

PROCESSO Nº:	@REP 18/00646906
UNIDADE GESTORA:	Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional - Rio do Sul
RESPONSÁVEL:	Elias Souza
INTERESSADOS:	Jair Antonio Lorensetti Agência de Desenvolvimento Regional de Rio do Sul - ADR - Rio do Sul Elisandro Galvan
ASSUNTO:	Irregularidades no edital de Tomada de Preços n. 010/2018, para ampliação e reforma da EEB Cecília Bertha Hildegard Cardoso - Lontras/SC.
RELATOR:	Cesar Filomeno Fontes
UNIDADE TÉCNICA:	Divisão 1 - DLC/COSE/DIV1
RELATÓRIO Nº:	DLC - 601/2018

1. INTRODUÇÃO

Trata-se da Representação formulada pelo Sr. Elisandro Galvan acerca de supostas irregularidades no Edital de Tomada de Preços n. 10/2018 que tem por objeto a ampliação e reforma da EEB Cecília Bertha Hildegard Cardoso no Município de Lontras/SC, no valor de R\$ 2.541.000,61, publicado pela ADR de Rio do Sul.

Em resumo, o Representante insurge contra as seguintes possíveis irregularidades:

- a) Exigência excessiva de Atestados de Capacidade Técnica;
- b) Exigência de comprovação do recebimento do Edital e conhecimento das condições de execução da obra, assinada pela Gerência de Infraestrutura da ADR- Rio do Sul e recebida por profissional do quadro da empresa em até 3 dias úteis anteriores à data de abertura do certame;
- c) Exigência de comprovação de depósito de garantia da proposta protocolada em até 3 dias úteis anteriores à data de abertura do certame.

A DLC, por meio do Relatório n. 494/2018 (fls. 75 a 86), verificou que a Representação preenche os requisitos de admissibilidade por cumprir os requisitos exigidos pelo art. 24 da Instrução Normativa n. TC-21/2015.

Em relação ao mérito, constatou-se no relatório n. DLC – 494/2018 que o edital restringe o caráter competitivo do certame ao exigir atestados de qualificação técnica por serviços que o próprio edital permite a subcontratação e atestado de um item sem relevância técnica. Verificou-se também que a exigência de comprovação do recebimento do Edital e conhecimento das condições de execução da obra, assinada pela Gerência de Infraestrutura da ADR-Rio do Sul e recebida por profissional do quadro da empresa em até 3 dias úteis anteriores a data de abertura do certame, bem como a exigência de comprovação de depósito de garantia da proposta

protocolada em até 3 dias úteis anteriores a data de abertura do certame ferem a Lei de Licitações e os princípios administrativos.

Considerando que foram preenchidos os requisitos de *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, por entender que a restrição imposta pelo edital prejudica o caráter competitivo do certame, podendo trazer grave lesão ao erário ou ao direito dos licitantes, e para evitar a homologação e/ou contratação com essas possíveis irregularidades, esta Diretoria sugeriu a sustação cautelar do Edital de Tomada de Preços n. 10/2018.

O entendimento desta Diretoria dado pelo Relatório n. DLC-494/2018 foi acompanhado pelo Exmo. Sr. Relator na Decisão Singular n. GAC/CFF-652/2018, que sustou cautelarmente o edital em exame e determinou audiência aos responsáveis para exercerem o princípio do contraditório e ampla defesa.

A sustação cautelar foi ratificada em sessão ordinária do Tribunal Pleno no dia 27/08/2018 e publicada no Diário Oficial Eletrônico n. 2487 de 29/08/2018 (fl. 96).

A defesa foi protocolada neste Tribunal com n. 30808/2018 em 24/09/2018 (fls. 100 a 201).

2. ANÁLISE

2.1. PRELIMINARES

2.1.1. Preclusão ao direito de impugnação ao edital

A defesa alega que o direito de impugnação do edital decaiu por ter ultrapassado o prazo para interposição de recursos para impugnação do edital constante no art. 41, § 1º da Lei Federal n. 8666/1993, com base no § 2º do mesmo artigo.

Art. 41. [...]

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação **perante a administração** o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Grifou-se)

Para reforçar sua tese, citou o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 2002/0075521-1 da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça e a Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 1988.055389-1, que tratam de decadência do direito de impugnação do

edital após o prazo estipulado pela legislação de 5 dias úteis antecedentes à abertura dos envelopes de habilitação.

O § 2º do art. 41 traz explicitamente que o direito de impugnação decai “**perante a administração**”, ou seja, perante a unidade gestora. O Tribunal de Contas possui competências Constitucionais próprias elencadas no art. 71 da Constituição Federal, passados por simetria por força do art. 75 do mesmo documento para a Constituição Estadual no art. 59. Entre suas atribuições **Constitucionais**, estão:

Art. 59. O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

[...]

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão a Assembleia Legislativa;

Além do mais, o art. 113 da Lei Federal n. 8.666/1993 estabelece que:

Art. 113. O **controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei** será feito pelo **Tribunal de Contas competente**, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. (Grifou-se)

Neste sentido, a alegação da defesa não procede ao alegar a preclusão do direito de impugnação do edital, pois o Tribunal de Contas possui competência para sustar qualquer ato administrativo que infrinja a legislação e que atente contra os princípios administrativos. Ou seja, não pode a administração achar que um ato ilegal, e que possa trazer prejuízo aos cofres públicos, é imune à sustação e à aplicação das sanções por esta Corte de Contas.

Esta situação já foi analisada no Processo n. @REP 18/00493484 em que a própria ADR de Rio do Sul era unidade responsável. O Ministério Público Junto ao Tribunal de contas na ocasião, por meio do parecer MPC 2.2/2018.1611, apresentou o seguinte posicionamento:

O responsável sustentou, ainda, uma suposta preclusão do direito de impugnação ao edital, com fulcro no art. 41, § 2º, da Lei de Licitações, em razão da inércia do interessado até o segundo dia útil que antecedeu à abertura dos envelopes (fls. 46-48).

Como se pode notar, a tese arguida pelo responsável se atém apenas ao aspecto procedimental da impugnação no âmbito do processo licitatório, não abrangendo, no entanto, a hipótese em que haja ilegalidade manifesta. Ora, em tais casos – como se revela o presente – a conclusão fornecida se consubstancia em potencial materialização da convalidação ilegítima de um vício originário.

[...] a ausência de questionamento ou impugnação não elimina eventual nulidade, guardando a Administração o dever de pronunciá-la, até mesmo de ofício, tão logo

tenha conhecimento dela. A única hipótese em que a convalidação seria admissível é aquela em que o vício observado seja meramente de anulabilidade e não de nulidade – como ocorre nos presentes autos.

Seguindo o mesmo entendimento, o Exmo. Sr. Relator daquele processo se posicionou da seguinte forma:

De acordo com as alegações de defesa apresentadas o direito de impugnação do edital decaiu, diante do transcurso do prazo estipulado pelo art. 41, § 1º para sua propositura. Conforme restou bem demonstrado nos posicionamentos da DLC e do Órgão Ministerial, o prazo fixado pelo dispositivo legal mencionado refere-se ao direito de impugnação do edital junto à administração, a qual deve ser entendida como a Unidade Gestora que realiza a licitação.

No caso, trata-se de hipótese diversa daquela prevista na regra mencionada, visto que é representação interposta junto a este Tribunal de Contas, que detém legitimidade constitucional para atuar em situações congêneres, conforme previsão contida nas normas vigentes e de forma específica no art. 113, § 1º da lei de licitações, para a qual não é exigido como requisito a impugnação do edital no âmbito licitatório.

Diante dos argumentos expostos, e seguindo o entendimento unânime da Instrução e do *Parquet* Especial, também neste ponto deixo de acatar a preliminar apresentada.

Sendo assim, sugere-se que a preliminar apresentada pela defesa não deve ser acatada.

2.1.2. Do acatamento dos recursos administrativos pela comissão de licitação com perda do objeto da licitação

A defesa alega o seguinte:

Conforme se denota dos autos e da inclusa documentação a representação foi protocolizada no dia 09.08.2018 sendo que a reunião da comissão de licitação para apreciar a documentação de habilitação foi realizada no dia seguinte, qual seja, 10.08.2018. Na referida reunião (documento anexo) participaram 8 (oito) empresas interessadas, sendo que, destas, restaram duas habilitadas e seis inhabilitadas.

Das seis empresas inhabilitadas cinco delas apresentaram em tempo hábil e tempestivo recurso administrativo, sendo que, após parecer da área técnica a comissão de licitação, na data de 22.08.2018 acatou os recursos de três recorrente, habilitando-as, e via de consequência continuam resultaram no total de cinco empresas habilitadas na continuidade do certame.

Veja-se que os provimentos dos recursos diziam respeito justamente as razões constantes da representação, ou seja, atinentes as questões de capacidade técnica pela qual foram revistas pela própria administração.

Nesse sentido o Gestor aplicou o princípio da autotutela administrativa (Súmula 473 do STF) em prol do interesse público, ensejando desse modo fato superveniente que afastou as alegadas exigências excessivas, razão pela qual, entende o responsável pela aplicação da extinção da representação pela perda superveniente do objeto.

Diante do quadro assim delineado permite que se conclua pela perda do objeto da Representação, seja pela ausência de impugnação perante ao Representado, dando conta dos alegados vícios do edital, e ou pela carência superveniente de interesse do reclamo, vez que já acatado pela comissão de licitação os reclamos recursais interpostos pelas empresas participantes do certame quanto as exigências técnicas constantes do edital.

Consta que a presente Representação perdeu o objeto pois os recursos foram acatados pela comissão de licitação, ampliando o número de concorrentes habilitados para a fase do julgamento das propostas (fl. 116 a 199). Após a análise técnica pela Gerência de Infraestrutura, foram inclusive aceitos atestados de serviços técnicos de complexidade similar, conforme consta no julgamento de recursos (fls. 116 a 119). Tal análise está consonante com o § 3º do art. 30 da Lei n. 8.666/1993.

Com os recursos, a quantidade de empresas habilitadas foi ampliada, não sendo razoável manter a medida cautelar exarada pela Decisão Singular n. GAC/CFF-652/2018.

Considera-se também que não é razoável determinar a anulação do edital, pois a abertura de um novo procedimento licitatório envolveria possivelmente ônus para a administração, sem garantias objetivas de que um número maior de empresas participaria do procedimento. Entretanto, sugere-se determinar que a unidade gestora evite adotar em futuros editais as restrições elencadas na presente representação.

2.2. MÉRITO

2.2.1. 85Exigência excessiva de Atestados de Capacidade Técnica

No Relatório n. DLC-494/2018 (fls. 75 a 86), constatou-se que o Edital de Tomada de Preços n. 10/2018 apresenta a exigência de atestados técnicos dos serviços de estrutura metálica e pavimentações. Porém, o edital permite a subcontratação destes itens. Verificou-se também que o edital exige atestados técnicos de execução de telhas sanduíche, que não apresenta relevância técnica, pois este serviço é executado da mesma forma que as telhas metálicas convencionais e não apresentam dificuldades técnicas em sua execução. Estas exigências foram consideradas excessivas por essa Diretoria, pois restringem o caráter competitivo do certame afrontando diretamente os art. 3º, § 1º, inciso I e art. 30, I e § 1º, I da Lei Federal n. 8.666/1993.

Tal constatação tornou-se evidente ao analisar a ata de julgamento das habilitações (fls. 73 e 74), onde foi possível verificar que apenas duas empresas foram habilitadas para a próxima fase do certame. Das 8 empresas participantes do certame, 6 não possuíam atestado de execução de piso em granitina, passível de subcontratação, e 3 empresas não possuíam atestados de execução de telhas sanduíches, item sem relevância técnica.

A defesa (fls. 101 a 115) discorda deste posicionamento:

Todavia se discorda de tal entendimento. É consabido que a subcontratação ocorre quando o particular contratado pela Administração transfere a execução de partes do objeto terceiro por ele contratado e que não mantém vínculo contratual

com a Administração. Trata-se, portanto, de uma relação jurídica de natureza civil, própria e autônoma em relação àquela firmada com a Administração, a qual vincula apenas o contratado o subcontratado, cabendo, contudo, à Administração contratante autorizar sua formação no caso concreto, quando admitida nos instrumentos convocatório e contratual.

Assim, como a subcontratação não estabelece uma relação jurídica de natureza contratual entre a Administração e subcontratado, o cumprimento das obrigações advindas do contrato administrativo permanece sob exclusiva responsabilidade do contratado, que responderá integralmente por essas obrigações perante a Administração [...]

Todavia, para esta Agência de Desenvolvimento Regional, esse cenário não afasta o dever de a Administração adotar determinadas cautelas relativas à pessoa do subcontratado. Para tanto, entende-se que, a fim de melhor assegurar a satisfação do interesse público envolto na contratação, cumpre à Administração exigir os documentos capazes de comprovar a idoneidade e a capacidade técnica do interessado para desempenhar as parcelas que serão objeto da subcontratação [...]

A finalidade da habilitação é gerar para a Administração a presunção de que a contratada reúne as condições pessoais mínimas indispensáveis para bem executar o objeto a ser contratado, reduzindo o risco de fracasso da contratação. Em vista dessa finalidade, se a execução de parcela desse objeto é delegada a terceiro e o interesse público envolto na contratação é indisponível, nada mais coerente do que condicionar a subcontratação à demonstração de que esse terceiro também reúne as condições mínimas indispensáveis para assegurar a inexistência de risco decorrente dessa prática.

A Lei de Licitações é restritiva em relação a subcontratação, admitindo apenas em caráter excepcional exatamente pelos motivos explanados pela defesa. Ocorre que, principalmente em obras de engenharia, existem serviços bem específicos que, em geral, empresas do ramo da construção não apresentam *expertise* sobre eles. Neste caso são serviços que de antemão o gestor sabe que serão subcontratados, tornando inviável a exigência de atestados técnicos por limitar a competição do certame. O próprio TCU já se manifestou neste sentido:

Acórdão n.º 2992/2011-Plenário, TC-008.543/2011-9, rel. Min. Valmir Campelo, 16.11.201

Não é cabível a exigência de **atestados de capacitação técnica** visando à comprovação de experiência para a execução de serviços técnica e materialmente relevantes, passíveis de serem executados apenas por poucas empresas, e que, por circunstância de mercado, **já se saiba de antemão que serão subcontratados**. (Grifou-se)

O próprio acórdão n. 2.992/2011, que a defesa utilizou para tentar sustentar sua tese, determina que a unidade gestora se abstenha de exigir atestados de serviços usualmente subcontratados e restritos a um pequeno número de empresas:

No caso da existência de monopólio ou oligopólio na execução de serviço usualmente subcontratado, com pequeno número de empresas aptas ao fornecimento de determinado equipamento ou domínio da tecnologia construtiva tecnicamente e materialmente relevantes, abstenha-se de solicitar atestados de capacidade técnica relativos à comprovação de experiência para a sua execução.

Entende-se a preocupação do gestor em garantir a qualidade da obra. É válido que a administração, em satisfação do interesse público como cita a defesa, adote todas as medidas possíveis para garantir a qualidade na execução da obra por parte dos subcontratados. Porém em vez de exigir estes atestados como requisito de habilitação, o gestor pode utilizar do § 6º do art. 30 da Lei Federal n. 8.666/1993, considerando para a habilitação apenas a declaração de que irá dispor do pessoal técnico especializado, exigindo as habilitações dos subcontratados como requisito para a assinatura do contrato.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

Apesar das exigências do edital possam comprometer a competitividade do certame, no caso concreto, após a análise dos recursos pela comissão de licitações, verificou-se que o número de empresas habilitadas foi ampliado para 5, inclusive aceitando atestados de serviços similares como preconiza a Lei de Licitações (item 2.1.2), para itens apontados na presente Representação. Sendo assim, para este caso específico, a irregularidade foi afastada e considera-se mais razoável dar continuidade ao certame em questão, porém, determinar que nos próximos procedimentos licitatórios a unidade gestora se abstenha de incluir exigências de atestados técnicos que possam comprometer o caráter competitivo da licitação.

2.2.2. Exigência de comprovação do recebimento do Edital e conhecimento das condições de execução da obra, assinada pela Gerência de Infraestrutura da ADR-Rio do Sul e recebida por profissional do quadro da empresa em até 3 dias úteis anteriores a data de abertura do certame

Verificou-se no Relatório n. DLC-494/2018 (fls. 75 a 86) que o edital exige o prévio conhecimento do local da obra e do recebimento do edital e projetos, e que esta comprovação deve ser assinada pela Gerência de Infraestrutura da ADR-Rio do Sul e também deve ser recebida por profissional do quadro da empresa. Esta exigência foi considerada excessiva, já que esse prévio conhecimento deve constar apenas como declaração, no envelope de habilitação, e não com 3 dias de antecedência à abertura do certame.

A defesa apresenta a seguinte alegação (fls. 112 e 113):

[...] sendo a licitação ora em análise, cujo objeto é a construção e reforma de unidade escolar, se enquadrando, dessa forma, como obras de engenharia, a confecção de projeto básico e especificações é elemento essencial.

Dessa forma existe a necessidade premente de que os interessados no certame tenham o pleno e prévio conhecimento os do projeto e suas especificações, evitando-se futuros questionamentos acerca de desconhecem plenamente o objeto a ser executado [...]

Destarte entende a unidade responsável que a mera disposição contida no edital, nesse aspecto, não tem o condão de restringir qualquer participação dos interessados, pelo contrário, visa dirimir quaisquer dúvidas acerca dos projeto e suas especificações.

Não existe sentido na alegação da defesa, pois apesar de existir a necessidade do prévio conhecimento do edital e seus anexos por parte dos licitantes, não pode a administração utilizar mecanismos que podem comprometer a lisura e a isonomia do certame, pois tal disposição fere o artigo 3º, § 1º, I da Lei Federal n. 8666/1993 c/c o art. 37, XXI da Constituição Federal, bem como os princípios da moralidade e probidade administrativa.

Apesar de ser uma exigência ilegal do edital, sugere-se afastar a irregularidade conforme os motivos expostos no item 2.1.2 deste relatório.

2.2.3. Exigência de comprovação de depósito de garantia da proposta protocolada em até 3 dias úteis anteriores a data de abertura do certame

De acordo com o Relatório n. DLC-494/2018 (fls. 75 a 86) a exigência da comprovação do depósito de garantia da proposta protocolada em até 3 dias úteis anteriores a abertura do certame é considerada irregular.

A defesa apresentou a seguinte resposta (fls. 113 e 114):

A garantia da proposta encontra fundamento no inciso III do art. 31 da lei nº 8.666/93 e possui como objetivo primordial medir a qualificação econômico-financeira dos licitantes no momento da apresentação dos documentos habilitatórios.

"Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
(...)

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação."

Limitada a 1% (um por cento) do valor estimado, a garantia da proposta também possui a finalidade de afastar os denominados "aventureiros" e induzir a responsabilidade nos compromissos ajustados, tendo em vista que pode ser convertida em favor do Estado na hipótese de o licitante vencedor se recusar a assinar o contrato.

Além disso, dentre as suas principais peculiaridades estão:

- o fato de que, quando exigida, deve ser prestada por todos os licitantes; e
- a impossibilidade de a Administração prever garantia da proposta em procedimentos na modalidade pregão, de acordo com o inciso 1 do art. 5º da lei nº 10.520/02.

Ademais no presente caso a exigência de apresentação no tríduo antecedente a abertura da documentação habilitatória somente foi exigida para os casos de Garantia feita por meio de títulos da dívida pública, seguro garantia ou fiança bancária, sendo possível aferir que quando da habilitação todas empresas participantes apresentaram predito documento.

Não está sendo questionado a exigência da garantia da proposta, somente o fato de ter se exigido com 3 dias antecedentes a abertura do certame que fere o artigo 3º, § 1º, I da Lei

Federal n. 8666/1993 c/c o art. 37, XXI da Constituição Federal, comprometendo o caráter competitivo do certame, além de ofender os princípios da moralidade e probidade administrativa.

Entretanto, conforme foi disposto no item 2.1.2 deste relatório, entende-se que a irregularidade foi afastada, pois não houve indícios de que comprometeu a lisura do certame, nem o caráter competitivo.

3. CONCLUSÃO

Considerando a Representação formulada pela pelo Sr. Elisandro Galvan acerca de supostas irregularidades no Edital de Tomada de Preços n. 10/2018 que tem por objeto a ampliação e reforma da EEB Cecília Bertha Hildegar Cardoso no Município de Lontras/SC, no valor de R\$ 2.541.000,61, publicado pela ADR de Rio do Sul.

Considerando as alegações de defesa protocoladas neste Tribunal.

Considerando que com a fase de recursos, o número de concorrentes foi ampliado para a próxima etapa do certame, não sendo razoável a manutenção da medida cautelar que sustou o procedimento licitatório, nem mesmo a anulação do edital.

Considerando que apesar de não ser razoável a manutenção da medida cautelar, as exigências editalícias avaliadas no Relatório n. DLC-494/2018 são, em tese, irregulares, porém sem potencial de ferir a isonomia do certame.

Diante do exposto, a Diretoria de Controle de Licitações e Contratações - DLC sugere ao Exmo. Sr. Relator:

3.1. CONSIDERAR IMPROCEDENTE, a Representação formulada pela pelo Sr. Elisandro Galvan acerca de supostas irregularidades no edital no Edital de Tomada de Preços n. 10/2018 que tem por objeto a ampliação e reforma da EEB Cecília Bertha Hildegar Cardoso no Município de Lontras/SC, no valor de R\$ 2.541.000,61, publicado pela ADR de Rio do Sul.

3.2. REVOGAR a medida cautelar concedida por meio da Decisão Singular n. GAC-652/2018 (item 2.1.2 deste relatório).

3.3. DETERMINAR à Agência de Desenvolvimento Regional de Rio do Sul que os procedimentos licitatórios futuros:

3.3.1. Não exijam atestados técnicos para serviços tipicamente subcontratados e serviços sem relevância técnica.

3.3.2. Não exijam comprovação de retirada de documentos protocolada em data anterior a abertura do certame.

3.3.3. Não exijam a protocolização de comprovante de garantia da proposta em data anterior a abertura do certame

3.4. DAR CIÊNCIA ao Representante, à ADR de Rio do Sul e ao seu Controle Interno.

É o Relatório.

Diretoria de Controle de Licitações e Contratações, em 27 de setembro de 2018.

MATHEUS LAPOLLI BRIGHENTI
Auditor Fiscal de Controle Externo

De acordo:

RENATA LIGOCKI PEDRO
Chefe de Divisão

ROGERIO LOCH
Coordenador

FLÁVIA LETÍCIA FERNANDES BAESSO MARTINS
Diretora