acompanhamento técnico para controle da qualidade dos materiais de construção (agregados, concreto, aço par armadura e emendas, veda-juntas, água, aditivos, solos, filtros, transições e rochas), restrito às atividades que englobam os serviços de controle de produção do concreto e ensaios de laboratório;

l) elaboração de relatórios técnicos, abrangendo as atividades e dados relativos ao controle da qualidade dos materiais de construção da obra, incluindo análises estatísticas dos resultados dos ensaios realizados na obra os quais serão incorporados ao relatório mensal de gestão da qualidade da obra e ao databook;

m) analisar e elaborar alternativas técnicas e/ou econômicas para obras e serviços;

n) elaborar documentos técnicos complementares e de canteiro de obras; e

o) analisar e emitir parecer sobre relatórios técnicos recebidos;

20. Vê-se pois que não se trata de serviços padronizáveis ou de "prateleira", mas sim sujeitos a intensa atividade intelectual com razoável grau de subjetivismo, os quais precisam atender demandas específicas e complexas da Administração, afastando-se do conceito de especificações usuais do mercado.

21. Destaque-se, por fim, que o fato de estarem os serviços vinculados a diversas normas técnicas não é suficiente para caracterizá-los como comuns, pois mesmo os serviços de engenharia evidentemente complexos como projetos de alta tecnologia (v.g. desenvolvimento de semicondutores) estão sujeitos a diferentes normas técnicas. Nesses casos as normas estabelecem padrões mínimos a serem seguidos, mas de forma alguma modulam os serviços em sua totalidade de forma a ser possível considerá-los padronizados ou usuais de mercado.

22. Em razão dos motivos apresentados, concluo, em conformidade com o posicionamento da unidade técnica, pela impossibilidade de contratação de serviços de engenharia do proprietário para acompanhamento e fiscalização da execução das obras de construção do aproveitamento hidrelétrico de Simplício - queda única, por meio de licitação na modalidade pregão.

23. Ante o exposto, Voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado. TCU, Sala das Sessões, em 13 de agosto de 2008. BENJAMIN ZYMLER Relator”

Como se vê, no Voto proferido avulta como a principal dificuldade de adoção do Pregão para contratação de obras e serviços de engenharia a necessidade de ser garantida, sobretudo, a segurança na contratação, que é caracterizada, segundo o mesmo Voto, pela possibilidade da Administração “avaliar a capacidade do licitante para suprir os encargos inerentes ao objeto licitado”, bem assim a exequibilidade de sua proposta de preços, reduzindo, assim, possíveis riscos de inadimplemento do futuro contratado.

Entretanto, examinando a Lei n. 10.520/2002, que disciplina o Pregão, observo que o seu art. 3º e 4º, estabelecem que o edital deverá conter:

- a) A necessidade de justificativa da contratação (art. 3º, I) ;
- b) A definição precisa do objeto do certame (art. 3º, I e II);
- c) As exigências de habilitação (art. 3º, I);
- d) Os critérios de aceitação da proposta (art. 3º, I);
- e) As sanções por inadimplemento (art. 3º, I);
- f) As cláusulas contratuais (art. 3º, I);
- g) A fixação de prazos (art. 3º, I);
- h) Os elementos técnicos (art. 3º, III);

i) O orçamento (art. 3º, III); j) Divulgação no DOU, inclusive em jornal de grande circulação, nos casos de “*vulto da licitação*” (art. 4º, I);

k) Prazo para o recebimento das propostas, que não poderá ser inferior a 8 (oito) dias (art. 4º, V);

l) Critério de julgamento pelo menor preço (art. 4º, X);

m) Observância à habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeiras (art. 4º, XIII);

n) Possibilidade de interposição de recursos (art. 4º, XVIII); etc.

Com efeito, diante das exigências supra listadas, parece-me que não há muita divergência do que se dá com as demais modalidades licitatórias, sendo inclusive licito a Administração formular no Pregão o atendimento do disposto no art. 30, da Lei n. 8.666/93 – qualificação técnica – consoante previsto no inciso XIII, do art. 4º, da Lei n. 10.520/2002, bem assim os critérios previstos no § 1º, do art. 48, da Lei n. 8.666/93 - exeqüibilidade das propostas – e exigir a garantia de execução prevista no art. 56, da Lei n. 8.666/93 – caução -, ambas com fundamento no art. 9º, da Lei n. 10.520/2002. Essas duas últimas exigências – critérios para aferir a exeqüibilidade das propostas e a prestação de caução –, além de não terem sido expressamente vedadas pelo art. 5º, da Lei n. 10.520/2002, trarão, sem dúvida, maior segurança na contratação, afastando, assim, aquelas propostas que poderiam se mostrar passíveis de inadimplemento contratual. e qualquer modo, a diferença mais expressiva para as demais modalidades licitatórias é que, no Pregão, as propostas são analisadas antes da habilitação, sendo somente apreciadas as condições jurídicas, técnicas, financeiras e econômicas do licitante vencedor. Ora, isto não me parece ser suficiente para afastar a possibilidade do uso do Pregão para obras ou serviços de engenharia, ou expor a Administração Pública a riscos de inadimplemento contratual. Lembro apenas que, no âmbito dos contratos de concessão do serviço público, extremamente complexos, é admitida essa inversão de fases com o oferecimento de lances, tal como no Pregão, e nem por isso é possível considerar que nesses contratos, por conta da inversão de fases, fique a Administração Pública exposta a riscos de inadimplemento contratual, até porque o descumprimento do contrato é fato que informa e pode estar presente em qualquer avença administrativa, independente do procedimento licitatório que a gerou.

Nesse sentido, estabelece a Lei n. 8.987/1995:

“Art. 18-A O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)”

Com efeito, os contratos de concessão envolvem, principalmente no âmbito rodoviário, estudos aprofundados e um programa de exploração da rodovia por 25 (vinte e cinco) anos, a demandar detidas análises pela Comissão de Licitação, tanto em relação ao tráfego projetado como sobre a possibilidade das receitas atenderem, a contento, as despesas que serão assumidas, via de regra com obras e serviços de engenharia de grande vulto.

Assim, a sistemática adotada para a contratação das concessões, que no âmbito rodoviário envolvem obras de engenharia complexas e de grande vulto, não difere muito do que ocorre no Pregão disciplinado pela Lei n. 10.520/2002, pelo que entendo que, guardadas as mesmas garantias e seguranças, não haveria impedimento para a contratação de obras e serviços de engenharia rodoviária segundo a disciplina prevista na Lei n. 10.520/2002, com a vantagem de acelerar significativamente o procedimento e oferecer a Administração Pública preços menores em suas contratações. Há, todavia, necessidade do edital conter algumas regras que considero relevantes:

- a) O Pregão deverá ser realizado sob a forma presencial;
- b) O prazo para apresentação das propostas deve ser superior a 8 (oito) dias;
- c) As exigências de habilitação jurídica, técnica e econômica devem ser compatíveis com aquelas exigidas nas concorrências ou tomadas de preços para obras ou serviços de engenharia;
- d) Deverá prever a análise de exequibilidade das propostas apresentadas;
- e) Deverão ser vedadas as exigências previstas no art. 5º, da Lei n. 10.520/2002.
- f) Deverá ser exigida a prestação de caução. Sobre o assunto, acosto a este parecer estudo que me foi fornecido pela Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes – CONJUR, da lavra do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, versando sobre o “Uso do Pregão nas Obras e Serviços de Engenharia: Legalidade e Economicidade”.

Embora o referido estudo tenha dado ênfase para as contratações realizadas através de “convite”, o trabalho contém importantes considerações sobre o tema.

Portanto, a adoção do Pregão para obras e serviços de engenharia não é algo incontroverso na doutrina e jurisprudência, havendo, como mencionei, expressa decisão do TCU contrário à sua utilização, bem assim um segundo estudo que me foi apresentado, de autoria do Professor da Faculdade de Direito da USP, Benedicto Porto Neto, manifestando-se também contrário à utilização do pregão para obras e serviços de engenharia, por considerar que a construção de obra não se insere no conceito de bem ou de serviço, inclusive de natureza comum.

Quanto à natureza comum, reporto-me ao conceito estabelecido no § 1º do art. 1º da Lei n. 10.520/2002, inicialmente analisado. Já quanto não ser a obra um bem, penso que, juridicamente, é possível assim ser caracterizada a construção que se pretende contratar.

Com efeito, segundo o art. 79, do nosso Código Civil Brasileiro, são considerados bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Ora, a contratação de determinada obra rodoviária, representa a aquisição de um bem imóvel, visto que, uma vez concluída, assim tornar-se-á por acessão artificial ou industrial.

Nesse sentido, leciona Carlos Roberto Gonçalves: “Acessão artificial ou industrial é a produzida pelo trabalho do homem. São as construções e plantações.

É tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que não se possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano.”

À luz, portanto, das informações e análises ora apresentadas, deve o DNIT ajustar a minuta do edital às recomendações ora exaradas, instruindo o processo consoante propugnado no Parecer anterior e, sobretudo, aquilatar os riscos da decisão que deverá ser adotada para a modalidade licitatória da obra em questão, aferindo, inclusive, não apenas a urgência na sua realização, mas, sobretudo, a possibilidade de eventuais impugnações dos órgãos de controle ou de terceiros, em virtude do ineditismo que representa a sua realização pela sistemática do Pregão, inclusive como precedente para as demais obras e serviços de engenharia rodoviária que serão, no futuro, contratadas”.

E por último, o Tribunal de Contas da União, em recente Decisão, pacifica a questão:

“Acórdão [505/2018 - Plenário](#)

Data da sessão 14/03/2018

Relator AUGUSTO NARDES

Área Licitação

Tema Pregão

Subtema Obras e serviços de engenharia

Outros indexadores

Obrigatoriedade, Serviços comuns de engenharia, Pregão eletrônico

Tipo do processo

REPRESENTAÇÃO

Enunciado

Na aquisição de serviços comuns de engenharia, a Administração deve utilizar obrigatoriamente a modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, devendo justificar a inviabilidade dessa forma caso adote o pregão presencial.

Excerto

Voto:

Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela empresa [representante] sobre possíveis irregularidades praticadas no âmbito da Concorrência 2/2017, promovida pelo Instituto Nacional do Câncer – Inca, no valor estimado de R\$ 18.194.914,71, visando à contratação de empresa especializada na prestação de serviços de manutenção predial preventiva e corretiva.

2. Entre os serviços e produtos a serem contratados, estão: fornecimento de mão de obra, peças, materiais e serviços, de forma continuada, para as instalações ordinárias e especiais; equipamentos prediais, de refrigeração e de climatização, exaustão e ventilação mecânica; e tratamento de ar e limpeza de rede de dutos de todas as unidades do Inca, incluindo a operação e o suporte técnico e gerencial dos sistemas civis, hidráulicos, elétricos de alta e baixa tensão e dos equipamentos de sistemas elétricos, mecânicos, eletromecânicos, civis e hidráulicos, mediante o regime de empreitada por preço unitário.

3. Em suma, a representante apontou as supostas seguintes irregularidades no processo licitatório representado:

a) adoção indevida da modalidade concorrência;

[...]

7. Nesta fase processual, são analisadas as respostas às oitivas e diligências do Inca e da empresa [vencedora da licitação] e os novos documentos trazidos aos autos por essas duas entidades e pela representante.

[...]

10. No que se refere à adoção da modalidade concorrência para a contratação de serviços de manutenção predial, anteriormente realizada por meio de pregão, consinto com o entendimento da unidade técnica abaixo transcrito:

(...)

10.2. Em que pese o fato de o Inca possuir diversos prédios a serem atendidos por meio do contrato objeto desse certame, apontando no sentido contrário à natureza comum do serviço, se o contrato anteriormente vigente, resultante do Pregão Eletrônico 80/2011, foi prorrogado pelo prazo máximo admitido na Lei 8.666/1993, entende-se que a referida contratação foi bem sucedida e, portanto, não haveria motivo para alterar a modalidade de licitação. Assim, em não havendo alteração no serviço a ser executado, não haveria motivo para a utilização da modalidade concorrência, contrariando o disposto na Súmula TCU 257.

10.3. Além disso, deve-se ressaltar que a utilização da modalidade concorrência foi prejudicial à obtenção da proposta mais vantajosa, objetivo primordial da licitação. Não houve qualquer disputa e a licitante vencedora ofereceu proposta superior ao valor do contrato emergencial, que tem o mesmo objeto do certame em tela. Caso houvesse sido adotada a modalidade pregão, teria havido disputa inicial entre as licitantes, o que poderia ter reduzido significativamente o preço obtido.

11. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, para aquisição de bens e serviços comuns, a Administração deve utilizar obrigatoriamente o pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, justificando a inviabilidade daquela forma, caso opte pelo pregão presencial (v.g. Acórdãos 2.174/2012-Plenário e 11.197/2011-2ª Câmara).

12. Dessa forma, proponho determinar e não somente recomendar ao Inca, quando da realização de novo certame, que seja utilizada a modalidade pregão, de preferência de forma eletrônica.

Acórdão:

9.1 conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos do art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la procedente;

[...]

9.4. assinar prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação deste Acórdão, com fulcro no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, c/c art. 45, caput, da Lei 8.443/1992, para que o Instituto Nacional do Câncer adote as providências necessárias para anular a Concorrência 2/2017, retificando as

irregularidades suscitadas nos presentes autos, comprovando junto a este Tribunal, no mesmo prazo, o cumprimento da determinação;

[...]

9.7. determinar ao Instituto Nacional do Câncer que, por ocasião da feitura do novo certame, utilize a modalidade licitatória de pregão, de preferência de forma eletrônica, uma vez que a contratação do serviço já havia sido realizada mediante pregão, o que advoga em favor da observância da Súmula TCU 257 para o caso em tela, com grande possibilidade de se obterem menores preços na contratação;

Publicado

- [Boletim de Jurisprudência nº 210 de 03/04/2018](#)

Enunciados relacionados

- [É irregular o uso da modalidade pregão para licitação de obra, sendo permitido nas contratações de serviços comuns de engenharia.](#)
- [Os serviços técnicos necessários à estruturação de projeto de parceria público-privada relativo à modernização, eficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura de rede de iluminação pública são, em regra, serviços comuns, licitados na modalidade de pregão.](#)
- [A terraplenagem constitui uma etapa da obra, não cabendo sua classificação como serviço comum de engenharia, razão pela qual é irregular sua contratação mediante utilização da modalidade pregão eletrônico, expressamente vedada pelo art. 6º do Decreto 5.450/2005.](#)
- [São considerados serviços comuns, tornando viável a utilização do pregão para sua contratação, os serviços de gerenciamento de obras, desde que possuam padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos no edital de licitação, por meio de especificações usuais no mercado.](#)
- [A modalidade pregão não é aplicável à contratação de obras de engenharia, locações imobiliárias e alienações, sendo permitida a sua adoção nas contratações de serviços comuns de engenharia.](#)
- [Não se aplica a modalidade pregão à contratação de obras de engenharia, locações imobiliárias e alienações, sendo permitida nas contratações de serviços comuns de engenharia.](#)
- [O emprego da modalidade pregão, como regra para a contratação de serviços de engenharia consultiva, supervisão e elaboração de projetos de obras, não exclui o modelo tradicional de licitação por melhor técnica ou técnica e preço, para o caso de trabalhos de alta complexidade que não possam ser enquadrados como comuns e, portanto, ter padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos por meio de especificações usuais, segundo reconhecimento e justificativa prévia do contratante.](#)
- [É irregular o uso da modalidade pregão para a licitação de obra, que, nos termos da Lei 8.666/93, é toda "construção, reforma, fabricação,](#)

recuperação ou ampliação", independentemente dos materiais nela empregados ou de eventual mobilidade do objeto a ser executado.

- Os serviços de supervisão de obras devem, em regra, ser licitados na modalidade pregão, uma vez que seus padrões de desempenho e qualidade podem ser, na maioria das vezes, objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado.
- A contratação de serviços comuns de engenharia que possam ser objetivamente definidos em edital, aí incluídos os relativos à conservação de rodovia, deve se dar por meio de pregão.
- É lícita a utilização de pregão para contratação de serviço técnico de apoio à fiscalização de projetos executivos e de execução de obras de engenharia.
- É descabido o uso do pregão para trabalho eminentemente intelectual e complexo.
- A utilização de pregão para a contratação de obras de engenharia afronta o disposto no art. 1º e em seu parágrafo único da Lei 10.520/2002.
- A realização de procedimento licitatório para execução de obras comuns de engenharia deve utilizar a modalidade pregão.
- A contratação de serviços de fiscalização e controle de qualidade de obras pode ser efetuada por meio de pregão, desde que o exame das especificidades do objeto da avença respalde a conclusão de que se trata de serviços comuns, cujos padrões de qualidade e desempenho possam ser objetivamente estabelecidos no edital.
- A utilização de Pregão é inadequada para a contratação de serviços técnicos especializados de fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras, quando considerados de alta complexidade.
- Na aquisição de bens e serviços comuns de engenharia, deve ser utilizada obrigatoriamente a modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica.
- Os serviços de engenharia considerados comuns, como os de conservação rodoviária, devem ser contratados utilizando-se a modalidade pregão, preferencialmente na forma eletrônica.
- Serviços de operação e manutenção predial, preventiva e corretiva, não apresentam complexidade, possuindo padrões de desempenho e qualidade que podem ser definidos de forma precisa e suficientemente clara, por meio de especificações usuais no mercado, sendo enquadrados como serviços comuns e, portanto, passíveis de licitação mediante pregão.
- Deve ser utilizada, como regra, a modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, inclusive os de engenharia, a exemplo dos serviços de manutenção do sistema de distribuição de energia elétrica.
- Os serviços de elaboração de estudo de caracterização e análise socioambiental de linhas de transmissão elétrica não são considerados comuns, pois não são padronizáveis ou disponíveis no mercado de forma preconcebida, carecendo

de parâmetros objetivos de definição dos padrões de desempenho e qualidade pretendidos, não sendo admissível licitação na modalidade pregão para contratações desta natureza.

- Serviços técnicos especializados de gerenciamento ambiental em obras portuárias contemplam atividades com grau de complexidade incompatível com a definição de “comum”, aplicável ao pregão.

- SÚMULA TCU 257: O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei 10.520/2002.

- Admite-se a contratação, mediante pregão, de serviços comuns de engenharia, assim considerados aqueles que possuam padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais no mercado.

- O serviço de manutenção predial é considerado serviço comum de engenharia, devendo ser contratado mediante a modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica.

- 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.

- A licitação para a contratação de serviços de supervisão/consultoria de obras deve ser realizada na modalidade pregão, haja vista serem classificados como serviços comuns por terem padrões de qualidade e desempenho objetivamente definidos em normas técnicas.

- É obrigatória a realização de pregão eletrônico para a contratação de serviços comuns de engenharia, ou seja, aqueles serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

- É cabível a utilização de pregão para contratação de serviço de engenharia que tenham padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

- É possível o enquadramento de obras e serviços de engenharia como serviços comuns, para fins de utilização da modalidade pregão.

- A Lei 10.520/2002 não exclui previamente a utilização do pregão para a contratação de serviço de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum.

- É possível a realização de pregão eletrônico com vistas à contratação de serviços comuns de engenharia.

- A natureza comum da aquisição de bens e serviços autoriza a utilização do pregão para a sua contratação, mesmo aqueles considerados como serviço de engenharia.”

Sendo assim, a impugnação oferecida pelo CREA-DF trilha a via de seu indeferimento.



(...)

DA CONCLUSÃO

5. Diante do parecer da Procuradoria Jurídica do DER-DF, esta Pregoeira, decide acolher a peça impugnatória, para, no mérito julgá-la IMPROCEDENTE, de maneira a manter o objeto do instrumento convocatório nos mesmos termos.

Brasília, 01 de outubro de 2018.

Ana Hilda do Carmo Silva
Pregoeira