

PROCESSO Nº:	@REP 21/00564360
UNIDADE GESTORA:	Prefeitura Municipal de Indaial
RESPONSÁVEL:	Marcio Moises Selhorst, André Luiz Moser
INTERESSADOS:	Prefeitura Municipal de Indaial Elisandro Galvan Rafael Gonçalves Cs Magon Construtora EIRELI
ASSUNTO:	Representação acerca de supostas irregularidades referentes a editais de licitação do Município de Indaial destinados à construção ou à reforma de quadras poliesportivas
RELATOR:	Luiz Eduardo Cherem
UNIDADE TÉCNICA:	Divisão 1 - DLC/COSE/DIV1
RELATÓRIO Nº:	DLC - 1383/2021

1. INTRODUÇÃO

Tratam os autos de Representação encaminhada a esta Corte de Contas pelo Sr. Elisandro Galvan, CPF 003.867.569-29, acerca de possíveis irregularidades nos seguintes editais de licitação, lançados pela Prefeitura Municipal de Indaial: Tomadas de Preços n. 11/2021; 12/2021; e 14/2021; e Concorrência n. 3/2021. O Representante também solicitou a concessão de medida liminar para que os certames fossem suspensos até decisão final neste processo

As licitações visam a execução de seis quadras poliesportivas, além da reforma e cobertura de outras três quadras, em escolas do município. A representação se insurge, em todos os editais, quanto a itens da qualificação técnica exigida.

Em análise preliminar, esta Diretoria emitiu o Relatório n. DLC-1010/2021¹, no qual constatou indícios das seguintes irregularidades em todos os editais elencados: (i) exigência de comprovação de serviços que não estão entre as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado; (ii) exigência de comprovação de vínculo empregatício por meio de carteira de trabalho e (iii) exigência injustificada de um Engenheiro Mecânico.

Sugeriu-se a sustação cautelar dos certames, ou dos atos dos contratos, caso já tivessem sido assinados, bem como a audiência do responsável, o que foi atendido pelo Sr. Relator na Decisão Singular n. GAC/LEC-905/2021², com o seguinte teor:

1. Conhecer da Representação, por preencher os requisitos e formalidades do art. 113, § 1º, Lei Federal 8.666, c/c os arts. 65 e 66 da Lei Complementar nº 202/00 e art. 24 da Instrução Normativa 21/2015.

2. Determinar, cautelarmente, ao Sr. Márcio Moisés Selhorst, Secretário Municipal de Educação de Indaial, CPF 811.016.789-68, subscritor dos Editais das Tomadas de Preços 11, 12 e 14/2021 e da Concorrência 3/2021, com fundamento no art. 114-A do Regimento Interno deste Tribunal c/c art.

¹ Fls. 387 a 405

² Fls. 406 a 409



29 da Instrução Normativa TC-21/2015, a sustação dos procedimentos licitatório ou dos atos dos contratos, caso já tenha sido assinados, até manifestação ulterior que revogue a medida ex-offício, ou até a deliberação pelo Egrégio Tribunal Pleno, em face das seguintes irregularidades:

2.1. Exigência, em todos os editais, de comprovação de serviços que não estão entre as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, em grave infração às normas inciso I do § 1º da Lei 8.666/93, bem como ao Enunciado da Súmula 293 do TCU (item 2.1 do Relatório DLC 1010/2021);

2.2. Exigência de comprovação de vínculo empregatício por meio de carteira de trabalho, que pode ter frustrado o caráter competitivo das licitações, em grave infração às normas do art. 3º, § 1º, inciso I e art. 30, § 1º, inciso I da Lei 8.666/93 (item 2.2 do Relatório DLC 1010/2021); e

2.3. Exigência injustificada de um Engenheiro Mecânico, em grave infração às normas do art. 3º, § 1º, inciso I e art. 30, I e § 1º, I da Lei 8.666/1993 (item 2.3 do Relatório DLC 1010/2021).

3. Determinar a audiência do Sr. Márcio Moisés Selhorst, qualificado anteriormente, para que, no prazo de 30 dias, a contar do recebimento da deliberação, nos termos do art. 29, § 1º da Lei Complementar Estadual n. 202/2000 e no inc. II do art. 5º da Instrução Normativa n. TC-0021/2015, apresente justificativas, adote as medidas corretivas necessárias ao exato cumprimento da lei ou promova a anulação da licitação, se for o caso, acerca das irregularidades apontadas no item 2 acima.

4. Dar ciência do Relatório e da Decisão ao Representante, ao Controle Interno do Município de Indaial, e ao Prefeito Municipal.

A decisão cautelar foi ratificada³ pelo Plenário desta Casa.

O responsável e interessados foram devidamente notificados⁴ e, em 26/11/2021, o Sr. Márcio Moisés Selhorst, Secretário Municipal de Educação de Indaial apresentou a resposta⁵ à audiência.

Essa instrução consistirá em analisar as justificativas e documentos apresentados quanto às irregularidades preliminarmente apontadas.

2. ANÁLISE

2.1. DAS MEDIDAS ADOTADAS

O Responsável informa⁶ que após o recebimento da decisão cautelar, não houve execução de qualquer ato proveniente do contrato administrativo em questão, os certames em andamento foram revogados e a empresa contratada, notificada.

Foram anexados aos autos, entre outros:

a) Notificação Extrajudicial à empresa Di Fatto Indústria e Comércio LTDA – EPP⁷ – contratada dos Contratos n. 132, 133 e 134/2021 (no documento consta estes números de contrato, mas aparenta se referir aos processos administrativos n. 132, 133 e 134/2021 – Contratos n. 165, 166 e 167/2021);

³ Fl. 415

⁴ Fls. 410 a 414

⁵ Fls. 420 a 445

⁶ Fl. 421

⁷ Fl. 426

b) Termo de anulação do Edital de Concorrência n. 3/2021⁸ e a respectiva publicação no Diário Oficial dos Municípios⁹;

c) Termo Aditivo n. 1 do Contrato n. 165/2021¹⁰, suspendendo os efeitos do contrato, e a respectiva publicação no Diário Oficial dos Municípios¹¹;

d) Termo Aditivo n. 1 do Contrato n. 166/2021¹², suspendendo os efeitos do contrato;

e) Extrato de publicação do Termo Aditivo n. 1 do Contrato n. 167/2021¹³, no Diário Oficial dos Municípios, suspendendo os efeitos do contrato.

2.2. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SERVIÇOS QUE NÃO ESTÃO ENTRE AS PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA E VALOR SIGNIFICATIVO DO OBJETO A SER CONTRATADO

No Relatório n. DLC-1010/2021, constatou-se que os editais exigiram, na qualificação técnico-operacional, que as licitantes comprovassem acervo de serviços que não se enquadram entre as parcelas de maior relevância e valor significativo dos objetos a serem licitados.

Cita-se trecho do relatório técnico¹⁴ que detalha o assunto:

Não se identificou a utilização do “aço corten” em nenhuma das obras. E os serviços de “galvanização a fogo”, “pintura com material anticorrosivo”, e a “proteção catódica” não estão entre as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser licitado.

Com exceção do serviço de “galvanização”, os outros serviços sequer consistem em itens próprios do orçamento, sendo difícil a sua quantificação.

No tocante ao serviço de galvanização, único entre esses serviços que consta explicitamente no orçamento, avaliou-se a sua relevância financeira ante ao total de cada obra, conforme quadros às fls. 397 e 398, e verificou-se que em algumas das obras o preço do serviço equivale a menos de 1% do orçamento total.

Desta feita, considerou-se as exigências exorbitantes e que poderiam ter contribuído para a restrição à competitividade.

Em sua justificativa¹⁵, o Secretário explica as vantagens dos materiais especificados, principalmente acerca da resistência à corrosão, tendo em vista a alta umidade do ar na região.

Contudo, a irregularidade representada, a qual este corpo técnico concorda, não é com relação ao emprego ou não de tais técnicas, que visam aumentar a durabilidade da obra. A

⁸ Fl. 434

⁹ Fl. 435

¹⁰ Fl. 437

¹¹ Fl. 443

¹² Fls. 441 e 442

¹³ Fl. 444

¹⁴ Fl. 396

¹⁵ Fls. 421 a 423



questão é a exigência de acervo destes serviços para habilitação técnica das licitantes, considerando que não se mostram relevantes técnica e economicamente. Aliás, conforme consta no Relatório n. DLC-1010/2021, alguns deles nem constam como itens próprios no orçamento e não consta nos autos, nem tampouco no endereço eletrônico do Município, o Memorial Descritivo das obras em apreço.

No tocante à relevância técnica e econômica, cita-se a definição apresentada em um artigo¹⁶ elaborado pela equipe técnica da Zênite, com o seguinte título: “Como identificar a parcela de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação?”:

Sob esse enfoque, parece válido considerar como “parcela de maior relevância técnica” o conjunto de características e elementos que individualizam e diferenciam o objeto, evidenciando seus pontos mais críticos, de maior dificuldade técnica, bem como que representam risco mais elevado para a sua perfeita execução. Trata-se aqui da essência do objeto licitado, aquilo que é realmente caracterizador da obra ou do serviço, que é de suma importância para o resultado almejado pela contratação. Por sua vez, a aferição da fórmula “valor significativo do objeto” toma em conta a relação estabelecida entre o valor da parcela eleita para comprovação da experiência em vista do valor total do objeto.

Os serviços citados, em que pese dilatem a durabilidade da obra, não apresentam maior complexidade de execução, comparados à estrutura metálica convencional.

Diante do exposto, resta mantida a irregularidade, em inobservância ao art. 3º, § 1º, inciso I da Lei Federal n. 8666/1993, bem como ao Enunciado da Súmula 293 do TCU, devido às exigências não estarem entre as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado.

2.3. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR MEIO DE CARTEIRA DE TRABALHO

A área técnica da DLC concordou com o Representante, considerando que a exigência de comprovação de vínculo de funcionário mediante apresentação da CTPS, na qualificação técnico-operacional, restringe a competitividade, pois é suficiente a comprovação da disponibilidade do profissional mediante contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil.

O Secretário sustenta¹⁷ que a exigência de vinculação trabalhista fora justificada na necessidade de vedar, tanto quanto possível, a contratação de empresa sem capacidade operacional ou de estender ao Município eventual responsabilidade por inobservância das normas trabalhistas pela contratada.

¹⁶ Disponível em <https://zenite.blog.br/como-identificar-a-parcela-de-maior-relevancia-e-valor-significativo-do-objeto-da-licitacao/>. Acesso em 03/12/2021.

¹⁷ Fls. 424 e 425

A garantia de contratação de empresas com capacidade operacional pode se dar mediante a exigência de qualificação técnico-operacional, já explanada no Relatório n. DLC-1010/2021¹⁸, na qual os licitantes demonstram a capacidade de realizar o empreendimento

Para comprovar o atendimento das exigências mínimas de instalações, máquinas, equipamentos e pessoal técnico, a Administração poderá exigir, na fase de habilitação do certame, declaração formal de disponibilidade desses quando da execução do contrato. Dessa maneira, evita-se que os licitantes incorram em despesas que sejam desnecessárias e anteriores à própria contratação.

Definido o vencedor da licitação, caberá ao particular, então, na etapa contratual, comprovar a alegada disponibilidade da estrutura exigida, o que inclui a equipe técnica mínima estabelecida pela Administração e a efetiva comprovação de vínculo, que poderá ser mediante a apresentação de cópia da carteira de trabalho (CTPS) em que conste o licitante como contratante, do contrato social do licitante em que conste o profissional como sócio, do contrato de trabalho ou, ainda, de declaração de contratação futura do profissional detentor do atestado apresentado, desde que acompanhada de declaração de anuência do profissional.

No tocante à preocupação do Secretário em evitar eventual responsabilidade do Município por inobservância das normas trabalhistas pela contratada, a Administração poderá se eximir da responsabilização quando demonstrada a fiscalização efetiva do contrato. Nesse sentido, será reconhecida a responsabilidade do poder público apenas quando for comprovada a culpa *in vigilando*. A exigência do vínculo por meio da CTPS não garante que o Município não será responsabilizado subsidiariamente em caso de inadimplementos de natureza trabalhista por parte da contratada.

Portanto, considera-se que a exigência ora analisada é excessiva e restringe a competitividade, motivo pelo qual resta mantida a irregularidade.

2.4. EXIGÊNCIA INJUSTIFICADA DE UM ENGENHEIRO MECÂNICO

O Representante alegou que a exigência de que a licitante possua em seu quadro técnico, na data da abertura das propostas, um Técnico de Segurança, um Engenheiro Civil e um Engenheiro Mecânico restringe a habilitação, pois a empresa já teria que dispor desses funcionários naquele momento, quando, caso fosse necessário, deveria fazê-lo durante a contratação.

Segundo a DLC, no Relatório n. DLC-1010/2021, o edital não exigiu a comprovação do vínculo mediante a CTPS, no entanto, considerou a obrigatoriedade de a empresa dispor de

¹⁸ Fls. 387 a 405

Engenheiro Mecânico desarrazoada, pois a execução e a montagem de estruturas metálicas competem tanto ao Engenheiro Civil como ao Engenheiro Mecânico.

Como resposta à audiência, o Responsável sustenta¹⁹ que tal exigência se deu “em virtude do considerável quantitativo representado pela edificação metálica e seus complexos métodos para assegurar a durabilidade e higidez da estrutura e variação nas atribuições do engenheiro civil”.

Contudo, como já exposto, o Engenheiro Civil também está habilitado a acompanhar a execução e montagem de uma estrutura metálica. A obrigatoriedade de a licitante dispor dos dois profissionais pode restringir a competitividade, pois exclui empresas que não possuam ambos os profissionais em sua equipe técnica.

Portanto, considera-se que a exigência ora analisada é excessiva e restringe a competitividade, motivo pelo qual resta mantida a irregularidade.

2.5. DA SUGESTÃO DE ENCAMINHAMENTO

Conforme análise nos itens anteriores, essa Diretoria entendeu que a argumentação apresentada pelo responsável é insuficiente para sanar as irregularidades apuradas quanto à exigência de comprovação de serviços que não estão entre as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, exigência de comprovação de vínculo empregatício por meio de carteira de trabalho e exigência injustificada de um Engenheiro Mecânico na equipe técnica das licitantes.

Ademais, das quatro licitações em análise, três já tiveram suas propostas abertas, sendo que em todas elas só houve uma única proposta e da mesma empresa, o que corrobora a possível restrição à competitividade. Ainda, o desconto ofertado nos três certames foi de, aproximadamente, 1% do orçamento estimado, percentual de pouca relevância. No tocante à execução dos contratos firmados, este corpo técnico não obteve informações sobre possíveis medições realizadas.

Dessa forma, não se vislumbra outra opção a não ser a anulação dos certames, na qual é importante destacar o constante nos artigos 20 e 21 da LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

¹⁹ Fl. 424

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Destaca-se ainda o Decreto Federal n. 9830/2019, que regulamentou os artigos 20 a 30 da LINDB:

Motivação e decisão

Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão conterà os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

[...]

Motivação e decisão baseadas em valores jurídicos abstratos

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

Motivação e decisão na invalidação

Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas.

§ 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação.

Conforme [Consequências da anulação dos atos e contratos administrativos sob a perspectiva da LINDB - Menezes Niebuhr (mnadvocacia.com.br)], a invalidação sugerida para estes editais se orienta pelo princípio do prejuízo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, para identificar a solução menor onerosa para os interesses públicos. Além disso:

[...] uma vez verificada a ilegalidade e não havendo margem para convalidação ou estabilização, a invalidação do ato administrativo impõe-se como um dever à Administração Pública, no exercício da autotutela, ainda que provocada por terceiro. A ofensa à legalidade, diante da sua relevância, autoriza a invalidação do ato administrativo por determinação judicial, nos termos do inciso XXXV do artigo 5.º da Constituição Federal, que estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Afora o controle judicial dos atos administrativos – que abarca tanto os requisitos inerentes à forma quanto o conteúdo do mérito, a constatação de um vício de legalidade pode resultar na determinação de invalidação do ato ou contrato por meio do controle externo, exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 71 da Constituição Federal.

Não é novidade, portanto, que a Administração Pública possui o dever de respeitar os efeitos que tenham atingido terceiros de boa-fé, mesmo depois da invalidação do ato ou contrato administrativo ilegal.

Assim sendo, conclui-se por sugerir determinação de anulação dos editais em apreço.

3. CONCLUSÃO

Considerando a Representação promovida pelo Sr. Elisandro Galvan, dando conta de possíveis irregularidades nos Editais das Tomadas de Preços n. 11, 12 e 14/2021 e Concorrência n. 3/2021, lançados pelo Município de Indaial, tendo como objeto serviços de construção e reforma de quadras poliesportivas cobertas em unidades educacionais do Município.

Considerando as alegações de defesa apresentadas e analisadas.

Considerando que as justificativas apresentadas não sanaram as irregularidades apontadas.

Considerando que o Edital de Concorrência n. 3/2021 foi anulado pelo Município.

Considerando que os Contratos n. 165, 166 e 167/2021 estão com seus efeitos suspensos.

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

3.1. MANTER A SUSTAÇÃO CAUTELAR dos Editais de Tomada de Preços n. 11, 12 e 14/2021 e da Concorrência n. 3/2021, promovidos pela Prefeitura Municipal de Indaial, determinada pela Decisão Singular n. GAC/LEC-905/2021, de 29/09/2021.

3.2. ENCAMINHAR os autos ao Mistério Público de Contas para:

3.2.1. CONSIDERAR PARCIALMENTE PROCEDENTE o mérito da presente Representação, formulada pelo Sr. Elisandro Galvan, com fundamento no § 1º do art. 113 da Lei Federal n. 8666/1993, comunicando supostas irregularidades nos seguintes editais de licitação, lançados pela Prefeitura Municipal de Indaial: Tomadas de Preços n. 11/2021; 12/2021; e 14/2021; e Concorrência n. 3/2021, no tocante aos seguintes fatos:

3.2.1.1. Exigência, em todos os editais, de comprovação de serviços que não estão entre as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, em grave infração às normas inciso I do § 1º da Lei 8.666/93, bem como ao Enunciado da Súmula 293 do TCU (item 2.1 do Relatório n. DLC-1010/2021 e 2.2 do presente Relatório);

3.2.1.2. Exigência de comprovação de vínculo empregatício por meio de carteira de trabalho, que pode ter frustrado o caráter competitivo das licitações, em grave infração às normas do art. 3º, § 1º, inciso I e art. 30, § 1º, inciso I da Lei 8.666/93 (item 2.2 do Relatório n. DLC-1010/2021 e 2.3 do presente Relatório); e

3.2.1.3. Exigência injustificada de um Engenheiro Mecânico, em grave infração às normas do art. 3º, § 1º, inciso I e art. 30, I e § 1º, I da Lei 8.666/1993 (item 2.3 do Relatório n. DLC-1010/2021 e 2.4 do presente Relatório).

3.2.2. DETERMINAR ao Secretário Municipal de Educação de Indaial, **Sr. Márcio Moisés Selhorst**, que proceda à **ANULAÇÃO dos Editais de Tomada de Preços n. 11/2021, 12/2021 e 14/2021**, nos termos do artigo 49 da Lei Federal n. 8666/1993, e encaminhe ao Tribunal de Contas cópia dos atos de anulação e de suas publicações, no prazo de 30 (trinta) dias, em face das irregularidades listadas no item 3.2.1 acima.

3.2.3. DETERMINAR à Prefeitura Municipal de Indaial que, em suas contratações de obras e serviços de engenharia, se abstenha de exigir a comprovação de execução de serviços que não estão entre as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado.

3.3. DAR CIÊNCIA do Relatório e da Decisão ao Representante, à Prefeitura Municipal de Indaial, à sua Assessoria Jurídica e ao seu Controle Interno.

É o Relatório.

Diretoria de Licitações e Contratações, em 14 de dezembro de 2021.

DÉBORA BORIM DA SILVA
Auditora Fiscal de Controle Externo

De acordo:

RENATA LIGOCKI PEDRO
Chefe de Divisão

ROGÉRIO LOCH
Diretor em exercício