

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 005.920/2022-1 [Apenso: TC 006.777/2022-8]

Natureza: Representação (de equipe de fiscalização)

Unidade: Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba; Ministério do Desenvolvimento Regional

Representação legal: não há

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. APURAÇÃO DE PRÁTICAS COLUSIVAS ENVOLVENDO CONTRATAÇÕES DA CODEVASF REALIZADAS POR MEIO DE SISTEMAS DE REGISTRO DE PREÇOS, DESTINADAS À PAVIMENTAÇÃO DE VIAS. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR PROPOSTA. CONSTITUIÇÃO DE APARTADO PARA AVALIAÇÃO DE SUPOSTAS FRAUDES ÀS LICITAÇÕES. PROSSEGUIMENTO DESTE ACOMPANHAMENTO.

RELATÓRIO

Transcrevo como Relatório, com ajustes de forma, a instrução elaborada pela equipe de fiscalização integrada por servidores da Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura – SeinfraOperações e da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana – SeinfraUrbana, acolhida pela dirigente desta última unidade:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se representação, com fundamento no art. 86, inciso II, da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 237, inciso V, e 246, do Regimento Interno do TCU (RI/TCU), formulada pela equipe de fiscalização no curso do acompanhamento sob Registro Fiscalis 52/2022, que tem como objeto (i) pregões eletrônicos realizados pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba (Codevasf) para o registro de preços de obras de pavimentação, com o emprego de técnicas variadas (CBUQ, CAUQ, TSD, blocos intertravados e paralelepípedo); e (ii) os respectivos instrumentos contratuais derivados dos registros de preços.

2. Ocorre que, no curso do acompanhamento, identificaram-se indícios de restrição à competitividade e de fraude à licitação mediante conluio dos licitantes, de modo que a equipe de fiscalização entendeu pertinente representar à dirigente da unidade técnica, para parecer conclusivo ao relator, inclusive com proposta de medida cautelar para alguns dos objetos.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Inicialmente, deve-se registrar que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes do art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter a devida qualificação dos representantes, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

4. Ademais, a equipe designada pela Portaria de Fiscalização SeinfraUrbana n. 135, de 31 de março de 2022, no âmbito do TC 005.920/2022-1, possui legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no inciso V do art. 237 do RI/TCU.

5. Ainda, conforme dispõe o art. 103, § 1º, in fine, da Resolução-TCU 259/2014, verifica-se a existência do interesse público no trato da suposta irregularidade/ilegalidade, pois a celebração de atas de registro de

preços decorrentes de licitações com indícios de vícios à legalidade, à competitividade e à economicidade pode, em tese, causar prejuízo à Codevasf e a outras entidades que vierem a aderir às referidas atas.

6. Dessa forma, a representação poderá ser apurada, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo RI/TCU.

EXAME SUMÁRIO

7. Presentes os requisitos de admissibilidade, segue exame sumário acerca do risco para a unidade jurisdicionada, da materialidade e relevância dos fatos noticiados, nos termos do art. 106 da Resolução-TCU 259/2014.

8. Relevância: a construção e a recuperação de pavimentação são meios utilizados para a efetivação das ações orçamentárias '1D73 – Apoio à Política Nacional de Desenvolvimento Urbano' e '7K66 - Apoio a Projetos de Desenvolvimento Sustentável Local Integrado', voltadas, respectivamente, ao desenvolvimento urbano e ao fortalecimento da capacidade produtiva e apoio à infraestrutura produtiva.

9. Materialidade: o valor dos pregões eletrônicos já adjudicados ou homologados supera R\$ 3,97 bilhões. O volume de recursos envolvidos poderá ser acrescido, em virtude da possibilidade de adesão das atas de registro de preços por outras entidades da Administração.

10. Risco: a realização de processo licitatório para o registro de preços com critérios tendentes a restringir o caráter competitivo do certame e com indícios de atuação de licitantes em contrariedade com as regras e os princípios que regem as licitações públicas tem o potencial de prejudicar a seleção de proposta que melhor atenda o interesse público. Os fatos relatados foram verificados em um conjunto de pregões eletrônicos realizados pela Codevasf, tanto por sua unidade sede quanto por superintendências regionais, de forma que não se limitam a casos pontuais, representando um risco à própria gestão da unidade jurisdicionada ao TCU.

EXAME TÉCNICO

11. Este Exame técnico é dividido em seções para melhor apresentação dos fatos. Inicialmente, apresenta-se um breve histórico dos fatos que motivaram uma análise mais aprofundada quanto à possibilidade de restrição à competitividade e de conluio entre as licitantes, sendo observados o aumento do volume de recursos licitados e, simultaneamente, a concentração de empresas vencedoras.

12. Adiante, a Seção II expõe características das licitações da Codevasf, relacionadas ao objeto licitado e à forma como ocorreram as licitações, utilizando-se do Sistema de Registro de Preço (SRP). A Seção III, por sua vez, explica a metodologia para seleção da amostra.

13. A Seção IV trata dos indícios de fraude à licitação mediante conluio entre as licitantes. Por fim, a Seção V apresenta os requisitos que fundamentam a proposta de medida cautelar no caso concreto.

I. Histórico

14. Desde 2018 a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf) tem realizado licitações na forma de pregões eletrônicos para registro de preços de obras de pavimentação urbana em municípios localizados em sua área de atuação. A Companhia é uma empresa pública, constituída sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR), regida pela Lei 6.088/1974. Por se tratar de empresa pública, também obedece ao disposto na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), inclusive no que se refere a licitações e contratos.

15. Atinente às obras de pavimentação, entre 2018 e 2021 foram lançados 102 editais que contemplaram 161 lotes e somaram R\$ 3,97 bilhões. Esses valores, entretanto, não são distribuídos de maneira uniforme ao longo do tempo, conforme se observa na Figura 1 e na Figura 2.

Figura 1 - Evolução anual da quantidade total de lotes licitados

Figura 2 - Evolução anual do valor total licitado


[Fonte: peça 159]

16. Em representação apresentada pela Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCom), em 12/1/2021, sobre pregões de registro de preços da Codevasf para obras de pavimentação (TC 000.224/2021-9), foram apontados indícios de irregularidade pelo uso do sistema de registro de preços para a contratação de obras de engenharia, o que seria vedado pela legislação. A representação também versou sobre (i) a ausência de projeto básico e (ii) a assinatura de contratos guarda-chuva, sem objeto definido, para a execução daquelas obras.

17. No Acórdão 1.213/2021-TCU-Plenário, o Tribunal, dentre outras medidas, determinou à Codevasf que adotasse providências para mitigar os riscos identificados naquelas contratações, como vedar a adesão de outros órgãos e entidades da Administração Públicas àquelas atas de registro de preços. Ainda, definiu parâmetros e regras que deveriam ser seguidos pela Codevasf na fiscalização dos contratos decorrentes daqueles pregões, a fim de evitar a concretização de riscos ali apontados.

18. Destaca-se que aquele Acórdão 1.213/2021-TCU-Plenário foi prolatado no contexto do TC 000.224/2021-9, processo sob a relatoria do Exmo. Ministro-Substituto Augusto Sherman. Aquele processo tem o escopo limitado a 29 editais, listados no Apêndice I desta instrução. Ato contínuo, instaurou-se o TC 036.369/2021-7, fiscalização desta SeinfraUrbana que tem como objeto aqueles 29 editais, com uma materialidade total de R\$ 622 milhões.

19. A partir de 10/4/2022, a imprensa produziu uma série de matérias que mencionavam possível favorecimento a uma determinada empresa em processos licitatórios de pavimentação realizados pela Codevasf, incluindo indícios de fraudes e relação entre sócios de duas empresas que concorreram em um dos certames.

20. Diante de tais notícias, em abril de 2022, avaliou-se, no âmbito da SeinfraOperações, a existência de indícios de fraude à licitação nos certames de pregões de registro de preços para obras de pavimentação. Em análise sumária, concluiu-se que havia risco de fraude à licitação mediante atividade colusiva em editais com relevante materialidade, atraindo a atuação do Tribunal.

21. Antes mesmo das notícias jornalísticas, a SeinfraUrbana, em 30/3/2022, instaurou processo de acompanhamento (Acom - TC 005.920/2022-1), que tem como objeto os editais da Codevasf. A fim de evitar que corresse concomitantemente ações do Tribunal com escopo, em parte, comum, definiu-se a formação de equipe conjunta e a utilização, como subsídio, dos apontamentos produzidos no bojo da prospecção realizada pela SeinfraOperações, devidamente incorporada nesta representação.

22. Esclarece-se que a fiscalização em curso (acompanhamento) também contempla questões atinentes a editais e à execução contratual (adequação da realização dos serviços, correspondência com as especificações contratadas, etc.).

II. Considerações iniciais sobre as licitações da Codevasf

23. Esta Seção II tem objetivo informativo, apresentando um panorama geral sobre os editais de pavimentação lançados pela Codevasf.

24. Inicialmente, explica-se que um único edital pode ser subdividido em diferentes lotes ou 'itens'. Exemplifica-se esse caso com o edital 25/2021 – Montes Claros/MG. O edital tem como objeto o registro de preços para a execução de serviços de pavimentação com aplicação de CBUQ em vias urbanas e rurais de municípios diversos nas regiões Norte e Nordeste da região de atuação da Superintendência de Minas Gerais, conforme divisão exposta na Tabela 1.

Tabela 1 – Exemplo de subdivisão de lotes em um edital

Lote	Polo	Área (m²)
1	Montes Claros/MG	108.000,00
2	Januária/MG	66.000,00
3	Mato Verde/MG	78.000,00
4	Manga/MG	48.000,00
5	São Romão/MG	72.000,00
6	Pirapora/MG	36.000,00
7	Unai/MG	60.000,00
TOTAL LICITADO		468.000,00

[Fonte: Edital 25/2021 – Montes Claros/MG]

25. Essa divisão do objeto por lotes é usual nos editais examinados. A situação é explicada pela necessidade de contratação de pavimentação em diferentes regiões ou pela necessidade de diferentes tecnologias envolvidas (CBUQ, TSD, etc.).

26. Outro aspecto relevante que deve ser mencionado é que as licitações ocorrem na modalidade pregão, sendo as compras processadas através do sistema de registro de preço (SRP). O SRP é usualmente utilizado em contratos em que há imprevisibilidade acerca do quantitativo e/ou do momento em que a contratação se fará necessária. Há três pontos relevantes do uso do SRP:

- a) possibilidade de contratação de quantitativo inferior ao licitado;
- b) possibilidade de múltiplos contratos decorrerem da mesma ata de registro de preço; e
- c) possibilidade de oferta, por parte da licitante, de quantitativo inferior ao licitado.

27. Os dois primeiros pontos devem ser observados em conjunto. Em se tratando de SRP, não há uma relação biunívoca entre o quantitativo do lote licitado e o quantitativo do contrato celebrado. Ou seja, é possível que um determinado lote licitado leve a uma multiplicidade de contratos menores, desde que o somatório dos quantitativos de cada contrato seja adequado ao quantitativo licitado. Da mesma forma, é possível que um total licitado não seja integralmente contratado. Exemplifica-se.

28. O Edital 16/2021 de Bom Jesus da Lapa/BA foi parcelado em 3 itens. Os itens têm como objeto o serviço de pavimentação em municípios da área de atuação daquela superintendência, no Estado da Bahia e são subdivididos da seguinte forma:

- d) Item 1: Bom Jesus da Lapa, Barreiras e Guanambi, com total de 333.000 m²;
- e) Item 2: Irecê, com total de 162.000 m²; e
- f) Item 3: Vitória da Conquista, com total de 333.000 m².

29. Utilizando-se do Sistema de Gestão de Contratos e Convênios da Codevasf (Sigec), levantou-se quais seriam os contratos decorrentes daquele edital, conforme Tabela 2.

Tabela 2 - Contratos decorrentes do Edital 16/2021 - Bom Jesus da Lapa/BA

Contrato	Super. contratante	Local da obra	Valor inicial
0.722.00/2021	Sede	Municípios RN	R\$ 9.000.000,00
2.465.00/2021	Bom Jesus da Lapa	Municípios BA	R\$ 3.820.000,00
2.466.00/2021	Bom Jesus da Lapa	Municípios BA	R\$ 8.881.500,00
2.483.00/2021	Bom Jesus da Lapa	Municípios BA	R\$ 1.050.500,00
2.589.00/2021	Bom Jesus da Lapa	Municípios BA	R\$ 3.500.000,00
0.665.00/2021	Sede	Municípios PB	R\$ 10.982.500,00

Contrato	Super. contratante	Local da obra	Valor inicial
TOTAL			R\$ 37.234.500,00

[Fonte: Sigec, consultado em 10/5/2022 (peça 168)]

30. Como pode ser observado, apesar de terem sido licitados três itens independentes, foram celebrados, até o momento da consulta, seis contratos. Dos seis contratos, quatro são relativos à área de atuação da Codevasf de Bom Jesus da Lapa, e outros dois são relativos a municípios dos Estados do Rio Grande do Norte e da Paraíba. Com esse exemplo, fica claro que não existe uma relação única entre o quantitativo licitado e o total de contratos. Ainda, expõe-se outra característica do SRP, que é a possibilidade de adesão de outros órgãos à ata do pregão. Sobre esse último aspecto, atualmente as adesões são restritas à própria Codevasf, por força do Acórdão 1.213/2021-TCU-Plenário, de relatoria do Exmo. Ministro Augusto Sherman.

31. Retomando os principais pontos do SRP, resta explicar o terceiro: possibilidade de oferta, por parte da licitante, de quantitativo inferior ao total licitado. De pronto, registra-se que não foi observada a situação nas atas analisadas. Ainda assim, cabe trazer que, pela natureza da licitação em tela, seria possível, ao menos em tese, que uma empresa licitante oferecesse proposta de quantitativo menor do que o licitado, sendo viável que a Administração convoque outras empresas, na ordem de classificação, para a aquisição do quantitativo total do bem ou serviço. Apenas para retratar essa possibilidade teórica, colaciona-se trecho do Edital 12/2021 – Petrolina/PE:

‘15.4. Se a proposta do licitante classificado em primeiro lugar não alcançar o quantitativo total estimado para o item ou grupo de itens, os demais licitantes que concordarem com a prestação de Serviço ao preço do primeiro colocado também serão convocados, respeitada a ordem de classificação, para proceder a prestação de Serviço desejado, até que o quantitativo total seja atingido, conforme determina o Art. 11 inciso II do § 2º, do Decreto n. 7.892/2013.’

[Edital 12/2021 – Petrolina/PE; destaques adicionados]

32. Por fim, registra-se que esta representação não versa contra a utilização do SRP pela Codevasf, sendo esse uso objeto de verificação pelo Tribunal no Acórdão 1.213/2021-TCU-Plenário (relatoria do Exmo. Ministro-Substituto Augusto Sherman) e no respectivo processo.

III. Seleção da amostra

33. Inicialmente, cumpre informar que se definiu na fiscalização que seriam avaliados 29 editais de pregões eletrônicos conduzidos pela Codevasf, bem como as respectivas atas. A lista dos editais definidos como amostra é apresentada no Apêndice II.

34. A seleção de editais para amostra adotou os critérios de temporalidade e risco. Quanto à temporalidade, a amostra priorizou editais lançados no ano de 2021. Esse corte temporal tem três fundamentos:

- a) trata-se de ano com maior volume de recursos licitados;
- b) apesar do alto volume licitado, ainda não ocorreu desembolso de parcela relevante desse montante, o que potencializa a eficiência da atuação de controle; e
- c) evita-se eventual sobreposição da amostra deste trabalho com os trabalhos decorrentes do TC 000.224/2021-9, sob a relatoria do Exmo. Ministro-Substituto Augusto Sherman (Apêndice I).

35. Sobre o critério de risco, consideraram-se os riscos relacionados à superintendência responsável pela licitação e os riscos relacionados às empresas licitantes.

36. O risco das empresas foi mensurado baseado em critérios como: (i) empresas que mais venceram licitações, em números absolutos; (ii) empresas que mais participaram de licitações; (iii) empresas mais eficientes – grande número de vitórias frente às participações; (iv) empresas menos eficientes – pouca ou nenhuma vitória a despeito de muita participação; (v) empresas que venceram com menores descontos, ou descontos muito baixos; e (vi) empresas que mais participaram de licitações que tiveram baixos descontos. O detalhamento dessa seleção é apresentado à peça 173.

37. Atinente ao risco das superintendências, seguiram-se os critérios especificados no Quadro 1.

Quadro 1 - Critérios de risco por superintendência

<i>Maior quantidade de lotes em editais</i>	<i>Maiores valores licitados em editais</i>	<i>Menor número médio de licitantes por lote</i>	<i>Menor desconto médio</i>	<i>Maior concentração de mercado</i>
Montes Claros (MG)	Sede (DF)	Montes Claros (MG)	Montes Claros (MG)	Montes Claros (MG)
Sede (DF)	Petrolina (PE)	Juazeiro (BA)	Bom Jesus da Lapa (BA)	Petrolina (PE)
Bom Jesus da Lapa (BA)	Montes Claros (MG)	Petrolina (PE)	Juazeiro (BA)	Sede (DF)
Petrolina (PE)	São Luís (MA)	Sede (DF)	Petrolina (PE)	
			Sede (DF)	

38. Considerando essas duas componentes dos critérios de risco e o critério temporal para uma amostra do ano de 2021, selecionaram-se 29 editais, listados no Apêndice II desta instrução. Esses editais foram objeto da aplicação de procedimentos de auditoria no curso daquela fiscalização.

39. A partir daquele exame, concluiu-se por indícios de fraude à licitação mediante conluio. Assim, tornou-se necessária a ampliação da amostra em decorrência da similaridade dos editais, apenas para a análise da ocorrência de conluio. As avaliações acerca das regras editalícias permaneceu circunscrita à lista original de certames. Ocorre que a natureza da irregularidade requer o exame de um conjunto de procedimentos, a fim de avaliar possível atuação orquestrada da situação.

40. Nesse contexto, informa-se que um dos editais analisados neste trabalho é objeto de exame em processo presidido pelo Exmo. Ministro-Substituto Augusto Sherman. No entanto, aqui nesta representação, esse edital é analisado tão somente sob a perspectiva de fraude à licitação, em nada relacionado à sua execução. Portanto, entende-se que não há conflito de relatoria quanto a este edital, pois: (i) o exame neste trabalho se restringe à irregularidade de fraude à licitação mediante conluio, e não a eventual restrição à competitividade por condições editalícias ou à execução contratual – ou seja, indícios de irregularidades diferentes; e (ii) os indícios de fraude à licitação devem abarcar os editais de forma conjunta, pois se referem a uma ação concertada entre empresas, de modo que a análise pontual de editais pode se tornar ineficiente.

IV. Indícios de fraude à licitação

41. A seleção de um rol representativo de certames, processados em diferentes unidades da federação, tanto pela sede quanto pelas superintendências regionais da Codevasf, permitiu à equipe ter uma visão sistêmica do seu desenvolvimento, sob variados aspectos.

42. O exame tem como critério as publicações ‘Guia de Combate a Cartéis em Licitação’ (peça 158) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e ‘Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas’ (peça 157) da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

43. Inicialmente, ainda no bojo de exame perfunctório, compilaram-se informações de diversos editais referentes a obras de pavimentação. A síntese daquele trabalho e as estatísticas produzidas se encontram à peça 159. A partir da análise realizada, identificaram-se potenciais indícios de fraude à licitação, sendo observado simultaneamente:

- a) o expressivo aumento do volume licitado, tanto em lotes como em recursos (Figura 2);
- b) redução da concorrência, sendo observadas reduções (i) da quantidade absoluta de empresas licitantes; e (ii) da quantidade média de licitantes por lotes disputados (Figura 3);
- c) redução abrupta do desconto médio nas licitações de 2021 (Figura 4);
- d) uma maior concentração nas licitantes vencedoras ao longo do tempo (Figura 5).

Figura 3 - Número médio de participantes por ano



Figura 4 - Desconto médio por ano



Figura 5 - Histograma de itens vencidos



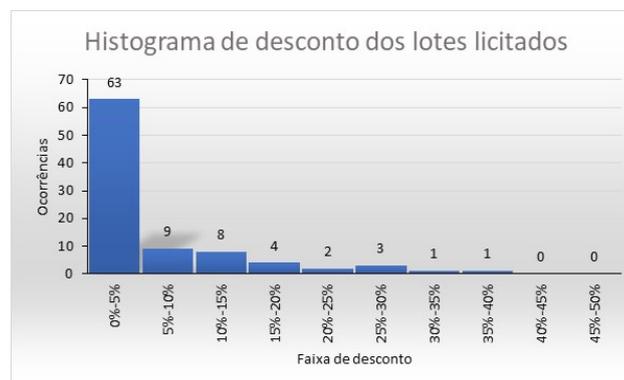
44. Em seguida, aprofundou-se o exame das licitações, conforme exame apresentado à peça 173. Identificaram-se as superintendências com maior risco de fraude, considerando os critérios de (i) lotes licitados, (ii) quantidade média de licitantes por lotes; e (iii) desconto médio obtido. De forma similar, identificaram as empresas com maior risco de atividade colusiva por uma série de critérios objetivos. A partir desses exames, procedeu-se a um exame pormenorizado do comportamento das empresas nos pregões.

45. Os 161 lotes analisados foram vencidos por 50 empresas diferentes (um dos lotes não teve vencedor), sendo que 84 lotes (52,3%) foram vencidos por apenas quatro empresas. Em 2021 foram 127 empresas distintas disputando 91 lotes. Dessas 127, 21 venceram algum lote, sendo que 60 lotes (66%) foram vencidos por apenas duas empresas. Apenas para comparação, os demais 70 lotes disputados entre 2018 e 2020 foram vencidos por 37 empresas diferentes e apenas nove delas venceram mais de dois certames. Conforme já mencionado, a concentração de empresas reflete diretamente no desconto oferecido, conforme histogramas dispostos na Figura 6 e Figura 7.

Figura 6 - Histograma de descontos 2018-2020



Figura 7 - Histograma de descontos 2021



46. A partir da análise dos histogramas de desconto, verificou-se concentração de descontos pouco significativos (abaixo de 10%), ao tempo em que há várias licitações com desconto em torno de 20% a 30% e outras tantas que chegaram a 45%. Os dados mostram que, embora tenha havido casos pontuais de desconto pouco significativo nos anos de 2018 a 2020, essa situação prevaleceu nas licitações realizadas em 2021.

47. Naquele exame, também ficou claro que o aumento da concorrência propicia o aumento do desconto, indicando que a presença de uma empresa de fora do grupo de licitantes identificado como grupo de risco (mesmo em licitações com poucas licitantes) tem o efeito de aumentar significativamente o desconto da licitação.

48. Esses padrões foram abordados detidamente nas análises individuais dos certames, mas, a título exemplificativo, cabe mencionar alguns padrões identificados principalmente nas licitações realizadas em 2021:

a) nas licitações de Montes Claros (24/2021, 25/2021, 29/2021, 39/2021 e 40/2021) verificam-se indícios de divisão de lotes, em que a empresa (**omissis**) venceu seus lotes com descontos quase sempre inferiores a 1% e outras empresas que participaram da disputa se sagraram vencedoras de um ou dois outros lotes, sempre com desconto também muito baixo;

b) nas licitações de Bom Jesus da Lapa (13/2021, 16/2021 e 17/2021) a (**omissis**) se sagrou campeã de todos os lotes com descontos entre 0,6% e 1,5%, embora em todos os casos houvesse pelo menos outras três ou quatro empresas participando dos certames;

c) nas cinco licitações de Petrolina (12/2021, 13/2021, 14/2021 e 15/2021) identificaram-se indícios de rodízio entre as empresas, com aparente divisão de lotes entre as empresas.

49. Ainda, foram abordados outros indícios de atuação coordenada de empresas com o objetivo de fraudar os procedimentos licitatórios, como a participação de licitantes sem experiência em obras do tipo licitado – portanto, sem capacidade de comprovar os requisitos de habilitação técnica exigidos nos editais, sem a capacidade financeira mínima exigida no edital, empresas que ofereceram propostas para obras a mais de 2.000 km de seus endereços e não ofereceram proposta em pregões do mesmo tipo em seu próprio estado e, por fim, licitantes com uma quantidade de funcionários incompatível com a execução do objeto do certame, o que configura a participação na licitação sem que houvesse a possibilidade real de competir pelo objeto em disputa.

50. Ressalta-se que, no caso de conluio, existe uma dificuldade intrínseca de detecção de cartel e conluio, de modo que o CADE atribui elevada relevância às provas indiretas:

‘Com vistas a demonstrar a existência de acordos colusivos, a autoridade de defesa da concorrência pode utilizar tanto provas diretas – documentos que comprovam a existência material do acordo entre os licitantes – quanto as chamadas provas indiretas. Devido à dificuldade de obtenção de provas diretas, as provas indiretas constituem importante meio de provas dos acordos.

Na investigação de cartéis em licitação, é comum o uso de provas indiretas, especialmente em termos de comportamentos suspeitos dos participantes que fogem ao que seria esperado em uma licitação normal em

que há de fato concorrência entre os licitantes. Exemplos disso são: propostas com erros semelhantes, rodízio de vencedores entre concorrentes e verificação de um padrão na margem de preço das propostas apresentadas.

As provas indiretas resultam da interpretação ativa – e.g., inferências lógicas, análises econômicas e deduções – levada a cabo pela autoridade, acerca de fatos e indícios que, analisados em conjunto, comprovariam a infração anticoncorrencial, posto não haver outra explicação plausível para os investigados se comportarem daquela maneira.

De um lado, os participantes do cartel, que têm em mãos as provas diretas do acordo, empregam todos os esforços necessários para dissimular sua existência. De outro, as autoridades de defesa da concorrência enfrentam tais estratégias de dissimulação e destruição das provas empreendidas pelos participantes de cartéis por meio do uso de provas indiretas, que possuem importante papel na demonstração de acordos colusivos, conforme verificado na jurisprudência internacional.’

(Guia Combate a Cartéis em Licitações – CADE, p. 23-24 <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>>, visitado em 10/8/2022)

51. No caso concreto, observa-se um conjunto de indícios que apontam para práticas colusivas e efeitos característicos de prática colusiva, concluindo-se, portanto, pela ocorrência da ilicitude. O Apêndice III apresenta a lista dos 21 editais para os quais se identificaram indícios de atuação colusiva, o que representa a licitação de R\$ 1.127.829.531,10 divididos em 63 lotes.

52. Não será proposto, neste momento processual, a responsabilização de empresas em face dos indícios de conluio. Isso porque esta instrução contempla proposta de adoção de medida cautelar, que tem caráter mais urgente em função de impactar certames e contratos em andamento ou em processo de assinatura. A proposta de medida cautelar será detalhada em seção específica deste Exame Técnico.

53. De todo modo, é adequado que, após o exame da medida cautelar, seja proposto ao Tribunal que avalie a responsabilização das empresas envolvidas nos indícios de conluio. Reforça-se que a abrangência dos indícios de fraude – que envolvem 35 empresas e 63 lotes licitados – indica que seu tratamento demandará uma análise mais custosa. Caso fossem tratados em conjunto a proposta de medida cautelar e a responsabilização quanto às irregularidades, o processo poderia ser negativamente impactado quanto à sua tempestividade e, conseqüentemente, na eficácia da atuação do Tribunal.

54. A peça 171 apresenta a conduta de cada uma das empresas por edital, de modo a sintetizar as conclusões da peça 173.

IV.1. Riscos de paralisação das obras

55. Ao longo deste trabalho, constatou-se uma concentração de licitações vencidas por determinadas empresas. Além dos indícios de conluio apontados nesta representação, a concentração de empresas vencedoras leva ao risco de inexecução contratual em decorrência (i) de potencial violação da capacidade econômica e financeira das empresas; e (ii) da amplitude da área de atuação da Codevasf.

56. A fim de avaliar a potencial violação da capacidade econômica da empresa, a equipe procedeu a um exame quanto ao total contratado pelas empresas vis-à-vis seu capital social declarado em certames. O exame se restringiu às quatro empresas que mais venceram lotes relacionados à pavimentação. Em seguida, buscou-se no Sigec o total contratado com essas empresas, a fim de comparar com seu capital social declarado nos certames em que participou. O resultado consta da Tabela 3. Ressalta-se que esse exame perfuntório considerou apenas o total contratado para cada empresa no momento da consulta, não sendo considerado o status do contrato, de modo que é possível que alguns dos contratos já tenham sido concluídos.

Tabela 3 - Capacidade econômico e financeira das empresas (valores históricos)

Empresa	CNPJ	Total contratado [A]	Capital social [B]	[B] / [A]
(omissis)	(omissis)	R\$ 519.196.449,44	R\$ 12.150.000,00	2,34%
(omissis)	(omissis)	R\$ 142.072.735,08	R\$ 20.000.000,00	14,08%
(omissis)	(omissis)	R\$ 69.681.791,22	R\$ 7.600.000,00	10,91%

(omissis) (omissis) R\$ 106.882.599,35 R\$ 5.000.000,00 4,68%

[Fonte: Sigec (peça 168 – consultado em 10/5/2022) e informação das licitantes em certames participados]

57. De plano, observa-se que 2 das 4 empresas apresentam capital social inferior a 5% do total contratado, e uma terceira apresenta capital social próximo a 10%. A situação, por si só, não apresenta uma irregularidade, pois: (i) não há um critério preciso e definido quanto à necessidade de 10% do capital social como forma de habilitação econômica e financeira; e (ii) a busca feita neste trabalho se refere a contratos históricos com a Codevasf, não tendo sido identificado o que estaria em execução simultaneamente.

58. Ainda assim, o critério de 10% é metodologia utilizada pela própria Codevasf em seus editais para habilitação econômico e financeira das empresas. Além disso, não se buscaram contratos dessas empresas com outros órgãos federais ou de outras unidades federativas, de modo que existe o risco de comprometimento da capacidade operacional das empresas contratadas.

59. Cabe, nesse ponto, reforçar a incoerência entre (i) a situação em que empresas têm volume de licitações vencidas superior a 10% de seu capital social; e (ii) os requisitos dos editais de Montes Claros/MG, que requerem que a empresa licitante comprove capacidade econômica e financeira para somente concorrer a lotes.

60. A situação se agrava considerando que as empresas disputam diferentes itens com potencial de serem contratados no amplo território de atuação da Codevasf, que abarca municípios em diversos estados brasileiros, conforme Figura 8. Além disso, o risco é amplificado pelo fato de se utilizar o SRP, com potencial de adesão de atas por diferentes Superintendências, o que, em tese, tem o potencial de tornar mais complexa a gestão da empresa acerca de seus contratos em execução.

Figura 8 - Área de atuação da Codevasf



[Fonte: <<https://www.codevasf.gov.br/area-de-atuacao/apresentação>> - visitado em 18/8/2022]

61. Analisando o caso concreto da *(omissis)*, identificou-se, pelo Sigec, que, em maio/2022, a *(omissis)* tinha 40 contratos de pavimentação em execução (já iniciados e ainda não terminados) originados de pregões, totalizando R\$ 320.270.767,88 (valores históricos). Ou seja, o capital social da empresa (R\$ 12.150.000,00) representa 3,79% do valor contratado, percentual inferior aos 10% utilizados recorrentemente pela Codevasf como critério de habilitação econômica e financeira. Quanto à área de atuação, identificou-se que os contratos estão distribuídos em extenso território nacional, conforme descrito na Tabela 4.

Tabela 4 - Contratos ativos da (omissis) em maio/202

UF	Contratos ativos	Valor total
BA	17	R\$ 139.139.711,23
SE	10	R\$ 31.695.241,76
MG	4	R\$ 10.432.587,35
AP	3	R\$ 91.951.425,08
TO	1	R\$ 2.865.000,00
MA	1	R\$ 4.775.000,00
RN	1	R\$ 26.740.000,00
PI	1	R\$ 877.045,20
GO/MT	1	R\$ 1.550.237,26
CE	1	R\$ 10.244.250,00
TOTAL	40	R\$ 320.270.767,88

[Fonte: Sigec - consulta em maio/2022]

62. Ou seja, além do potencial comprometimento da capacidade econômica e financeira da empresa, existe uma dificuldade logística de prestação de serviços simultâneos em ampla extensão do território nacional.

63. Como um segundo risco de paralisação de obras, aponta-se a possibilidade de descaracterização do objeto contratado frente o licitado.

64. Em outra oportunidade, a Codevasf apresentou ao Tribunal sua motivação para o uso do SRP em licitações para pavimentação (Acórdão 1.213/2021-TCU-Plenário, de relatoria do Exmo. Ministro-Substituto Augusto Sherman), sendo indicado, entre outros pontos a dificuldade de definição prévia do local e do quantitativo da obra.

65. Essa justificativa, entretanto, apresenta riscos à execução contratual, com potencial de paralisação das obras. Examinando os orçamentos dos editais na amostra deste trabalho, identificaram-se serviços como (i) escavação, carga e transporte de material e (ii) espalhamento de material em bota-fora. Esses serviços são intrinsecamente conectados às especificidades do local da obra, de modo que a dificuldade de se definir previamente o quantitativo e o local da obra é uma característica que, em tese, tem o potencial de tornar inadequadas as especificações técnicas do objeto licitado. Ademais, identificaram-se outros riscos relacionados à elaboração do orçamento, como (i) de sua elaboração ter sido fundamentada em um corte simplificado e genérico; e (ii) serviços medidos de forma não usual, a exemplo de desmobilização medida em 'tkm'. Essas características indicam que o orçamento e o projeto são elaborados de forma genérica e não necessariamente adequadas às características locais da obra.

66. Em síntese, o fato de se licitar obra de pavimentação sem a definição prévia do local e do quantitativo é um risco à execução contratual, visto que podem ser necessários ajustes no projeto.

67. Registra-se que o exame quanto à adequação das especificações técnicas do objeto licitado vis-à-vis a execução contratual não é objeto desta representação, sendo aqui tão somente apontado o risco de paralisação da obra. Esse exame não foi realizado neste momento pelo fato de os editais da amostra terem baixa execução contratual, tornando inviável tal análise. Ainda assim, coloca-se que o relatório de fiscalização (Fiscalis 52/2022 - TC 005.920/2022-1), tendo por base outros editais, contemplará exames afetos à execução contratual.

68. Não é demais lembrar que 'motivos técnicos', a exemplo de projetos deficientes, são um dos principais fatores para a paralisação de obras públicas. Conforme Voto condutor do Acórdão 1.079/2019-TCU-Plenário (Auditoria Operacional sobre obras paralisadas), de relatoria do Exmo. Ministro Vital do Rêgo,

identificou-se, na amostra daquele trabalho, que 47% do total de obras paralisadas seriam por 'motivos técnicos', frente a 3% de paralisações por atuação de órgãos de controle.

V. Proposta de adoção de medida cautelar

69. Frente aos indícios de fraude mediante conluio nos pregões referentes aos editais especificados no Apêndice III, será proposto ao Tribunal que, com fundamento no art. 276, caput, do Regimento Interno do TCU, determine, cautelarmente, à Codevasf que se abstenha de assinar novos contratos e de emitir qualquer nova ordem de serviço relacionados aos lotes de atas de registro de preço listados no Anexo III, até que o Tribunal delibere sobre o mérito da matéria em apreço.

70. No caso concreto, encontram-se presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

71. A fumaça do bom direito se faz presente em razão dos indícios de fraude à licitação mediante atuação colusiva, o que, caso confirmado, caracteriza ilícito administrativo (Lei 8.443/1992, art. 46; Lei 12.846/2013, art. 5º, inciso IV; Lei 12.462/2011, art. 47, inciso IV; Lei 14.133/2021, art. 155, inciso IX), ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992, art. 10, inciso VIII) e crime (Decreto Lei 2.848/1940, art. 337-F).

72. O perigo da demora é caracterizado pelo risco de desembolso de recursos em contratação com descontos artificialmente reduzidos. Como analisado, as atas de registro de preço com indícios de fraude mediante conluio têm descontos reduzidos quando comparados com as demais licitações (sem indícios de conluio), com impacto potencial da ordem de R\$ 245 milhões. Portanto, há risco de sobrepreço e superfaturamento, caso sejam emitidas novas ordens de serviço ou iniciadas novas frentes de trabalho em decorrência de atas de registro de preço com indicativos de fraude mediante conluio (o que representa nulidade) e consequentes descontos reduzidos.

73. De outra parte, verifica-se que a adoção da medida cautelar, na forma proposta nesta instrução, não traz prejuízos significativos aos entes atingidos ou ao interesse público, não configurando, portanto, o *periculum in mora* ao reverso. Primeiramente, observa-se que a proposta abarca tão somente a assinatura de novos contratos e a emissão de novas ordens de serviço, justamente a fim de que trabalhos já iniciados não sejam prejudicados ou paralisados. Em segundo lugar, a medida não impediria o início de novas frentes de trabalho, desde que estas tenham origem em atas de registro de preço sem indícios de fraude.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

Anulações de contratos ou atas de registro de preço

74. Ao longo do desenvolvimento da fiscalização, houve a veiculação de notícias na imprensa dando conta da anulação de contratos firmados com a empresa (**omissis**), na ordem de mais de R\$ 200 milhões (<<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/07/governo-bolsonaro-anula-r-200-mi-em-contratos-com-empiteira-apos-reportagens-da-folha.shtml>> - visitado em 27/8/2022).

75. Diante das notícias, buscaram-se informações atinentes a eventuais anulações ou revogações, publicações no Diário Oficial da União, até a data de 26/8/2022, referentes aos pregões eletrônicos listados no Apêndice III desta instrução. As principais informações estão dispostas no Quadro 2.

Quadro 2 - Publicações identificadas

Ata	Superintendência	Publicação	Data	Edição	Seção
17/2021	Bom Jesus da Lapa	Aviso de cancelamento	28/6/2022	120	3
17/2021	Bom Jesus da Lapa	Extrato de registro de preço	16/8/2022	155	3

76. Ou seja, identificou-se que, do universo de pregões listados neste trabalho como indicativo de fraude à licitação, houve apenas um cancelamento, com subsequente chamada de outra empresa para assinatura da ata, com valor global de R\$ 48.602.579,20, dividida em três itens. Entende-se que a situação em nada muda a proposta de encaminhamento, haja vista que: (i) o cancelamento amigável da ata, por si só, não retira os indícios de fraude; (ii) a empresa (**omissis**), nova signatária da ata, está no grupo de risco, tendo sido identificados indícios de que participou do ato colusivo; (iii) os efeitos da suposta fraude permanecem, mantendo-se as observações relativas à redução da quantidade de licitantes e do baixo desconto obtido (ata com valor global de R\$ 48.062.579,20, frente uma estimativa de R\$ 49.342.720,00, o que representa um desconto de 1,50%).

Responsabilidade pelo processo

77. Por fim, considerando o disposto no art. 30 da Portaria-Segecex 2/2021, será proposto que a presente representação passe a ser da responsabilidade técnica da SeinfraOperações.

CONCLUSÃO

78. Desde 2018 a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf) tem realizado licitações na forma de pregões eletrônicos para registro de preços de obras de pavimentação urbana em municípios localizados em sua área de atuação.

79. Entre 2018 e 2021 foram lançados 102 editais que contemplaram 161 lotes e somaram R\$ 3,97 bilhões.

80. A fiscalização, na modalidade acompanhamento (Registro Fiscalis 52/2022 – TC 005.920/2022-1), identificou indícios de irregularidades relacionadas aos editais publicados e ao processamento dos certames lançados pela Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba – Codevasf (Sede e Superintendências Regionais), para registro de preços de obras de pavimentação.

81. O objetivo desta instrução é levar ao conhecimento do Relator, Exmo. Ministro Jorge Oliveira, as circunstâncias dantes relatadas que fornecem, na visão da equipe, um conjunto robusto de indicativos que comprometem de forma direta a lisura dos procedimentos analisados.

82. Nesse sentido, após levantamento da situação atual das atas de registro de preços e dos contratos a elas vinculadas, mormente quanto ao estágio de execução, constatam-se casos em que ainda não houve a celebração de contratos com a vencedora ou nos quais a contratação é recente, pactuados ao longo de 2022 e com execução incipiente. Ainda, há casos em que a ata de registro de preços não veio a ser assinada, de forma que é oportuna a atuação célere desta Corte de Contas para a obtenção de eficácia de sua decisão, conjugada ao reduzido potencial de dano decorrente de eventual medida impeditiva da continuidade das licitações inquinadas de vícios.

83. Especificamente quanto ao Pregão Eletrônico SRP 17/2021, de Bom Jesus da Lapa/BA, cumpre registrar que, embora o ato publicado no DOU de 28/6/2022 tenha determinado o cancelamento da respetiva ata de registro de preços e a rescisão amigável dos contratos que menciona (peça 169), consta do item III da publicação a 'autorização para que a 2ª Superintendência Regional da Codevasf dê continuidade aos procedimentos licitatórios referente ao Edital do Pregão Eletrônico nº 17/2021 - 2ª/SR', de sorte que esse objeto não deve ser excluído do conjunto que será tratado na proposta de encaminhamento. Inclusive, em 16/8/2022, foi publicado o extrato de registro de preço com a empresa (**omissis**) (peça 170), pelo valor global de R\$ 48.602.579,20.

84. Ainda, a análise dos pregões realizados pela Codevasf apontou indícios de conluio de empresas licitantes, destacadamente nas licitações realizadas em 2021. Tendo em vista que cerca de 64% do valor licitado na amostra de certames analisados se refere a pregões processados em 2021, há relevante risco de que esses indícios possam prejudicar o atingimento dos objetivos da política pública como um todo. Os indícios foram examinados a partir de publicações institucionais do CADE e da OCDE. Dos vinte indícios listados pelo CADE, dez foram passíveis de avaliação e todos os dez ocorreram. Dos 45 indícios nomeados pela OCDE, onze puderam ser avaliados e nove foram confirmados.

85. Importante ressaltar que um ambiente cartelizado não contemplará necessariamente todos os indícios, de modo que a inoportunidade de alguns não afasta a existência de ação colusiva das empresas. Pelo contrário, o acúmulo de indícios é o que robustece a conclusão dessa situação.

86. Tendo em vista os fortes indícios de que os pregões de SRP para pavimentação foram atingidos por fraude licitatória por meio de conluio entre licitantes, partiu-se para confirmar essa ocorrência, bem como para identificar as empresas que teriam feito parte do eventual acordo colusivo. O exame quanto ao comportamento de cada uma das empresas individualmente se encontra à peça 173.

87. Verificaram-se indicativos de proposta fictícia, de supressão de propostas e de combinação de rodízio entre as empresas. A relação entre empresa, conduta e ata de registro de preço afetada se encontra na peça 171.

88. Ao cabo, identificou-se a necessidade de proposta de medida cautelar, considerando que ainda não ocorreu desembolso financeiro completo referente às atas com indícios de fraude à licitação, será proposta

medida cautelar a fim de que não se materialize o risco identificado – celebração de contratos eivados de nulidade e com potencial sobrepreço. Quanto aos pressupostos da cautelar, esta instrução identificou a fumaça do bom direito e o perigo da demora, assim como descaracterizou o perigo da demora ao reverso.

89. Registra-se que não será proposta qualquer medida de responsabilização nesta etapa processual, sem prejuízo que tal exame ocorra em etapas futuras. Ocorre que a urgência na necessidade de medida cautelar se faz premente, de modo que eventual proposta de responsabilização poderia atrasar a discussão quanto aos indícios de fraude. Posteriormente, em o Tribunal confirmando os indícios de fraude, procede-se à individualização das condutas das empresas e consequente audiência.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

90. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior propondo:

a) com fundamento nos arts. 235, 237, inciso V, e 246 do Regimento Interno do TCU, conhecer da presente representação da equipe de fiscalização;

b) instaurar processo apartado, do tipo representação, para análise dos fatos tratados nesta instrução, sob a responsabilidade da Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações), considerando o disposto no art. 30 da Portaria-Segecex 2/2021;

c) determinar cautelarmente à Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf), com fundamento no art. 276, caput, do Regimento Interno do TCU, tendo em vista a existência de elementos necessários para a adoção de provimento cautelar, que se abstenha de assinar novos contratos e de emitir novas ordens de serviço oriundos das atas de registro de preço listadas no Apêndice III desta instrução, até que o Tribunal delibere sobre o mérito dos indícios de fraude à licitação mediante conluio presentes nos referidos pregões;

d) realizar oitiva da Codevasf, no bojo do processo instaurado no item 'b' supra, nos termos do art. 250, inciso V, do RITCU, para que, no prazo de até quinze dias, a contar do recebimento da notificação, manifeste-se sobre os fatos apontados nesta representação, especialmente quanto aos indícios de fraude à licitação mediante conluio, alertando a empresa quanto à possibilidade de o Tribunal, caso caracterizado vício insanável, vir a decretar a nulidade dos pregões listados acima e dos atos dele decorrentes, determinando à Codevasf que adote medidas para tornar nulos os contratos firmados;

e) após a oitiva realizada, caso os indícios de fraude à licitação se mantenham, determinar à SeinfraOperações que, no bojo do processo de representação instaurado, proceda à individualização da conduta das empresas responsáveis para a realização das respectivas audiências;

f) restituir os presentes autos à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana para prosseguimento do monitoramento em curso.”

É o relatório.

VOTO

Trata-se de representação formulada por equipe integrada por auditores da Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura – SeinfraOperações e da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana – SeinfraUrbana encarregada de realizar acompanhamento na Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e da Parnaíba – Codevasf, por mim aprovado no âmbito do TC 004.730/2022-4, com o objetivo de *“identificar, tempestivamente, potenciais riscos de irregularidades e minimizar as consequências deles decorrentes, antes da contratação da execução dos serviços da obra”*.

2. No decorrer dos trabalhos, a equipe se utilizou de produção de conhecimento que vinha sendo desenvolvida pela SeinfraOperações voltada à averiguação da presença de indícios de atuação concertada de empresas para fraudar certames promovidos pela Codevasf com vistas à realização de obras de pavimentação, por meio de Sistemas de Registro de Preços – SRP. Utilizando como referência publicações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, a unidade assinalou que o mercado de pavimentação possui características intrínsecas que facilitam a formação de cartéis e a atuação colusiva de empresas.

3. A partir da elaboração de checklists com os critérios colusivos destacadas pelo Cade e pela OCDE, a unidade técnica identificou a presença de *“indícios de conluio em contratações públicas”* em alguns certames.

4. Diante desse fato, a equipe buscou verificar mais minudentemente alguns dos pregões eletrônicos realizados pela Codevasf. Para isso, analisou 29 editais lançados no ano de 2021, selecionados de uma amostra construída a partir da conjugação dos critérios de *“risco por superintendência”* e *“risco das empresas”* (Apêndice II à instrução, peça 174, p. 17).

5. O *“risco por superintendência”* foi estimado a partir da conjugação dos seguintes fatores: *“(i) Maior quantidade de lotes em editais”*; *“(ii) Maiores valores licitados em editais”*; *“(iii) Menor número médio de licitantes por lote”*; *“(iv) Menor desconto médio”*; e *“(v) Maior concentração de mercado”*. Foram aplicados esses critérios para classificação, além da Sede, das Superintendências de Montes Claros/MG, Bom Jesus da Lapa/BA, Petrolina/PE, São Luís/MA e Juazeiro/BA,

6. O *“risco das empresas”*, por seu turno, foi construído a partir dos critérios: *“(i) empresas que mais venceram licitações, em números absolutos; (ii) empresas que mais participaram de licitações; (iii) empresas mais eficientes – grande número de vitórias frente às participações; (iv) empresas menos eficientes – pouca ou nenhuma vitória a despeito de muita participação; (v) empresas que venceram com menores descontos, ou descontos muito baixos; e (vi) empresas que mais participaram de licitações que tiveram baixos descontos”*.

7. O exame realizado nos 29 editais constantes da amostra indicou a existência de indícios de fraude às licitações e da formação de conluio entre os participantes. Em face dessa constatação, a equipe de fiscalização expandiu a amostra, de forma a possibilitar a melhor compreensão do comportamento das empresas. Nessa linha, foram analisados 161 lotes licitados, com a ressalva de que as avaliações das regras editalícias permaneceu circunscrita aos certames constantes da amostra inicial (29 certames). Ou seja, a amostra expandida foi utilizada exclusivamente para a construção de padrões estatísticos relacionados ao comportamento das empresas.

8. Inicialmente, cinquenta empresas foram consideradas como *“de risco”*. Após a individualização dos exames de suas participações nos certames, quinze empresas foram retiradas da lista, pois suas atuações não indicavam a existência de uma *“ação combinada”* com empresas concorrentes. Ao final, o *“Grupo de Risco”* se encontra formado por trinta e cinco empresas, indicadas à peça 173, pp. 41-42.

9. A equipe de fiscalização assinalou que existem vinte e um certames – sessenta e três lotes licitados – que apresentam “*fortes indícios de terem sido fraudados pela atuação colusiva das empresas do Grupo de Risco*”, totalizando R\$ 1,128 bilhão. O quadro abaixo sintetiza os certames e seus respectivos objetos. Destaco que todos são na modalidade de Sistema de Registro de Preços – SRP:

Edital	Superintendência	Objeto
13/2021	Bom Jesus da Lapa/BA	pavimentação com aplicação de tratamento superficial duplo (TSD), em vias urbanas e rurais de municípios diversos, localizados na área de atuação da 2ª Superintendência Regional da CODEVASF, no Estado da Bahia.
16/2021	Bom Jesus da Lapa/BA	pavimentação com aplicação de concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ), em vias urbanas e rurais de municípios diversos na área de atuação da 2ª Superintendência Regional da CODEVASF, no Estado da Bahia.
17/2021	Bom Jesus da Lapa/BA	pavimentação em bloco de concreto intertravado, em vias urbanas e rurais de municípios diversos na área de atuação da 2ª Superintendência Regional da CODEVASF, no estado da Bahia.
07/2021	Juazeiro/BA	pavimentação asfáltica com aplicação de tratamento superficial duplo – TSD, em vias urbanas e rurais de municípios diversos inseridos na área de atuação da 6ª Superintendência Regional da Codevasf, no estado da Bahia.
08/2021	Juazeiro/BA	pavimentação em bloco intertravado de concreto (bloquetes), em vias urbanas e rurais de municípios diversos inseridos na área de atuação da 6ª Superintendência Regional da Codevasf, no Estado da Bahia.
24/2021	Montes Claros/MG	execução de serviços de pavimentação, com aplicação de Concreto Betuminoso Usinado a Quente (CBUQ), em vias urbanas e rurais de municípios diversos nas regiões do Triângulo Mineiro, Alto Paranaíba, Metropolitana, Central e Oeste de Minas, inseridos na área de atuação da Codevasf no estado de Minas Gerais.
25/2021	Montes Claros/MG	execução de serviços de pavimentação, com aplicação de Concreto Betuminoso Usinado a Quente (CBUQ), em vias urbanas e rurais de municípios diversos nas regiões Norte e Noroeste, inseridos na área de atuação da Codevasf no estado de Minas Gerais.
29/2021	Montes Claros/MG	execução de serviços de pavimentação, com aplicação de Concreto Betuminoso Usinado a Quente (CBUQ), em vias urbanas e rurais de municípios diversos nas regiões do Vale do Jequitinhonha, Mucuri e Alto Rio Pardo, inseridos na área de atuação da Codevasf no estado de Minas Gerais.
39/2021	Montes Claros/MG	execução de serviços de pavimentação em bloco intertravado de concreto (bloquetes) em vias urbanas e rurais de municípios diversos nas regiões do Norte, Noroeste, Jequitinhonha e Alto Rio Pardo, inseridos na área de atuação da Codevasf no estado de Minas Gerais.

40/2021	Montes Claros/MG	execução de serviços de pavimentação em bloco intertravado de concreto (bloquetes) em vias urbanas e rurais de municípios diversos nas regiões do Triângulo Mineiro, Alto Paranaíba, Central, Metropolitana, Oeste de Minas, Jequitinhonha e Mucuri, inseridos na atuação da Codevasf no estado de Minas Gerais.
12/2021	Petrolina/PE	pavimentação de vias com Tratamento Superficial Duplo (TSD), Pavimentação de vias com Tratamento Superficial Duplo (TSD) e Microrrevestimento a Frio e o recapeamento de vias com Concreto Betuminoso Usinado a Quente (CBUQ), em municípios da Mesorregião Metropolitana do Estado de Pernambuco, área de atuação da CODEVASF – 3ªsr.
13/2021	Petrolina/PE	pavimentação de vias com Tratamento Superficial Duplo (TSD), pavimentação de vias com Tratamento Superficial Duplo (TSD) e Microrrevestimento a Frio e o recapeamento de vias com Concreto Betuminoso Usinado a Quente (CBUQ), em municípios da Mesorregião do Agreste Pernambucano, área de atuação da CODEVASF – 3ªsr.
14/2021	Petrolina/PE	pavimentação de vias com Tratamento Superficial Duplo (TSD), pavimentação de vias com Tratamento Superficial Duplo (TSD) e Microrrevestimento a Frio e o recapeamento de vias com Concreto Betuminoso Usinado a Quente (CBUQ), em municípios da Mesorregião da Mata do Estado de Pernambuco, área de atuação da CODEVASF – 3ªsr.
15/2021	Petrolina/PE	pavimentação de vias com Tratamento Superficial Duplo (TSD), pavimentação de vias com Tratamento Superficial Duplo (TSD) e Microrrevestimento a Frio e o recapeamento de vias com Concreto Betuminoso Usinado a Quente (CBUQ), em municípios da Mesorregião do Sertão Pernambucano, área de atuação da CODEVASF – 3ªsr.
44/2020	Sede/DF	pavimentação com aplicação de concreto asfáltico usinado a quente (CAUQ), em vias urbanas e rurais de municípios diversos inseridos na área de atuação da Codevasf, no estado do Amapá.
38/2021	Sede/DF	pavimentação em bloco intertravado de concreto (bloquetes) em vias Urbanas e Rurais nos municípios na atuação da Codevasf, no Estado do Ceará.
39/2021	Sede/DF	pavimentação em bloco intertravado de concreto (bloquetes) em vias Urbanas e Rurais nos municípios na atuação da Codevasf, no Estado do Paraíba.
45/2021	Sede/DF	pavimentação em bloco intertravado de concreto (bloquetes) em vias Urbanas e Rurais nos municípios na atuação da Codevasf, no Estado de Goiás.
56/2021	Sede/DF	pavimentação, por Sistema de Registro de Preços, em blocos intertravados de concreto (bloquetes), em vias urbanas e rurais de municípios diversos inseridos na área de atuação da Codevasf, no estado do Pará.

63/2021	Sede/DF	pavimentação asfáltica em tratamento superficial duplo - TSD, em vias urbanas e rurais de municípios diversos inseridos na área de atuação da Codevasf, no estado do Amapá, em um total de 1.050.000 m ² .
77/2021	Sede/DF	pavimentação com aplicação de concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ), em vias urbanas e rurais de municípios diversos inseridos na área de atuação da Codevasf, no estado do Amapá, em um total de 588.000 m ² .

10. Resumidamente, as fraudes abrangeriam a elaboração de propostas fictícias, a supressão de propostas e a combinação de rodízio entre as empresas.

11. Em face dos indícios de fraude mediante conluio nos certames acima referenciados, a equipe propôs: (i) a adoção de medida cautelar para que se determine à Codevasf que se abstenha de assinar novos contratos e de emitir novas ordens de serviço oriundos das Atas de Registro de Preços decorrentes daqueles certames, com fundamento no art. 276, *caput*, do Regimento Interno do TCU – RITCU; (ii) a realização de oitiva da Codevasf, nos termos do art. 250, inciso V, do RITCU para que, no prazo de quinze dias, se manifeste acerca dos fatos apontados na representação, especialmente quanto aos indícios de fraude à licitação mediante conluio; (iii) *“a instauração de processo apartado, do tipo representação, para análise dos fatos tratados nesta instrução, sob a responsabilidade da SeinfraOperações”*; (iv) *“após a oitiva de Codevasf, caso os indícios de fraude à licitação se mantenham, determinar à SeinfraOperações que, no bojo do processo de representação instaurado, proceda à individualização da conduta das empresas responsáveis para a realização das respectivas audiências”*; (v) a restituição destes autos à SeinfraUrbana para prosseguimento do acompanhamento em curso.

12. A titular da SeinfraUrbana manifestou-se de acordo com a proposta da equipe de fiscalização.

13. Conheço da representação, formulada nos termos do art. 86, inciso II, da Lei 8.443/1992, e art. 246 do RITCU, ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade estabelecidos nos art. 235 e 237, inciso V, e parágrafo único, do RITCU.

14. As questões trazidas pela equipe de fiscalização possuem inegável relevância e materialidade e merecem receber a atenção deste Tribunal.

15. Concordo, desde logo, com a proposta de que as questões relacionadas à existência e formação dos conluios sejam analisadas em processo apartado, a cargo da SeinfraOperações em face de sua expertise no tema, de forma a não comprometer o prosseguimento do acompanhamento em curso e, ao mesmo tempo, assegurar o foco daquelas análises. É certo, no entanto, que em momento oportuno, a SeinfraOperações deverá trazer a este Relator proposta acerca da estratégia processual a ser traçada, uma vez que a depender do resultado das apurações poderão decorrer responsabilizações de empresas diversas, vislumbrando-se como contraproducente agrupá-las, todas, em um único processo.

16. Por outro lado, não estou convicto de que se encontrem presentes os elementos necessários à concessão da medida cautelar. Existem indícios da existência de conluio, como sinalizam os elementos trazidos pela unidade técnica, mas não tenho a convicção de que esses elementos serão suficientes para demonstrar a existência de fraude em todos os certames listados e, menos ainda, da necessidade de paralisação ou mesmo anulação dos contratos decorrentes dos SRP.

17. Em minha compreensão, afigura-se temerário conceder-se medida cautelar de caráter genérico, alcançando diversos certames, sem o escrutínio de cada um deles. A medida cautelar somente se justificaria a partir da análise específica e individualizada dos SRP, incluindo: (i) a

verificação de possíveis indícios de direcionamento ou da inserção de cláusulas restritivas – uma vez que os pregões eletrônicos não direcionados, em tese, tenderiam a permitir a participação de empresas não inseridas no grupo colusivo; (ii) a orçamentação das obras; e (iii) a análise dos preços praticados.

18. A propósito, observo que para fins de concessão de medida cautelar, “*a fumaça do bom direito é caracterizada pela probabilidade, e não possibilidade, da verossimilhança do quanto alegado pelo requerente da medida excepcional*”. (Acórdão 1551/2011 – Plenário, Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa).

19. Por outro lado, me parece que a indicação da existência da necessidade de tratamento das questões relacionadas ao conluio pela SeinfraOperações sinaliza para a possibilidade de que sejam efetuadas apurações adicionais ou a produção de novas provas, ou seja, me parece uma demonstração de que a análise acerca da existência de conluios e de fraudes às licitações não está, ainda, esgotada. Nesse sentido, observo que os documentos acostados aos autos comprovam a realização de pesquisas na Relação Anual de Informações Sociais – RAIS relativamente a duas empresas, que, se diga, não apresentavam vínculos de empregados, mas inexistente a informação de que essa mesma pesquisa tenha se estendido a outras. Da mesma forma, há documentos que revelam a possibilidade da existência de vínculos entre as empresas, por meio de pessoas a elas ligadas (peça 167). Essa abordagem ainda não foi explorada nestes autos para fins da caracterização do conluio.

20. Creio, portanto, que a lógica deva ser a inversa da que foi sugerida na instrução: uma vez que a suspensão dos procedimentos adviria da existência de conluios, é necessário que o Tribunal primeiramente se manifeste conclusivamente acerca da existência desses conluios e os admita como tal. E isso somente será deliberado após o esgotamento do assunto pela SeinfraOperações, quando este Plenário, então, poderá cancelar, ou não, a compreensão acerca da existência do esquema colusivo.

21. Qualquer outra solução implicará na concessão de cautelares cujos respectivos méritos estarão a depender da conclusão daqueles estudos e de sua posterior apreciação pelo Colegiado, providência que pode se alongar demasiadamente.

22. Ademais, assinalo que a realização da oitiva sugerida pela unidade técnica, caso viesse a ser adotada, não poderia ser dirigida apenas à Codevasf, mas a todas as empresas que já assinaram contratos decorrentes dos referidos SRP, pois se enquadrariam na condição de interessadas, o que traz enorme complexidade processual.

23. Mas ainda que se pretendesse realizar essas oitivas das empresas, essa solução traria uma intrínseca incoerência, uma vez que as licitantes contratadas estariam sendo ouvidas a respeito de fatos que lhes estão sendo imputados, mas que, por outro lado, ainda se encontrarão em fase de apuração pela SeinfraOperações. Veja-se que a unidade técnica propôs a realização simultânea de duas oitivas: a prevista no art. 276, *caput*, do Regimento Interno, para fins de cautelar, e aquela contemplada no art. 250, inciso V, do RITCU, tipicamente de mérito, prévia à decisão do Tribunal que pode desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato.

24. A respeito do perigo da demora, a SeinfraUrbana o caracterizou, neste caso concreto, como o “*risco de desembolso de recursos em contratação com descontos artificialmente reduzidos*”, aduzindo haver “*risco de sobrepreço e superfaturamento, caso sejam emitidas novas ordens de serviço ou iniciadas novas frentes de trabalho*”.

25. Também quanto a esse ponto, faço ressalva. Embora concorde com a unidade técnica quanto à possibilidade de que em algumas das licitações o baixo desconto apresentado possa decorrer de práticas colusivas, anoto que não houve, ainda, o apontamento de qualquer sobrepreço ou superfaturamento: não foi efetuada a análise dos orçamentos que balizaram aquelas licitações ou dos preços praticados no mercado.

26. É certo que esta Casa entende que é possível a imputação de débitos decorrentes da diferença entre os preços praticados em ambiente cartelizado e aqueles praticados em ambientes

competitivos, como retrata o enunciado do Acórdão 2619/2019 – Plenário (Relator: Ministro Benjamin Zymler), extraído da jurisprudência sistematizada deste Tribunal:

“Quando caracterizada a atuação de cartel em processos de contratação pública, o prejuízo causado à Administração pode ser avaliado pela diferença entre o preço praticado no ambiente cartelizado e o preço que seria praticado em ambiente competitivo, estimada mediante utilização de técnicas de econometria e de análise de regressão consagradas internacionalmente.”

27. No que se refere à situação discutida nestes autos, no entanto, não foi efetuado, ainda, qualquer estudo da espécie que demonstre a irregularidade dos preços praticados nos diversos certames e, portanto, não se avançou ao cálculo de eventuais prejuízos. Nessa esteira, rememoro a lição do Ministro Marcos Vileça no voto condutor do Acórdão 2051/2008 – Plenário, no sentido de que:

“É preciso que haja uma probabilidade razoável de que o fato venha a causar lesão ao erário, a terceiros ou que venha a comprometer a eficácia da futura decisão de mérito. Ou seja, a natureza excepcional da medida assecuratória requer um conjunto de provas suficientemente robusto para justificar sua adoção, sob pena de desvirtuar-se seu objetivo.” (grifo nosso).

28. Ademais, não constam dos autos informações que melhor fundamentem a existência do perigo da demora, sobretudo porque não foram juntados dados acerca do status das contratações pretendidas pelos SRP questionados. Não foi informado, em relação a cada um dos certames, se já houve a assinatura de contratos, bem como sobre o avanço da execução contratual. A depender do ritmo de execução, é possível que a paralisação das obras deponha contra o interesse público, podendo ser preferível que se consinta com a continuidade da avença – ainda que decorra de licitação viciada –, com a fixação de condicionantes.

29. A respeito, observo que também já foi assentada nesta Corte a possibilidade de ser fixado prazo para que as empresas contratadas por meio de fraude à licitação restituam o denominado “lucro ilegítimo” por elas auferido, como expressa o enunciado do Acórdão 1842/2022 – Plenário (Relator: Ministro Antonio Anastasia) extraído da jurisprudência selecionada deste Tribunal:

“O TCU tem competência para assinar prazo para que o órgão ou a entidade pública adote as providências necessárias (art. 71, inciso IX, da Constituição Federal), administrativas ou judiciais, visando ao não pagamento ou à restituição de lucro ilegítimo obtido por empresa contratada por meio de fraude à licitação, a fim de buscar, com base nos efeitos retroativos da nulidade contratual (art. 59 da Lei 8.666/1993 e arts. 148 e 149 da Lei 14.133/2021), na vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do Código Civil) e no princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, a restauração do status quo ante.”

30. Nessa esteira, em face das considerações técnicas e jurídicas que expus, considero prematuro adotar-se a medida cautelar pretendida. Ademais, anoto que sua amplitude é, data máxima vênia, incompatível com o caráter incidental de que devem se revestir as decisões da espécie: pretende a paralisação de vinte e um certames, envolvendo a disputa de sessenta e três lotes, distribuídos nas mais diversas regiões geográficas de oito estados do país

Ante todo o exposto, voto no sentido de que o colegiado adote a deliberação que ora lhe submeto.

TCU, Sala das Sessões, em 5 de outubro de 2022.

JORGE OLIVEIRA

Relator

ACÓRDÃO Nº 2177/2022 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 005.920/2022-1
- 1.1. Apenso: 006.777/2022-8
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Representação (de equipe de fiscalização)
3. Responsáveis: não há
4. Unidade: Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba; Ministério do Desenvolvimento Regional
5. Relator: Ministro Jorge Oliveira
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Urbana (SeinfraUrbana)
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTA, relatada e discutida esta representação formulada pela equipe de fiscalização encarregada de realizar acompanhamento na Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e da Parnaíba – Codevasf, aprovado no âmbito do TC 004.730/2022-4, com o objetivo de “identificar, tempestivamente, potenciais riscos de irregularidades e minimizar as consequências deles decorrentes, antes da contratação da execução dos serviços da obra”.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fundamento nos arts. 235 e 237, inciso VI, e 246 do Regimento Interno, em:

9.1. indeferir a concessão da medida cautelar pleiteada pela SeinfraUrbana;

9.2. determinar a constituição de processo apartado, do tipo representação, para que, sob a responsabilidade da SeinfraOperações, sejam aprofundados os exames relacionados à existência de conluio nas contratações realizadas pela Codevasf para pavimentação de vias mediante a utilização de sistemas de registro de preços, utilizando-se subsidiariamente, para aferição da capacidade das empresas e de seus possíveis vínculos, de dados armazenados em outras bases acessíveis ao Tribunal, a exemplo da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS, CNPJ (Receita Federal) e outras;

9.3. determinar à SeinfraOperações que, no âmbito do referido apartado:

9.3.1. encaminhe previamente ao relator qualquer proposta que contemple a realização de oitivas, audiências ou citações;

9.3.2. tão logo conclua os estudos referidos no item 9.2, os submeta ao relator com proposta de remessa dos resultados relativos a cada empresa e certame específico à SeinfraUrbana, para que os utilize em análise específica de cada uma das licitações apontadas e contratações dela decorrentes, de forma a corroborar ou afastar a presença de irregularidades;

9.4. determinar à SeinfraUrbana que analise os indícios de condutas colusivas até aqui apontados, em conjunto e confronto com os demais exames por ela realizados em relação aos processos de contratação incluídos no escopo de seu acompanhamento;

9.5. restituir os autos à SeinfraUrbana para o prosseguimento do acompanhamento;

9.6. determinar à SeinfraOperações que encaminhe cópia da íntegra desta decisão e de outras peças que entender pertinentes à Controladoria-Geral da União, ao Departamento de Polícia Federal e ao Ministério Público Federal, a fim de contribuir com apurações já em curso e/ou subsidiar novas linhas de investigação.

10. Ata nº 38/2022 – Plenário.

11. Data da Sessão: 5/10/2022 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2177-38/22-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, Jorge Oliveira (Relator) e Antonio Anastasia.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

BRUNO DANTAS

Vice-Presidente, no exercício da Presidência

(Assinado Eletronicamente)

JORGE OLIVEIRA

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral