

Parecer: **MPC/DRR/2031/2018**
Processo: @REP 18/00646906
Origem: Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional - Rio do Sul
Assunto: Irregularidades no edital de Tomada de Preços n. 010/2018, para ampliação e reforma da EEB Cecília Bertha Hildegard Cardoso - Lontras/SC.

Número Unificado: MPC-SC 2.3/2018.2270

Cuida-se de representação protocolada pelo Sr. Elisandro Galvan, relatando eventuais irregularidades no Edital de Tomada de Preços nº 010/2018, deflagrado pela Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional, cujo objeto, orçado em R\$ 2.541.000,61, previu a ampliação e reforma da EEB Cecília Bertha Hildegard Cardoso, localizada no Município de Lontras.

Mediante o relatório nº 494/2018, a área técnica sugeriu ao Relator conhecer da representação, determinar a sustação cautelar do certame, bem como determinar a audiência responsável, Sr. Elias Souza, Secretário Executivo da ADR de Rio do Sul (fls. 75-86).

Em Decisão Singular, o Relator acolheu as sugestões da diretoria técnica, determinando a sustação cautelar do procedimento e a notificação do responsável para apresentar alegações de defesa (fls. 87-92).

A medida cautelar concedida foi ratificada pelo Tribunal Pleno (fl. 96).

Devidamente notificado, o responsável veio aos autos apresentar as suas justificativas (fls. 100-201).

Em seguida, a área técnica, por meio do relatório nº 601/2018 (fls. 203-212), sugeriu:

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 Hildegard 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.

Em sede de preliminar, o responsável alegou duas questões prejudiciais ao mérito da representação.

Argumentou, primeiramente, que o prazo para impugnação do instrumento convocatório, disposto no art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei Geral de Licitações, já havia sido superado, ocorrendo a preclusão, o que impossibilitaria a apreciação da matéria pelo Tribunal de Contas.

Em seguida, aduziu que os recursos administrativos interpostos durante a fase externa do certame foram acolhidos em sua maioria, resultando na ampliação do universo de empresas participantes no procedimento.

Por essa razão, o responsável afirmou que houve a perda do objeto pelo fato de a matéria ventilada nos recursos julgados ser idêntica a desta representação.

A área técnica, a seu turno, afastou as preliminares em questão e também os apontamentos restritivos, apesar de ter reconhecido que as cláusulas editalícias questionadas comprometeram a competitividade do certame.

Nesse contexto, argumentou não ser razoável a manutenção da medida cautelar, tendo em vista o aumento do número de participantes no procedimento após o julgamento dos recursos

administrativos. Em adição, ponderou também não ser razoável determinar a anulação do certame, pois uma nova licitação poderia gerar ônus para a Administração sem necessariamente garantir a participação de mais empresas na concorrência.

A diretoria técnica, em virtude disso, sugeriu revogar a medida cautelar e apenas formular determinação à Unidade Gestora para que, em futuros certames, não inclua as exigências irregulares apontadas nesta representação.

De fato, não há razão para acolher as preliminares.

Primeiro, porque os prazos dispostos na Lei nº 8.666/93 são aplicáveis apenas no caso de impugnação ao edital perante a Administração. Isso de modo algum se confunde com a atuação do Tribunal de Contas, que possui atribuição constitucional para realizar o controle externo, sem haver previsão de prazo decadencial para tanto.

Ademais, como bem lembrou a diretoria técnica, o art. 113 da Lei nº 8.666/93 prevê expressamente que o Tribunal de Contas exercerá o controle das despesas relacionadas a contratos e demais instrumentos regidos pela indigitada lei.

Em relação à segunda preliminar, entende-se que a perda do objeto no presente caso não ocorreu.

Especificamente porque não houve a exclusão das cláusulas editalícias que restringiram a competição, tampouco a anulação do procedimento, mas apenas o acolhimento de recursos administrativos pela comissão, ampliando o número de empresas habilitadas no certame.

Logo, não há razão para acolher nenhuma das teses prejudiciais ao mérito da representação.

Apesar disso, filio-me ao posicionamento da diretoria técnica quanto à revogação da medida cautelar, como também pela formulação de determinação para a continuidade do procedimento licitatório.

Isso porque o interesse público deve estar sempre em primeiro lugar. Tendo isso em vista, e diante das circunstâncias do caso concreto, nem sempre a anulação da licitação revelar-se-á como a melhor alternativa, mesmo diante de irregularidades como as verificadas nestes autos.

Logo, a sugestão da área técnica no sentido de revogar a medida cautelar e dar continuidade ao certame é justificável, sobretudo porque um novo procedimento licitatório a esta altura não seria capaz de assegurar a ampliação do número de empresas interessadas no certame.

O fato de o objeto envolver a ampliação e reforma de uma escola municipal também não pode ser ignorado. O lançamento de um novo certame atrasaria ainda mais a conclusão da obra, prejudicando os alunos e professores que usufruirão das novas instalações.

A continuidade do certame, no entanto, não significa que as eventuais irregularidades foram saneadas, tampouco excluídas do instrumento convocatório.

Logo, as irregularidades descritas na representação devem ser analisadas, assim como a eventual responsabilidade do subscritor do edital.

Nessa toada, a primeira restrição diz respeito à exigência excessiva de atestados de capacidade técnica. O instrumento convocatório previu a necessidade de apresentação de atestado que comprovasse a capacidade técnica das licitantes para a execução de serviços de estrutura metálica e pavimentações e, ainda, para a execução de serviços de instalação de telhas sanduíche.

Tal exigência, como bem assinalou a diretoria técnica, restringe a competitividade do certame, sobretudo porque o edital previu a possibilidade de subcontratação dos serviços de estrutura metálica e pavimentações. De outra parte, para a instalação de telhas metálicas convencionais, não existem dificuldades técnicas que justifiquem a exigência de atestado.

O responsável, a seu turno, defendeu os termos do instrumento convocatório. Após explanar as suas razões para tanto, concluiu que, “na medida em que mesmo firmada a subcontratação de parcela do objeto, o contratado se obriga pela totalidade do encargo, entende-se não ser necessário investigar a saúde financeira da subcontratada. Dessa feita, os requisitos de habilitação que deverão ser comprovados pela subcontratada deverão ser aquelas que, segundo previsão do edital, se mostrem indispensáveis para demonstrar a capacidade e idoneidade para realizar a parcela subcontratada.”

A área técnica, por sua vez, reafirmou que a exigência de atestados para a execução dos serviços passíveis de subcontratação e de menor relevância técnica, como requisito de habilitação, é capaz de restringir o caráter competitivo.

A propósito, isso acabou se confirmando no caso concreto. Antes da interposição de recursos, entre as 8 (oito) empresas participantes da licitação, 6 (seis) não possuíam atestado de execução de piso em granitina (passível de subcontratação) e 3 (três) não apresentaram atestados relativos à execução de serviço de instalação de telhas sanduíche (o qual não possui relevância técnica).

No meu entendimento, o fato de os recursos administrativos terem sido acolhidos durante o procedimento licitatório não é suficiente para afastar a afronta ao caráter competitivo do certame.

É inquestionável que a exigência de atestados no caso vertente é irregular. Tanto é verdade que posteriormente a própria Administração reviu o seu posicionamento e habilitou diversas empresas no certame.

Nada obstante, o prejuízo à competição já estava consumado naquele momento, especialmente porque não é possível averiguar quantas empresas interessadas deixaram de participar do certame por não se enquadrarem nas exigências relativas à qualificação técnica previstas no instrumento convocatório.

Pondero que a competitividade, ao lado dos demais princípios elencados no art. 3º da Lei nº 8.666/93, deve ser sempre o norte da Administração ao planejar e lançar um procedimento licitatório. Isto é, desde a fase interna do certame, o Poder Público deve atuar de maneira a privilegiar a concorrência plena entre todos os interessados pelo objeto.

Assim, malgrado a afronta ao caráter competitivo da licitação ter sido mitigada a partir da habilitação de mais empresas no certame, a irregularidade não foi sanada em sua origem. Pode-se dizer que houve apenas uma correção parcial no rumo do certame, atenuando o prejuízo à competição, porém ainda distante de atender aos preceitos da Lei nº 8.666/93.

Adiante, o segundo apontamento restritivo abrange a exigência de comprovação do recebimento do Edital e conhecimento das condições de execução da obra, assinado pela Gerência de Infraestrutura da ADR – Rio do Sul e recebido por profissional do quadro da empresa em até 3 dias úteis anteriores a data de abertura do certame.

Sobre esse ponto, a defesa alegou que o objeto da licitação envolve a construção e reforma de unidade escolar, ou seja, obras de engenharia, sendo essencial a existência de projeto básico e especificações.

Segundo a tese defensiva, o pleno e prévio conhecimento do projeto e de suas especificações é necessário, a fim de evitar futuros questionamentos acerca do desconhecimento do objeto a ser executado. Ademais, asseverou que tal previsão não restringe a participação dos interessados, servindo apenas para dirimir dúvidas sobre o projeto.

Conquanto o corpo instrutivo tenha afirmado que não existe sentido na alegação de defesa, sugeriu afastar a irregularidade pelo motivo já mencionado alhures, qual seja, evitar onerar ainda mais a Administração a partir da deflagração de um novo certame.

No meu sentir, a restrição em tela também está confirmada.

De modo algum, as razões da defesa afastam a fraude ao caráter competitivo do certame. A Unidade Gestora, mais uma vez, incluiu exigência que viola princípios basilares da licitação.

É cediço que o prévio conhecimento das condições de execução da obra não caracteriza restrição por si só. Tal comprovação pode ser realizada junto a entrega dos envelopes de habilitação.

No entanto, o edital exigiu que isso ocorresse até 3 dias úteis antes da abertura do certame, representando um fator limitativo à participação de empresas domiciliadas em outras localidades.

Outrossim, o recebimento do edital por profissional do quadro da empresa interessada também não se justifica, sobretudo porque o edital e demais documentos relativos ao certame estão disponíveis na internet.

Da mesma forma, o terceiro apontamento, relativo à exigência de comprovação de depósito de garantia da proposta protocolada em até 3 dias úteis anteriores à abertura do certame, também representa prejuízos à competitividade.

A defesa fundamentou a previsão da exigência no art. 31, III, da Lei nº 8.666/93. Em adição, justificou que o prazo de 3 dias foi exigido para os casos de garantia feita por meio de títulos da dívida pública, seguro garantia ou fiança bancária.

De acordo com o corpo instrutivo, a exigência de garantia somente é cabível para habilitação para fins de comprovar qualificação econômico-financeira. Ou seja, a sua apresentação deve ocorrer apenas junto com os demais documentos relacionados à habilitação, não podendo ser fixado prazo anterior a essa fase.

Ainda assim, pelos motivos já expostos, a área técnica posicionou-se pelo afastamento do apontamento.

Com efeito, a exigência de garantia nessa hipótese é irregular, mormente porque não está atrelada a comprovação de

qualificação econômico-financeira da empresa. Mais grave ainda é que procedendo dessa forma a Unidade Gestora terá prévio conhecimento de todas as interessadas no objeto antes da abertura do certame, o que atenta contra princípios constitucionais como o da impessoalidade, da moralidade e da probidade administrativa.

Logo, é indubitável a caracterização da restrição.

Por sinal, conforme visto, todas as irregularidades descritas no relatório técnico estão cabalmente comprovadas.

Sendo assim, não há razão para o responsável permanecer impune mesmo na hipótese de prosseguimento do certame, até porque o disposto no art. 70, II, da Lei Complementar nº 202/2000 não vincula a cominação de multa à adoção de nenhuma medida específica, bastando a comprovação da prática de ato irregular, senão vejamos:

Art. 70. O Tribunal poderá aplicar multa de até cinco mil reais aos responsáveis por:

[...]

II — ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

Registre-se, em complemento, que a sanção pecuniária não se reveste apenas de caráter punitivo, compreendendo também um lado pedagógico, o qual deve ser considerado a fim de inibir a repetição de tal prática pelo responsável.

Portanto, concluo que a aplicação de multa ao responsável em decorrência dos três apontamentos verificados no certame é medida que se impõe.

Caso prevaleça entendimento diverso deste, o Tribunal de Contas Estadual, de um modo ou de outro, convalidará as irregularidades constatadas que tanto causaram abalos à competitividade do certame ora em análise.

Destarte, reitero que o fato de assentir com o prosseguimento do procedimento licitatório não se deu porque as

irregularidades foram sanadas, mas exclusivamente por se tratar de alternativa menos gravosa ao interesse público.

Ante o exposto, o Ministério Público de Contas, com amparo na competência conferida pelo art. 108, inciso II, da Lei Complementar nº 202/2000, manifesta-se por:

1. Revogar a medida cautelar anteriormente deferida, determinando o prosseguimento do certame, em decorrência do interesse público;

2. Julgar **procedente** a representação formulada pelo Sr. Elisandro Galvan em face do edital de Tomada de Preços nº 10/2018, deflagrado pela Secretaria de Estado do Desenvolvimento Regional de Rio do Sul para ampliação e reforma da EEB Cecília Bertha Hildegard Cardoso, localizada no Município de Lontra;

3. Aplicar a **pena de multa**, nos termos do art. 70, II, da Lei Complementar nº 202/2000, ao Sr. **Elias Souza**, Secretário Executivo da ADR de Rio do Sul, em decorrência das seguintes irregularidades que comprometeram a competitividade do edital de Tomada de Preços nº 10/2018:

3.1. Exigência de atestados técnicos para parcelas do objeto passível de subcontratação e serviços sem relevância técnica;

3.2. Exigência de comprovação de retirada de documentos em data anterior a abertura do certame;

3.3. Exigir a protocolização de comprovante de garantia da proposta em data anterior a abertura do certame.

4. Formular **determinação** para que, em futuros procedimentos, não sejam incluídas as cláusulas apontadas como irregularidades neste feito.

Florianópolis, 09 de janeiro de 2019.

Diogo Roberto Ringenberg
Procurador de Contas