



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES
GERÊNCIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
COORDENAÇÃO DE LICITAÇÕES

Pregão Eletrônico nº 14/2019

Processo nº 50500.321097/2019-47

Trata-se de pedido de impugnação interposto pelo **SINAENCO - Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva**, **ANETRANS - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE ENGENHARIA CONSULTIVA DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES** e **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONSULTORES DE ENGENHARIA-ABCE**, tendo em vista possível ocorrência de falhas no Edital do Pregão Eletrônico nº 14/2019, cujo objeto é a contratação de serviços técnicos especializados de engenharia consultiva de apoio às atividades de competência legal da ANTT, quanto à supervisão dos trechos das rodovias federais outorgados à exploração da iniciativa privada, com vistas à aferição da execução adequada do serviço, especificamente, do cumprimento, pelas concessionárias, dos encargos contidos nas cláusulas dos Contratos de Concessão para exploração da Infraestrutura Rodoviária.

1 DAS PRELIMINARES

A Impugnação foi apresentada tempestivamente, observando os termos da Lei nº 10.520/2002, do Decreto nº 5.450/2005 e do item 20 do Edital.

Preliminarmente, importante destacar que o presente Edital foi previamente examinado e aprovado pelo PARECER Nº 00803/2019/PF-ANTT/PGF/AGU, da Procuradoria Federal junto à ANTT, nos termos do artigo 38 da Lei nº 8.666/93.

2 DOS ARGUMENTOS DA IMPUGNANTE

Em resumo, a impugnante questiona a utilização da modalidade de Pregão para a contratação do objeto da contratação.

A impugnante alega que *“Os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça há muito vêm se debruçando sobre essa tema, rechaçando a utilização do pregão, pelo tipo menor preço, para serviços de supervisão de engenharia de obras que têm características específicas de serviços técnicos”*.

3 DA RESPOSTA

Inicialmente, destacamos que no ano de 2018 foi publicado o Edital de Concorrência nº 01/2018, do tipo "Técnica e Preço", para a contratação dos serviços objeto do presente edital de Pregão Eletrônico.

O subitem 4.1 do edital da Concorrência apresentava a seguinte descrição do objeto:

4.1 O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de serviços técnicos especializados de engenharia consultiva de apoio às atividades de competência legal da ANTT, quanto à supervisão dos trechos das rodovias federais outorgados à exploração da iniciativa privada, com vistas à aferição da execução adequada do serviço, especificamente, do cumprimento, pelas concessionárias, dos encargos contidos nas cláusulas dos Contratos de Concessão para exploração da Infraestrutura Rodoviária, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

Da simples leitura do subitem mencionado, podemos concluir pela equivalência do objeto da Concorrência nº 01/2018 com o do Pregão Eletrônico nº 14/2019, que apresenta a seguinte descrição, conforme subitem 1.1:

1.1 O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de serviços técnicos especializados de engenharia consultiva de apoio às atividades de competência legal da ANTT, quanto à supervisão dos trechos das rodovias federais outorgados à exploração da iniciativa privada, com vistas à aferição da execução adequada do serviço, especificamente, do cumprimento, pelas concessionárias, dos encargos contidos nas cláusulas dos Contratos de Concessão para exploração da Infraestrutura Rodoviária, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

Ocorre que o Tribunal de Contas da União, em análise de representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil do próprio TCU, determinou a anulação da Concorrência nº 01/2018,

dentre outros motivos, pela não utilização da modalidade de Pregão Eletrônico, nos termos do Acórdão nº 713/2019 - TCU-Plenário.

Na oportunidade, o TCU concluiu que o objeto da contratação pode ser caracterizado como serviço comum, o que demandaria a utilização da modalidade Pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, conforme disciplinado no art. 1º da Lei 10.520/2002 e art. 4º do Decreto 5.450/2005.

A seguir, apresentamos alguns trechos do voto do Ministro Bruno Dantas, Relator do processo na Corte de Contas:

III

Em relação à modalidade de licitação, a principal questão reside em definir se os serviços previstos na Concorrência 1/2018 caracterizam-se ou não como serviços comuns, o que demandaria a utilização da modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, conforme dispõe o art. 1º da Lei 10.520/2002 c/c o art. 4º do Decreto 5.450/2005.

De início, quanto ao argumento da ANTT de que o pregão seria vedado para a contratação de serviços de engenharia, entendo, diferentemente, que é incontroversa a possibilidade de utilização desta modalidade licitatória nos casos em que se configurem como serviços comuns de engenharia, conforme entendimento já pacificado deste Tribunal por meio da Súmula-TCU 257/2010: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei 10.520/2002”. A ANTT alega ainda que os serviços a serem executados são de natureza predominantemente intelectual, ressaltando que é exigida a anotação de responsabilidade técnica (ART) junto ao CREA. Sobre esse último aspecto, não será a exigência de ART que definirá a escolha da modalidade de licitação, visto que todos os serviços de engenharia, sejam eles comuns ou não, demandam a anotação de responsabilidade técnica junto ao conselho profissional.

Portanto, resta avaliar se, conforme argumenta a ANTT, os serviços objeto da Concorrência 1/2018 não podem ser caracterizados como comuns, por se tratarem de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

Segundo o art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002, consideram-se serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Acerca da definição legal, creio que o ponto determinante é a existência de especificações usuais no mercado, visto que a definição objetiva dos padrões de desempenho e qualidade deve ser um requisito em qualquer licitação e não apenas no pregão.

Essa análise quanto à caracterização de um serviço como comum não é trivial e deve ser avaliada caso a caso. Nesse sentido, cabe transcrever trecho do parecer do Ministério Público junto ao TCU incorporado ao voto do Acórdão 1.092/2014-TCU-Plenário:

“Quanto à primeira das apontadas irregularidades, sou do entendimento de que o enquadramento de determinado serviço como comum ou não, para fins de aplicabilidade do pregão, deve ser realizado não simplesmente em função do rótulo dado ao serviço, mas das suas características e do que ele realmente envolve e representa no caso concreto que se considera. Isso equivale a dizer que classificar ou não um determinado serviço como comum reclama, acima de tudo, um exame predominantemente fático, de natureza técnica.”

Por ser um tema recorrente no TCU, a jurisprudência do Tribunal tem definido precedentes que servem para uma melhor definição da questão. De início, ressalto o entendimento de que não é a complexidade do serviço ou a necessidade de capacitação técnica que irá afastar a possibilidade de utilização do pregão, como bem exposto no voto do Acórdão 1.046/2014-TCU-Plenário, a seguir transcrito:

“18. Primeiramente, há que se ter em mente que ‘bem ou serviço comum’ deve ser entendido como aquele que detém características padronizadas, identificável por denominação usual no mercado. Portanto, a noção de ‘comum’ não está vinculada à estrutura simples de um bem ou de um serviço. Do mesmo modo, a estrutura complexa também não é razão bastante, por si só, para retirar a qualificação de ‘bem ou serviço comum’.

19. Outro aspecto a ser mencionado diz respeito a se especificidades na execução do serviço ou a necessidade de capacitação técnica específica excluiriam a qualificação de ‘comum’, impedindo o uso do pregão. A meu ver, a resposta é negativa, pois um ‘serviço comum’ é aquele cujo mercado domina as técnicas de sua realização, de modo a permitir uma oferta segura em face das exigências previstas no edital.

20. A interpretação acima se fundamenta na parte final do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.520/2002, que faz menção expressa a ‘especificações usuais no mercado’. Ora, a complexidade do serviço não é o fator decisivo para inseri-lo, ou não, no conceito de ‘serviço comum’, mas sim o domínio do mercado sobre o objeto licitado. Caso apresente características padronizadas (de desempenho e de qualidade) e se encontre disponível, a qualquer tempo, em um mercado próprio, o serviço pode ser classificado como serviço comum.

21. Em síntese, entendo que a intenção do legislador não foi ater-se à dicotomia serviço simples X serviço complexo. Na verdade, a adequação ao conceito ‘bem ou serviço comum’ deve se revelar diante do caso concreto.

22. Ante as considerações acima, afastado o argumento de que os serviços de auditoria independente, simplesmente por exigirem conhecimentos específicos do profissional, não se encaixariam na definição de serviço comum.”

Dessa forma, a mera alegação de que os serviços a serem contratados por meio da Concorrência 1/2018 são serviços genericamente descritos como serviços “técnicos especializados” ou serviços de “engenharia consultiva” não é suficiente para justificar a escolha da modalidade concorrência. Examinando ainda a jurisprudência do TCU mais especificamente quanto à contratação de serviços de gerenciamento, supervisão e fiscalização de obras, os quais são muito similares aos serviços da licitação ora em exame, **verifica-se a consolidação do entendimento de que é possível a licitação desses serviços por meio do pregão, conforme fundamentada análise realizada pela SeinfraRodoviaAviação:**

“21. De fato, já existe entendimento consolidado do TCU, há quase uma década, de que, via de regra, as atividades de fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras ou serviços são considerados como ‘serviços comuns’, devendo ser, pois, contratados por meio de pregão.

22. Nesse sentido, cita-se o entendimento desta Corte no Acórdão 2.932/2011-TCU-Plenário (Ministro Relator: Valmir Campelo) , que determinou ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) :

‘9.2.3. para contratação de serviços de supervisão e consultoria, realize a licitação na modalidade pregão, especificando detalhadamente os serviços que a empresa de supervisão ou de consultoria deverá prestar, ressaltando as situações excepcionais em que tais serviços não se caracterizam como ‘serviços comuns’, caso em que deverá ser justificada, dos pontos de vista técnico e jurídico, nos autos do processo de licitação, a utilização extraordinária de outra modalidade licitatória que não o pregão;’

23. **O Tribunal já confirmou, em diversas oportunidades, o entendimento de que os serviços de fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços, que a Lei 8.666/1993 define como ‘serviços técnicos profissionais especializados’ (art. 13, inciso IV) , podem, via de regra, ser considerados ‘serviços comuns’:**

‘São considerados serviços comuns, tornando viável a utilização do pregão para sua contratação, os serviços de gerenciamento de obras, desde que possuam padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos no edital de licitação, por meio de especificações usuais no mercado’ (Enunciado do Acórdão 3.395/2015-Plenário – Ministro-Relator: Benjamin Zymler)

‘É lícita a utilização de pregão para contratação de serviço técnico de apoio à fiscalização de projetos executivos e de execução de obras de engenharia’ (Enunciado do Acórdão 2.899/2012-Plenário – Ministro-Relator: Raimundo Carreiro) .

24. O voto condutor do Acórdão 3.341/2012-Plenário (Ministro-Relator: José Múcio Monteiro) revela que não existe incongruência em considerar um serviço técnico profissional especializado como comum:

‘7. Portanto, para esta Corte de Contas, o serviço de supervisão de obras deve ser, em regra licitado na modalidade pregão, pois, na maioria dos casos, seu padrão de desempenho e qualidade pode ser objetivamente definido, conforme previsão legal.

8. Como bem mostra a unidade técnica, conquanto as atividades em análise sejam complexas para leigos, não o são para as empresas de supervisão e consultoria, que fornecem, habitualmente, serviços semelhantes ao que ora se discute. Desse modo, as especificações seguem parâmetros do mercado, como obriga a lei.’”

Para elucidar ainda mais a questão, é essencial analisar, no caso concreto, as características das atividades previstas na licitação. Nesse sentido, transcrevo inicialmente parte da justificativa para a licitação, contida no projeto básico, Anexo I do Edital da Concorrência 1/2018:

“2.12. Desta maneira, o Termo de Referência proposto pela SUINF foi elaborado com o objetivo de suprir a necessidade de apoio na avaliação dos aspectos técnicos de engenharia, considerando todas as obrigações contratuais referentes aos parâmetros de qualidade dos elementos físicos dos sistemas rodoviários e dos procedimentos executivos para a perfeita operação rodoviária.

2.13. A função das empresas será, deste modo, tão somente, de apresentar relatórios técnicos que subsidiarão as decisões dos Fiscais, servidores de carreira da ANTT. Convém ressaltar que tais relatórios possuem um grau elevado de complexidade técnica, sendo essencial o apoio em tal avaliação.”

Os relatórios previstos como produtos da contratação foram divididos em seis temas, sendo que os relatórios de apoio na análise da monitoração (itens “a” a “e” a seguir) devem ser elaborados apenas uma vez ao ano e o relatório de apoio no acompanhamento (item “f”) deve ser elaborado mensalmente:

Relatório de Apoio na Análise da Monitoração do Pavimento

Relatório de Apoio na Análise da Monitoração da Sinalização Horizontal

Relatório de Apoio na Análise da Monitoração da Sinalização Vertical

Relatório de Apoio na Análise da Monitoração das Obras de Arte Especial

Relatório de Apoio na Análise da Monitoração dos Terraplenos e Estruturas de Contenção

A fim de compreender efetivamente o conteúdo de tais relatórios, vale analisar os custos que os compõem. No caso, verifica-se que as planilhas do orçamento contemplam essencialmente mão de obra (engenheiros, técnicos e auxiliares). A exceção é o Relatório de Apoio na Análise da Monitoração do Pavimento, que contempla também a execução dos seguintes serviços de terceiros: i) levantamento deflectométrico (FWD); ii) levantamento do IRI; iii) levantamento visual contínuo (LVC); e iv) ensaio de mancha de areia.

Quanto aos serviços a serem executados pelos profissionais, o projeto básico da licitação apresenta a descrição específica para cada relatório. Em síntese, os denominados relatórios de apoio na análise da monitoração tratam da análise dos relatórios apresentados pelas concessionárias quanto ao atendimento dos parâmetros de desempenho estabelecidos nos contratos de concessão, abordando cada um dos aspectos específicos sujeitos ao monitoramento, com a realização de verificações amostrais. Aduzo ainda que os Programas de Exploração das Rodovias (PER) estabelecem objetivamente os parâmetros a serem atendidos pelas concessionárias, os quais são parâmetros amplamente utilizados na engenharia rodoviária.

Em relação aos relatórios mensais de apoio no acompanhamento da conservação, manutenção, operação e obras, observo que são serviços similares aos serviços de supervisão usualmente contratados pela administração pública no acompanhamento de obras de construção, restauração e manutenção de obras rodoviárias. Da mesma forma, os levantamentos e ensaios para aferição de parâmetros de desempenho são serviços normalmente prestados por empresas especializadas do mercado.

É relevante, ainda, a informação trazida pela unidade instrutora de que desde 2012, após a prolação do Acórdão 2.932/2011-TCU-Plenário, o Dnit já realizou, em linha com o entendimento do TCU, mais de uma centena de contratações de serviços de supervisão na modalidade pregão (peça 45). Portanto, o mercado de engenharia consultiva encontra-se habituado à elaboração de propostas e ao modelo de disputa normatizado pela Lei 10.520/2002.

Embora a última licitação realizada pela ANTT com o mesmo objeto do certame ora em análise tenha sido realizada na modalidade de concorrência do tipo técnica e preço (Edital de Concorrência 2/2010, peça 10), desde então a jurisprudência do TCU e a prática do mercado evoluíram, conforme já discutido, não havendo razões para que a atual licitação mantenha o modelo adotado há quase uma década.

Por fim, reputo que a presente análise está de acordo com o interesse público, tendo em vista que a utilização do pregão tem proporcionado maior eficiência e economicidade às licitações, mediante a ampliação da competitividade e a maior agilidade dos procedimentos. Julgo que a qualidade das contratações não resta prejudicada, desde que se estabeleçam adequadamente os critérios de habilitação e qualificação técnica e econômico-financeira.

Considerando o exposto, entendo que a adoção da modalidade concorrência foi irregular, de modo que concordo com a proposta da unidade instrutora de fixar prazo para que a ANTT anule a Concorrência 1/2018, adotando a modalidade pregão caso realize outra licitação com objeto similar.

Com relação à Resolução CONFEA nº 1.116, de 26 de abril de 2019, ressaltamos que a Advocacia-Geral da União, por meio do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União, editou o PARECER Nº 00051/2019/DECOR/CGU/AGU, onde ficou consignado que a referida resolução do CONFEA não deve produzir efeitos restritivos em relação à compreensão do agente público acerca do enquadramento de um determinado serviço de engenharia como comum.

Por oportuno, transcrevemos os principais trechos do PARECER Nº 00051/2019/DECOR/CGU/AGU:

2. DA ANÁLISE JURÍDICA

6. O pregão se caracteriza como uma modalidade licitatória que dispõe de elementos diferenciados em relação às modalidades previstas na Lei nº 8.666/93. Há uma evidente acentuação na busca pelo menor preço, a qual influencia a lógica de utilização desta nova modalidade. O procedimento previsto para o pregão se diferencia em sua estrutura, permitindo uma tramitação mais simplificada e célere, bem como a inversão da ordem tradicionalmente estabelecida no estatuto licitatório para as fases de habilitação e de julgamento das propostas, além da possibilidade de redução de tais propostas, através de lances.

7. Além disso, o pregão admite sua realização no formato eletrônico, o que reduz custos transacionais para a participação na licitação e amplia sobremaneira a competitividade. Importante ponderar: se, por um lado, o formato eletrônico, por esta redução de custos e facilitação à participação na licitação resulta em uma potencial ampliação da competitividade e consequente redução do preço, por outro lado, traz consigo o desafio de facilitar a participação de empresas que não possuem responsabilidade ou “know how” para firmar contratações com o Poder Público, desconhecendo os custos transacionais e riscos deste tipo de contratação, o que pode implicar precificação pouco responsável e futuras frustrações contratuais.

8. O desafio acima suscitado certamente se acentua em contratações que exigem maior cuidado ou planejamento na precificação e análise dos custos envolvidos. Talvez por perceber isto, o legislador de 2002 definiu que o escopo do pregão seria a seleção de objetos caracterizáveis como “bens e serviços comuns”, assim os definindo:

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

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

9. Pois bem, o cerne da discussão posta à apreciação, envolve o sedimentado enquadramento de alguns serviços de engenharia como "serviços comuns", para fins de licitação através do pregão e a tentativa do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA, através da Resolução nº 1.116, de 26/04/2019, de afastar a possibilidade deste enquadramento e a consequente adoção da referida modalidade para serviços de engenharia.

10. Cumpre lembrar que os "serviços comuns" devem conter especificações passíveis de aferição objetiva e de inequívoca compreensão pela leitura da descrição editalícia, de forma que não se apresentem maiores dificuldades técnicas para seleção. Nos termos dispostos pelo Decreto nº

5.450/2005, em seu artigo 2º, os bens e os serviços comuns seriam "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais do mercado".

11. Na verdade, o conceito de bem e serviço comum é aberto. Embora facilmente verificável que algumas hipóteses de contratação podem ser enquadradas perfeitamente nessa concepção, outras tantas de forma alguma se caracterizariam como tal. Há, ainda, uma faixa de incerteza, de objetos que podem ou não ser enquadrados, de acordo com nuances específicas, o que exige uma compreensão lastreada no caso concreto e nas condições do mercado contemporâneo, motivo pelo qual um determinado bem ou serviço incomum hoje pode, em um futuro próximo, caracterizar-se como algo usualmente verificável no mercado.

12. Não é imprescindível que o bem comum esteja "pronto" no mercado, pois é possível também que o pregão seja utilizado para bens confeccionados por encomenda ou para serviços. O importante é que o produto ou serviço possa ser objetivamente caracterizado em sua espécie,

desempenho e qualidade, através de especificações usuais do mercado. Assim pontua Marçal Justen Filho:

Para concluir, numa tentativa de definição, poderia dizer-se que bem ou serviço comum é aquele que se apresenta sob identidade e características padronizadas e que se encontra disponível, a qualquer tempo, num mercado próprio (JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 4ª Edição. São Paulo: Dialética. 2005. P. 30).

13. Em sentido semelhante, Joel de Menezes Niehbur:

Bem e serviço comum são aqueles que possam ser definidos no edital por meio de especificações objetivas, que se prestam a estabelecer o padrão de qualidade desejado pela Administração Pública, de acordo com as características usuais no mercado, sem que variações de ordem técnica eventualmente existentes entre os bens e serviços ofertados por diversos fornecedores que atendam a tais especificações objetivas sejam importantes ou decisivas para a determinação de qual proposta melhor satisfaz o interesse público e desde que a estrutura procedimental da modalidade pregão, menos formalista e mais célere, não afete a análise da qualidade do objeto licitado ou importe prejuízos ao interesse público (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 3 ed. Revisada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 204.)

14. Curiosamente, no início da utilização do pregão havia uma evidente interpretação restritiva ao conceito de bens e serviços comuns, contudo, os bons resultados desta modalidade induziram uma ampliação da compreensão dada ao conceito, em algumas situações até o esgarçamento.

15. Conforme definido outrora pelo STF, em Acórdão relatado pelo Ministro Cezar Peluso (STF. MS 27596. Publ. 03/10/2008), devemos perceber que o Pregão, enquanto procedimento simplificado que é, foi criado para imprimir celeridade no processo de aquisição e ampliar a competição entre os interessados nas licitações, gerando estímulo à redução de preços. Nele, são mitigados os requisitos de participação, fato justificável em virtude de sua aptidão para contratações mais simples, identificadas, pelo legislador, como "bens e serviços comuns". Nesse raciocínio, contratações complexas ou "sujeitas a intensa atividade intelectual" afastam-se do conceito, prescrito pela Lei nº 10.520/02, de definição editalícia objetiva, por meio de especificações usuais no mercado.

16. Pois bem, diante deste dilema de escolha, não é algo inédito que entidades, defendendo legítimos interesses corporativos e técnicos, questionem a adoção da modalidade Pregão para a seleção de serviços prestados por profissionais a ela relacionados.

17. Agindo desta forma, no dia 26/04/2019, o Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA) aprovou a Resolução nº 1.116, buscando definir, entre outras coisas, que as obras e serviços de engenharia seriam, necessariamente, "serviços técnicos especializados"

(<http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolu%C3%87%C3%83o-n%C2%BA-1.116-de-26-de-abril-de-2019-86523311>).

18. Vale a transcrição de trecho da referida Resolução:

RESOLUÇÃO Nº 1.116, DE 26 DE ABRIL DE 2019

Estabelece que as obras e os serviços no âmbito da Engenharia e da Agronomia são classificados como serviços técnicos especializados.

O CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA - CONFEA, no uso das atribuições que lhe confere a alínea "f", do art. 27 da Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e

Considerando que a Lei nº 5.194, de 1966, regulamenta o exercício profissional da Engenharia e da Agronomia;

Considerado que o art. 1º da Lei nº 5194, de 1966, define que as profissões de Engenharia e de Agronomia são caracterizadas pelas realizações de interesse social e humano que importem no aproveitamento e utilização de recursos naturais, na execução de meios de locomoção e comunicações, de edificações, serviços e equipamentos urbanos, rurais e regionais, de instalações e meios de acesso a costas, cursos, e massas de água e extensões terrestres, bem como no desenvolvimento industrial e agropecuário;

Considerando que, conforme previsto na Lei nº 5.194, de 1966, os profissionais diplomados nas áreas abrangidas pelo Sistema Confea/Crea somente poderão exercer suas profissões após o registro nos Conselhos Regionais de Engenharia e Agronomia;

Considerando que a obrigatoriedade de registro profissional, estabelecida pela Lei nº 5.194, de 1966, decorre da comprovação de qualificação e da conseqüente habilitação para a prática e aplicação de soluções técnicas especializadas para a realização de obras e serviços de engenharia, o que exclui deste campo de atividades a atuação de pessoas leigas no assunto;

Considerando que o art. 7º da Lei nº 5.194, de 1966, define as atividades e atribuições dos profissionais do Sistema Confea/Crea, incluindo neste rol as competências para planejamento ou projeto, em geral, de regiões, zonas, cidades, obras, estruturas, transportes, para exploração de recursos naturais e desenvolvimento da produção industrial e agropecuária, para elaboração de estudos, projetos, análises, avaliações, vistorias, perícias, pareceres e divulgação técnica, atividades de ensino, pesquisa, experimentação e ensaios, fiscalização, direção e execução de obras e serviços técnicos, bem como produção técnica especializada, industrial ou agropecuária;

Considerando que a Lei nº 6.496, de 7 de dezembro de 1977, institui a Anotação de Responsabilidade Técnica na execução de obras e na prestação de serviços de Engenharia e Agronomia;

Considerando que as obras e os serviços de Engenharia e de Agronomia envolvem riscos à sociedade, ao seu patrimônio e ao meio ambiente, em face da própria natureza das atividades desenvolvidas;

Considerando que obras e serviços de Engenharia e de Agronomia podem admitir diferentes metodologias ou tecnologias em sua consecução;

Considerando que ajustes no planejamento e na execução da obra ou do serviço são frequentemente necessários para a entrega de um produto final que atenda ao interesse público e privado;

Considerando que os padrões de desempenho e qualidade dos serviços e obras de Engenharia e de Agronomia, por serem objeto de soluções específicas e tecnicamente complexas, não podem ser definidos a partir de especificações usuais de mercado, carecendo de capacidade técnica intrínseca apenas aos profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições;

Considerando, portanto, que a execução de obras e serviços da Engenharia e da Agronomia possuem características próprias e envolvem circunstâncias específicas, variáveis segundo as peculiaridades do local em que serão executados;

Considerando que compete ao Confea examinar e decidir em última instância os assuntos relativos ao exercício das profissões de Engenharia e de Agronomia e conceder atribuições profissionais na área da Engenharia e Agronomia, resolve:

Art. 1º Estabelecer que as obras e os serviços de Engenharia e de Agronomia, que exigem habilitação legal para sua elaboração ou execução, com a emissão da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, são serviços técnicos especializados.

§ 1º Os serviços são assim caracterizados por envolverem o desenvolvimento de soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica, por abarcarem risco à sociedade, ao seu patrimônio e ao meio ambiente, e por sua complexidade, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições.

§ 2º As obras são assim caracterizadas em função da complexidade e da multiprofissionalidade dos conhecimentos técnicos exigidos para o desenvolvimento do empreendimento, sua qualidade e segurança, por envolver risco à sociedade, ao seu patrimônio e ao meio ambiente, e por demandar uma interação de concepção físico-financeira que determinará a otimização de custos e prazos, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições.

Art. 2º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. (Grifos nossos)

19. A publicação da Resolução nº 1.116/2019 busca obstar a adoção do Pregão nas contratações públicas de serviços enquadrados como de "engenharia". Este propósito fica evidenciado quando, nos "considerandos", a Resolução fixa que: "os padrões de desempenho e qualidade dos serviços e obras de Engenharia e de Agronomia, por serem objeto de soluções específicas e tecnicamente complexas, não podem ser definidos a partir de especificações usuais de mercado, carecendo de capacidade técnica intrínseca apenas aos profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições"

20. A referência à impossibilidade de definição "a partir de especificações usuais de mercado" busca gerar incompatibilidade entre esses serviços e o próprio conceito legal para serviços comuns, acima já transcrito.

21. Primeiramente, com relação aos serviços de engenharia, vale esclarecer que a Lei nº 10.520/2002 não exclui expressamente a utilização do pregão para a contratação de obra e serviço de engenharia. O Decreto nº 3.555/2000 (art. 5º) e o Decreto nº 5.450/2005 (art. 6º) é que vedaram tais contratações (através de pregão), sendo que este último vedou a utilização apenas para as "obras", não os serviços de engenharia. Noutro prumo, embora, em nível federal, o Decreto nº 5.450/2005 admita claramente a contratação de serviços de engenharia

por meio de pregão, o regulamento não tem condição de afastar a exigência de que sejam esses serviços enquadráveis como comuns.

22. Assim, para que seja possível a aplicação da modalidade pregão para licitação de um objeto identificado como serviço de engenharia seja possível, basta que este serviço de engenharia seja caracterizável como "serviço comum".

23. Não parece verdadeira a premissa construída pelo CONFEA, segundo a qual uma atividade submetida, por lei, à responsabilidade técnica de uma determinada profissão ou categoria profissional, ou caracterizada como serviço técnico especializado, não possa ser jamais adjetivada como "comum", para fins de adoção da modalidade pregão.

24. Necessário destacar: há um rotineiro equívoco na afirmação de que "comum é aquilo que não guarda complexidade, aquilo que não é complexo". Para quem assim raciocina, o que é complexo não pode ser considerado comum. Contudo, o conceito antagônico a "complexo" é "simples", não "comum". Este antagoniza com o conceito de "raro", "incomum", de forma que é possível que algo "complexo" seja considerado "comum", da mesma forma que algo "simples", possa ser "raro" ou "incomum".

25. Seguem também nesse prumo as lições de Jessé Torres Pereira Junior:

... em aproximação inicial do tema, pareceu que "comum" também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser "comum", no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado (**PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 6. ed. p. 1006.**).

26. No mesmo diapasão, Hamilton Bonatto ressalta tal equívoco, asseverando que "comum é o que não é raro", é o que está à disposição e, no caso dos serviços comuns postos à licitação, podem ser identificados com certa facilidade no mercado. Seguindo esta linha de raciocínio, ele, com razão, vaticina que serviços comuns são aqueles que podem ser definidos de forma objetiva por meio de especificações do mercado, independentemente de sua complexidade. Esta compreensão permite a caracterização de serviços de engenharia como tais. Vale a transcrição de trecho da obra deste autor:

Portanto, ao se tratar de serviços comuns, está a se falar de serviços que podem ser definidos de forma objetiva por meio de especificações que o mercado utiliza usualmente, independentemente de sua complexidade.

A questão que resta resolver é se é possível caracterizar alguns serviços de engenharia como "comuns", isto é, possuidores de padrões de desempenho e qualidade definíveis no edital, por meio de especificações usuais no mercado. (...)

(...)

Para que os serviços de engenharia sejam caracterizados como comuns é requisito essencial que seus padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, porém, como "comum" é, como vimos acima, o que "não é raro", faz-se necessário também que o mercado oferte de forma corriqueira, habitual, o serviço com esses padrões, de forma que suas utilizações sejam normalmente reconhecidas e aceitas como cotidianas pelos profissionais da área de engenharia (**BONATTO, Hamilton. Governança e gestão de obras públicas: do planejamento à pós-ocupação. Belo Horizonte: Forum, 2018. pág138**).

27. O Professor Victor Amorim, em interessante artigo no qual ele enfrenta a questão de forma qualificada, confirma essa linha de entendimento:

Pela dicção da Lei nº 10.520/2002, não há uma antinomia intrínseca entre bens e serviços "comuns" e "complexos". A perspectiva de adjetivação do objeto da contratação deve ser pautada sob a ótica do mercado relevante. Afinal, ainda que ostente características complexas de execução e que demande o acompanhamento de um responsável técnico detentor de qualificação profissional específica, tal serviço será considerado como "comum" se houver, por parte do mercado relevante, pleno domínio das técnicas de sua realização, permitindo uma proposição objetiva e padronizada de execução do objeto. É esse o entendimento que se extrai da expressão "especificações usuais de mercado" utilizada no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.520/2002. (**AMORIM, Victor. A Resolução nº 1.116/2019 do CONFEA: fim dos serviços comuns de engenharia? Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/a-resolucao-no-1-116-2019-doconfea-fim-dos-servicos-comuns-de-engenharia/> Acesso em 11/06/2019, às 18:12**)

28. Esta é a linha de entendimento defendida pelo Tribunal de Contas da União, segundo o qual a noção de comum não está vinculada à estrutura simples de um bem ou de um serviço. Do mesmo modo, a estrutura complexa também não é razão bastante, por si só, para retirar a qualificação de bem ou serviço comum (**TCU. Acórdão 1.046/2014-Plenário**).

29. Para sedimentar o assunto, o Tribunal de Contas da União expediu a **Súmula nº 257/2010**, definindo sua posição sobre a possibilidade de adoção do Pregão para licitar serviços de engenharia:

Súmula nº 257 - "O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002".

30. No âmbito da Advocacia Geral da União, este também é o entendimento consolidado por este Departamento da Consultoria Geral da União, notadamente através do Parecer nº 075/2010/DECOR/CGU/AGU:

PREGÃO. VEDAÇÃO À CONTRATAÇÃO DE OBRAS DE ENGENHARIA. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNS DE ENGENHARIA. I - Consulta acerca da interpretação do art.6º do Decreto nº, 5.450/05. II – Decisões do Tribunal de Contas da União reconhecendo a inconstitucionalidade da mencionada norma. III – Distinção entre obras e serviços de engenharia e respectivo tratamento legislativo; IV – Vedação legal à realização da modalidade licitatória pregão para obras de engenharia. Art. 1º lei nº. 10.520/02 c/c art. 6º, I e II da Lei nº. 8.666/93. Adequação da vedação prevista no art. 6º do Decreto nº. 5.450/05. V – Possibilidade de contratação de serviços de engenharia por pregão, desde que se tratem de serviços comuns. VI - Fixação da interpretação a ser seguida pelas Consultorias Jurídicas ou órgãos equivalentes e Núcleos de Assessoramento Jurídico. Sugestão de encaminhamento de recomendação ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais – DEAEX da Consultoria-Geral da União e à Casa Civil da Presidência da República (Parecer n. 075/2010/DECOR/CGU/AGU).

31. Obviamente, nem todo serviço de engenharia pode ser enquadrado como comum. Outrossim, parece equivocada a afirmativa diametralmente oposta de que nenhum serviço de engenharia possa ser assim enquadrado. A prática demonstra evidente que existem serviços de engenharia que podem ser caracterizados como “comuns”, pois possuem padrões de desempenho e qualidade que podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, sendo reconhecidos como cotidianos pelos profissionais da área de engenharia. Ademais, mesmo adotando-se o Pregão, sempre bom lembrar, os requisitos de habilitação técnica pertinentes serão devidamente exigidos no momento oportuno do procedimento licitatório.

32. Outrossim, embora sejam legítimos os interesses corporativos do CONFEA e suas preocupações, não lhes compete diferenciar o que vem a ser serviços comuns e serviços incomuns, para admitir ou restringir a adoção de uma modalidade licitatória. Muito menos, possui o CONFEA competência para interferir no Poder Normativo do Executivo Federal, disciplinando o conceito de serviço comum ou, ao arpejo do Decreto Federal, restringir sua aplicação de forma generalizada. Admitir a restrição proposta pelo CONFEA significaria admitir uma usurpação das competências constitucionalmente estabelecidas ao Chefe do Poder Executivo Federal.

33. A competência para esta aferição do caráter “comum” de um serviço de engenharia pertence ao Executivo Federal, no sentido normativo abstrato, e ao órgão da licitante da Administração, no sentido executivo e concreto, através do agente público incumbido desta tarefa, o que deve ser feito de acordo com a análise do caso, pois o enquadramento do serviço de engenharia como “comum” não deve ser feito a priori, mas sim de acordo com a avaliação do objeto licitado e a atual configuração do mercado pertinente.

34. Assim, a Resolução nº 1.116, de 26/04/2019, do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA não deve nem pode produzir efeitos restritivos em relação à compreensão do agente público competente acerca do enquadramento de um determinado serviço de engenharia como serviço comum, para fins de definição da modalidade de licitação adequada. Diante do dilema de decisão acerca da caracterização de um determinado serviço de engenharia como comum, o agente público deve agir de forma técnica, lastreado nos elementos apresentados pela Lei nº 10.520/2002 e a pertinente regulamentação dos competentes órgãos do Poder Executivo Federal.

3. DA CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, parece necessária a sedimentação das seguintes conclusões:

a) É possível a licitação de serviços de engenharia através da modalidade pregão, quando tais serviços são caracterizáveis como serviços comuns, nos termos da Lei nº 10.520/2002.

b) A Resolução nº 1.116, de 26/04/2019, do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA não deve nem pode produzir efeitos restritivos em relação à compreensão do agente público competente acerca do enquadramento de um determinado serviço de engenharia como serviço comum.

c) Diante do dilema decisório acerca da caracterização de um determinado serviço de engenharia como comum, o agente público federal deve agir de forma técnica, lastreado nos elementos apresentados pela Lei nº 10.520/2002 e na pertinente regulamentação dos competentes órgãos do Poder Executivo Federal.

Logo, considerando o posicionamento exarado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 713/2019 - TCU-Plenário, e as conclusões constantes do PARECER Nº 00051/2019/DECOR/CGU/AGU, entendemos que o Edital do Pregão Eletrônico está em conformidade com a legislação vigente, uma vez que os serviços objeto da contratação são considerados comuns, nos termos do art. 1º da Lei 10.520/2002 e art. 4º do Decreto 5.450/2005.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto, decido conhecer a impugnação interposta pelo **SINAENCO - Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva**, **ANETRANS - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE ENGENHARIA CONSULTIVA DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES** e **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CONSULTORES DE ENGENHARIA-ABCE** e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo na íntegra o Edital ora impugnado.

(assinado eletronicamente)

ADÃO CABRAL FORMIGA

Pregoeiro



Documento assinado eletronicamente por **ADAO CABRAL FORMIGA, Pregoeiro(a)**, em 27/08/2019, às 16:15, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.antt.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1153329** e o código CRC **E779AE30**.

Referência: Processo nº 50500.321097/2019-47

SEI nº 1153329

St. de Clubes Esportivos Sul Trecho 3 Lote 10 - Telefone Sede: 61 3410-1000 Ouvidoria ANTT: 166

CEP 70200-003 Brasília/DF - www.antt.gov.br