

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário
TC 015.052/2017-6 [Apenso: TC 017.020/2017-4]

Natureza: Representação

Órgão/Entidade: Centrais Elétricas Brasileiras S.A.

Representação legal: Helga Araruna Ferraz de Alvarenga (154.720/OAB-SP) e outros, representando Engineering do Brasil S/A.; Vinicius Pereira de Assis (9.947/OAB-ES), Guilherme Gaitolini (18.436/OAB-ES) e outros, representando Megawork Consultoria e Sistemas Ltda.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE SISTEMA ERP SAP. METODOLOGIA DE IMPLANTAÇÃO CONTRÁRIA À RECOMENDAÇÃO DO FABRICANTE. IMPRECISÃO DO OBJETO. RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE. SESSÃO DE ABERTURA SEM PRÉVIA DECISÃO SOBRE IMPUGNAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. TROCA DE CNPJ DA ADJUDICATÁRIA COM O CNPJ DA CONTRATADA. VIOLAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. AUDIÊNCIA. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Por historiar adequadamente os fatos e circunstâncias necessários ao deslinde destes autos, adoto como Relatório a instrução da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação - Sefti (peça 69), que obteve anuência de seu corpo dirigente (peças 70 e 71):

“INTRODUÇÃO

Trata-se de representação que noticia possíveis irregularidades ocorridas nas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), relacionadas ao Pregão Eletrônico DJS 8/2017 (PE DJS 8/2017), cujo objeto é a “contratação de serviços técnicos de consultoria para implantação do Sistema de Gestão Empresarial SAP ERP nas empresas Eletrobras *holding*, Chesf, Eletrosul, Eletronorte, Furnas, CGTEE, Eletronuclear, Cepel, Amazonas G/T e Eletropar e pós-implantação”, conforme especificações constantes do Termo de Referência (peça 3, p. 4). O valor estimado da contratação é de R\$ 100.207.388,03 (peça 3, p. 170) e o prazo de vigência contratual é de 26 meses, contados a partir da data de assinatura do contrato (peça 3, p. 115).

HISTÓRICO

2. A representação foi recebida na Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) em 7/6/2017 (peça 1) e descreve os seguintes indícios de irregularidades na condução do PE DJS 8/2017 (peça 9, parágrafos 2.1 a 2.3):

2.1. imprecisão do objeto, incompatibilidade com a contratação por preço global e restrição da competitividade;

2.2. procedimento licitatório conduzido com inobservância às regras aplicáveis, abertura da sessão de lances sem prévia decisão de impugnação, violação do princípio da publicidade e suposta intempestividade não motivada; e

2.3. metodologia prevista para a implantação do projeto contrária ao definido pelo grupo de trabalho *ad hoc* e pelo Comitê de TI, bem como em afronta às recomendações do próprio fabricante do software.

3. Após a análise preliminar, a Sefti propôs o conhecimento da representação e a oitiva prévia da Eletrobras, com fulcro no § 2º do art. 276 do Regimento Interno do TCU, para análise dos fundamentos para a adoção de medida cautelar (peça 9).

4. Em despacho de 12/7/2017, o Ministro Relator considerou necessária a análise de outros elementos apresentados em sede de recurso administrativo e constantes do Compraset e determinou que os autos fossem restituídos à Sefti “para que complemente sua análise técnica e elabore os questionamentos de forma explícita e individualizada”, além de “indicar os dispositivos e normas utilizados como critério para aferir as supostas irregularidades” (peça 13).

5. Os novos elementos relativos ao recurso administrativo e outros documentos atinentes ao certame foram acostados aos autos às peças 14-17. A partir desse novo conjunto de documentos verificou-se que a assinatura do contrato decorrente do certame ocorreu em 30/5/2017, antes, portanto, do recebimento da representação nesta Corte de Contas (peças 16-17). O Contrato ECE-DJS-1225/2017 foi assinado com a empresa Engineering do Brasil S.A. pelo valor de R\$ 95.216.654,00 (peça 16). Desse modo, a instrução complementar foi concluída em 21/7/2017 com propostas de negação da cautelar e de realização de oitivas junto à Eletrobras e à empresa vencedora para obter os esclarecimentos necessários à análise de mérito (peças 19-21). Em 14/12/2017, o Ministro Relator concordou com as propostas da Sefti (peça 22) e as respectivas comunicações foram encaminhadas em 19/12/2017 e 27/12/2017 (peças 24 e 26).

6. Antes do recebimento das respostas, o representante entrou com pedido de ingresso como interessado (peça 25). Esta unidade técnica propôs o indeferimento do pedido de ingresso, porém considerou pertinente a concessão de vista e cópia do processo ao advogado do representante com fulcro no art. 62 da Resolução-TCU 259/2014 (peça 33, p. 3). Em 31/1/2017, o Ministro Relator indeferiu o pedido de ingresso do representante como interessado no processo, além de indeferir o pedido de vista e cópia do processo aos advogados do representante, com fundamento no art. 167 do Regimento Interno do TCU (peça 38).

TC 017.020/2017-4

7. A representação foi recebida pela Secex-RJ e, em síntese, a empresa Wipro do Brasil Ltda. questionou os seguintes pontos para pedir a suspensão cautelar do certame (TC 017.020/2017-4, peça 1):

7.1 Proibição de atestado de capacidade técnica sobre serviços executados fora do Brasil;

7.2 Divulgação de esclarecimentos em íterim ineficiente e desarrazoado;

7.3 Aceitação de atestados não comprovantes de capacidade técnica;

7.4 Troca do CNPJ na contratação da licitante vencedora; e

7.5 Contratação antes de adjudicação e homologação e ausência de publicidade do processo de negociação do valor final.

8. Em instrução inicial, a Secex-RJ considerou necessário promover a oitiva prévia da Eletrobras e da empresa vencedora antes de se pronunciar acerca do pedido de cautelar (TC 017.020/2017-4, peça 42). Após receber as respostas (TC 017.020/2017-4, peças 48 e 52), a unidade técnica realizou a análise de mérito e propôs o conhecimento parcial da representação, o indeferimento da cautelar e a ciência à Eletrobras das impropriedades verificadas no certame (TC 017.020/2017-4, peça 54).

9. Entretanto, em despacho proferido em 17/1/2018, o Ministro Relator determinou o apensamento definitivo do TC 017.020/2017-4 ao presente processo “para exame em conjunto e em confronto, considerando-se o objeto comum e a conexão entre ambos, versando sobre a regularidade do certame em tela e da subsequente contratação” (TC 017.020/2017-4, peça 58).

EXAME TÉCNICO

10. Em atendimento à determinação do Ministro-Relator, a presente instrução abarca a análise das respostas às oitivas realizadas pela Sefti e pela Secex-RJ.

11. Em resposta à oitiva promovida por esta Secretaria, por meio dos Ofícios 995 e 1018/2017-TCU/Sefti, datados de 15/12/2017 e 26/12/2017 (peças 23 e 26), a Eletrobras e a empresa Engineering apresentaram, respectivamente, os esclarecimentos das peças 36 e 37.

12. No âmbito do TC 017.020/2017-4, a Secex-RJ promoveu as oitivas prévias por meio dos Ofícios 2096 e 2097/2017-TCU/Secex-RJ (peças 45-46), ambos datados de 10/7/2017 e os atendimentos constam, respectivamente, das peças 48 e 52.

13. Preliminarmente, cabe destacar que a Eletrobras, por ser empresa de economia mista, está subordinada à Lei 13.303/2016, conhecida como “Lei das Estatais”, a qual contém diversos dispositivos concernentes à licitação. Entretanto, o edital do PE DJS 8/2017 não seguiu tais dispositivos porque foi publicado (20/2/2017) durante o prazo de adaptação previsto no art. 91 da

referida lei: “A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei”. Considerando-se que a Lei 13.303/2016 entrou em vigor em 30/6/2016, o prazo de adaptação terminará em 30/6/2018. Destarte, a análise desta instrução fundamenta-se no conjunto de normas existente antes da citada lei, em especial: a Lei 10.520/2002, o Decreto 5.450/2005 e a Lei 8.666/1993.

I - Contratação antes de adjudicação e homologação do certame e ausência de publicidade do processo de negociação da oferta final (item “a” da oitava da Sefti e item “e” da oitava da Secex-RJ)

14. Em instrução preliminar, a Sefti observou que o Comprasnet indicava que a adjudicação/homologação do certame teria ocorrido em 2/6/2017 enquanto o extrato da assinatura de contrato no DOU (peças 15-16) indicava que a assinatura do Contrato ECE-DJS-1225/2018 teria ocorrido em momento anterior, 30/5/2017, o que iria de encontro ao inciso XXII do art. 4º da Lei 10.520/2002 (peça 19, p. 2, parágrafo 8-11, e p. 6, parágrafo 53).

15. Essa questão também foi analisada pela Secex-RJ no TC 017.020/2017-4, além de suposta ausência de publicidade no Comprasnet do processo de negociação entre o pregoeiro e a empresa declarada vencedora (TC 017.020/2017-4, peça 42, p. 10-11, item 6).

16. Em resposta à oitava da Sefti, a estatal esclareceu que a adjudicação e a homologação do PE DJS 8/2017 foram realizadas, respectivamente, pela Diretoria Executiva e pelo Conselho de Administração, em 22/5/2017 e 26/5/2017, antes, portanto, da assinatura do contrato, que ocorreu em 30/5/2017 (peça 36, p. 3, item a). Para fundamentar a afirmação, a Eletrobras anexou cópia dos referidos atos administrativos, quais sejam: a Resolução 369/2017 e a Deliberação 140/2017, além da Resolução 297/2014 que contém a delegação de competência para a adjudicação de objeto licitado e homologação de processos licitatórios (peças 52-53 e peça 54, p. 4, item 13, quadro 2).

17. Em resposta à oitava prévia da Secex-RJ, a Eletrobras prestou os mesmos esclarecimentos quanto à assinatura do contrato e informou que a negociação de valores com a empresa Engineering do Brasil S.A. foi publicada na ata da sessão pública do aludido certame (TC 017.020/2017-4, peça 54, p. 11, parágrafo 56).

Análise

18. Conclui-se que os documentos apresentados pela Eletrobras são suficientes para afastar os indícios de que o contrato teria sido assinado antes da adjudicação e homologação do certame, uma vez que a data de 2/6/2017 constante do Comprasnet não reflete a data em que a adjudicação e a homologação do certame realmente ocorreram. Ante o exposto, considera-se suficiente que seja dada ciência à Eletrobras acerca da necessidade de as publicações de atos no Comprasnet, como a adjudicação e a homologação de certames, refletirem a data efetiva em que ocorreram, de modo a garantir o princípio da publicidade.

19. Além disso, concorda-se com o entendimento da Secex-RJ de que a ausência de publicidade da negociação propriamente dita não influenciou no resultado do pregão e não implica nulidade dos atos até então praticados, haja vista que o valor do desconto foi publicado no Comprasnet (TC 017.020/2017-4, peça 54, p. 11, parágrafos 59-60).

II - Suposta imprecisão do objeto (itens “b”, “c”, “d” da oitava)

20. Em resumo, o representante Megawork alegou que a descrição dos módulos e funcionalidades no termo de referência (peça 3, p. 79-80) era insuficiente para a adequada avaliação de custo, viabilidade técnica e econômica dos serviços, já que não contemplaria, ainda que resumidamente, os processos de negócio das dez empresas em que o sistema deve ser implantado (peça 1, p. 5-18).

21. A partir dos questionamentos levantados pelo representante, esta unidade técnica realizou a oitava da Eletrobras nos seguintes termos (peça 24, p. 1-2):

b) O edital traz especificações vagas, genéricas e obscuras, portanto insuficientes para a compreensão segura do escopo e extensão do serviço, de forma que impede a formulação de proposta adequada, a exemplo do segundo parágrafo do item 2. “Justificativa”, bem como dos itens 8.1.3.1, 8.1.3.2, 8.1.3.5, 8.1.4.4, 8.1.4.6, 8.1.5.2, 8.1.7.1, 8.1.8.2, 8.1.8.3, 8.1.9.2, 8.1.10.4 e 8.2.3.2, todos do Termo de Referência, conforme descrito pela representante nas páginas 9 a 14 da peça 1, contrariando, em tese, o art. 3º, inciso II, da Lei 10.520/2002, que impõe que o objeto

deve ser definido de forma precisa, suficiente e clara, bem como veda especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

c) para a adequada especificação do objeto deveriam ter sido disponibilizados os processos de negócio das dez empresas em que ocorrerá a implantação do sistema, mas o anexo II do edital, denominado “Principais Módulos e Funcionalidades implantadas no SAP Base”, representaria somente uma tabela com os módulos e seus respectivos componentes instalados na “Solução Base”, sendo insuficiente para uma correta avaliação de custo, viabilidade técnica e econômica, de forma a possibilitar a todos o mais amplo conhecimento sobre o objeto licitado. Além disso, o referido anexo II se limita a indicar os componentes de cada módulo, mas não traz os requisitos funcionais, sendo insuficientes para que os licitantes estimem o esforço necessário. Essas supostas irregularidades contrariam, em tese, o art. 3º, inciso II, da Lei 10.520/2002, que impõe que o objeto deve ser definido de forma precisa, suficiente e clara, bem como veda especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

d) o edital obrigaria a contratada a implantar todo e qualquer processo de negócio que possa estar compreendido nas áreas de Finanças, Suprimentos, Gestão de Ativos, Recursos Humanos e Infraestrutura de TI sem que isso autorize a revisão do valor proposto em razão de disposição, contida na página 1 do Anexo II do Termo de Referência, indicando que “o escopo de módulos e funcionalidades apresentados neste anexo poderão sofrer ajustes/melhorias que serão levantados na fase de Documentação dos processos (BBPs), item 8.1.3, sem alteração do escopo da contratação”, contrariando, em tese, o art. 3º, inciso II, da Lei 10.520/2002, que impõe o objeto deve ser definido de forma precisa, suficiente e clara, bem como veda especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

22.Quanto à alegação de que as especificações seriam vagas (item “b”), a Eletrobras informou que o termo de referência foi encaminhado a várias empresas de consultoria que prestam o mesmo tipo de serviço licitado e que as sugestões apresentadas foram incorporadas ao referido termo, o que teria eliminado “qualquer tipo de especificações vagas que pudessem impactar na formulação da proposta”. A estatal aduz, ainda, que o termo de referência teria sido amplamente discutido com instituição de pesquisa e assessoria de TI de renome internacional e detentora de notória especialização no objeto licitado (Gartner Inc) e que as sugestões feitas pela empresa foram incluídas no citado termo (peça 36, p. 3-4).

23.Em seguida, afirmou que não houve prejuízo quanto aos preços apresentados ao final da etapa de lances, pois os lances das quatro primeiras colocadas foram muito próximos com diferença de aproximadamente 15% entre si, ficando, ainda, com valores próximos ao valor de referência da contratação (peça 36, p. 4, tabela 1). Por fim, detalhou, para cada item do termo de referência questionado pelo representante e citado no item “b” da oitiva, as razões pelas quais não haveria impacto na elaboração das propostas (peça 36, p. 4-6).

24.Quanto à ausência de disponibilização dos processos de negócios (item “c”), a Eletrobras lembrou que o objetivo institucional é a implantação de uma instância única SAP para as dez empresas da *holding* e que o SAP implantado em Furnas foi escolhido como SAP Base. Desse modo, alegou que o anexo II do edital apresenta a tabela dos módulos utilizados no SAP instalado em Furnas sobre a qual a empresa contratada deverá fazer apenas ajustes para requisitos específicos de cenários essenciais de cada empresa que, porventura, não estejam implantados no SAP Base (peça 36, p. 6-7, item c).

25.Quanto à suposta obrigação de implantação de serviços sem previsão de revisão do valor da proposta (item “d”), a estatal observou que não há vedação para eventuais revisões caso venha acontecer evento futuro, imprevisível e que gere encargos insuportáveis ao contratado, devidamente comprovados, em respeito ao direito do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Em sequência, confirmou que não há previsão de alteração de escopo dos serviços, “pois o projeto trata de um *rollout* de uma solução em operação há mais de cinco anos, que será ajustado para inclusão de requisitos essenciais para operação das empresas, conforme previsto no item 8.1.4.4 do termo de referência que compõe o edital, e limitados aos módulos listados no anexo II do mesmo”. Lembrou, ainda, que o edital prevê a existência de um banco de horas para serviços adicionais e melhorias (peça 36, p. 7).

26.Por sua vez, a empresa contratada, Engineering, alegou que o termo de referência contém as definições de características, referências e demais elementos de modo a permitir aos licitantes a

elaboração das propostas. Destacou que, no caso concreto, sete empresas participaram da licitação, o que comprovaria que o termo de referência e os requisitos técnicos dispostos no edital foram suficientes para caracterizar o objeto de modo a nortear os licitantes a elaborarem suas propostas. Lembrou que o representante participou do certame, sendo inabilitado por outras razões que não tinham nexos de causalidade com a suposta inexatidão do termo de referência (peça 37, p. 4-7).

Análise

27. Entende-se que os esclarecimentos prestados pela Eletrobras são suficientes para afastar a alegada imprecisão do objeto e a suposta impossibilidade de avaliação de custo, viabilidade técnica e econômica dos serviços. Ademais, há que se observar que o representante Megawork participou do certame e chegou à fase de habilitação, o que indica que tinha condições de elaborar a proposta com as informações constantes do edital e com valor próximo ao estimado pela estatal.

III - Suposta recusa em disponibilizar documentos (item “e” da oitiva)

28. A empresa Megawork alegou que a Eletrobras se recusou a apresentar, antes da execução contratual, o documento “GAP Analysis”, que seria essencial para a estimativa do volume de serviços e definição do orçamento. Aduziu, ainda, que os documentos de habilitação do licitante com melhor lance (Tech Mahindra) não foram divulgados, tendo a estatal se recusado a disponibilizá-los mesmo com pedido do representante. Por fim, informou que as impugnações ao edital não foram divulgadas pela unidade jurisdicionada (peça 1, p. 24-25).

29. Em virtude dos indícios de irregularidade supracitados, esta unidade técnica realizou a oitiva da Eletrobras nos seguintes termos (peça 24, p. 2):

e) recusa em apresentar aos licitantes o documento “GAP Analysis”, que seria essencial para estimativa do volume de serviços e definição do orçamento, bem como não divulgação da documentação de habilitação do licitante que ofertou o menor lance, tampouco das impugnações ao edital, afrontando, em tese, o princípio da publicidade da Administração Pública, bem como ao art. 47 da Lei 8.666/1993, que impõe à Administração que forneça obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação, em caso de adoção da modalidade de execução de empreitada por preço global, em licitações para execução de obras e serviços;

30. Em resposta, a Eletrobras informou que o documento “GAP Analysis” é um documento interno e que foi elaborado para a escolha de uma instalação SAP ERP dentre as existentes nas empresas do grupo para ser utilizada como SAP Base e que a opção foi pela utilização do SAP implantado em Furnas. Aduziu que o citado documento contém as diferenças de funcionalidades já implantadas nestas soluções e que a premissa do projeto é prioritariamente adotar soluções do SAP Base, logo, o documento não seria essencial para dimensionamento do volume de serviço a ser executado (peça 36, p. 8).

31. A estatal alegou que não disponibilizou os documentos de habilitação do licitante Tech Mahindra porque a solicitação foi feita durante análise dos referidos documentos e que o licitante restou inabilitado. Informou que publicou no sítio da estatal somente a documentação e proposta do licitante declarado vencedor, pois entende que a administração não está obrigada a divulgar a documentação de habilitação do licitante no Comprasnet e cita trechos de análise técnica e do voto condutor do Acórdão 1.148/2014-TCU-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, que corroborariam sua tese (peça 36, p. 8-9).

32. Ressaltou, ainda, que as respostas aos questionamentos ao edital e as respostas às impugnações e recursos foram divulgados no sítio da Eletrobras e que não houve afronta ao princípio da publicidade (peça 36, p. 9).

33. Por fim, refutou a alegação de que não teria fornecido todos os elementos necessários para a elaboração da proposta, tendo em conta que o termo de referência considerou as características da contratação e descreveu o objeto com os detalhes necessários (peça 36, p. 9-10).

Análise

34. Não há elementos nos autos que comprovem que a não disponibilização do documento GAP Analysis tenha prejudicado a elaboração da proposta do representante. Como já foi observado em outros itens da oitiva, o representante participou do pregão e foi chamado para a fase de habilitação, o que indica que ofertou preço condizente com o valor estimado pela Eletrobras.

Sendo assim, consideram-se afastados os indícios de irregularidade quanto a este questionamento. 35.No que se refere aos documentos de habilitação, verifica-se que o item 5.1.1 do edital do PE DJS 8/2017 exige o envio da referida documentação por e-mail à Eletrobras e não faz menção a envio para o Comprasnet (peça 3, p. 10). Além disso, não há dispositivo legal que obrigue que a documentação de habilitação dos licitantes seja disponibilizada no Comprasnet, conforme voto condutor do Ministro Benjamin Zymler para o Acórdão 1.148/2014-TCU-Plenário e citado pela Eletrobras em sua oitava:

22. No tocante à disponibilização, no site do Comprasnet, da documentação de habilitação enviada pela empresa Vip Sul, a unidade técnica pertinentemente destacou que inexistente, no ordenamento jurídico vigente, a obrigatoriedade de que a documentação de habilitação dos licitantes seja disponibilizada no sistema de operação do pregão eletrônico. Inclusive, o art. 25, §2º, do Decreto 5.450/2005, prevê que estes documentos podem ser apresentados via fax. O que se exige é que todo o processo e sua respectiva documentação esteja disponível para vista de qualquer interessado. Eventual óbice a este acesso por parte do órgão licitante não restou comprovado nestes autos (grifou-se).

36.Todavia, persiste a obrigatoriedade de a administração disponibilizar o processo e sua respectiva documentação para vista de qualquer interessado, como se observa no excerto supracitado. No caso concreto, constatou-se óbice a este acesso, uma vez que o pregoeiro não disponibilizou cópia da documentação solicitada pelo representante. Apesar de restar configurada afronta ao princípio da publicidade, percebe-se que não houve prejuízo efetivo ao representante, uma vez que a empresa Tech Mahindra foi inabilitada e os documentos de habilitação da empresa declarada vencedora foram disponibilizados no sítio da Eletrobras.

37.Quanto à ausência de publicação dos pedidos de impugnações, entende-se que não restou caracterizado prejuízo ao representante, em especial porque as respostas às impugnações foram publicadas no sítio da Eletrobras. Contudo, considera-se que a divulgação somente das respostas às impugnações não atende plenamente o princípio da publicidade previsto no art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993 e no art. 5º, *caput*, do Decreto 5.450/2005. Dessa maneira, considera-se pertinente que seja dada ciência à Eletrobras acerca dessa impropriedade de modo a evitar a ocorrência em futuras licitações.

IV - Suposta metodologia de implantação do projeto de forma diversa da já planejada pela unidade jurisdicionada e recomendada pelo fabricante (item “f” da oitava)

38.Em síntese, o representante Megawork alegou que o objeto prevê metodologia de implantação do projeto de forma diversa daquela definida em 2011 pelo grupo de trabalho *ad hoc* e pelo Comitê de TI e, ainda, da recomendada pelo próprio fabricante do software (peça 1, p. 25-36). Afirmou que o referido Comitê recomendou a implantação individual para cada empresa do grupo Eletrobras (peça 1, p. 29) e que estudos do Gartner indicam que tal formato de implementação seria o mais adequado à realidade da unidade jurisdicionada (peça 1, p. 30).

39.Além disso, defendeu a divisão do objeto de modo a ampliar a competitividade do certame e a economicidade do gasto (peça 1, p. 35-36).

40.A Sefti realizou a oitava da Eletrobras nos seguintes termos (peça 24, p. 2-3):

f) a metodologia de implantação centralizada em uma única instância contraria o recomendado pelo grupo de trabalho extraordinário e pelo Comitê de TI, bem como afronta recomendações do próprio fabricante, que estariam na direção da implantação individual em cada empresa do grupo Eletrobras, afrontando, também, em tese, o princípio da eficiência (CF/88, art. 37º, *caput*), bem como os arts. 15, IV e 23, §1º da Lei 8.666/1993, que impõe a divisão das compras e dos serviços em tantas parcelas quantas se comprovarem economicamente vantajosas;

41.Em resposta, a Eletrobras informou que o cenário previsto em 2011, de implantação individual, mudou drasticamente a partir da promulgação da MP 579/2012, convertida na Lei 12.783/2013, que resultou em prejuízos acumulados ao grupo Eletrobras da ordem de R\$ 30 bilhões em três anos. Devido à crise, as empresas ficaram sem caixa para fazerem suas implantações, o que paralisou o projeto e demandou a aprovação de novo cenário, em 26/10/2015, pela Diretoria Executiva, de modo a diminuir os custos de implantação e o prazo de implantação, por meio da Resolução 592/2015 (peça 58). Em linhas gerais, a nova estratégia tinha como premissa a utilização de um SAP de referência, denominado SAP Base, como ponto de partida para a posterior cópia personalizada do SAP ERP para o ambiente de cada empresa do grupo.

Após *workshops* funcionais com a participação das empresas do grupo Eletrobras, a estatal escolheu o SAP Furnas por ser o mais recente, implantado em 2010, e o mais completo, com cerca de 85% do escopo do *template* Eletrobras já implantado (peça 36, p. 11).

42. Em 19/9/2016, a Diretoria Executiva, por intermédio da Resolução 575/2016 (peça 55), aprovou a nova revisão do cenário de otimização substituindo a estratégia anterior pela implantação de uma Instância Única SAP ERP para todas as empresas Eletrobras, excluindo as distribuidoras e mantendo a utilização do SAP implantado em Furnas como SAP Base. A partir do SAP Base deveriam ser feitos os ajustes necessários para sua utilização em todas as dez empresas do grupo, com adesão ao ProERP, por meio de aprovação formal em Diretoria Executiva e Conselho de cada empresa (peça 36, p. 12).

43. Desse modo, a Eletrobras contratou o serviço SAP SLO (*System Landscape Optimization Services*) da própria SAP com o objetivo de comparar o SAP de Furnas e das empresas Eletronuclear, CGTEE e Eletronorte e identificar *gaps*, o que confirmou a estratégia de utilizar o SAP Furnas como base. A estatal rechaçou a alegação do representante ao afirmar que o próprio fabricante do software sinalizou que a instância única seria a opção mais recomendada para empresas com estrutura societária equivalente ao porte da Eletrobras (peça 36, p. 12).

44. Justificou o não parcelamento do objeto ao citar a Nota Técnica DJAP-10/2017 (peça 59), a qual apresenta as vantagens qualitativas e financeiras que conduziram à escolha de uma única consultoria para implantação do SAP ERP no grupo Eletrobras (peça 36, p. 11). Considerou que a indivisibilidade do objeto também está de acordo com a jurisprudência do TCU, em especial a Súmula TCU 247, que prevê as condições para a divisão do objeto: “desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda da economia de escala” (peça 36, p. 13).

45. A empresa Engineering, por sua vez, alegou que as proposituras do Grupo de Trabalho e do Comitê de TI não têm força vinculativa e que, apesar de fundamentarem-se em pesquisas técnicas, suas determinações são opinativas. Ressaltou que informações constantes do termo de referência indicam que o plano adotado pela Eletrobras foi aprovado pela Diretoria Executiva em 10/7/2013 (peça 37, p. 17).

Análise

46. Constata-se que não houve irregularidade na alteração da estratégia de implementação do ERP considerando instância única em vez de múltiplas instâncias, como tinha sido definido em 2011, uma vez que tal decisão amparou-se em estudos, inclusive do próprio Gartner (peça 56), e foi aprovada pelas autoridades competentes (peça 55 e 58). A estatal também apresentou justificativas suficientes para afastar a alegação de que o não parcelamento do objeto foi indevido (peça 59). Cumpre destacar que a alegação do representante quanto à economia a ser obtida no parcelamento do objeto foi genérica e não apresentou nenhuma evidência que corroborasse sua afirmação. Conclui-se, portanto, que não cabe atuação do TCU quanto a este item.

V - Suposta vedação imotivada à participação de consórcios (item “g” da oitava)

47. O representante Megawork alegou que a Eletrobras não justificou adequadamente a vedação à participação de consórcios prevista no item 3.2, “a”, do edital, uma vez que, questionada sobre a justificativa para tal vedação, a unidade jurisdicionada teria se limitado a responder que “o edital não permite a formação de consórcio, conforme o item citado” (peça 1, p. 18).

48. Esta secretaria considerou que os elementos trazidos pelo representante não eram suficientes para caracterizar a suposta irregularidade e realizou a oitiva da Eletrobras nos seguintes termos (peça 24, p. 3):

g) vedação imotivada e desarrazoada da participação de empresas em consórcio, afrontando, em tese, o art. 50, inciso I, da Lei 9.784/99, que impõe o dever de serem motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, os atos administrativos que neguem, limitem ou afetem direitos e interesses;

49. Em resposta, a estatal citou a Nota Técnica DJAP-010/2017 que relaciona as vantagens qualitativas e financeiras para o não parcelamento de objeto e a consequente vedação de consórcio (peça 36, p. 14). De acordo com a citada nota, as vantagens qualitativas na contratação de uma única consultoria para realizar a implantação do projeto seriam, em síntese: i) o reaproveitamento de experiência na parametrização e customização; e ii) a maior facilidade no acompanhamento e controle pela *holding* (peça 59, p. 2-3). Por sua vez, as vantagens financeiras seriam da ordem de R\$ 241 milhões, conforme cálculo de TCO considerando a implantação do

projeto em dez empresas da *holding* (peça 59, p. 5).

50. Em seguida, a estatal ressaltou que, apesar de não se adotar o consórcio, o edital previu a subcontratação de parte do objeto, conforme justificativa contida na Nota Técnica DJAP-6/2017: Por se tratar de um projeto vultoso e de grande interface, como estratégia de implantação, torna-se fundamental permitir a Contratada a subcontratação de alguns serviços acessórios, mas que deverão estar sob sua responsabilidade por questões de uniformização, segurança e garantia de integração da solução implantada com os sistemas legados existentes nas empresas (peça 60)

51. Por fim, a Eletrobras alegou que a permissão de participação de consórcio é decisão discricionária da administração e que o mesmo só deve ser admitido quando for o meio adequado para ampliar a competição. No caso concreto, a estatal entende que a competição estava atendida com a participação individual de empresas, sem a formação de consórcios (peça 36, p. 13-14).

52. Em síntese, a empresa Engineering alegou que o objeto não aglutinou serviços essencialmente distintos entre si e não possuía complexidade suficiente para justificar a participação de empresas em consórcio e, portanto, a decisão discricionária da Eletrobras foi legal e pautou-se no art. 33 da Lei 8.666/1993 (peça 37, p. 10-12).

Análise

53. Considera-se que as justificativas apresentadas pela Eletrobras para não permitir a formação de consórcio no certame em comento são razoáveis. Além disso, a nota técnica contendo as justificativas citadas pela estatal na oitava já constava dos estudos técnicos preliminares (peça 41, p. 453-461), o que afasta os indícios de afronta ao art. 50, inciso I, da Lei 9.784/99, que exige a motivação de atos que neguem, limitem ou afetem direitos e interesses.

VI - Prestação de esclarecimentos às vésperas do dia de abertura da sessão e de forma evasiva (itens “h”, “i” da oitava do TC 015.052/2017-6 e item “b” da oitava do TC 017.020/2017-4)

54. Os representantes Megawork e Wipro alegaram que, dos 258 esclarecimentos solicitados pelos interessados no pregão, 180 foram divulgados em horário fora do expediente, poucas horas antes da abertura da sessão do pregão, o que teria dificultado a adequada elaboração das propostas pelos licitantes e restringido a competitividade do certame, na medida em que afastou empresas possivelmente interessadas (peça 1, p. 21-23 e TC 017.020/2017-4, peça 1, p. 3-6).

55. Ademais, o representante Megawork considerou que boa parte dos esclarecimentos prestados pela estatal foram evasivos e, por vezes, limitaram-se a mera remissão a itens do edital, pouco contribuindo para a efetiva compreensão do que foi questionado pelos licitantes. Destacou, em especial, os quatro pedidos de esclarecimentos acerca do uso de banco de horas e a forma evasiva como foram respondidos os três primeiros e que somente o quarto pedido teria sido respondido de forma clara e objetiva (peça 1, p. 21-23).

56. Esta unidade técnica realizou a oitava da Eletrobras nos seguintes termos (peça 24, p. 3):

h) as respostas às perguntas efetuadas pelos licitantes, a exemplo das respostas 12, 15, 17, 22, 23 e 32 do aviso de esclarecimento 3, foram realizadas, em grande parte, de forma vaga, não esclarecedora e muitas das vezes fazendo apenas remissão a itens do edital, afrontando, em tese, o princípio da razoabilidade (CF/88, art. 5º, inciso LIV), na medida em que a fugacidade na disponibilização das respostas pode ter prejudicado o objetivo dos esclarecimentos, qual seja, levar ao conhecimento dos interessados todos os elementos necessários à formulação de suas propostas e à sua participação no certame. Tal suposta irregularidade afrontaria, ainda, o art. 47 da Lei 8.666/1993, que impõe à Administração que forneça obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação, em caso de adoção da modalidade de execução empreitada global, em licitações para execução de obras e serviços (peça 19, p. 7).

i) as respostas aos questionamentos enviadas pela Eletrobras à véspera da data da sessão pública dificultaram ou até mesmo impediram o devido conhecimento do objeto por parte dos interessados e a adequada formulação de suas propostas. Inclusive o número de empresas participantes do certame teria sido abaixo do esperado, considerando que as empresas Sonda, Accenture e Deloitte não participaram do pregão, possivelmente em razão da falta de confiabilidade na contratante, por não ter disponibilizado os esclarecimentos com antecedência razoável. Tal fato afrontaria, em tese, o princípio da razoabilidade (CF/88, art. 5º, inciso LIV), na

medida em que a intempestividade na disponibilização das respostas pode ter prejudicado o objetivo efetivo dos esclarecimentos, qual seja, levar ao conhecimento dos interessados todos os elementos necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação, em caso de adoção da modalidade de execução empreitada por preço global, em licitações para execuções das obras e serviços (peça 7, p. 7-8).

57.A Secex-RJ também realizou a oitiva da estatal nos seguintes termos (peça 46, p. 1):

b) disponibilização de 180 esclarecimentos após o fim do horário comercial, e do expediente da repartição pública, na véspera de sessão de abertura de propostas de licitação, sem justificativa, e sem concessão de qualquer prazo adicional minimamente defensável para a leitura deles, e readequação de proposta, se for o caso, contrariando o princípio constitucional da eficiência (CF/1988, art. 37, **caput**), e o disposto na Lei 9.784/1999, art. 2º, **caput** e incisos IV, VK, IX e X; 58.A Eletrobras e a empresa contratada apresentaram argumentos semelhantes para as oitivas das duas unidades técnicas, conforme resumo apresentado a seguir.

59.Quanto à forma evasiva para responder aos esclarecimentos, a Eletrobras informou que a remissão aos itens do edital visava evitar interpretação dúbia, pois no entendimento da unidade jurisdicionada os questionamentos estavam demonstrados no próprio edital e no termo de referência. A estatal alegou, ainda, que algumas empresas apresentaram questionamentos excessivos com o intuito de procrastinar o processo licitatório e promover o seu adiamento. Sendo assim, a Eletrobras considera que agiu de modo adequado ao indicar os itens do edital que poderiam sanar eventuais dúvidas dos licitantes, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da razoabilidade (peça 36, p. 14-15).

60.Quanto à demora na prestação dos esclarecimentos e consequente dificuldade na formulação de propostas, a unidade jurisdicionada afirmou que os argumentos apresentados não são verdadeiros, pois, a grande maioria dos questionamentos não guardava relação com a formação de preços, pois se referiam à localização do edital e seus anexos. Por fim, a Eletrobras ressaltou que alguns questionamentos estavam relacionados com informações que seriam geradas durante a execução do serviço, como é comum em implantação de projetos desse porte (peça 36, p. 15).

61.A estatal alegou, ainda, que nenhuma das respostas aos questionamentos gerou necessidade de reformulação do edital ou impediu que as empresas interessadas tivessem pleno conhecimento do objeto a ser contratado (peça 36, p. 15-16).

62.A unidade jurisdicionada voltou a defender a existência de competitividade no certame, uma vez que sete empresas participaram com quatro rodadas de lances, sendo que as quatro primeiras concorrentes teriam ofertado preços muito próximos entre si e que somente a quarta colocada não apresentou questionamentos ao edital, embora com proposta próxima ao valor estimado da contratação de cerca de R\$ 100 milhões. Para a Eletrobras, esse cenário seria suficiente para demonstrar que o entendimento quanto ao projeto estava suficientemente claro para as licitantes. Por fim, a estatal aduziu que os esclarecimentos foram respondidos na medida em que foram recebidos e que as respostas foram disponibilizadas antes da abertura da sessão (peça 36, p. 16).

63.Por sua vez, a empresa Engineering reiterou que o conteúdo das respostas aos esclarecimentos não afetou a elaboração das propostas e que não caberia falar em disponibilização exígua. Afirmou que o representante se valeu da grande quantidade de pedidos de esclarecimento para tentar convencer o TCU de irregularidades que não se confirmaram no caso concreto, uma vez que não teria ficado caracterizado qualquer prejuízo aos licitantes. Observou que não há previsão, no edital ou na legislação, de antecedência mínima ou de prazo máximo para divulgação das respostas a esclarecimentos. Quanto aos quatro esclarecimentos acerca do banco de horas, questão suscitada pelo representante, considerou que o último pedido foi respondido de forma clara pela Eletrobras (peça 37, p. 13-16).

Análise

64.A Secex-RJ entendeu que o teor dos esclarecimentos não tinha relação direta com o valor das propostas por tratar-se, basicamente, de questões referentes à fase de execução do serviço não sendo possível identificar prejuízo aos licitantes. Considerou, ainda, que o representante Wipro trouxe alegações genéricas, sem especificar os questionamentos que influenciariam a formulação de propostas, e que essa questão não teria sido levantada por nenhum outro licitante e que não houve solicitação de novo prazo para apresentação de propostas. Sendo assim, a unidade técnica considerou que não caberia atuação do TCU (TC 017.020/2017-4, peça 54, p. 6-7).

65. Em que pese o entendimento daquela secretaria, há elementos nos autos que justificam a atuação do TCU, conforme será visto adiante.

66. Há indícios de que dois licitantes não tinham o conhecimento suficiente para orçar o objeto licitado, pois apresentaram propostas com disparidade significativa em relação ao valor estimado pela Eletrobras, de R\$ 100.207.388,03, conforme se observa no quadro a seguir. É pertinente lembrar que as empresas desconheciam o valor estimado da contratação, pois a Eletrobras não divulgou essa informação no edital.

Licitante	Proposta (R\$)	Diferença a maior em relação ao valor estimado de R\$ 100 milhões	Percentual a maior em relação ao valor estimado
Ernst & Young Assessoria Empresarial Ltda.	470.000.000,00	369.792.611,97	369%
Elucid Solutions S.A.	324.613.322,77	224.405.934,74	223%

Quadro I – Proposta x Valor Estimado

Fonte: Ata do PE DJS 8/2017 (peça 63)

67. Nota-se que as duas empresas externaram, em momentos distintos do processo licitatório, preocupação com a ausência de esclarecimentos suficientes para a elaboração das propostas: Elucid (informou durante a sessão pública que tinha a intenção de recorrer devido à demora na disponibilização dos esclarecimentos, porém não chegou a apresentar o recurso efetivamente) e Ernst & Young (EY), que pediu diversos esclarecimentos no dia 6/3/2017 e, ao final, solicitou prorrogação do certame (peça 61, p. 250-251, item 21, grifou-se):

21) Considerando a complexidade dos trabalhos a serem contratados, que requer uma análise detalhada para elaboração do orçamento e de propostas adequadas.

Considerando também a quantidade de dúvidas geradas, mesmo após a divulgação de respostas de questionamentos feitos por outras empresas.

Solicitamos a prorrogação da data de entrega das propostas e da sessão por mais 15 (quinze) dias úteis contadas da data indicada no edital.

Ressalta-se que essa solicitação é de suma importância para entendimento dos serviços a serem executados e, por consequência, a apresentação de uma proposta competitiva e com qualidade necessária para melhor atendimento do objeto licitado.

68. A Eletrobras e a empresa contratada alegaram que o certame foi competitivo pois sete licitantes foram classificadas, porém o número de participantes, por si só, não é critério suficiente para concluir se houve, ou não, competição efetiva em uma licitação. De sete licitantes, cinco limitaram-se à oferta de proposta inicial no PE DJS 8/2017. As duas únicas empresas que apresentaram lances, Tech Mahindra e Megawork, foram inabilitadas pelo pregoeiro e a empresa declarada vencedora foi a terceira colocada, que ofertou a proposta inicial de R\$ 99.828.073,73, o que representa uma diferença a menor de somente 0,37% em relação ao valor estimado, de R\$ 100.207.388,03 (peça 63). É pertinente ressaltar que, durante a fase de negociação propriamente dita, a empresa manteve-se irredutível quanto à redução de sua proposta e somente na fase de habilitação, após pedido da Diretoria Jurídica e de Gestão Corporativa da Eletrobras, a empresa aceitou reduzir o valor final para R\$ 95.216.654,00 (peça 49, p. 35-40 e p. 196). Pode-se concluir, portanto, que a competição no PE DJS 8/2017 foi incipiente.

69. Além disso, as empresas Deloitte e Sonda, citadas pelo representante Megawork como empresas que poderiam ter participado do certame e contribuído para aumentar a competitividade, tiveram o pedido de prorrogação da abertura de propostas negado pela Eletrobras e não chegaram a participar do pregão, em mais um indício de que a competitividade não foi a melhor possível para uma licitação com materialidade estimada em R\$ 100 milhões (peça 61, p. 193-194 e p. 200).

70. Verifica-se, ainda, que o representante do presente processo especificou os questionamentos que poderiam ter alterado a formulação das propostas (peça 1, p. 22-23), ao contrário do representante do TC 017.020/2017-4, que levantou a questão de forma genérica e impediu uma análise mais apurada da Secex-RJ. Os questionamentos referem-se ao uso do banco de horas e, de fato, a Eletrobras limitou-se a indicar os itens do edital ao responder três pedidos de esclarecimento e somente no quarto pedido, respondido às vésperas da licitação (questionamento

6 do aviso 6), forneceu informações de forma clara e objetiva (peça 1, p. 22-23):

Aviso de esclarecimentos n. 3 - Questionamento 17 – De acordo com o item 8.1.4.4, qual será o critério para definição se o item será executado em tempo de projeto e desta forma compondo o escopo contratado ou através da utilização do banco de horas item 8.2.2.3?

Resposta 17 – Ver item 8.1.4.2 do Termo de Referência

Aviso de esclarecimentos n. 4 – Questionamento 4 – Está definido no processo licitatório que devem ser priorizadas as funcionalidades standard oferecidas pelo SAP ECC. Contudo, podem surgir necessidades específicas para atendimento aos processos. Neste caso estes desenvolvimentos terão que ser cobertos pelo banco de 105.600 horas. Está correta esta afirmação?

Resposta 4 – Ver itens 8.1.4.4 e 8.2.2.3 do Anexo I – Termo de Referência.

Aviso de esclarecimentos n. 5 – Questionamento 3 – No item 8.1.4.4 nosso entendimento é que implementação das parametrizações e customizações utilizarão o banco de horas previsto no item 8.2.2.3, usando como base as métricas contidas no Anexo IV. Favor confirmar.

Resposta 3 – O Banco de horas será utilizado conforme os itens 8.1.4.4, 8.1.6.7, 8.1.6.8, 8.2.2.2 e 8.2.2.3 do Termo de Referência.

Aviso de esclarecimentos n. 6 (às vésperas da licitação) – Questionamento 6 - Considerando os itens 8.1.4.4 e 8.2.2.3 do Anexo I, solicitamos esclarecimentos sobre quais tipos de atividades poderão consumir o banco de horas e em quais fases.

Resposta 6 – Conforme quadro abaixo:

Atividade	Permitido Consumir Banco de Horas na Fase de Realização?	Permitido Consumir Banco de Horas na Fase de Manutenção?
Instalações SAP Basis	Não	Sim
Support Package	Não	Sim
Migração de Versão SAP	Não	Sim
Parametrização / Configuração SAP	Não	Sim
Migração / Carga de Dados	Sim	Sim
Cubos, Queries, Demandas BW	Não	Sim
Customização (ABAP, Webdynpro, PI/PO, WF, Fiori, etc)	Não	Sim
Elaboração de Material de Treinamento	Não	-
Realização de Treinamentos	Não	-

71.Quanto à tempestividade na disponibilização dos esclarecimentos, a empresa Engineering alegou que não há dispositivo legal que estabeleça prazo de resposta aos pedidos de esclarecimento. De fato, o Decreto 5.450/2005 define somente o prazo para que eventuais interessados apresentem pedidos de esclarecimento (três dias úteis) mas é silente quanto ao prazo de resposta. Na ausência de dispositivos legais específicos, portanto, há que se observar os princípios constitucionais da eficiência e da publicidade, além do princípio da razoabilidade, previsto no art. 2º da Lei 9.784/1999. No caso concreto, constata-se que a Eletrobras não observou tais princípios ao disponibilizar as respostas de uma parcela significativa dos esclarecimentos em horário fora do expediente e poucas horas antes do início da sessão pública.

72.Apesar de restar demonstrado que a Eletrobras respondeu parte dos questionamentos de forma genérica e intempestiva, não há elementos nos autos que permitam afirmar de forma categórica que houve prejuízo efetivo decorrente dessa irregularidade. Os representantes Megawork e Wipro participaram do pregão, sendo que a empresa Megawork chegou a ser chamada para a fase de habilitação, o que indica que tinha condições de orçar o objeto apesar da intempestividade dos esclarecimentos.

73.Sendo assim, propõe-se que seja dada ciência à Eletrobras quanto à intempestividade na disponibilização de parte dos esclarecimentos a fim de que não ocorra evento semelhante em futuras licitações.

VII - Abertura da sessão de lances sem prévia decisão de impugnação (item “j” da oitava)

74.O representante Megawork alegou que apresentou impugnação no dia 7/3/2017, o que estaria dentro do prazo previsto no item 18.5 do edital de dois dias úteis antes da abertura do certame, porém a Eletrobras entendeu, sem apresentar a devida motivação, que a referida impugnação fora apresentada fora do prazo, tendo aberto, assim, a sessão de lances sem efetuar prévia decisão sobre a oposição (peça 1, p. 19).

75.Esta unidade técnica realizou a oitiva da Eletrobras nos seguintes termos (peça 24, p. 3):

j) o recebimento como direito de petição de questionamento efetuado pela empresa Megawork Consultoria e Sistemas Ltda. foi irregular, bem como dificultou ou até mesmo impediu o devido conhecimento do objeto por parte da empresa e a adequada formulação de sua proposta, afrontando, em tese, o § 1º do art. 18 do Decreto 5.450/2005, que impõe ao pregoeiro o prazo de até 24 (vinte e quatro) horas para decidir sobre a impugnação;

76.A Eletrobras asseverou que seguiu o entendimento do jurista Jacoby Fernandes quanto à contagem de prazo para a apresentação de impugnação. Conforme o jurista, deve-se excluir o dia fixado para a realização da sessão de lances e contar de forma regressiva dois dias de modo a considerar o dia imediatamente anterior como o termo final para a apresentação de impugnação ao edital. Por esse raciocínio, e considerando que a sessão de lances do PE DJS 8/2017 ocorreu em 9/3/2017, a unidade jurisdicionada informou que excluiu o dia 9 e fez contagem regressiva dos dias 8 e 7, chegando, então, ao dia 6/3/2017 como prazo limite para a apresentação de impugnações ao edital. A estatal transcreve trecho da doutrina em que se baseou para a contagem de prazo (peça 36, p. 17, grifos no original):

O dia 19 foi fixado para realização da sessão e, na forma da contagem geral de prazos, não se computa o dia do início. O primeiro dia da contagem regressiva é o dia 18; o segundo, o dia 17. Portanto, até o dia 16, último minuto do encerramento do expediente do órgão, poderá o licitante e qualquer cidadão impugnar o edital ou requerer esclarecimentos. (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses, Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial Eletrônico. 5 Ed. Ver. Atual. E amol. Belo Horizonte: Forum, 2013. Pg 454).

77.A estatal ressaltou que o representante participou de todo o certame, no qual firmou declaração, em 9/3/2017, de que estava ciente e de acordo com todas as condições contidas no edital, e posteriormente, em 22/3/2017, apresentou sua documentação e propostas, sendo inabilitado por não atender os requisitos estabelecidos no edital (peça 36, p. 17).

78.Por sua vez, a empresa Engineering alegou que a Eletrobras obedeceu ao prazo de dois dias úteis para indeferir o pedido de impugnação do representante e que a declaração de intempestividade não necessitaria de motivação, uma vez que o fundamento legal estava previsto no próprio instrumento convocatório, item 18.5 do edital. Por fim, alegou que o teor da decisão não alterou a formulação das propostas e que o representante participou do certame normalmente (peça 37, p. 11-13, item IV).

Análise

79.A Eletrobras baseou-se em parte da doutrina que diverge de jurisprudência desta Corte de Contas quanto à forma de contagem de prazo para apresentação de impugnações. Os Ministros do TCU já externaram por diversas vezes o entendimento de que o segundo dia anterior ao dia da abertura do certame deve ser considerado para fins de contagem de prazo para o recebimento de impugnações ao edital, tendo em vista o disposto no art. 110, *caput*, da Lei 8.666/1993 (relatório do Ministro Ubiratan Aguiar - itens 3.5 a 3.11 - no âmbito do Acórdão 2.167/2011-Plenário; relatório do Ministro Raimundo Carreiro - itens 1.1.4.1 e 1.1.4.2 - no âmbito do Acórdão 2.625/2008-TCU-Plenário; item 9.2.1 do Acórdão 539/2007-TCU-Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer).

80.Ainda que a impugnação fosse intempestiva, é interessante destacar que o mesmo doutrinador mencionado pela Eletrobras entende que a Administração deve responder à eventual impugnação apresentada fora do prazo de modo a assegurar a eficácia do direito de petição:

Caso a impugnação seja oferecida fora do prazo, não deve ser conhecida com essa natureza, mas merece ser respondida, como qualquer documento que é dirigido à Administração. Seguindo a melhor técnica processual, o pregoeiro deve registrar na sua resposta um parágrafo inicial informando que a impugnação foi protocolizada fora do prazo, sendo intempestiva, fato que implica a impossibilidade de ser conhecida. Esclarecerá, no entanto, que na sua condição de servidor público, tendo compromisso com a legalidade e com o dever de assegurar a eficácia do

direito de petição, passar a apreciar, de ofício, os pontos debatidos.

81.No caso concreto, não foi garantida a eficácia do direito de petição, uma vez que o pregoeiro só informou que a impugnação não seria conhecida após a abertura do pregão e, mesmo assim, somente após ser provocado pelo representante quanto à ausência de análise de seu pedido de impugnação (peça 48, p. 533-554).

82.Confirmam-se, portanto, os indícios de irregularidade quanto à abertura da sessão de lances sem prévia decisão de impugnação, em virtude de a Eletrobras ter adotado forma de contagem de prazo em desacordo com aquela prevista no art. 110, *caput*, da Lei 8.666/1993.

83.Todavia, em que pese o erro na forma de contagem de prazo, não há evidências de que a ausência de análise do pedido de impugnação tenha prejudicado o representante. Conforme ressaltado pela Eletrobras nas alegações preliminares, a empresa Megawork participou da implantação do SAP de Furnas e presta serviços em outras três empresas do conglomerado (peça 36, p. 3), podendo-se inferir que possuía o conhecimento necessário para precificar o objeto licitado.

84.Sendo assim, considera-se suficiente que seja dada ciência à Eletrobras de que a contagem de prazo para o recebimento de impugnações ao edital deve considerar o segundo dia anterior ao dia da abertura das propostas, conforme o art. 110, *caput*, da Lei 8.666/1993, e a jurisprudência do TCU, em especial o Acórdão 539/2007-TCU-Plenário.

85.Além disso, constatou-se o descumprimento do prazo de 24 horas previsto no item 18.6 do edital (peça 3, p. 20), e no art. 18, §1º, do Decreto 5.450/2005, para responder ao pedido de impugnação apresentado pela empresa Wipro do Brasil e Tecnologia Ltda. O pedido foi encaminhado em 3/3/2017 (peça 42, p. 73 e 75-78) e respondido somente no dia 8/3/2017 (peça 43, p. 761-764). Em que pese a irregularidade supracitada, não restou configurado prejuízo efetivo ao representante, uma vez que a Eletrobras respondeu no dia anterior à abertura da sessão pública. Desse modo, considera-se suficiente que seja dada ciência à estatal que o pregoeiro deve observar o prazo de 24 horas para responder aos pedidos de impugnação ao edital.

VIII - Suposta restrição à competitividade mediante limitação de aceitação de atestado de capacidade técnica somente para serviços executados no Brasil (item “a” da oitiva no TC 017.020/2017-4)

86.Em suma, o representante Wipro alegou que o item 8.6 do edital, em especial as alíneas “a.1” e “a.3” (TC 017.020/2017-4, peça 15, p. 13), restringiu a competitividade (TC 017.020/2017-4, peça 1, p. 6-10):

a.1) O(s) atestado(s) somente será(ão) aceito(s) se os respectivos serviços prestados pela licitante tiverem sido executados no Brasil e totalmente concluídos, devendo conter, obrigatoriamente, as seguintes informações: (...)

a.3) Será permitido somatório de atestados para comprovação de escopo. Para o módulo PY (Folha de Pagamento) deve-se considerar uma folha, localização Brasil, com no mínimo de 4.556 (quatro mil, quinhentos e cinquenta e seis) colaboradores.

87.A Secex-RJ observou que a empresa Telebras realizou certame com objeto semelhante sem delimitar geograficamente a prestação de serviços a ser atestada para fins de habilitação técnica, o que indicaria que a restrição no edital da Eletrobras seria ilegal (TC 017.020/2017-4, peça 42, p. 2, parágrafos 10-11). Desse modo, realizou a oitiva da estatal nos seguintes termos (TC 017.020/2017-4, peça 46):

a) restrição à competitividade mediante limitação da aceitação de atestado de capacidade técnica somente para serviços executados no Brasil, conforme previsão nos subitens 8.6, “a.1” e “a.3” do edital do certame, contrariando o disposto na Lei 8.666/1993, art. 30, § 5º (itens 6-12 desta instrução);

88.As respostas da Eletrobras e da empresa contratada foram assim resumidas pela Secex-RJ na análise de mérito (TC 017.020/2017-4, peça 54, p. 3-4):

Centrais Elétricas Brasileiras S/A

Item “a” da oitiva

9. Inicialmente, no que pertine ao item ‘a’ da oitiva, a signatária informa, em resumo, que o sistema SAP ERP integra vários processos de negócios específicos para cada organização, é utilizado por grandes corporações, e é aplicado em escala mundial (peça 48, p. 2).

10. Esclarece, em síntese, que a fornecedora ASP AG criou o conceito de “localização”, com vistas a atender a diferentes legislações nos países em que é utilizado, com diferenças no que se refere à legislação trabalhista e previdenciária, com cálculos de tributos e impostos regionais, folha de pagamento, entre outros. Destaca a necessidade de treinamentos específicos para os processos acima, no que se refere à configuração dos mesmos (peça 48, p. 2).

11. Adiante informa que a exigência em comento já foi adotada pela própria Eletrobras *holding* (Concorrência DAC 3/2008, cujo objeto consistiu no upgrade e implantação de melhorias do SAP R/R3, versão 4.0B, para a versão SAP ECC 6.0). Adiante aduz que se trata de um cenário complexo devido ao fato da Eletrobras ser a maior empresa de energia elétrica da América Latina, considerando ainda o valor total de seu ativo, assim como o percentual de capacidade de geração de energia elétrica (peça 48, p. 2).

12. Na sequência destaca, em resumo, que tanto a complexidade de seu negócio, quanto a regionalização da legislação brasileira (estadual e municipal), impõem regras específicas, em especial quanto à gestão de ativos, existentes somente no mercado de energia brasileiro. Assevera que essas condições exigem que a empresa contratada possua conhecimento e capacidade específica. Em seguida reproduz trecho de citação da fornecedora do sistema, no qual consta afirmação relacionada com a complexidade da configuração dos requerimentos legais no Brasil (peça 48, p. 2-3).

13. Adiante, em resumo, a signatária argumenta que a exigência em tela visa unicamente assegurar que a empresa contratada execute a implantação do sistema em processos locais com capacidade e segurança. Destaca que não se trata de cerceamento, tendo em conta que existem várias empresas capacitadas no país para executar essa tarefa. Em seguida reproduz trecho do Acórdão 2.523/2012-TCU-Plenário (Relator: Ministro Marcos Bemquerer), que trata de determinações visando a adoção de medidas encaminhadas ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais. Com base nessa deliberação, destaca a possibilidade de riscos consideráveis para a Eletrobras na contratação de empresa que possua experiência/capacidade na implantação do mencionado sistema. Alega que é preciso ter cautela, tendo em conta a estrutura da Eletrobras (e suas demais empresas) e o valor da contratação (peça 48, p. 3-4).

14. Na sequência reproduz trecho de Joel Niehbur (Licitação Pública e Contrato Administrativo). Alega que a jurisprudência do TCU determina razoabilidade com as exigências técnicas, e argumenta que a exigência em tela é razoável com os objetivos pretendidos com a contratação. Cita Vissotto, e na sequência reproduz o que segue (peça 48, p. 4-5):

(...)

Em consulta ao Gartner, recebemos do Sr. Denis Torii, Reserch Direct, ERP Strategy and Value Realization, a seguinte resposta:

"Para iniciativas que envolvam a implementação de funcionalidades que tenham um alto grau de impacto em função de requerimentos de localização (como por exemplo, cálculos de tributos, emissão ou recebimento de documentos de nota fiscal eletrônica, entre outros), recomenda-se a contratação de parceiros que possam comprovadamente trazer experiências de melhores práticas em implementações similares (conforme mencionado na nota "Apply These Best Practices for a Successful ERP Implementation in Brazil", seção Satisfy Mandatory Brazilian Legal Requirements Without Sacrificing Functionality)

A recomendação é de que o provedor tenha a experiência de implementação em clientes no Brasil (não necessariamente que seja um provedor de capital puramente brasileiro), para que se diminua o risco de insucesso da implementação, que sem os componentes de localização, já é uma iniciativa de alta complexidade".

(...)

15. Finaliza destacando que a implantação do SAP ocorrerá em todas as empresas da Eletrobras e é decorrente do Plano de Negócios 2017-2021, aprovado pelo Conselho de Administração e Diretoria Executiva da Eletrobras. Assevera que as empresas contarão com um único sistema ERP padronizado, condição que individualiza ainda mais o objeto da contratação (peça 48, p. 5).

Engineering do Brasil S/A

17. Quanto ao item em tela, em resumo, apresenta um relato sobre o sistema de gestão, objeto do aludido pregão eletrônico, e ressalta suas características. Cita as empresas do grupo da Eletrobras que utilizarão o sistema (Eletrobras *holding*, Chesf, Eletrosul, Eletronorte, Furnas, CGTEE,

Eletronuclear, Cepel, Amazonas G/T e Eletropar). Faz menção ao conceito de instância única, ou seja, a base das informações será centralizada em um servidor único, com padronização e harmonização dos processos, sendo que essa condição fundamentou a escolha do sistema ERP, na versão SAP ERP ECC 6.0, e destaca a participação de sete licitantes no certame em tela (peça 52, p. 5-6).

18. Adiante faz alusão à necessidade de que os módulos do sistema atendam à legislação brasileira. Destaca a experiência anterior na implantação como mais apropriada, ao contrário de experiência no estrangeiro. Aduz que a experiência na aplicação da legislação brasileira contempla quase a totalidade das funcionalidades do sistema, sendo essa a questão motivadora de contratar empresa com experiência na execução do objeto (peça 52, p. 7).

19. Em seguida, em resumo, faz alusão ao art. 3º, da Lei 8.248/1991, no que concerne à preferência à contratação de tecnologia desenvolvida no país. Alega, ao final que a exigência se justifica como necessária à garantia de cumprimento do contrato (peça 52, p. 7-10).

Análise

89. Inicialmente é pertinente frisar que a exigência de comprovação de prestação de serviços no Brasil não foi a causa da inabilitação das duas primeiras colocadas no PE DJS 8/2017, conforme informações constantes do processo licitatório. A empresa Tech Mahindra foi inabilitada por não atingir o índice de liquidez geral solicitado no item 8.6, alínea “h.4”, enquanto a empresa Megawork foi inabilitada por não atingir o patrimônio líquido exigido no item 8.6, alínea “h.6” e por não apresentar o atestado para execução de serviços referentes aos módulos TRM, OS e PM, exigido no item 8.6, alínea “a” (peça 45, p. 107 e peça 63, p. 5-6). Além disso, os recursos administrativos apresentados pelas duas empresas não questionaram a exigência de comprovação de prestação de serviços no Brasil (peça 48, p. 561-568 e peça 49, p. 1-6 e 7-18).

90. Quanto aos argumentos apresentados na oitiva, concorda-se com a Eletrobras no sentido de que a legislação brasileira possui peculiaridades, em especial nas áreas tributária e trabalhista, que demandam conhecimento da empresa prestadora dos serviços de modo a evitar o risco de insucesso na implantação do projeto. A fabricante SAP elaborou documento em que descreve módulos e funcionalidades para a Localização Brasil e ressalta a maior probabilidade de empresas que desconhecem tal complexidade subestimarem os riscos de fracasso na implementação (peça 66, p. 3):

Sobre a Complexidade da Localização Brasileira

(...)

Porém a complexidade da localização brasileira é grande sendo necessário um esforço significativo para configurar os requisitos legais.

As empresas brasileiras estão “acostumadas” a essa complexidade e geralmente enfrentam este desafio com a devida preparação, mas empresas estrangeiras querendo fazer roll-out, correm o risco de subestimar o esforço necessário.

Além disso, a natureza dos requerimentos legais, principalmente contábeis, faz com que, diferentemente de outros países que tem localização, no Brasil também há impacto na estrutura fiscal organizacional, na logística, no custeio na contabilidade fiscal.

Portanto, para criar uma configuração básica dos requisitos legais brasileiros em um sistema ERP, é necessário envolver consultores de SD, MM, FI e CO, enquanto na maioria dos outros países um consultor de FI é suficiente na maioria dos outros países.

Convém mencionar que o esforço adicional necessário para atender os requerimentos legais corresponde à complexidade geral da legislação brasileira, que segundo um estudo do Banco Mundial (IFC) aparece em 1º lugar no ‘ranking’ mundial da burocracia fiscal: uma empresa típica gasta em torno de 2600 horas por ano para preparar e pagar seus impostos – um valor 14 vezes maior do que nos Estados Unidos e mais de 5 vezes do que nos outros países BRIC.

91. Observa-se, ainda, que o edital do PE DJS 8/2017 permite a participação de empresas estrangeiras (peça 3, p. 4-5, item 3), o que atenua, de certa forma, os efeitos restritivos da exigência de comprovação de prestação de serviços em território brasileiro (peça 3, p. 12).

92. Dessa maneira, entende-se que as justificativas apresentadas pela Eletrobras são razoáveis e afastam os indícios de restrição indevida à competitividade e de afronta ao art. 30, § 5º, da Lei 8.666/1993. Contudo, como observado pela Secex-RJ em instrução precedente (TC 017.020/2017-4, peça 54, p. 5, parágrafo 18), os esclarecimentos apresentados pela estatal

não constam dos estudos técnicos preliminares que embasaram a contratação, como é o caso da consulta ao Gartner que só foi realizada após a oitava promovida pela Secex-RJ (peça 65).

93. Sendo assim, tendo em conta a razoabilidade das justificativas apresentadas em fase de oitava e a ausência de evidências de restrição à competitividade no caso concreto, considera-se suficiente a proposição de ciência à Eletrobras de que exigências restritivas quanto à comprovação de experiência técnica em execução anterior com limitação de local específico devem ser justificadas nos estudos técnicos preliminares, sob pena de afrontar o disposto no art. 30, § 5º, da Lei 8.666/1993.

IX - Acolhimento, pelo pregoeiro, após diligência complementares, de atestados de capacidade técnica da Engineering que não comprovariam a devida experiência com o sistema SAP ECC 6.0, conforme exigido pelo item 8.6 do edital (item “c” da oitava no TC 017.020/2017-4)

94. Em síntese, o representante Wipro afirmou que houve tratamento diferenciado concedido à empresa Engineering durante a habilitação técnica, pois a Eletrobras teria exigido para a referida empresa apenas a experiência em “serviço de consultoria especializada na implantação ou atualização de versão do sistema SAP ECC versão 6.0” enquanto que o item 8.6 do edital exigiria “execução satisfatória de serviços de implantação (ou *rollout*)”. A fim de embasar a sua tese, transcreveu as planilhas de avaliação dos atestados, em que consta a expressão “consultoria” para a planilha da Engineering e a expressão “implantação” na planilha da segunda colocada (TC 017.020/2017-4, peça 1, p. 18-22).

95. Além disso, alegou que os atestados fornecidos por três empresas para a licitante Engineering não comprovariam experiência na implantação do sistema SAP ECC 6.0, mas apenas de implementação e consultoria em implementação, e que a doutrina ensinaria como implementação o ato de colocar em funcionamento alguns módulos específicos de um sistema, e não implantar uma solução integrada e colocá-la em funcionamento. Ou seja, a implementação estaria contida na implantação, pois seria apenas uma de suas fases. Em seguida, transcreveu trechos dos contratos que deram origem aos atestados com o intuito de demonstrar que os objetos, na verdade, teriam o escopo de implementação (TC 017.020/2017-4, peça 1, p. 23-25).

96. Em análise inicial, a Secex-RJ fundamentou-se no processo de desenvolvimento de software RUP e considerou que quem comprova implementação de software tem competência para fazer implantação de software, pois a implementação englobaria funções mais abrangentes do que a implantação:

a implementação decorre diretamente do exercício dos maiores e mais exigentes níveis de compreensão estratégica do universo de necessidades identificadas no negócio do cliente e das soluções potenciais que possam ser oferecidas pelo *software* a ser desenvolvido. Já a implantação limita-se à disponibilização do correspondente programa aos usuários (TC 017.020/2017-4, peça 42, p. 5, parágrafo 30).

97. Dessa maneira, considerou este argumento específico improcedente, porém considerou necessário realizar a oitava da Eletrobras a fim de possibilitar a análise do suposto tratamento diferenciado, uma vez que os atestados não constavam dos autos e impediram a referida análise (TC 017.020/2017-4, peça 42, p. 6, parágrafo 32). A oitava foi realizada nos seguintes termos (TC 017.020/2017-4, peça 46, p. 1):

c) acolhimento, pelo pregoeiro, após diligências complementares de atestados de capacidade técnica da Engineering fornecidos por Capuche Empreendimentos Imobiliários, Tim Celular S.A. e Encalso Construções Ltda., que não comprovariam a devida experiência com o sistema SAP ECC 6.0, conforme exigido pelo subitem 8.6, “a”, do Edital, o que indicaria lesão aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da competitividade e da publicidade dos atos administrativos (itens 22-33 desta instrução);

98. As respostas da Eletrobras e da empresa contratada foram assim resumidas pela Secex-RJ na análise de mérito (TC 017.020/2017-4, peça 54, p. 3-4):

Centrais Elétricas Brasileiras S/A

37. Deve-se destacar que o § 3º do artigo 43 da Lei 8666/93, e o art. 11, do Decreto 5.450/2005, tratam da realização de diligência sempre que necessário, com vistas a esclarecer dúvidas em relação aos requisitos estabelecidos no edital.

38. Os esclarecimentos em relação ao presente item constam da peça 48, p. 7-8.

39. A signatária inicia os esclarecimentos alegando que os atestados apresentados na fase de habilitação pela empresa Engineering do Brasil, comprovam sua experiência na prestação dos serviços, na forma que segue (peça 48, p. 7):

(...)

1) Capuche Empreendimentos Imobiliários - atestado para os módulos: New GL (Contabilidade Gerencial), AP (Contas a Pagar), AR (Contas a Receber), CO (Controladoria), CM (Gestão de Caixa), SD (Vendas), MM (Suprimentos), FI-AA (Gestão de Ativo Fixo), PS (Gestão de Projetos) e PM (Manutenção).

Com diligência telefônica ao Senhor Erick Vieira de Menezes - Gerente Administrativo e Tecnologia da Informação que confirmou a implantação dos referidos módulos.

2) Tim Celular S.A. - atestado para os módulos: BPC (Consolidação de Balanço), PA (Administração de Pessoal), PD (Desenvolvimento de Pessoal), PY (Folha de Pagamento), BN (Benefícios Complementares) e PT (Gerenciamento de Tempos).

Com diligência por e-mail do Senhor Antônio Oteri - CIO da TIM, no dia 08/05/2017.

3) Encalço Construções Ltda. - atestado para os módulos: FM (Orçamento), TRM (Tesouraria Avançada) e GRC-Nfe (Gestão de Nota Fiscal Eletrônica)

Com diligência por emissão de declaração da Senhora Vanessa Melo - Gerente de TI da Encalço, no dia 09/05/2017.

(...)

40. Na sequência declara que antes da declaração da empresa vencedora (Engineering do Brasil S/A), foram realizadas diligências nas empresas citadas nos atestados selecionados. Aduz que além dos contatos realizados, foram analisados os contratos com as empresas citadas acima. Destaca a permissão expressa no edital pertinente ao somatório de atestados. Em seguida reproduz trecho do sumário e parte do item 9.2 da determinação exarada por meio do Acórdão 3.418/2014-TCU-Plenário (Relator: Ministro Marcos Bemquerer), à peça 48, p. 8.

41. Finaliza o item alegando que devido ao vulto do projeto, o pregoeiro realizou diligências em relação à documentação apresentada por todas as licitantes. Destaca que foram utilizados, como suporte, pareceres técnicos das áreas de TI e da área contábil da Eletrobras (peça 48, p. 8).

Engineering do Brasil S/A

42. Inicialmente destaca que o item em tela foi considerado improcedente, e reproduz o parágrafo 30 da instrução precedente, constante da peça 42, p. 6. Adiante declara que comprovou capacidade técnica superior à exigida no edital (peça 52, p. 15).

43. Na sequência faz referência à realização de diligência e aceitação de documentos e/ou informações, e reproduz o item 6.1 do edital, e a alínea 'a.2' do item 8.6 (constantes da peça 35, p. 11 e 16, respectivamente). Faz menção à importância da contratação e ao valor envolvido, como justificativa para o saneamento realizado pela comissão de licitação. Finaliza alegando que não houve ilegalidade e que as diligências foram corretas (peça 52, p. 16-17).

Análise

99. Não foi possível constatar tratamento diferenciado à empresa Engineering como alegou o representante. As diligências complementares realizadas pela Eletrobras estão de acordo com o art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, e foram realizadas para atestados apresentados por outras licitantes (peça 44, p. 47, 50 e peça 45, p. 111-112) e não somente para a licitante Engineering.

100. Além disso, a utilização do termo "Serviço de consultoria especializada na implantação ou atualização de versão do sistema SAP ECC versão 6.0" que consta na planilha da empresa Engineering apenas reproduziu o termo utilizado nos atestados de capacidade técnica, porém o teor completo dos referidos atestados indica que o escopo dos serviços incluiu atividades inerentes à implantação, como construção da solução, carga de dados, integração de legados, gestão da mudança, teste da solução, operação em pré-produção, *go-live*, e manutenção e suporte à produção (peça 52, p. 32-34).

101. Entende-se, ainda, que as supostas irregularidades mencionadas pelo representante nos atestados fornecidos pelas empresas Capuche Empreendimentos Imobiliários, Tim Celular S.A. e Encalço Construções Ltda. (peça 1, p. 26) não se confirmam quando defrontadas com os documentos coletados pela Eletrobras durante as diligências complementares, em especial as declarações e as mensagens eletrônicas encaminhadas pelas empresas fornecedoras dos atestados (peça 49, p. 267 e 317-318).

102. Quanto ao atestado fornecido pela empresa Capuche, o representante também questionou o fato de o contrato ter sido assinado com a empresa Dynpro Sistemas S.A. e não com a empresa Engineering (peça 1, p. 26). A Eletrobras não se pronunciou quanto a este item, porém em consulta à base de dados do CNPJ, verificou-se que a licitante Engineering incorporou a referida empresa em 2011, afastando, portanto, o indício de irregularidade aventado pelo representante.

103. Ante o exposto, conclui-se que os indícios de irregularidade de tratamento diferenciado e de insuficiência dos atestados de capacidade técnica não se confirmaram e que não cabe atuação do TCU quanto a este item.

X – Troca de CNPJ na contratação do licitante vencedor (item “d” da oitava no TC 017.020/2017-4)

104. O representante Wipro alegou que o pregoeiro admitiu que a licitante Engineering do Brasil S/A. refizesse sua carta proposta de habilitação com troca do CNPJ 09.433.094/0001-67 de sua matriz pelo CNPJ 09.433.094/0003-29 de sua filial mineira, mediante inclusão de documentos no processo licitatório que deveriam ter constado originalmente na proposta e nos documentos de habilitação, contrariando o disposto na Lei 8.666/1993, art. 43, § 3º. Citou certidões incluídas nas fls. 1714-1718 do processo licitatório (peça 1, p. 10-17), carta proposta reformulada extemporaneamente às fls. 1954-1953, e o contrato administrativo às fls. 2003-2022 (peça 1, p. 10-17; peça 2, p. 42-61). A substituição de CNPJ teria configurado restrição à competitividade do certame, lesão à vedação constante da Lei 8.666/1993, art. 3º, § 1º, inc. I (peça 1, p. 6), lesão ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, lesão ao disposto nos subitens 3.4 e 3.4.1 do edital, e nulidade por insuficiência dos seus motivos determinantes, consoante art. 2º da Lei 4.717/1965 (peça 1, p. 9-10).

105. A Secex-RJ solicitou esclarecimentos preliminares à Eletrobras (peça 38) de modo a obter subsídios para a análise inicial. Em resumo, a estatal afirmou que a decisão de trocar o CNPJ ocorreu durante a fase de negociação, antes, portanto, do resultado de habilitação da empresa declarada vencedora do certame. Transcreveu entendimento de consultoria especializada, de que matriz e filial são estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica, sendo possível que a matriz participe da licitação e a filial execute o contrato, uma vez que a administração pública celebra contrato com a pessoa jurídica e não com determinado estabelecimento empresarial. A consultoria entendeu que a diferenciação de estabelecimentos comerciais deve ser avaliada nas licitações e contratos administrativos sob o aspecto tributário, ou seja, no que diz respeito à regularidade fiscal de cada estabelecimento (TC 017.020/2017-4, peça 42, p. 7-9).

106. A consultoria também transcreveu excerto do relatório que embasou o Acórdão 3.056/2008-TCU-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, a fim de corroborar seu entendimento:

14. Acrescente-se que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ.

15. Destaca-se, ainda, que há certos tributos, especialmente em relação ao INSS e ao FGTS, cuja arrecadação pode ser feita de forma centralizada, abrangendo, portanto, matriz e filiais. Se assim o for, tais certidões, mesmo as apresentadas pelas filiais, são expedidas em nome da matriz, sem que nisto haja qualquer ilegalidade.

[...]

20. Pelo exposto, tanto a matriz, quanto a filial, podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica. Atente-se, todavia, para a regularidade fiscal da empresa que fornecerá o objeto do contrato, a fim de verificar a cumprimento dos requisitos de habilitação.

21. Caso comum, por força da necessidade de comprovação da regularidade fiscal, prevista no inciso IV do art. 27 da Lei n.º 8.666/93, é o de diversas empresas (filiais) apresentarem, para esse fim, documentos emitidos sob o CNPJ de suas matrizes, em razão de suas certidões estarem vencidas. Desse modo, alegam serem válidas tais certidões, uma vez que o recolhimento dos tributos e das contribuições federais é realizado de forma centralizada pela matriz, abrangendo, portanto, suas filiais." (TCU. Acórdão nº 3056/2008 - Plenário. Min. Rel. Benjamin Zymler. Julgado em 10/12/2008)

107. A consultoria concluiu afirmando que se a pessoa jurídica participar na licitação com os documentos fiscais da matriz e desejar executar o contrato com a filial, a administração pública deve solicitar a apresentação da regularidade fiscal da filial, em relação àqueles tributos não recolhidos de forma centralizada. “Isso porque matriz e filial são a mesma pessoa jurídica, mas para fins tributários, podem ser considerados os diversos estabelecimentos para emissão de certidão de regularidade fiscal”.

108. Por fim, a Eletrobras afirmou que não houve irregularidade no procedimento, uma vez que a empresa apresentou todas as certidões de regularidade fiscal relativas à filial antes de ser declarada habilitada no certame. Além disso, destacou que as certidões fiscais da matriz também foram analisadas e, assim, como as da filial, encontravam-se regulares (peça 39, p. 7-9).

109. Em análise preliminar (peça 42, p. 8, parágrafos 36-37), a Secex-RJ considerou que o procedimento questionado não obedeceu às regras instituídas previamente no edital, transcritas a seguir, o que afrontaria o princípio da vinculação ao ato convocatório previsto nos arts. 3º e 55, inciso XI, da Lei 8.666/1993:

3.4 – O Licitante poderá participar do procedimento licitatório por intermédio de sua matriz/sede ou filial, desde que cumpra as condições exigidas para cadastramento no SICAF, em relação ao estabelecimento com o qual pretenda participar do certame, observado o disposto no item 9.7, da Minuta do Contrato, Anexo III do Edital.

3.4.1 – O CNPJ do estabelecimento que participar do certame, matriz/sede ou filial, deverá ser o mesmo a constar no contrato com a ELETROBRÁS e nas Notas Fiscais/Faturas emitidas, quando do fornecimento ou execução dos serviços contratados. Dessa forma, **não será admitida a emissão de Notas Fiscais/Faturas por CNPJ de estabelecimento diverso daquele participante da Licitação.**

110. A unidade técnica também destacou a ausência de jurisprudência que fundamente o procedimento supracitado e ressaltou que o voto condutor do julgado mencionado pela Eletrobras traz o entendimento de que o contrato decorrente deve ser realizado com o cadastro da empresa que participou da licitação, sob pena de burla ao processo licitatório (peça 42, p. 8-9, parágrafo 39).

111. Em seguida, a Secex-RJ considerou que, mesmo na hipótese devidamente justificada em que se admita matriz disputar licitação e filial sua receber a correspondente contratação, os atestados no presente caso concreto não garantem, a princípio, que a filial detenha a expertise atestada para a matriz (peça 42, p. 9, parágrafo 40).

112. Por fim, discorreu acerca de outros certames e julgados que contradizem a prática questionada, uma vez que todos eles indicariam que a responsabilidade de uma filial não é a mesma de outra filial ou da matriz, o que demonstraria “uma possível vulnerabilidade das garantias e da execução do contrato que essa filial não ganhou demonstrando a habilitação jurídica e as qualificações técnica e econômico-financeira referidos pela Lei 10.520/2002, art. 4º, inc. XIII” (peça 42, p. 9, parágrafo 41):

113. Dessa maneira, realizou a oitiva da Eletrobras e da empresa contratada nos seguintes termos (TC 017.020/2017-4, peça 46, p. 1-2):

d) admissão, pelo pregoeiro, de que a Engineering do Brasil S.A. refizesse sua carta proposta de habilitação com troca do CNPJ 09.433.0001/67 da sua matriz pelo CNPJ 09.433.094/0003-29 da sua filial mineira, mediante inclusão de documentos que deveriam ter constado originalmente na proposta e nos documentos e habilitação, contrariando o disposto na Lei 8.666/1993, art. 43, §3º, com restrição à competitividade do certame, lesão à vedação constante da Lei 8.666/1993, art. 3º, §1º, inc. I (peça 1, p. 6), lesão ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório citado no mesmo artigo, lesão ao disposto no subitens 3.4 e 3.4.1 do edital, e nulidade por insuficiência dos seus motivos determinantes, consoante art. 2º da Lei 4.717/1965;

114. Em resposta à oitiva prévia, a Eletrobras reiterou os argumentos apresentados anteriormente, em especial de que matriz e filial são a mesma pessoa jurídica (peça 48, p. 8-12).

115. Afirmou que os itens 3.4 e 3.4.1 do edital, que vedam a apresentação de notas fiscais com CNPJ distinto do que consta no contrato, visam evitar transtornos de ordem prática, pois geraria impossibilidade de pagamento e cita como exemplo o Acórdão 1.573/2008-TCU-Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, que determinou à Dataprev que se absteresse de efetuar pagamentos de notas fiscais emitidas por estabelecimento de CNPJ diferente daquele constante do contrato (peça

48, p. 12).

116. Além disso, ressaltou que a doutrina, em especial Marçal Justen Filho, considera possível que a filial execute contrato assinado pela matriz, desde que comprove sua regularidade fiscal (peça 48, p. 12):

Mais ainda, se o sujeito se sagrar vencedor e vier a ser contratado, deverá necessariamente executar a prestação contratual por meio da unidade empresarial cuja regularidade fiscal foi comprovada na licitação. Se, porventura, o sujeito pretender executar a prestação por meio de outra unidade empresarial, deverá comunicar previamente essa circunstância à Administração, comprovando que a unidade substituta se encontra em situação regular. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 562).

117. Transcreveu entendimento de consultoria especializada de que a distinção entre matriz e filial não compromete a execução contratual no que tange aos demais aspectos de habilitação, pois a habilitação jurídica e a qualificação econômico-financeira ocorrem pela comprovação em face dos atos constitutivos, estatutos ou contratos sociais, balanço patrimonial e demonstrações contábeis da entidade que detém a personalidade jurídica (matriz). No mesmo sentido, a consultoria defendeu que os atestados exigidos na qualificação técnica podem ser aproveitados por todos os estabelecimentos, matriz e/ou filiais, uma vez que retratam a experiência da pessoa jurídica (peça 48, p. 13-14).

118. Com base nos entendimentos supracitados, defendeu ser possível a substituição de matriz por filial, ou vice-versa, durante a execução contratual, efetuando-se o termo aditivo e mediante as justificativas cabíveis em cada caso concreto. Ressaltou que a Eletrobras antecipou, ainda na licitação, uma questão que seria levantada ao longo da execução contratual. Sendo assim, considerou que não houve afronta ao edital, uma vez que a intenção dos itens 3.4 e 3.4.1 seria evitar a emissão de nota fiscal por estabelecimento diverso do que consta no preâmbulo do contrato e que será o executor do serviço. No caso concreto, concluiu, o contrato foi assinado pela filial e a estatal constatou a regularidade fiscal da filial e da matriz (peça 48, p. 15).

119. Em seguida, a estatal defendeu a boa-fé do pregoeiro tendo em conta que tal decisão gerou economia à Eletrobras e que houve justificativa plausível para sua adoção. Por fim, observou que o TCU entende ser possível a mitigação do princípio da legalidade estrita quando necessária para a consecução do interesse público e defendeu a aplicação desse entendimento caso se conclua que a decisão tomada pelo pregoeiro afronta o disposto nos itens do edital supracitados (peça 48, p. 15):

40. Ainda que se questione se o entendimento consubstanciado no Acórdão 1.999/2014-Plenário está consolidado no âmbito do TCU, fato é que a observância das normas e das disposições do edital, consoante o *caput* do art. 41 da Lei 8.666/1993, deve ser aplicada mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção mais vantajosa (Acórdãos 3.381/2013-Plenário e 352/2010-Plenário).

120. A resposta apresentada pela empresa Engineering, em síntese, repetiu os argumentos de que matriz e filial pertencem à mesma pessoa jurídica e de que a execução do contrato pela filial é possível desde que a situação fiscal de ambas seja aferida (peça 17-21).

121. A empresa contratada também refutou a hipótese aventada pela Secex-RJ (peça 42, p. 9, parágrafo 41), de que existiria vulnerabilidade das garantias de execução do contrato se este for firmado com a matriz ou com a filial, pois considera que a responsabilidade é idêntica para ambas. Nesse sentido, mencionou tese firmada pelo STJ em 2013, em sede de recurso repetitivo (Recurso Especial 1.355.812-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques), e cuja jurisprudência defende que seja aplicada pelo TCU por força do art. 15 c/c art. 927, inciso III, do Código de Processo Civil em vigor, que demonstraria não existir diferença de execução em face de matriz ou de filial (peça 52, p. 21-24).

122. Em seguida, citou contratos firmados pelo TCU que estabeleceram regra semelhante ao entendimento do STJ (peça 52, p. 25):

Contrato 15/2016 (peça 68, p. 4)

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA – DA LIQUIDAÇÃO E DO PAGAMENTO

(...)

3. Caso a CONTRATADA opte por efetuar o faturamento por meio de CNPJ (matriz ou filial)

distinto do constante do contrato, deverá comprovar a regularidade fiscal tanto do estabelecimento contratado como do estabelecimento que efetivamente executar o objeto, por ocasião dos pagamentos.

Contrato 15/2017 (peça 68, p. 14)

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA – DA LIQUIDAÇÃO E PAGAMENTO

3. Caso a CONTRATADA opte por efetuar o faturamento por meio de CNPJ (matriz ou filial) distinto do constante do contrato, deverá comprovar a regularidade fiscal tanto do estabelecimento contratado como do estabelecimento que efetivamente executar o objeto, por ocasião dos pagamentos e quando das prorrogações contratuais.

123. Concluiu que eventual recusa da adoção do CNPJ da filial no contrato firmado com a Eletrobras será promovida estritamente em homenagem ao formalismo, gerando prejuízo concreto e desnecessário ao interesse público (peça 52, p. 25-26).

Análise

124. Entende-se que a Eletrobras e a empresa contratada conseguiram demonstrar, com base em julgado do TCU (Acórdão 3.056/2008-TCU-Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler), na doutrina e em entendimento do STJ, que é possível que a filial execute contrato assinado pela matriz, desde que se comprove sua regularidade fiscal.

125. Entretanto, o que ocorreu no caso do PE DJS 8/2017 foi a substituição do CNPJ da matriz, durante o processo de licitação, pelo CNPJ de sua filial mineira. O CNPJ cadastrado para participar do certame foi o da matriz, que chegou a apresentar os documentos de habilitação com o seu CNPJ, e, no decorrer da fase de habilitação, houve a substituição pelo CNPJ de sua filial mineira, de modo que o pregão foi adjudicado à matriz e assinado com a filial.

126. Desse modo, a comparação que a empresa contratada faz entre os contratos da Eletrobras e do TCU é improcedente, pois no caso do TCU o mesmo CNPJ (matriz) participou do certame e assinou o contrato. O edital apenas permitiu a execução dos serviços pela filial, o que está em consonância com a doutrina citada pela Eletrobras e com o entendimento desta Corte de Contas.

127. A troca do CNPJ na assinatura do contrato firmado com a empresa Engineering, portanto, configura afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 3º, *caput*, e no art. 41, *caput*, da Lei 8.666/1993, pois o item 3.4.1 do edital exige que o CNPJ do estabelecimento que participou do certame seja o mesmo a constar no contrato. Verifica-se, ainda, que a inclusão de documentos de habilitação da filial em momento posterior está em desacordo com o art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, que veda a inclusão de documentos que deveriam constar da proposta original.

128. Todavia, entende-se que as irregularidades supracitadas não são graves o suficiente para justificar a anulação do certame ou realizar a audiência dos responsáveis. A resposta da Eletrobras à oitiva indica que havia um desconhecimento da estatal a respeito da possibilidade de a filial executar serviços em contrato assinado pela matriz. Além disso, o interesse público e a busca pela proposta mais vantajosa foram atendidos, uma vez que houve uma redução de cerca de R\$ 4 milhões no valor da oferta final. Dessa forma, concorda-se com o argumento da estatal, de que o caso concreto enseja a aplicação da mitigação do princípio da legalidade estrita quando necessária para a consecução do interesse público.

129. Sendo assim, e em consonância com a proposta feita pela Secex-RJ (TC 017.020/2017-4, peça 54, p. 10, parágrafo 55), considera-se suficiente que seja dada ciência à Eletrobras de que: i) a inclusão posterior de documento que deveria constar na proposta original contraria o disposto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993; e ii) a troca do CNPJ que participou do certame (matriz) na assinatura do contrato (filial) vai de encontro ao item 3.4.1 do edital e, portanto, contraria o princípio da vinculação ao instrumento convocatório previsto no *caput* dos arts. 3º e 41 da Lei 8.666/1993.

Análise do pedido de medida cautelar apresentado no âmbito do TC 017.020/2017-4

130. Inicialmente, cabe destacar que esta análise de cautelar restringe-se ao pedido feito pela empresa Wipro no âmbito do TC 017.020/2017-4, apensado em 2/2/2018 ao presente processo. O pedido de cautelar apresentado pela empresa Megawork no TC 015.052/2017-6 foi analisado em instrução anterior da Sefi e indeferido pelo Ministro Relator (peça 19, p. 5-6, parágrafos 49-52 e peça 22).

131. Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos da plausibilidade jurídica e do perigo da demora.

132. Com relação às alegações analisadas nos itens VI (prestação de esclarecimentos às vésperas do dia de abertura da sessão), VII (abertura da sessão de lances sem prévia decisão de impugnação) e X (troca de CNPJ do licitante na contratação) desta instrução, considera-se que são procedentes. Todavia, é importante destacar que a representação não veio acompanhada de elementos que pudessem demonstrar que, efetivamente, tais irregularidades tenham trazido prejuízos à Administração ou aos participantes a ponto de justificar a anulação do certame, o que afasta o *fumus boni iuris*, condição basilar para adoção de medida cautelar.

133. Assim, embora tenha sido verificada a ocorrência de falhas na condução do PE DJS 8/2017, entende-se não estarem configurados os pressupostos necessários para a adoção de eventual medida cautelar ou para anulação do certame. Ademais, o perigo da demora reverso está presente, pois eventual proposta nesse sentido implicaria prejuízo significativo à Eletrobras, tendo em vista que o contrato se encontra em plena execução e com previsão de entrega da primeira fase do projeto para abril de 2018 (peça 36, p. 2-3).

CONCLUSÃO

134. Os documentos constantes da peça 1 deste TC e da peça 1 do TC 017.020/2017-4 devem ser conhecidos como representação por preencherem os requisitos de admissibilidade previstos nos art. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal (RI/TCU), c/c art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014 (peça 19, p. 2, parágrafo 12, e TC 017.020/2017-4, peça 42, p. 1, parágrafos 2-4).

135. A presente instrução analisou as respostas da Eletrobras e da empresa vencedora para os seguintes questionamentos feitos pelos representantes: I - contratação antes da homologação do certame e ausência de publicidade do processo de negociação da oferta final (parágrafos 14-17); II – imprecisão do objeto (parágrafos 20-26); III – recusa em disponibilizar documentos (parágrafos 28-33); IV - metodologia de implantação do projeto de forma diversa da já planejada pela estatal e recomendada pelo fabricante (parágrafos 38-45); V – vedação imotivada à participação de consórcios (parágrafos 47-52); VI - prestação de esclarecimentos às vésperas do dia de abertura da sessão e de forma evasiva (parágrafos 54-63); VII - abertura da sessão de lances sem prévia decisão de impugnação (parágrafos 74-78); VIII - atestado de capacidade técnica com limitação geográfica (parágrafos 86-88); IX - acolhimento, pelo pregoeiro, após diligências complementares, de atestados de capacidade técnica insuficientes para comprovação de experiência (parágrafos 94-98); X - admissão, pelo pregoeiro, de que a licitante vencedora refizesse sua carta proposta de habilitação com troca do CNPJ da sua matriz pelo CNPJ de sua filial mineira (parágrafos 104-123).

136. Após a análise dos autos, não se confirmaram os indícios de irregularidade em relação aos questionamentos I (parágrafos 18-19); II (parágrafo 27); III (parágrafos 34-37); IV (parágrafo 46); V (parágrafo 53); VIII (parágrafos 89-93) e IX (parágrafos 99-103), ao passo que se confirmaram os indícios de irregularidade concernentes aos questionamentos VI (parágrafos 64-73); VII (parágrafos 79-85) e X (parágrafos 124-129).

137. Em que pese a confirmação parcial de irregularidades, não há evidências de prejuízo efetivo à Eletrobras ou de que o resultado do certame teria sido direcionado. Desse modo, considera-se suficiente propor, nos termos do art. 7º da Resolução - TCU 265/2014, que seja dada ciência às Centrais Elétricas Brasileiras S.A. acerca das impropriedades detectadas na condução do PE DJS 8/2017 a fim de evitar a ocorrência em futuras licitações.

138. Pelo exposto, conclui-se pela procedência parcial desta representação e da representação constante do TC 017.020/2017-4, razão pela qual propor-se-á, no mérito, considerá-las parcialmente procedentes. Além disso, propõe-se indeferir os pedidos de medida cautelar apresentados pelos representantes Megawork Consultoria e Sistemas Ltda. (peça 19, p. 5-6, parágrafos 49-54) e Wipro do Brasil Tecnologia Ltda. (parágrafos 130-133) tendo em vista a ausência dos pressupostos necessários.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

139. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração do Relator, Ministro Aroldo Cedraz, propondo:

139.1 conhecer da presente representação e da representação constante do TC 017.020/2017-4, uma vez satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, c/c art. 103, § 1º, *in fine*, e art. 106, ambos da Resolução-TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-las parcialmente procedentes (parágrafos 134 e 138);

139.2 indeferir os pedidos de medida cautelar apresentados pelos representantes Megawork Consultoria e Sistemas Ltda. e Wipro do Brasil Tecnologia Ltda. (parágrafo 138);

139.3 dar ciência às Centrais Elétricas Brasileiras S.A., com fulcro no art. 7º da Resolução - TCU 265/2014, sobre as seguintes impropriedades verificadas no Pregão Eletrônico DJS 8/2017 (PE DJS 8/2017), para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção da ocorrência de outras situações semelhantes em certames futuros:

139.3.1 as datas informadas no Comprasnet para a adjudicação do objeto e para a homologação do PE DJS 8/2017 (2/6/2017) não refletem as datas em que efetivamente ocorreram (22/5/2017 e 26/5/2017), identificadas na Resolução 369/2017 e na Deliberação 140/2017, o que afronta o princípio da publicidade previsto no art. 37, *caput*, da CF/88 (parágrafo 18);

139.3.2 a não divulgação dos pedidos de impugnação ao edital do PE DJS 8/2017, mas somente das respostas, não atende plenamente o princípio da publicidade previsto no art. 3º, *caput*, da Lei 8.666/1993 e no art. 5º, *caput*, do Decreto 5.450/2005 (parágrafo 37);

139.3.3 intempestividade ao responder os pedidos de esclarecimentos, identificada nos avisos de esclarecimento 5 e 6 do PE DJS 8/2017, o que afronta os princípios da eficiência e da publicidade dispostos no art. 37, *caput*, da CF/88 e o princípio da razoabilidade previsto no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999 (parágrafo 73);

139.3.4 a contagem de prazo para o recebimento de impugnações ao edital não considerou o segundo dia anterior ao dia da abertura das propostas para a impugnação apresentada pela empresa Megawork, o que afronta o disposto no art. 110, *caput*, da Lei 8.666/1993, e a jurisprudência do TCU, em especial o Acórdão 539/2007-TCU-Plenário (parágrafo 84);

139.3.5 a resposta ao pedido de impugnação da empresa Wipro do Brasil e Tecnologia Ltda. não obedeceu ao prazo de vinte e quatro horas, o que afronta o item 8.16 do edital do PE DJS/8/2017 e o disposto no art. 18, § 1º, do Decreto 5.450/2005 (parágrafo 85);

139.3.6 a exigência de atestado de capacidade técnica com limitação geográfica, identificada no item 8.6, alíneas “a.1” e “a.3”, do edital do PE DJS 8/2017, sem a devida fundamentação nos estudos técnicos preliminares, contraria o disposto na Lei 8.666/1993, art. 30, § 5º (parágrafo 93);

139.3.7 a inclusão posterior de documentos que deveriam constar na proposta original, quais sejam: certidões (fls. 1714-1718 do processo licitatório) e carta proposta (fls. 1953-1954 do processo licitatório) apresentadas pela Empresa Engineering do Brasil S.A. para o PE DJS 8/2017, contraria o disposto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 (parágrafo 129);

139.3.8 a troca do CNPJ da empresa Engineering do Brasil S.A. que participou do certame (matriz) pelo CNPJ de sua filial mineira na assinatura do contrato, identificada na ata do PE DJS 8/2017 e no Contrato ECE-DJS-1225/2018, está em desacordo com o item 3.4.1 do edital do referido pregão e, portanto, contraria o princípio da vinculação ao instrumento convocatório previsto no *caput* dos arts. 3º e art. 41 Lei 8.666/1993 (parágrafo 129).

139.4 dar ciência do acórdão que vier a ser proferido aos representantes, Megawork Consultoria e Sistemas Ltda. e Wipro do Brasil e Tecnologia Ltda., à empresa contratada, Engineering do Brasil S.A., e às Centrais Elétricas Brasileiras S.A., destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso tenham interesse, o Tribunal pode encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos.

139.5 arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso III, do Regimento Interno/TCU.”

É o Relatório.

VOTO

Cuidam os autos de Representação que noticia possíveis irregularidades ocorridas nas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), relacionadas ao Pregão Eletrônico DJS 8/2017 (PE DJS 8/2017), cujo objeto é a contratação de serviços técnicos de consultoria para implantação do Sistema de Gestão Empresarial SAP ERP nas empresas Eletrobras **holding**, Chesf, Eletrosul, Eletronorte, Furnas, CGTEE, Eletronuclear, Cepel, Amazonas G/T e Eletropar e pós-implantação. O valor estimado da contratação é de R\$ 100.207.388,03 e o prazo de vigência contratual é de 26 meses, contados a partir da data de assinatura do contrato.

2. Como historiado no Relatório precedente, foram ouvidas em oitiva a Eletrobras, empresa estatal promotora do certame, assim como a licitante vencedora, a empresa Engineering do Brasil S.A., em face das supostas irregularidades transcritas a seguir:

2.1. Contratação antes de adjudicação e homologação do certame e ausência de publicidade do processo de negociação da oferta final (item “a” da oitiva da Sefti e item “e” da oitiva da Secex-RJ);

2.2. Imprecisão do objeto (itens “b”, “c”, “d” da oitiva);

2.3. Recusa em disponibilizar documentos (item “e” da oitiva);

2.4. Metodologia de implantação do projeto de forma diversa da já planejada pela unidade jurisdicionada e recomendada pelo fabricante (item “f” da oitiva);

2.5. Vedação imotivada à participação de consórcios (item “g” da oitiva);

2.6. Prestação de esclarecimentos às vésperas do dia de abertura da sessão e de forma evasiva (itens “h”, “i” da oitiva do TC 015.052/2017-6 e item “b” da oitiva do TC 017.020/2017-4);

2.7. Abertura da sessão de lances sem prévia decisão de impugnação (item “j” da oitiva);

2.8. Restrição à competitividade mediante limitação de aceitação de atestado de capacidade técnica somente para serviços executados no Brasil (item “a” da oitiva no TC 017.020/2017-4);

2.9. Acolhimento, pelo pregoeiro, após diligência complementares, de atestados de capacidade técnica da Engineering que não comprovariam a devida experiência com o sistema SAP ECC 6.0, conforme exigido pelo item 8.6 do edital (item “c” da oitiva no TC 017.020/2017-4);

2.10. Troca de CNPJ na contratação do licitante vencedor (item “d” da oitiva no TC 017.020/2017-4).

3. Importante destacar que a assinatura do contrato decorrente do certame ocorreu em 30/5/2017, antes, portanto, do recebimento da representação nesta Corte de Contas. Trata-se do Contrato ECE-DJS-1225/2017, assinado com a empresa Engineering do Brasil S.A., pelo valor de R\$ 95.216.654,00.

4. Ressalto que este Voto trata de duas representações. A primeira da licitante Wipro do Brasil e Tecnologia Ltda., instruída pela Secex/RJ e cujo processo (TC 017.020/2017-4) foi apensado a estes autos, para análise conjunta. A segunda, apresentada pela licitante Megawork Consultoria e Sistemas Ltda., instruída pela Sefti.

5. Feito esse breve introito, acolho como razões de decidir o exame realizado por essas unidades instrutivas, naquilo que não conflitar com o que passo a expor sobre cada uma das alegadas irregularidades.

I

6. No que toca à alegação de que trata o item 2.1, assiste razão à Sefti e à Secex-RJ. As datas da adjudicação e da homologação do certame em questão são aquelas indicadas pela Eletrobras

nos documentos apresentados, quais sejam, a Resolução 369/2017 e a Deliberação 140/2017, oficializados em 22/5/2017 e 26/5/2017, respectivamente (peças 52-53). Portanto, não há que se falar em irregularidade quanto a esse ponto. Todavia, é pertinente que seja dada ciência à Eletrobras acerca da necessidade de que as publicações de atos no Comprasnet, como a adjudicação e a homologação de certames, reflitam a data efetiva em que ocorreram, de modo a garantir o princípio da publicidade.

7. Também anuo ao exame das unidades instrutivas quanto à alegação de ausência de publicidade da negociação. Na verdade, a referida ausência não influenciou o resultado do pregão e não implica nulidade dos atos praticados, haja vista que o valor do desconto foi publicado no Comprasnet (TC 017.020/2017-4, peça 54, p. 11, parágrafos 59-60).

II

8. Quanto à suposta imprecisão do objeto (item 2.2), os argumentos da empresa estatal merecem acolhida. O objetivo institucional é a implantação de uma instância única SAP para as dez empresas da **holding** e que o SAP implantado em Furnas foi escolhido como SAP Base. O anexo II do edital apresenta a tabela dos módulos utilizados no SAP instalado em Furnas a partir dos quais a empresa contratada deverá fazer apenas ajustes para atender a requisitos específicos de cenários essenciais de cada empresa que, porventura, não estejam implantados no SAP Base.

9. As explicações atinentes à suposta obrigação de implantação de serviços sem revisão contratual também são razoáveis. A estatal observou que não há vedação para eventuais revisões caso venha a ocorrer evento futuro, imprevisível e que gere encargos insuportáveis ao contratado, devidamente comprovados, em respeito ao direito do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ademais, a Eletrobras confirma não haver previsão de alteração de escopo dos serviços, já que “*o projeto trata de um rollout de uma solução em operação há mais de cinco anos, que será ajustado para inclusão de requisitos essenciais para operação das empresas, conforme previsto no item 8.1.4.4 do termo de referência que compõe o edital, e limitados aos módulos listados no anexo II do mesmo*”. Por fim, lembra a previsão editalícia de um banco de horas para serviços adicionais e melhorias (peça 36, p. 7).

10. Ainda em relação a esse ponto, cabe ressaltar que a alegada imprecisão do objeto e a suposta impossibilidade de avaliação de custo, viabilidade técnica e econômica dos serviços não representou óbice à participação da empresa Megawork Consultoria e Sistemas Ltda. no certame, findada somente com ulterior desclassificação na fase de habilitação, o que indica que a referida empresa teve condições de elaborar a proposta com as informações constantes do edital e com valor próximo ao estimado pela estatal.

III

11. Quanto à recusa em disponibilizar documentação (item 2.3), alega a representante Megawork Consultoria e Sistemas Ltda. que a impossibilidade de acesso ao conteúdo do documento “Gap Analysis” teria prejudicado a elaboração de sua proposta.

12. Não merece prosperar tal alegação. A uma porque esse documento, de caráter interno, serviu de fundamento para definir qual o SAP ERP dos que já estão implantados na empresa serviria de base para os serviços de adequação e extensão que foram objeto do Pregão Eletrônico DJS 8/2017. Depois porque tal fato não impediu a representante de apresentar a sua proposta, condizente com o orçamento estimado pela Eletrobras.

13. No que se refere aos documentos de habilitação, não há dispositivo legal que obrigue a disponibilização da documentação de habilitação dos licitantes no Comprasnet (Acórdão 1.148/2014-TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamim Zymler). Todavia, persiste a obrigação de que seja disponibilizado o processo licitatório para vista de qualquer interessado. Não tendo sido atendida a solicitação de vista da documentação solicitada pelo representante, restou configurada uma afronta ao

princípio da publicidade. Mesmo assim, entendo que restou mitigada a referida impropriedade e não houve prejuízo efetivo à representante, já que os documentos solicitados eram da empresa Tech Mahindra, a qual restou inabilitada. Ademais, a Eletrobras publicou em seu sítio na Internet os documentos de habilitação da empresa considerada vencedora.

14. As respostas às impugnações ao Edital, apesar de devidamente publicadas no sítio da empresa na Internet, não atenderam ao princípio da publicidade previsto no art. 3º, **caput**, da Lei 8.666/1993 e ao art. 5º, **caput**, do Decreto 5.450/2005, de modo que acompanho a proposta de que seja dada ciência à Eletrobras acerca dessa impropriedade de modo a evitar a ocorrência em futuras licitações.

IV

15. Em relação à alteração da metodologia de implantação do projeto (item 2.4.), alega a empresa Megawork Consultoria e Sistemas Ltda. que o objeto prevê metodologia de implantação do projeto de forma diversa daquela definida em 2011 pelo grupo de trabalho **ad hoc** e pelo Comitê de TI e, ainda, daquela recomendada pelo próprio fabricante do software. Alega-se que o referido comitê teria recomendado a implantação individual para cada empresa do grupo Eletrobras (peça 1, p. 29) e que estudos do Gartner indicavam que tal formato de implementação seria o mais adequado à realidade da unidade jurisdicionada (peça 1, p. 30).

16. A Eletrobras, por outro lado, defende a metodologia de implantação centralizada (em única instância), fundamentalmente, em razão da MP 579/2012, convertida na Lei 12.783/2013, a qual teria resultado em prejuízos da ordem de R\$ 30 bilhões à empresa em três anos. Assim, diante desse cenário, as empresas não tiveram recursos para fazer suas implantações, levando à paralisação desses projetos, demandando a aprovação de novo modelo de implantação, aprovado pela Diretoria Executiva em 19/9/2016, de modo a diminuir os custos de implantação. Escolhido um SAP Base, deveriam ser feitos os ajustes necessários para sua utilização em todas as dez empresas do grupo, com adesão ao ProERP, por meio de aprovação formal em Diretoria Executiva e Conselho de cada empresa. Aduz a estatal que o próprio fabricante do software sinalizou que a instância única seria a opção mais recomendada para empresas com estrutura societária equivalente ao porte da Eletrobras (peça 36, p.12).

17. Embora entenda como regular e adstrita à esfera de discricionariedade da empresa estatal a referida alteração, em virtude das condições econômico-financeiras da empresa, e que a indivisibilidade do objeto estaria de acordo com a jurisprudência do TCU, em especial com o enunciado da Súmula-TCU 247 – que prevê as condições para a divisão do objeto, quais sejam, ausência de prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda da economia de escala –, é curioso que o mesmo fabricante que outrora recomendava a metodologia de implantação em múltiplas instâncias, agora altere as suas convicções para uma única instância, em face de uma estrutura societária da empresa contratante que não se alterou de forma significativa desde a sua primeira manifestação. O prejuízo para o conjunto ou a perda da economia de escala não eram visíveis ou perceptíveis outrora? O que se aproveitou dos projetos paralisados? Como se deu essa paralisação dos antigos projetos? Quais os prejuízos dela advindos? Apesar de estarem fora do escopo desse processo, são questões que não podem deixar de ser levantadas.

18. Diante dessas questões, da materialidade e da importância desta contratação, entendo que é necessário o exame não apenas de aspectos procedimentais da condução do certame em questão, mas daqueles atinentes à qualidade da solução contratada, a fim de que seja examinada a sua aderência às reais necessidades da empresa.

19. A Administração Pública não pode ser mais refém de contratações de tecnologia da informação obsoletas, que não atendem as necessidades presentes e futuras dos contratantes, submetendo-os, muitas vezes, a novas contratações que seriam desnecessárias. Além disso, não é

mais possível convivemos com contratações antieconômicas, que não atingem os fins a que se destinam, e drenam cada vez mais recursos públicos, muitas vezes com entregas aquém dos requisitos acordados nos contratos celebrados e em tempo superior ao inicialmente pactuado. Tenho me posicionado veementemente contra essa ineficiência, que contrata mais do mesmo e não entrega os resultados esperados, sem consequências realmente pedagógicas para contratantes e contratados.

20. Estando sob minha relatoria o TC 030.236/2016-9, cujo objeto consistiu em avaliar as práticas comerciais adotadas por grandes fabricantes de tecnologia da informação (TI) na relação com a Administração Pública, quando da contratação de licenciamento de software e seus serviços agregados, voltarei a tratar novamente de aspectos qualitativos referentes a contratação que ora se examina, na oportunidade em que trazer esse tema de relevante importância ao Plenário.

V

21. Em relação à vedação de participação de licitantes na forma de consórcios (item 2.5), a jurisprudência desta Corte é no sentido de que tanto a admissão quanto a vedação devem ser motivadas (Acórdãos 929/2017 e 244/2014, ambos do Plenário).

22. No caso em questão, a Eletrobras argumentou que a Nota Técnica DJAP-6/2017 (ver peça 59 - Anexo X) justificou adequadamente a vedação à participação de consórcios prevista no item 3.2, “a”, do edital, pois relacionou as vantagens qualitativas e financeiras para o não parcelamento de objeto e a consequente vedação de consórcio.

23. Ocorre que o não parcelamento do objeto não guarda relação com a permissão ou a proibição de formação de consórcios, sendo matérias que podem ser tratadas de forma independente, razão pela qual não deve ser acolhido o argumento da Eletrobras nesse tocante. Todavia, o edital previu a subcontratação de parte do objeto, apesar de não adotar o consórcio. Levando essa informação em consideração, aliado ao fato de que o contrato decorrente da licitação já se encontra em execução desde 30/5/2017, ou seja, foram executados 13 (treze) dos 26 (vinte e seis) meses de vigência contratual, penso que considerar irregular a motivação de restrição à participação no certame, a ponto de promover a sua anulação, seria, neste momento, medida intempestiva e impactaria de forma negativa a entrega do serviço contratado, com impactos demasiadamente gravosos para a empresa estatal.

VI

24. Sobre o argumento de que a empresa promotora do certame disponibilizou esclarecimentos apenas poucas horas antes da abertura do pregão e de forma evasiva (item 2.6), dificultando uma adequada elaboração das propostas pelos licitantes, os argumentos da Eletrobras podem ser acolhidos parcialmente.

25. Segundo apontou a Unidade Técnica, a resposta a alguns questionamentos apontados pela Representante Megawork Consultoria e Sistemas Ltda. a respeito do uso de banco de horas foram realmente evasivos, sendo efetivamente respondidos somente após a quarta tentativa. Todavia, não é possível ter uma opinião conclusiva a respeito desse tema, já que a forma como certos temas são questionados pode levar a um padrão de resposta cuja natureza é extremamente subjetiva.

26. Ademais, cumpre ressaltar que não há imposição legal expressa quanto ao prazo de resposta a pedidos de esclarecimento anteriores à fase de abertura do certame. Por esses motivos, entendo que não há elementos de convicção que me façam considerar essa atuação como irregular, a ponto de impedir a formação das propostas de preço das licitantes, como se percebe pela participação das representantes no certame. Mesmo assim, entendo que o prazo de resposta a pedidos de esclarecimento em certames licitatórios deve atentar ao princípio constitucional da publicidade, assim como ao princípio da razoabilidade, previsto no art. 2º da Lei 9.784/1999, devendo ser motivo de ciência à Eletrobras.

VII

27. Por outro lado, assiste razão à representante Megawork quando alega que sua impugnação ao edital foi indevidamente não conhecida, tendo tomado conhecimento desta decisão somente após a abertura do pregão (item 2.7).
28. Alega a Eletrobras que o não conhecimento da referida impugnação fundamenta-se em doutrina que estatui que deve ser excluído o dia fixado para a realização da sessão de lances e contado de forma regressiva dois dias, de modo a considerar o dia imediatamente anterior como o termo final para a apresentação de impugnação ao edital. Porém, esse entendimento diverge da jurisprudência desta Corte de Contas. O TCU já externou por diversas vezes o entendimento de que o segundo dia anterior ao dia da abertura do certame deve ser considerado para fins de contagem de prazo para o recebimento de impugnações ao edital, tendo em vista o disposto no art. 110, **caput**, da Lei 8.666/1993 (e.g Acórdãos 2.167/2011, 2.625/2008 e 539/2007, todos do Plenário).
29. Dessa forma, não foi garantida a eficácia do direito de petição à empresa Megawork, uma vez que o pregoeiro só informou que a impugnação não seria conhecida após a abertura do pregão e, mesmo assim, somente após ser provocado pelo representante quanto à ausência de análise de seu pedido de impugnação (peça 48, p. 533-554).
30. Ainda tratando de prazos legais para o tratamento de impugnações, percebo que o pregoeiro descumpriu outro prazo legal quanto à impugnação da representante Wipro do Brasil e Tecnologia Ltda. Essa empresa encaminhou o seu pedido em 3/3/2017 (peça 42, p. 73 e 75-78) e só recebeu resposta no dia 8/3/2017 (peça 43, p. 761-764), portanto, fora do prazo de 24 horas previsto no item 18.6 do edital (peça 3, p. 20), e no art. 18, §1º, do Decreto 5.450/2005.
31. A conjunção dessas irregularidades, a meu sentir, deve ser motivo de audiência dos responsáveis, sem prejuízo de que, desde já, seja dada ciência à Eletrobras acerca desses descumprimentos da legislação. Todavia, como já expressei no item 23 deste Voto, penso que seria inoportuna a determinação de medidas mais gravosas, a exemplo da anulação do certame, em virtude da contratação já estar avançada e do impacto negativo à estatal. Ademais, serve como atenuante o fato de que empresa Megawork participou da implantação do SAP de Furnas e presta serviços em outras três empresas do conglomerado (peça 36, p. 3), podendo-se inferir que possuía o conhecimento necessário para precificar o objeto licitado.

VIII

32. No que toca à suposta restrição à competitividades mediante limitação de aceitação de atestado de capacidade técnica somente para serviços executados no Brasil (item 2.8), acompanho a Unidade Técnica no sentido de acatar os argumentos da Eletrobras, vez que essa exigência tem amparo nas peculiaridades da legislação brasileira, em especial nas áreas tributária e trabalhista, que demandam conhecimento da empresa prestadora dos serviços de modo a evitar o risco de insucesso na implantação do projeto, que inclusive, foi objeto de pronunciamento da própria fabricante SAP. Porém, como observou a Secex/RJ, os esclarecimentos apresentados pela estatal não constam dos estudos técnicos preliminares que embasaram a contratação, como é o caso da consulta ao Gartner, que só foi realizada após a oitiva promovida por aquela unidade (peça 65).
33. Além disso, pontuo que os recursos administrativos apresentados pelas duas representantes (Wipro e Megawork) não questionaram a exigência de comprovação de prestação de serviços no Brasil, nem tampouco foram a causa de suas inabilitações no certame.
34. Dessa forma, considero suficiente, quanto a esse quesito, que seja dada ciência à Eletrobras de que exigências restritivas quanto à comprovação de experiência técnica em execução anterior com limitação de local específico, identificadas no item 8.6, alíneas “a.1” e “a.3” do Edital do PE DJS 8/2017, devem ser justificadas nos estudos técnicos preliminares, sob pena de afrontar o

disposto no art. 30, § 5º, da Lei 8.666/1993.

IX

35. No que tange à alegação de tratamento diferenciado à licitante considerada vencedora (Engineering), por conta de recebimento de atestados de capacidade técnica que não comprovariam a devida experiência com o sistema SAP ECC 6.0 (item 2.9), acompanho na íntegra os exames das unidades instrutivas descritos no Relatório que precede este Voto.

36. De fato, as diligências complementares realizadas pela Eletrobras estão de acordo com o art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, e foram realizadas para atestados apresentados por outras licitantes (peça 44, p. 47, 50 e peça 45, p. 111-112) e não somente para a licitante Engineering. O exame do teor completo dos atestados indica que o escopo dos serviços incluiu atividades inerentes à implantação, como construção da solução, carga de dados, integração de legados, gestão da mudança, teste da solução, operação em pré-produção, **go-live**, e manutenção e suporte à produção (peça 52, p. 32-34).

37. Portanto, improcedente a representação quanto a esse ponto.

X

38. Referente à troca de CNPJ na contratação do licitante vencedor (item 2.10), assim dispõe o edital do certame:

“3.4 – O Licitante poderá participar do procedimento licitatório por intermédio de sua matriz/sede ou filial, desde que cumpra as condições exigidas para cadastramento no SICAF, em relação ao estabelecimento com o qual pretenda participar do certame, observado o disposto no item 9.7, da Minuta do Contrato, Anexo III do Edital.

3.4.1 – O CNPJ do estabelecimento que participar do certame, matriz/sede ou filial, deverá ser o mesmo a constar no contrato com a ELETROBRAS e nas Notas Fiscais/Faturas emitidas, quando do fornecimento ou execução dos serviços contratados. Dessa forma, não será admitida a emissão de Notas Fiscais/Faturas por CNPJ de estabelecimento diverso daquele participante da Licitação.”

39. Diante disso, não há dúvida de que a troca da empresa que efetivamente participou do certame (matriz) pela empresa efetivamente contratada (filial) foi irregular. Todavia, há que se ter em conta que: (i) é permitida a execução do contrato com a filial em contrato assinado pela matriz, desde que comprovada a regularidade fiscal da executante (Acórdão 3.056/2008-TCU-Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler); (ii) houve a comprovação da regularidade fiscal da filial e (iii) a contratação da filial resultou em economia de cerca de R\$ 4 milhões aos cofres públicos.

40. Nesse contexto, julgo que o Tribunal, no caso em questão, não deve se encerrar em uma interpretação por demais restritiva do sentido da norma ou mesmo do edital, podendo invocar, como razão para o tratamento dessa questão, o interesse público, a exemplo do brilhante Voto proferido pelo eminente Ministro Walton Alencar Rodrigues para o Acórdão 1.758/2003 – Plenário:

“Ressalto, preliminarmente, que o edital não constitui um fim em si mesmo. Trata-se de instrumento para a consecução das finalidades do certame licitatório, que são assegurar a contratação da proposta mais vantajosa e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos precisos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993.

Assim, a interpretação e aplicação das regras nele estabelecidas deve sempre ter por norte o atingimento das finalidades da licitação, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuem para esse desiderato.”

40. Tivessem as partes conhecimento anterior sobre a possibilidade de faturar os serviços em nome da filial, não haveria qualquer controvérsia. Além disso, não é razoável considerar tal vício como insanável, levando à anulação do certame, visto que o contrato dele decorrente se encontra em plena execução, já tendo atingido mais da metade de sua vigência.

41. Assim sendo, em consonância com os pareceres que me antecederam, considero suficiente seja dada ciência à Eletrobras de que: i) a inclusão posterior de documento que deveria constar na proposta original contraria o disposto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993; e ii) a troca do CNPJ que participou do certame (matriz) na assinatura do contrato (filial) vai de encontro ao item 3.4.1 do edital e, portanto, contraria o princípio da vinculação ao instrumento convocatório previsto no **caput** dos arts. 3º e 41 da Lei 8.666/1993.

XI – Dos pedidos de cautelar apresentados

42. O pedido de cautelar apresentado pela empresa Megawork Consultoria e Sistemas Ltda. já foi indeferido pelo Despacho de peça 22.

43. Por fim, trato do pedido de medida cautelar feito pela empresa Wipro do Brasil e Tecnologia Ltda. no âmbito do TC 017.020/2017-4.

44. Apesar de terem sido consideradas procedentes algumas alegações de irregularidades, destaco que a representação não veio acompanhada de elementos que pudessem demonstrar que, efetivamente, tais irregularidades tenham trazido prejuízos à Administração ou aos participantes a ponto de justificar a anulação do certame, o que afasta a fumaça do bom direito, requisito necessário para adoção de medida cautelar. Ademais, o perigo da demora reverso está presente, pois eventual proposta nesse sentido implicaria em prejuízo significativo à Eletrobras, tendo em vista que já foi ultrapassada mais da metade do prazo de execução do contrato ora vigente.

45. Dessa forma, entendo que não estão presentes os pressupostos a ensejar a medida de exceção de que trata art. 276 do Regimento Interno do TCU.

Ante o exposto, VOTO para que seja adotada a minuta de Acórdão que ora trago ao exame deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 8 de agosto de 2018.

AROLDO CEDRAZ
Relator

ACÓRDÃO Nº 1963/2018 – TCU – Plenário

1. Processo TC 015.052/2017-6.
- 1.1. Apenso: TC 017.020/2017-4.
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgão/Entidade: Centrais Elétricas Brasileiras S.A.
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti).
8. Representação legal:
 - 8.1. Helga Araruna Ferraz de Alvarenga (154.720/OAB-SP) e outros, representando Engineering do Brasil S/A.
 - 8.2. Vinicius Pereira de Assis (9.9947/OAB-ES), Guilherme Guaitolini (18.436/OAB-ES) e outros, representando Megawork Consultoria e Sistemas Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representações que noticiam possíveis irregularidades ocorridas nas Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras), relacionadas ao Pregão Eletrônico DJS 8/2017 (PE DJS 8/2017), cujo objeto é a contratação de serviços técnicos de consultoria para implantação do Sistema de Gestão Empresarial SAP ERP nas empresas Eletrobras **holding**, Chesf, Eletrosul, Eletronorte, Furnas, CGTEE, Eletronuclear, Cepel, Amazonas G/T e Eletropar e pós-implantação;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação e da Representação constante do TC 017.020/2017-4, uma vez satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, c/c art. 103, § 1º, **in fine**, e art. 106, ambos da Resolução-TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-las parcialmente procedentes;

9.2. indeferir os pedidos de medida cautelar apresentados pelos representantes Megawork Consultoria e Sistemas Ltda. e Wipro do Brasil Tecnologia Ltda.;

9.3. determinar à Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação que apure a responsabilidade e promova a audiência dos responsáveis pelas seguintes irregularidades identificadas na condução do Pregão Eletrônico DJS 8/2017:

9.3.1. contagem de prazo para o recebimento de impugnações ao edital desconsiderando o segundo dia anterior ao dia da abertura das propostas para a impugnação apresentada pela empresa Megawork Consultoria e Sistemas Ltda., afrontando o disposto no art. 110, **caput**, da Lei 8.666/1993, e a jurisprudência do TCU, em especial o Acórdão 539/2007-TCU-Plenário;

9.3.2. resposta ao pedido de impugnação da empresa Wipro do Brasil e Tecnologia Ltda. após o prazo de 24 (vinte e quatro) horas, afrontando o item 8.16 do edital do certame e o disposto no art. 18, § 1º, do Decreto 5.450/2005;

9.4. dar ciência às Centrais Elétricas Brasileiras S.A., com fulcro no art. 7º da Resolução - TCU 265/2014, sobre as seguintes impropriedades verificadas no Pregão Eletrônico DJS 8/2017, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção da ocorrência de outras situações semelhantes em certames futuros:

9.4.1. as datas informadas no Comprasnet para a adjudicação do objeto e para a homologação do certame (2/6/2017) não refletem as datas em que efetivamente ocorreram (22/5/2017 e 26/5/2017), identificadas na Resolução 369/2017 e na Deliberação 140/2017, o que afronta o princípio da publicidade previsto no art. 37, **caput**, da CF/88;

9.4.2. a não divulgação dos pedidos de impugnação ao edital do certame, mas somente das respostas, não atende plenamente o princípio da publicidade previsto no art. 3º, **caput**, da Lei 8.666/1993 e no art. 5º, **caput**, do Decreto 5.450/2005;

9.4.3. a intempestividade ao responder os pedidos de esclarecimentos, identificada nos avisos de esclarecimento 5 e 6, o que afronta os princípios da eficiência e da publicidade dispostos no art. 37, **caput**, da CF/88 e o princípio da razoabilidade previsto no art. 2º, **caput**, da Lei 9.784/1999;

9.4.4. a contagem de prazo para o recebimento de impugnações ao edital não considerou o segundo dia anterior ao dia da abertura das propostas para a impugnação apresentada pela empresa Megawork Consultoria e Sistemas Ltda., o que afronta o disposto no art. 110, **caput**, da Lei 8.666/1993, e a jurisprudência do TCU, em especial o Acórdão 539/2007-TCU-Plenário;

9.4.5. a resposta ao pedido de impugnação da empresa Wipro do Brasil e Tecnologia Ltda. não obedeceu ao prazo de 24 (vinte e quatro) horas, o que afronta o item 8.16 do edital do certame e o disposto no art. 18, § 1º, do Decreto 5.450/2005;

9.4.6. a exigência de atestado de capacidade técnica com limitação geográfica, identificada no item 8.6, alíneas “a.1” e “a.3”, do edital do certame, sem a devida fundamentação nos estudos técnicos preliminares, contraria o disposto no art. 30, § 5º, da Lei 8.666/1993;

9.4.7. a inclusão posterior de documentos que deveriam constar na proposta original, quais sejam, certidões (fls. 1714-1718 do processo licitatório) e carta proposta (fls. 1953-1954 do processo licitatório) apresentadas pela Empresa Engineering do Brasil S.A. para o certame, contraria o disposto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993;

9.4.8. a troca do CNPJ da empresa Engineering do Brasil S.A. (matriz), que participou do certame, pelo CNPJ de sua filial, na assinatura do contrato, está em desacordo com o item 3.4.1 do edital do referido pregão e contraria o princípio da vinculação ao instrumento convocatório previsto no **caput** dos arts. 3º e art. 41 Lei 8.666/1993;

9.4.9. dar ciência desta deliberação aos representantes, Megawork Consultoria e Sistemas Ltda. e Wipro do Brasil e Tecnologia Ltda., à empresa contratada, Engineering do Brasil S.A., e às Centrais Elétricas Brasileiras S.A..

10. Ata nº 32/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 22/8/2018 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1963-32/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz (Relator), José Múcio Monteiro e Ana Arraes.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral

