

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
PROPOSTA DE VOTO:	GAC/CFF - 40/2019

I. EMENTA

Representação. Irregularidades em edital de Pregão. Recurso Administrativo. Ampliação de habilitadas. Manutenção das irregularidades. Multa.

A ampliação do número de empresas habilitadas após o julgamento dos recursos administrativos não tem o condão de afastar as irregularidades existentes no edital. Um maior número de empresas poderia se mostrar interessada no objeto caso as exigências não existissem no edital, razão pela qual, considera-se mantida a irregularidade.

Revogação da Cautelar. Continuidade do procedimento. Construção de escola. Menor ônus para a Administração e para a coletividade.

Ainda que presentes as restrições verifica-se que a continuidade do procedimento licitatório é a medida mais adequada ao caso concreto. Considerando que a licitação tem por objeto a construção e reforma de uma escola, a anulação do edital nesta fase traria maior ônus não só para a Administração, mas para a coletividade.

II. INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de Representação formalizada pelo Sr. Elisandro Galvan, noticiando supostas irregularidades constantes no Edital de Tomada de Preços n. 10/2018, cujo objeto é a ampliação e reforma da EEB Cecília Bertha Hildegard Cardoso localizada no município de Lontras – SC, no valor de R\$ 2.541.000,61 (dois milhões, quinhentos e quarenta e um mil reais e sessenta e um centavos), promovido pela ADR de Rio do Sul.

O Representante insurgiu-se contra as seguintes exigências do edital:

- 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.

Alegando ilegalidade dos fatos apontados, requereu a sustação cautelar do procedimento licitatório.

Submetidos os autos à análise técnica, a DLC¹ entendeu pertinentes os fundamentos levantados pelo Representante, concluindo pelo deferimento da cautelar, com audiência do responsável para apresentar justificativas acerca das supostas irregularidades.

Presentes os requisitos de admissibilidade e para a concessão da medida de urgência, o Exmo. Relator Cesar Filomeno Fontes decidiu² conhecer da Representação, deferir o pedido cautelar para suspender o procedimento licitatório, assim como determinar audiência do responsável para que apresentasse justificativas acerca dos apontamentos acima destacados.

O responsável apresentou sua resposta (101/115) e juntou documentos (116/201).

Ato seguinte a Diretoria de Licitações e Contratações³ manifestou-se pela improcedência da Representação, revogação da cautelar e determinação para que, em futuros procedimentos licitatórios, a Unidade não torne a fazer as exigências suscitadas pelo Representante.

O Ministério Público de Contas opinou⁴ pela revogação da cautelar e continuidade do procedimento licitatório, uma vez que oito empresas participaram do processo. Para o Órgão Ministerial, ainda que presentes as restrições, o interesse público será melhor resguardado com a continuidade do certame. Não obstante, opinou pela procedência da representação e aplicação de multa ao responsável.

Vieram-me os autos para apreciação.

É o relatório.

III. DISCUSSÃO

1 Relatório n. 494/2018 (fls. 75/86).

2 Decisão Singular n. GAC/CFF 652/2018 (fls. 87/92).

3 Relatório n. DLC 601/2018.

4 Parecer n. MPC/DRR/2031/2018.

Antes de adentrar na questão de mérito permito-me tecer considerações acerca das preliminares aventadas pela defesa.

O responsável alegou que o prazo para impugnação ao instrumento convocatório previsto no art. 41, §§ 1º e 2º, da Lei de Licitações⁵ já havia terminado, havendo preclusão ao direito de impugnar o edital.

Sem razão ao responsável, pois o termo para impugnação a que se refere o art. 41, §§ 1º e 2º da Lei restringe-se à impugnação perante à Administração. O próprio § 1º do artigo 41 afirma que a prerrogativa de impugnar o edital perante a Administração não prejudica o direito que qualquer pessoa possui de representar ao Tribunal de Contas contra irregularidades na aplicação da Lei de Licitações. Eis a redação dos dispositivos legais:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 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.**

Art. 113.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

Ainda em sede preliminar, o responsável argumentou oito empresas participaram da sessão de habilitação, sendo duas habilitadas. Que cinco empresas entraram com recurso e três foram julgados procedentes pela Administração. Somando-se às duas já habilitadas na Sessão de abertura, restaram ao final cinco empresas habilitadas. Em razão disso, o responsável alegou perda do objeto da Representação.

⁵ Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. § 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.

Não assiste razão, pois embora procedentes os recursos, as cláusulas do edital impugnadas nesse processo continuam presentes.

Diante do exposto, acompanho a sugestão da Diretoria Técnica e do Ministério Público de Contas no sentido de afastar as preliminares suscitadas.

No tocante ao mérito, o Representante suscitou as seguintes irregularidades:

1. Exigência excessiva de atestados de capacidade técnica:

O item 4.2.4. do edital de Pregão n. 10/2018 previu a obrigatoriedade de apresentação de atestado que comprovasse a capacidade técnica das licitantes, emitido pelo CREA/CAU, consistente na comprovação de execução anterior de serviços de estrutura metálica e pavimentações e para a execução de serviços de instalação de telhas sanduíche. Essas exigências foram consideradas excessivas pelo Representante. Isso porque, no tocante aos serviços de estrutura metálica o edital previu a subcontratação. Já em relação à colocação de telhas sanduíche, o serviço não se refere à parcela de maior relevância, além do que, o serviço não apresenta dificuldades técnicas para sua execução.

A Diretoria Técnica entendeu que a alegação é pertinente, uma vez que das oito empresas participantes apenas duas atenderam as exigências mencionadas no edital. Para a DLC a obrigação imposta pelo edital violou o caráter competitivo da licitação (art. 3º, § 1º, inciso I da Lei de Licitações). Todavia, considerando que após a fase de recursos mais três empresas foram habilitadas, considerou estar sanada a irregularidade. O Ministério Público de Contas, por outro lado, entendeu que a restrição não foi sanada, pois embora habilitadas mais empresas, a irregularidade permanece no edital.

Acolho o posicionamento do Órgão Ministerial, pois a exigência foi exagerada e violou o caráter competitivo da licitação. Tanto é fato que na fase de recursos foram aceitos atestados de serviços similares e o número de empresas habilitadas passou de duas para cinco. Apesar disso, não houve a reparação da irregularidade, já que a exigência não foi extirpada do edital e outras empresas interessadas no objeto podem não ter vindo ao processo justamente em razão de tal exigência.

Nesse rumo o Tribunal de Contas da União decidiu que a exigência de atestados de capacidade técnica só se justifica quanto a serviços técnica e materialmente relevantes e quando não se verificar de antemão a possibilidade de subcontratação⁶. Com efeito, não há razão lógica

⁶ Neste sentido, entendimento esposado pelo Tribunal de Contas na União no Acórdão n. 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,

para exigir atestados de capacidade técnica para serviços passíveis de subcontratação. Tampouco não se coaduna com o disposto no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993⁷, que autoriza o atestado de capacidade técnica somente para parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação. No caso em exame, a colocação telhas térmicas do tipo sanduíche refletem aproximadamente 11% da quantidade de materiais utilizados na obra, o que não corresponde a parcelas de maior relevância do objeto.

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 antes da data de abertura do certame.

A defesa argumentou que como o objeto da licitação se refere à construção e reforma de uma unidade escolar é essencial o prévio e pleno conhecimento do projeto e suas especificações pelos interessados. Afirmou que a exigência tem por finalidade evitar futuros questionamentos por desconhecimento do objeto, além de dirimir dúvidas sobre o projeto. Por fim, afirmou que a disposição não configura restrição à participação de interessados.

A Diretoria Técnica, apesar de reconhecer a existência da irregularidade, considerou que pode ser afastada no caso concreto, em razão da habilitação de um número razoável de empresas. O Ministério Público de Contas entendeu que a irregularidade não deve ser afastada.

Com efeito, a exigência de comparecimento na sede da Unidade licitante no mínimo 3 dias antes da apresentação das propostas, a fim de atestar o recebimento do edital e seus anexos constitui limitação à participação de empresas que tenham domicílio fora na sede da Unidade. Ademais, a simples assinatura e recebimento em mãos do edital não garante que os interessados tomaram conhecimento das especificações do objeto, razão pela qual, a justificativa apresentada

passíveis de serem executados apenas por poucas empresas, e que, por circunstância de mercado, já se saiba de antemão que serão subcontratados.

7 Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:[...]

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;[...]

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, **limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação**, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

pela defesa não procede. A ampliação de empresas no certame não tem o condão de afastar a irregularidade, que já maculou o edital.

3. Exigência de depósito de garantia da proposta protocolado em até 3 dias úteis antes da data da abertura do certame.

Para a defesa, a exigência encontra amparo no art. 31, inciso III⁸, da Lei de Licitações, que autoriza a cobrança das garantias previstas no art. 56, § 1º, inciso I, da mesma Norma⁹. A finalidade seria medir a qualificação econômico-financeira dos licitantes. Sustentou também que a condição só foi imposta para os casos de garantia feita por meio de títulos da dívida pública, seguro garantia ou fiança bancária.

No juízo da Diretoria Técnica, a garantia somente pode ser exigida junto com os demais documentos relacionados à habilitação.

O Órgão Ministerial ponderou que a exigência é irregular, mormente porque não está atrelada à comprovação de qualificação econômico-financeira. Além do mais, a Unidade teria prévio conhecimento de todas as interessadas no objeto antes mesmo da abertura do certame, fato que viola os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e probidade administrativa.

Não tem razão as argumentações da defesa, pois segundo autoriza a Lei a garantia é exigência possível de ser feita na fase de habilitação, e não em fase anterior.

Nesse rumo, importa colacionar entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de existir ilegalidade na exigência de garantir anterior à abertura dos envelopes de habilitação:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. APRESENTAÇÃO DE GARANTIA ANTES DA HABILITAÇÃO EM TOMADA DE PREÇO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Tem-se aqui caso em que edital de licitação exigia a apresentação de garantia em até cinco dias da data da abertura da licitação.

2. De acordo com o art. 31, inc. III, da Lei n. 8.666/93, a apresentação de garantia é requisito para que o licitante seja considerado qualificado no aspecto financeiro-econômico. Como se sabe, **a apresentação das qualificações insere-se na fase de habilitação, na esteira do art. 27 daquele mesmo diploma normativo, motivo pelo qual a exigência de garantia antes do referido período é ilegal.**

⁸ 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.

⁹ Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. [...]

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: [...] dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

3. Não ajuda à Administração sustentar que o edital é lei entre as partes e que a decisão que aplica os dispositivos antes mencionados viola o art. 41 da Lei n. 8.666/93, pois, se é verdade que o edital vincula o Poder Público, não é menos verdade que a lei também o faz, em grau ainda mais elevado.
4. Recurso especial não provido¹⁰.

Como se pode observar, os apontamentos trazidos pelo Representante são eivados de ilegalidade e não devem constar de editais de licitação, sob pena de afronta aos princípios da legalidade, da competitividade e da proposta mais vantajosa à Administração.

Ainda que a Diretoria Técnica tenha reconhecido a existência das ilegalidades, ponderou que no caso em tela, a presença de 5 empresas habilitadas afasta o prejuízo à competitividade do certame e saneia as irregularidades ventiladas. Pontuou que a anulação do edital e a abertura de um novo procedimento licitatório geraria mais prejuízo à Administração. Sendo assim, sugeriu a revogação da cautelar para dar continuidade ao procedimento licitatório.

Para o Ministério Público de Contas a ampliação do número de empresas habilitadas após os recursos administrativos, de duas para cinco, não tem o condão de sanar as ilegalidades presentes no edital, razão pela qual opinou pela imputação de multa ao responsável. Não obstante, entendeu que o interesse público deve ser colocado em primeiro lugar e a continuidade do procedimento é a melhor medida a ser adotada neste caso.

A observância dos princípios licitatórios, além de resguardar direitos dos licitantes, buscam sobretudo assegurar a proposta mais adequada, com maior vantajosidade à Administração, e por consequência, à coletividade.

Com efeito, a existência cinco empresas habilitadas no certame não exclui as ilegalidades presentes no edital, até porque a retirada das exigências poderia aumentar a participação de outras empresas que sequer demonstram interesse em razão das condições impostas. Dito isso, entendo que as disposições do edital apontadas pelo Representante refletiram clara violação ao caráter competitivo da licitação, prescrito no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei de Licitações, razão pela qual, considero pertinente a aplicação de multa em razão de ato praticado com grave infração à norma legal (art. 70, inciso II, da Lei Complementar n. 202/2000).

Todavia, considerando que a anulação do edital trará um ônus maior para a Administração e para a coletividade, a qual terá que aguardar ainda mais pela construção da escola;

10 STJ. REsp 1018107/DF. Segunda Turma. Relator: Mauro Campbell Marques. Data do julgamento: 26/05/2009.

Considerando que não se pode precisar que a publicação de um novo edital ampliará o número de participantes e trará melhores propostas à Administração;

Considerando que existe um número razoável de participantes habilitadas, entendo razoável revogar a medida cautelar concedida pela Decisão n. 652/2018 e ratificada pelo Tribunal Pleno na Sessão de 27/08/2018, para que seja possível a continuidade do procedimento.

IV. VOTO

Diante do exposto, proponho ao Egrégio Tribunal Pleno a adoção da seguinte deliberação:

4.1. REVOGAR a medida cautelar concedida por meio da Decisão Singular n. GAC-652/2018, ratificada pelo Tribunal Pleno na Sessão de 27/08/2018.

4.2. CONSIDERAR PROCEDENTE, 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.

4.3. Aplicar a pena de multa, nos termos do art. 70, II, da Lei Complementar nº 202/2000, e art. 109, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas, ao Sr. Elias Souza, Secretário Executivo da ADR de Rio do Sul, de 19/04/2018 a 01/01/2019, inscrito no CPF sob o n. 453.926.929-15, com endereço residencial na Rua Norberto Pedro Ludvig, Bairro Gruta, Itoporanga, SC, fixando-lhe o prazo de 30 dias, a contar da publicação do Acórdão no Diário Oficial Eletrônico - DOTC-e, para comprovar ao Tribunal de Contas o recolhimento ao Tesouro do Estado as multas cominadas sem o que, fica desde logo autorizado o encaminhamento da dívida para cobrança judicial, observado o disposto nos arts. 43, II, e 71 da Lei Complementar (estadual) nº 202/2000, em face das seguintes irregularidades, que configuram violação ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993:

4.3.1. R\$ 1.136,52 (um mil cento e trinta e seis reais e cinquenta e dois centavos), em razão da indevida exigência de atestados técnicos para parcelas do objeto passível de subcontratação e serviços sem relevância técnica;

4.3.2. R\$ 1.136,52 (um mil cento e trinta e seis reais e cinquenta e dois centavos), em face da indevida exigência de comprovação de retirada de documentos em data anterior a abertura do certame;

4.3.3. R\$ 1.136,52 (um mil cento e trinta e seis reais e cinquenta e dois centavos), em face da exigência de comprovação de garantia da proposta em data anterior a abertura do certame.

4.4. RECOMENDAR ao Gestor da Agência de Desenvolvimento Regional de Rio do Sul, ou a Unidade que venha a substituí-la em razão da reestruturação Administrativa do Estado que, em futuros procedimentos licitatórios, deixe de contar as seguintes exigências:

4.4.1. Atestados técnicos para serviços tipicamente subcontratados e serviços sem relevância técnica.

4.4.2. Comprovação de retirada de documentos protocolada em data anterior a abertura do certame.

4.4.3. Comprovação de garantia da proposta em data anterior a abertura do certame.

4.5. Dar ciência da Decisão ao Representante, ao Representado e ao Controle Interno do Estado.

Florianópolis, 14 de fevereiro de 2019.

SABRINA NUNES IOCKEN
CONSELHEIRA RELATORA

Portaria n. 10/2019