



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

JURISDICIONADO: Departamento de Estradas de Rodagem da Paraíba – DER/PB

OBJETO: Denúncia com pedido de medida cautelar

DENUNCIADO: Diretor Superintendente Carlos Pereira de Carvalho e Silva

DENUNCIANTE: Maria Clara Barbosa Prado

RELATOR: Conselheiro Substituto Antônio Cláudio Silva Santos

DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM – DER-PB. DENÚNCIA, COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR, SOBRE SUPOSTAS IRREGULARIDADES NO EDITAL DA CONCORRÊNCIA Nº 04/2015. DECISÃO SINGULAR DS2 TC 23/2015 CONCEDENDO A CAUTELAR. APRESENTAÇÃO DE DEFESA. JULGAMENTO DO MÉRITO. CAUTELAR TORNADA SEM EFEITO. REGULARIDADE COM RESSALVAS, COM RECOMENDAÇÃO AO DER E A CGE PARA QUE, NOS PRÓXIMOS EDITAIS, FAÇAM OS AJUSTES NA CONFORMIDADE DAS SUGESTÕES DO RELATOR.

ACÓRDÃO AC2 TC 01443/2016

RELATÓRIO

Trata-se de denúncia com pedido de medida cautelar, oferecida pela Sr^a. Maria Clara Barbosa Prado, Advogada, OAB/PB nº 18.846, por meio do Documento TC 66299/15, protocolizado neste Tribunal em 11/12/2015, comunicando supostas irregularidades no edital da Concorrência nº 04/2015, emitido pelo Departamento de Estradas de Rodagem da Paraíba – DER/PB, tendo como responsável o Diretor Superintendente Carlos Pereira de Carvalho e Silva, objetivando a realização de obra de urbanização, adequação e requalificação da Avenida Cruz das Armas, acessos e pavimentação da Rodovia Perimetral Sul, interligando o bairro das indústrias ao Muçumagro, através do Valentina Figueiredo e dos conjuntos Gervásio Maia e Colinas do Sul, com valor estimado de R\$ 22.127.424,33.

A denúncia foi recebida pela DECOM e tramitada para a OUVIDORIA, que a submeteu à apreciação da DILIC, em cuja manifestação entendeu procedentes os fatos a seguir enumerados, informando tratar-se, na realidade, da Concorrência nº 40001/2015 e não da nº 04/2015, como afirmou o denunciante:

- a) Ausência de publicação no sítio eletrônico do órgão;
- b) Contradição e quebra do princípio da isonomia quanto o requisito de vestimenta obrigatória ao local dos serviços (item “10.4.1.f” do edital¹);
- c) Restrição da competitividade notadamente nos itens “10.4.1” “c”² e “d.2.6.1”³, que exigem, simultaneamente, que o profissional, além de ser detentor dos atestados de qualificação

¹ 10.4.1.f - Atestado de visita emitido pelo órgão licitante, conforme ANEXO 17 -DECLARAÇÃO DA VISITA AO LOCAL DA OBRA, em nome da licitante, de que ela, obrigatoriamente, por intermédio de representante legal do licitante, visitou os locais onde serão executadas as obras/serviços, tomando conhecimento de todos os aspectos que possam influir direta ou indiretamente na execução dos mesmos, até o terceiro dia útil imediatamente anterior à data de apresentação das propostas, informada neste Edital.

² 10.4.1.c - Comprovação de que possui em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, Engenheiro Civil detentor(es) de Atestado(s) de Responsabilidade Técnica, devidamente acompanhado(s) das respectivas Certidão(ões) de Acervo(s) Técnico(s) (CAT), expedido(s) pelo CREA/CAU do Estado em que foi realizado o serviço de característica semelhante às do objeto da licitação, cujas parcelas de maior relevância e valor significativo são as indicadas na alínea “b” anterior.

³ 10.4.1.d.2.6.1 - O Coordenador designado pelo licitante poderá ser o engenheiro fiscal da Empresa Licitante ou seu responsável técnico, que deverá ser detentor de CAT(Certidão de Acervo Técnico) compatível com a Obra que irá ser licitada acompanhada da ART(Anotação de Responsabilidade Técnica), da CAT que será apresentada.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

- técnica (item "10.4.1.c"), também tenha um raríssimo atestado de capacidade em "coordenação da equipe";
- d) O item "10.4.1.b.1.6"⁴ determina que as Certidões de Acervo Técnico - CAT contenham, obrigatoriamente, a "data de início e término dos serviços". Ocorre que não é comum que a CAT dos licitantes tenha tal informação, justamente pela ausência de norma prévia que determine a obrigatoriedade de cumprimento desta exigência;
- e) Ausência de parcelamento da licitação em lotes - observe-se que o objeto não foi subdividido em lotes e gerou uma restrição ao caráter competitivo do certame;
- f) Ilegalidade no item "27.1"⁵ que exige que a garantia da proposta seja depositada com 3 (três) dias de antecedência, em relação à data em que ocorrerá a sessão de licitação.

No mesmo pronunciamento, a unidade instrutiva concluiu *"pela emissão de Cautelar no sentido de suspender o procedimento licitatório na modalidade Concorrência 40001/2015, na fase que se encontrar e, simultaneamente, citação das autoridades responsáveis para, querendo, apresentarem defesas ou justificativas que entender necessárias"*, ressaltando, no entanto, *"tratar-se de análise preliminar do certame em foco, em sede de representação, (...), sem prejuízo da análise ulterior dos demais aspectos do instrumento convocatório, bem como de todo o procedimento licitatório"*.

Desta forma, considerando que, segundo as apurações da Auditoria, há indícios suficientes de vícios que restringem indevidamente a competitividade do certame, e que sua continuidade poderá acarretar prejuízo à administração e aos licitantes, DECIDIU, com base no art. 195, § 1º, do Regimento Interno do TCE/PB, emitir cautelar para SUSPENDER o procedimento licitatório, Concorrência nº 40001/2015, no estágio em que se encontra, inclusive quanto à execução do contrato, sob pena de cominações legais, com fixação do prazo de 15 (quinze) dias ao Diretor Superintendente do Departamento de Estradas de Rodagem da Paraíba – DER/PB, Sr. Carlos Pereira de Carvalho e Silva, para apresentação de defesa, conforme DECISÃO SINGULAR DS2 TC 00023/2015.

Dentro do prazo fixado, o DER apresentou defesa, a qual foi analisada pela DILIC, que considerou irregular o Edital, na conformidade da denúncia.

Eis a seguir, um resumo da denúncia, defesa e posicionamento da Auditoria.

• DA GRAVÍSSIMA RESTRIÇÃO À PUBLICIDADE/COMPETITIVIDADE

DENÚNCIA – Informa, a denúncia, que o DER, de forma deliberada, apresentou informações distorcidas no seu sítio, objetivando causar confusão aos interessados. Observa-se que o edital, em apreço, Concorrência nº 04/2015-CEL-DER/PB, tem como objeto a realização de obra de urbanização, adequação e requalificação da Avenida Cruz das Armas, acessos, e pavimentação da Rodovia Perimetral Sul, interligando o bairro das indústrias ao Muçumagro, através do Valentina Figueiredo e dos conjuntos Gervásio Maia e Colinas do Sul. No entanto, no sítio oficial do DER a mesma concorrência apresenta como objeto obra de restauração do acesso ao conjunto da CEHAP, elevação do greide e drenagem na Rodovia PB-057 (saída de Mamaguape), trecho: entroncamento da BR 101 (Mamaguape/Itapororoca).

⁴ 10.4.1.b.1 - O(s) atestado(s) e/ou a(s) Certidão(ões) apresentada(s) deverá(ão) conter as seguintes informações básicas: (...)

b.1.6 - Data do início e término dos serviços.

⁵ 27.1 - Os licitantes deverão apresentar Garantia de proposta nas seguintes modalidades: dinheiro, títulos da dívida pública, fiança bancária ou seguro-garantia, conforme discriminado a qual será devolvida aos licitantes em até 30 (trinta) dias após a realização da Licitação. Esta garantia de Proposta não sofrerá nenhum processo de atualização monetária por parte da Administração, exceto na hipótese de ser efetuada em dinheiro. A garantia deverá ser entregue na Tesouraria do DER/PB, até o 3º dia útil que anteceder a abertura da Licitação, e o recibo emitido deverá constar do Envelope nº 01 (Habilitação).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

DEFESA – Alega, a defesa, que não houve restrição à publicidade, uma vez que o edital foi publicado no DOE-PB, Jornal da União e DEO-TCE/PB. Em relação ao número correto da concorrência, o sítio eletrônico do DER informa a Concorrência nº 04/2015, realizada pela Comissão Permanente de Licitação –CPL, enquanto que a outra, Concorrência nº 04/2015, de objeto diferente, foi realizada pela Comissão Especial de Licitação. Portanto, cumprido os requisitos da publicidade estabelecidos no art. 21 da Lei nº 8666/93. E tanto é verdade que 21 empresas demonstraram interesse em participar do certame, solicitando cópia do edital, sendo que 4 apresentaram proposta.

AUDITORIA – Constatou-se discrepância entre o número da Licitação publicada no sítio do DOE-TCE-PB (Concorrência nº 4001/2015) e no DOE (Concorrência nº 04/15 – CEL). Constatou-se também a ausência de publicação no DOU, que seria necessária, pois há aporte financeiro federal, bem como a não disponibilização da referida licitação no sítio do DER. Portanto, assiste razão à denunciante.

- DA ILEGALIDADE NO ITEM 10.4, "C" e "D.2.6.1" (RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE)

DENÚNCIA – Tais itens exigem, simultaneamente, que a empresa tenha profissional que possua, além de atestado de qualificação técnica, também raríssimo atestado de capacidade em coordenação da equipe. Essas exigências não se compatibilizam com o art. 37, XXI, da CF/88, e art. 30 da Lei nº 8.666/93, que preconiza que a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características será limitada às parcelas de maior relevância. Se a Administração achasse conveniente um coordenador de equipe, no máximo, poderia ter indicado uma equipe mínima a ser contratada, ao final da licitação. Mas nunca seria possível inserir tal exigência nos requisitos de habilitação, eis que o elemento que comprova a aptidão da licitante para executar o objeto são os acervos semelhante à própria obra civil (em suas parcelas mais relevantes), e não uma CAT de coordenação.

DEFESA – Alega, a defesa, que as exigências estão contidas no art. 30 da Lei nº 8666/93, não sendo, portanto, nenhuma novidade. Esclarecer quanto à exigência de cumulação da CAT, em face do registro de ART em coordenação, refere-se ao engenheiro detentor dos atestados de responsabilidade técnica que irá responder pela obra em caso da licitante sagrar-se vencedora. Esse entendimento decorre da simples leitura do enunciado na exigência contida no item "c" da Cláusula 10.4.1. Ora, não é difícil entender que o coordenador da equipe, exigido nesta cláusula, nada mais é que o engenheiro responsável técnico, que detém o acervo técnico, e que, com muita propriedade, ficará com a incumbência de manter comunicação entre o técnico-fiscal da obra e gestor do contrato com a empresa contratada, o que é bastante salutar e gera um canal único para as discussões relativas à obra.

AUDITORIA – Saliente-se que as cláusulas do edital devem ser claras e objetivas de modo a não propiciar exigências desmedidas, não previstas na Lei que rege a licitação, principalmente no artigo 30, § 1º da Lei 8666/93, que disciplina as exigências para a comprovação, pelos licitantes, da sua aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação. Portanto não acatamos as alegações despendidas pelorequerido.

- DA ILEGALIDADE NO ITEM 10.4 "B" e "C" (RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE)

DENÚNCIA – Observa-se que o Item 10.4.b.1.6 do Edital determina que os acervos técnicos contenham obrigatoriamente a data de início e término dos serviços. O Edital deve ser anulado por exigir dos licitantes acervos técnicos com elementos que não são usuais nas CAT e não estão previstos nas resoluções do CONFEA.

DEFESA - Não podem deixar de existir nas ART's elementos que constem o início da obra em face do contrato assinado, bem como o seu término, pois sem precisar o intervalo de tempo que



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

medeia entre o início e o término da obra, para fins de certificação técnica com a finalidade de fornecer a Certidão de Acervo Técnico, nem mesmo esta certidão pode ser expedida, vez que tais elementos informativos de início e conclusão da obra são informações da maior relevância para que se forneça o certificado de que a obra fora concluída. Além do mais, essa exigência geralmente vem explícita em todos os editais de licitação, exatamente para evitar produção independente de certidões objetivando induzir às comissões a aceitarem situações que não existiram no campo da materialidade, daí porque é primário o entendimento de que tal exigência é essencial para a boa informação a disposição da Comissão de Licitação, quando da análise dos documentos referentes a capacidade técnica/operacional das empresas participantes dos certames licitatórios.

AUDITORIA - Cabe ao CREA em cada jurisdição o modus operandi de fornecer a referida Certidão de Acervo Técnico – CAT, colocando ou não a "data de início e término dos serviços a comprovar a qualificação técnica do empresário, nesse caso do licitante. Portanto, vincular o modus operandi do CREA, acredita a Auditoria não ser o meio legal para não se aceitar uma certidão que tem fé de ofício.

- **DA ILEGALIDADE NA AUSÊNCIA DE PARCELAMENTO DA LICITAÇÃO EM LOTES**

DENÚNCIA - Analisando-se a descrição do próprio objeto do certame, é possível observar que o licitante contratado executará duas diferentes obras (uma de recapeamento e outra de pavimentação), em dois diferentes locais (uma na Avenida Cruz das Armas e outra na Rodovia Perimetral Sul).

É evidente, portanto, que a licitação deveria ter sido parcelada em dois lotes distintos, visando a aumentar a competitividade. Inserir os dois diferentes objetos em um único certame, inequivocamente, é um ato tendente a frustrar o caráter de ampla competição da concorrência em tela.

DEFESA - Quanto a esta alegação, também não prospera sob nenhum pretexto de ordem legal e técnica-administrativa, a bem de melhor adequar a eficiência na relação custo-benefício que deve presidir inexoravelmente o planejamento e a elaboração dos orçamentos básicos para minimizar no possível os custos para realização de obras, aquisição de bens e serviços, no intuito de atender os interesses públicos que envolvem a responsabilidade direta do poder público. Contratar obras que visam atender aos mesmos objetivos circunscritas no perímetro urbano não se pode em absoluto falar da obrigatoriedade de promover parcelamentos, que efetivamente gerariam maiores custos para o erário público e certíssimamente demandaria mais tempo para sua execução, pela falta de unidade de programação e desembolso de recursos, em se tratando de um mesmo contrato, em homenagem ao Princípio da Eficiência Administrativa, para melhor adequar o cronograma físico-financeiro com vista a menor prazo de realização dos serviços e, por conseguinte, menores custos. Sustentados nos elementos técnicos que subsidiam o projeto para elaboração do orçamento básico, fica mais que evidente que a licitação do objeto como um todo viabiliza a oferta de melhores propostas, promove economia e, portanto, configura-se como mais vantajosa para a Administração, da qual não pode o gestor abrir mão em detrimento de afetar a competitividade. Além do que, nos acostando ao pensamento do Tribunal de Contas da União, que já entendeu no sentido de que amplitude do que se considera "mesmo local", para fins de licitação de obra, vai além do espaço físico restrito e abarca o aspecto geoeconômico de atuação dos potenciais licitantes, o que no vertente caso também justifica a unidade do objeto por não haver distinção entre o âmbito de atuação de uma empresa que realizará a pavimentação da Rodovia Perimetral Sul e a reurbanização da Avenida Cruz das Armas.

AUDITORIA - os Acórdãos citados não socorrem a defesa, tendo em vista que os casos analisados pela Corte de Contas da União tratam respectivamente de fracionamento de despesa.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

Ressaltou àquela Corte que, no caso em que é realizada uma licitação para cada parcela em que o objeto foi dividido, é vedada a utilização de vários certames na modalidade "convite" ou "tomada de preços", quando o somatório dos valores licitados caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente.

O Professor Justen de Oliveira Pereira analisando uma contratação administrativa afirma o seguinte: Situação 4 - Supondo-se existir conflito entre as hipóteses dos §§ 1º ao 5º do art. 23 da Lei 8666/93, e no caso de objetos que apresentem a mesma natureza, mas que serão realizados em locais distintos deve-se priorizar o parcelamento para ampliar a competitividade ou licitar em conjunto os objetos, concentrando a execução em um único prestador de serviço? Quanto à situação 4, em que se questiona eventual conflito normativo entre os parágrafos 1º e 5º do art. 23 da Lei 8666/93, o TCU firmou conclusão sobre a necessidade de os parágrafos serem interpretados conjuntamente. Nesse sentido, segundo o parágrafo 1º, o parcelamento é obrigatório quando o objeto da contratação apresentar natureza divisível e tal não acarretar prejuízo técnico ou econômico para o conjunto contratado. Essa circunstância independe das localidades em que se realizarão as parcelas da contratação. Já de acordo com o parágrafo 5º, é vedada a utilização, para cada parcela, de modalidade de licitação diversa da que é cabível para o conjunto contratado. Logo, deve-se priorizar o parcelamento.

Na mesma linha, verifica-se no Acórdão nº 1695/2011 – Plenário (TCU)

O TCU também não admite o chamado "contratos guarda chuva", ou seja, sem o parcelamento do objeto quando pelo escopo contenha objeto amplo e/ou com vários objetos, por contrariar os termos do art. 54, § 1º, da Lei 8666/93.

O § 1º do art. 23 do Estatuto das Licitações alerta que as obras e os serviços contratados pela Administração devem ser parcelados em tantas etapas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

O TCU, em suas deliberações, costuma reiterar a disposição dessa Lei, determinando à Administração que proceda ao parcelamento do objeto, sempre que a natureza da obra, serviço ou compra for divisível, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes, devendo as exigências quanto à habilitação dos mesmos ser proporcionais ao parcelamento. Portanto, entendemos irregular o parcelamento.

- DA ILEGALIDADE NO ITEM 10.4 "C" e "D" (RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE)

DENÚNCIA – Casuisticamente, ao descrever minuciosamente os meios idôneos à comprovação da qualificação técnica profissional no item 10.4 "c" e "d", o edital de abertura do certame deixou de prever a hipótese de "contratação de promessa futura", o que tem o condão de restringir fortemente a competitividade do certame, na medida em que veta que as licitantes possam se qualificar tecnicamente na concorrência por meio deste legítimo expediente contratual. É consenso na doutrina e na jurisprudência que o profissional detentor da qualificação técnica pode demonstrar seu vínculo com a empresa licitante por meio de qualquer dos expedientes jurídicos existentes idôneos para tal fim, tais como: vínculo societário empregatício, contratual vigente, ou, até mesmo, o vínculo por meio de contrato de promessa futura de contratação. Marçal Justen Filho versa com firmeza sobre o assunto, pugnando pela ilegalidade da exigência de vínculo empregatício entre o profissional e a empresa.

DEFESA – Não se pronunciou sobre este item.

- DA ILEGALIDADE NO ITEM 10.4 "F" (RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE)

DENÚNCIA – O edital de abertura do certame, de forma indevida, exige que o licitante faça, obrigatoriamente, uma visita ao local da obra. Tal vistoria deve ser atestada/certificada pelo DER-



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

PB, em até 3 (três) dias úteis antes da sessão de licitação. Ou seja, aquele licitante que não realizar a visita técnica junto de um servidor do DER-PB, automaticamente estará inabilitado do certame. A jurisprudência uníssona do TCU rechaça a sua realização obrigatória, como se vê no precedente infracolacionado.

DEFESA – Ora, não há como entender sob nenhum pretexto de que o fato de exigir visita ao local da obra se constitui numa quebra de Princípio da Isonomia, o que entendemos estapafúrdia tal idéia, pois tal exigência deve ser entendida apenas como um mecanismo de cautela que objetiva evitar prejuízos durante a execução do contrato tanto para a Administração, como para a empresa contratada, tendo por finalidade propiciar aos licitantes o efetivo conhecimento das condições reais da localidade da obra, o que, aliás, está expresso nos precisos termos ao art. 30, da Lei 8.666/93, que descreve quais os documentos que devem compor as exigências para a habilitação das licitantes interessadas. Inclusive o Tribunal de Contas da União, nos Acórdão nº 4.968/2011- Segunda Câmara nº 244/2003 - Pleno, se manifestou pela sua possibilidade e importância. Ainda nessa linha de pensamento, já decidiram acertadamente os tribunais, a exemplo do esclarecedor entendimento trazido no Acórdão proferido na Apelação Cível nº 70058328378 da Corte do Rio Grande do Sul, julgado à unanimidade, segundo o qual a exigência da visita técnica se configura como cabível e razoável, sendo a sua negativa por determinados licitantes uma afronta ao Princípio da Isonomia, posto que, como no caso em debate, tal requisito foi imposto a todos os participantes da disputa.

AUDITORIA - Na verdade a vistoria deve ser entendida como uma oportunidade ao licitante de verificar as condições, previamente, para realização das obras e/ou serviços e suas características, ou seja, uma medida acautelatória, ficando por conta e risco da empresa vencedora, caso ela não tenha realizada a vistoria técnica, não podendo se eximir de falhas nas informações para a perfeita execução do objeto contratual, e não como uma obrigatoriedade, conforme entendimento dos Tribunais Pátrios e do próprio TCU os quais esta Auditoria se coaduna, senão vejamos:

Acórdão 234/2015 - Plenário

"A vistoria ao local das obras somente deve ser exigida quando for imprescindível ao cumprimento adequado das obrigações contratuais, o que deve ser justificado e demonstrado pela Administração no processo de licitação, devendo o edital prever a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração do responsável técnico de que possui pleno conhecimento do objeto. As visitas ao local de execução da obra devem ser prioritariamente compreendidas como um direito subjetivo da empresa licitante, e não uma obrigação imposta pela Administração, motivo pelo qual devem ser uma faculdade dada pela Administração aos participantes do certame."

Acórdão 1842/2013-Plenário

A vistoria prévia no local da obra só pode ser demandada se for imprescindível para a caracterização do objeto, e deve ser agendada em datas e horários específicos para cada licitante, de modo a preservar o caráter competitivo do certame.

"Abstenha-se de inserir em seus instrumentos convocatórios cláusulas impondo a obrigatoriedade de comparecimento ao local das obras quando, por sua limitação de tempo e em face da complexidade e extensão do objeto licitado, pouco acrescente acerca do conhecimento dos concorrentes sobre a obra/serviço, de maneira a preservar o que preconiza o art. 3ª caput, e §1º, inciso I, da Lei 8.666/93, sendo suficiente a declaração do licitante de que conhece as condições locais para a execução do objeto".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

Portanto, analisando a descrição do objeto, bem como o constante no projeto básico constata-se que os serviços são volumosos, entretanto, não está presente a complexidade tamanha para a imprescindibilidade da vistoria técnica, pois os serviços são de recapeamento e de pavimentação. Não sanada esta irregularidade.

- DA ILEGALIDADE NO ITEM 27.1 (RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE)

DENÚNCIA- O outro dispositivo ilegal inserido no edital é o "item 27.1" que exige que a garantia da proposta seja depositada com 3 (três) dias de antecedência, em relação à data em que ocorrerá a sessão de licitação. Não estamos a questionar a exigibilidade da garantia da proposta, mas, o prazo assinalado, que é manifestamente ilegal por dois motivos, notadamente: a) antecipa indevidamente um ato que deveria ocorrer apenas na fase de entrega de envelopes de habilitação, bem como b) faz com que a Administração saiba com grande antecedência, quem são os competidores aptos a participar do certame e, desta forma, possa vender tal informação privilegiada para determinado concorrente.

Sobre esse assunto, o Tribunal de Contas da União mantém farta jurisprudência no sentido de vedar a obrigatoriedade de apresentação do depósito da garantia da proposta antes do momento da licitação. Vejamos os precedentes que se amoldam como uma luva ao presente caso:

"Também foi identificado no edital da licitação em comento outra irregularidade, a saber: exigência da apresentação da garantia de que trata o art. 31 da Lei nº 8.666/93 até o 3º dia útil anterior à data prevista de entrega dos documentos de habilitação e proposta de preços (subitem 1.3.1 do Anexo I do edital). Essa garantia financeira para a execução da obra é um dos requisitos de habilitação do certame e é parte integrante da documentação relativa à qualificação econômico-financeira das licitantes enumerada no citado artigo da Lei nº 8.666/93. Portanto, deve acompanhar o restante da documentação relativa à fase de habilitação. Exigi-la previamente à data marcada para o recebimento restante da documentação relativa a essa fase contraria o art. 43, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, e permitiria à Prefeitura de Embu das Artes conhecer de antemão as empresas interessadas na licitação, o que poderia, em certas circunstâncias, comprometer a lisura do certame, consoante apontou a unidade técnica".

(TCU -Acórdão nº 2074/2012 -Plenário)

Outras decisões no mesmo sentido constam nos Acórdãos nº 2095/2005 - Plenário e 2993/2009 – Plenário.

Por tais motivos, devendo ser repelida a quebra do procedimento licitatório que determina a apresentação de um requisito de qualificação econômica antes do momento da habilitação, resta evidente a ilegalidade preconizada pelo "item 27.1" do edital ora impugnado!

DEFESA – A Lei 8.666/93 prevê expressamente essa possibilidade, em seu art.31, III, deixando a cargo do administrador as peculiaridades a serem impostas em face de tal exigência. A referida lei propõe uma série de medidas que podem ser adotadas pela Administração, no planejamento da contratação pública, na intenção de resguardar o regular andamento da sua fase externa, bem como a boa e correta execução do futuro contrato, sendo a exigência de garantia uma dessas medidas, configurando-se como uma imposição com o condão de assegurar à Administração a lisura e a seriedade da proposta dos licitantes, bem como que estes a manterão firmes até a celebração do contrato. Nesse sentido, é cediço que a Administração Pública pode exigir a prestação de garantia pelos licitantes como documento de qualificação econômico-financeira na



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

fase de habilitação, limitada a 1 % (um por cento) do valor estimado do objeto da futura contratação, tudo isso conforme reza mencionado art. 31, III.

AUDITORIA - Conforme deliberações do TCU, acerca do assunto, a exigência de garantia de proposta deve ser no momento da apresentação das propostas, ou seja, no momento da habilitação, senão vejamos:

Acórdão 255/2010 Plenário (Relatório do Ministro Relator) - Abstenha-se de exigir a apresentação de garantia de proposta em data anterior a fixada como limite para a entrega da documentação de habilitação econômico-financeiro, sob pena de infringência ao disposto nos arts. 4º, 21, § 2º; 31, inciso III; 40, inciso VI, e 43, inciso I, todos da Lei no 8.666/1993.

Acórdão 1672/2006 Plenário - Abstenha-se de exigir a entrega da garantia de participação de que trata a documentação, e não fixe condições de participação em certames licitatórios não previstas na Lei no 8.666/1993, art. 31, inciso III, da Lei no 8.666/1993, antes da abertura dos envelopes de habilitação.

Portanto, a exigência da garantia da proposta antes da abertura do procedimento licitatório pode restringir a licitação.

- DA ILEGALIDADE NO ITEM 8.3 (QUEBRA DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO)

DENÚNCIA – O Item 8.3 do Edital reza que "havendo alguma restrição (comprovação da regularidade fiscal), será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa". Tal dispositivo revela quebra do procedimento licitatório, na medida em que cria uma segunda fase de habilitação, sem que haja qualquer amparo legal para renovar a análise dos requisitos da regularidade fiscal.

DEFESA – não apresentou defesa.

- ILEGALIDADE NO ITEM 10.2.2 (RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE)

DENÚNCIA - O item 10.2.2 indevidamente reduz o prazo de validade de certidões para o período de apenas 30 dias, como se vê: "As declarações que não indicarem expressamente o prazo de validade serão consideradas o prazo de 30 dias". Ocorre que o Decreto n.º 6.106/2007, que versa sobre regularidade fiscal, expressamente determina que as certidões que sejam inerentes a tal assunto têm prazo de validade de 180 (cento e oitenta) dias. O prazo de 180 (cento e oitenta) dias é uma constante em quaisquer certidões que sirvam para serem utilizadas em procedimentos licitatórios. Também merece destaque a "Portaria Conjunta PGFN / RFB nº 1751, de 02 de outubro de 2014" e "Portaria MF nº 358, de 05 de setembro de 2014", ambas consignando que o prazo de validade de uma certidão é 180 (cento e oitenta) dias.

DEFESA – Não se pronunciou.

- ILEGALIDADE NO ITEM 7.2.a (RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE)

DENÚNCIA – Tal item impede que participe da concorrência pública empresas que estejam em situação de recuperação judicial. A apresentação de certidão de inexistência de recuperação judicial não está contida no rol exaustivo do art. 31 da Lei das Licitações, bem como há que se relembrar que norma restritiva de direito não pode ser interpretada ampliativamente. Sobre o assunto, o STJ já se manifestou, pugnando pela possibilidade de empresas em recuperação



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

judicial poderem participar de certames licitatórios (STJ – MC 23.499/RS – Min. Mauro Campbell, DJE 19/12/2014).

DEFESA – não apresentou defesa.

- ILEGALIDADE NO ITEM 10.3.1.e (IMPOSSIBILIDADE DE ATENDIMENTO)

DENÚNCIA – O referido item, que versa sobre a qualificação econômico-financeira, dispõe que os licitantes devem apresentar demonstrativos contábeis referentes ao exercício financeiro de 2015, ficando vedado a substituição destes por balancetes ou balanços provisórios. Ocorre que absolutamente impossível apresentar o balanço financeiro de 2015, eis que este exercício ainda não chegou ao fim.

DEFESA – não apresentou defesa.

PROPOSTA DO RELATOR

Tocante ao primeiro item da denúncia, o Relator entende que o fato de haver duas licitações com o mesmo número não seria motivo suficiente para anulação do certame, podendo ser tratado o fato, a princípio, como um mero erro formal. No entanto, observando as justificativas da defesa de que não há qualquer irregularidade na numeração, pois a que consta no sítio eletrônico do DER é a Concorrência nº 04/2015, realizada pela Comissão Permanente de Licitação, enquanto que o edital em debate foi realizado pela Comissão Especial de Licitação, e devidamente publicado no DOE, Jornal A União e também no DOE-TCE-PB, o Relator entende que o procedimento utilizado pelo DER pode realmente confundir os interessados em participar de licitações do Órgão, sobretudo, no presente caso, porque a licitação em discussão não foi disponibilizada no seu site.

Quanto à constatação da Auditoria de que houve a participação de recursos federais na obra a ser licitada, o que exige a divulgação do certame também no DOU, verifica-se que não há a contrapartida do governo federal, mas financiamento de banco federal, decorrente de empréstimo ao Estado, não necessitando de publicação no DOU.

Portanto, o Relator considera que o presente procedimento licitatório deve republicado com as devidas correções, ou seja, alteração da numeração da licitação, a sua disponibilização no site do DER, e a sua publicação também no DOU.

No que diz respeito às ilegalidades dos Itens 10.4 "c" e "d.2.6.1", qual seja, que exigem, simultaneamente, que o profissional seja detentor de atestados de "qualificação técnica" e de capacidade em "coordenação de equipe", a Lei de Licitações e Contratos em seu inciso I do § 1º do art. 30 diz o seguinte:

*Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica **limitar-se-á** a:*

I – (...);

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 – capacidade técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior, ou



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

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.

Portanto, o Relator entende que qualquer exigência, além das previstas na presente lei, tem que está devidamente justificada no edital, no sentido de que seja extremamente imprescindível para o bom andamento da obra, e que não traga restrição ao caráter amplo e competitivo do certame. Além do mais, tal exigência, segundo preconiza o inciso I, do § 1º, acima, deve ser limitada às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da obra. A justificativa da defesa de que o coordenador da equipe, exigido nesta cláusula, nada mais é que o engenheiro responsável técnico, que detém o acervo técnico, e que ficará com a incumbência de manter comunicação entre o técnico fiscal da obra e gestor do contrato com a empresa contratada, não é suficiente para se aceitar a inclusão de tal exigência no procedimento licitatório.

Não havendo justificativa no edital para as exigências previstas o item em debate, o Relator entende que houve frustração ao caráter competitivo da Licitação.

Em relação à ilegalidade do Item 10.4 "b" e "c", que determina que os acervos técnicos contenham, obrigatoriamente, a data de início e término dos serviços, considera, a denúncia, que são informações não usuais nas CAT (Certidão de Acervo Técnico), bem como não estão previstas na Resolução nº 1.025/2009 do Conselho Federal de Engenharia. Informa, a defesa, que as ART não podem deixar de informar os elementos que contenham o início e o término da obra em face do contrato assinado, pois sem precisar o intervalo de tempo que medeia a obra, para fins de certificação técnica com a finalidade de fornecer a Certidão de Acervo Técnico (CAT), nem mesmo esta certidão pode ser expedida.

Em conversa com engenheiros do CREA que estiveram no gabinete debatendo o assunto, o Relator esclarece que uma das informações que constam nas ART é a relativa ao início e o final da obra, e todos os dados das ART emitidas e baixadas devem se fazer contar na CAT, conforme inciso II do Art. 52 da Resolução nº 1.025/2009/CONFEA, trazida aos autos, inclusive, pela própria denúncia. Essa informação é corroborada pela própria defesa do DER. Considerando que a emissão da CAT é de inteira responsabilidade do CREA, que a emite observando os normativos regedores da matéria, e considerando que tais informações já estão disponibilizadas nas CAT, o Relator entende despidendo tal exigência contida no Item em discussão.

No tocante à ausência de parcelamento da licitação em lotes, o que se observa do § 1º do art. 23 da Lei nº 8666/93, é que a regra é o parcelamento. Senão vejamos:

Art. 23, § 1º - As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantos se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

O objeto da Licitação, como já foi visto, é a realização de obra de urbanização, adequação e requalificação da Avenida Cruz das Armas, acessos, e pavimentação da Rodovia Perimetral Sul, interligando o bairro das indústrias ao Muçumagro, através do Valentina Figueiredo e dos conjuntos Gervásio Maia e Colinas do Sul. Apesar de ter como objetivo a melhoria do sistema viário, a licitação tem dois objetos agrupados em um, inclusive, em locais distintos no município de João Pessoa. Um relativo à urbanização, adequação e requalificação da Avenida Cruz das Armas, acessos, e o outro referente à pavimentação da Rodovia Perimetral Sul, interligando o bairro das indústrias ao Muçumagro, através do Valentina Figueiredo e dos conjuntos Gervásio Maia e Colinas do Sul.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

A justificativa apresentada pela defesa para a realização de uma única licitação é a de que as obras têm o mesmo objetivo, ou seja, proporcionar melhor acessibilidade aos usuários do sistema de transporte que serve dentro perímetro urbano de João Pessoa. Somado-se, ainda, ao fato de que todos os serviços são realizados num mesmo município, tem-se como preponderante a preservação da unidade da obra, o que implica de forma determinante no custo orçamentário para a contratação e, por conseguinte, até mesmo para proporcionar o oferecimento de melhores propostas para a Administração. Para corroborar seu entendimento, cita decisões do TCU, Acórdãos nº 1.540/2014 e 1.780/2007 – Plenário.

A Auditoria, ao examinar a defesa, rebateu os argumentos, informando que os acórdãos citados não se aplicam ao caso, pois as decisões do TCU foram no sentido de que, nos casos em que é realizada uma licitação para cada parcela em que o objeto foi dividido, é vedado a utilização de vários certames na modalidade convite ou tomada de trechos, quando o somatório dos valores licitados caracterizar o caso de tomada de preços ou concorrência.

Em sentido contrário ao esposado pela defesa, a Auditoria pontuou a decisão do TCU no Acórdão nº 1.695/2011 – Plenário.

Licitação do tipo menor preço global: 2 – A decisão do administrador em não parcelar uma contratação deve ser obrigatoriamente precedida de estudos técnicos que a justifiquem

Ainda na representação em que apurou possíveis irregularidades na Concorrência nº 6.986/2011, tipo menor preço global, o TCU analisou a concentração do objeto em um único contrato, quando a licitação poderia ser realizada em seis parcelas, com a consequente ampliação do universo de participantes e do caráter competitivo da licitação, em contrariedade à Súmula/TCU n. 247. A esse respeito, o Presidente da Comissão Permanente de Licitação alegou que "a aquisição de todos os equipamentos por uma única empresa propicia um desconto maior no preço do produto e reduz os custos indiretos, a exemplo do custo de gerenciamento, visto que as reformas ocorrerão no mesmo período". Não haveria, então, perda de economia de escala. Para a unidade técnica, nos termos da Súmula 247, "o TCU admite exceção à regra da adjudicação por item, aceitando a contratação global, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo de obras ou a perda de economia de escala". Todavia, "há que se considerar que a decisão do administrador em parcelar ou não uma contratação deve ser obrigatoriamente precedida de estudos técnicos que justifiquem a decisão mais adequada a ser tomada" e não somente justificações. ...

É importante registrar que esse tema, conforme citado acima, já está sumulado pelo TCU (Súmula nº 247), que diz: "É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade".

Portanto, o Relator considera, inclusive apoiado pelo entendimento do engenheiro chefe da DICOP do TCE-PB, que as obras constantes do objeto do Edital podem ser perfeitamente parceladas em lotes, já que serão executadas em locais distintos, mesmo dentro do mesmo município de João Pessoa, e de forma independente, sem que uma eventual paralisação de uma tenha reflexo na outra. É de se



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

registrar, ainda, que o parcelamento das obras não inviabiliza a participação dos licitantes nos dois certames. Caso o DER-PB tenha entendimento diverso, deve fazer constar junto ao Edital justificativas técnicas demonstrando objetivamente a economia de escala para o erário.

No que concerne à vistoria obrigatória ao local da obra até 3 dias úteis antes da sessão de licitação, de acordo com a defesa, tal medida deve ser entendida apenas como um mecanismo de cautela que objetiva evitar prejuízos durante a execução do contrato tanto para a Administração, como para a empresa contratada, tendo por finalidade propiciar aos licitantes o efetivo conhecimento das condições reais da localidade da obra. O Relator entende que a justificativa apresentada parece estar revestida no bom sentido de resguardar o erário; no entanto, considera que a apresentação de uma declaração na fase de habilitação seria suficiente para atingir o mesmo objetivo. Esse pensamento está amparado em entendimentos do TCU citados pela Auditoria, em seu relatório, a seguir transcritos:

A vistoria ao local das obras somente deve ser exigida quando for imprescindível ao cumprimento adequado das obrigações contratuais, o que deve ser justificado e demonstrado pela Administração no processo de licitação, devendo o edital prever a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração do responsável técnico de que possui pleno conhecimento do objeto. As visitas ao local de execução da obra devem ser prioritariamente compreendidas como um direito subjetivo da empresa licitante, e não uma obrigação imposta pela Administração, motivo pelo qual devem ser uma faculdade dada pela Administração aos participantes do certame (Acórdão 234/2015 – Plenário).

A vistoria prévia no local da obra só pode ser demandada se for imprescindível para a caracterização do objeto, e deve ser agendada em datas e horários específicos para cada licitante, de modo a preservar o caráter competitivo do certame

"Abstenha-se de inserir em seus instrumentos convocatórios cláusulas impondo a obrigatoriedade de comparecimento ao local das obras quando, por sua limitação de tempo e em face da complexidade e extensão do objeto licitado, pouco acrescenta acerca do conhecimento dos concorrentes sobre a obra/serviço, de maneira a preservar o que preconiza o art. 3º caput, e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, sendo suficiente a declaração de que conhece as condições locais para a execução do objeto" (Acórdão 1842/2013 – Plenário)

Relativamente à exigência que a garantia da proposta seja depositada com 3 dias de antecedência, em relação à data em que ocorrerá a sessão da licitação (Item 27.1), a defesa esclarece que a Lei nº 8.666/93 propõe uma série de medidas que podem ser adotadas pela Administração na intenção de resguardar o regular andamento da sua fase externa, bem como a boa e correta execução do futuro contrato, sendo a exigência de garantia uma dessas medidas. Nesse sentido, é cediço que a Administração Pública pode exigir a prestação de garantia pelos licitantes como documento de qualificação econômico-financeira na fase de habilitação, limitada a 1 % do valor estimado do objeto da futura contratação, tudo isso conforme reza o mencionado art. 31, III. O Relator informa que as garantias serão dadas na conformidade do art. 31, inciso III, § 2º, da Lei nº 8.666/93. Sobre assunto, o TCU entende que a apresentação de garantia deve ser feita no momento da proposta, ou seja, no momento da habilitação. Vejamos algumas decisões:

"Abstenha-se de exigir a apresentação de garantia de proposta em data anterior a fixada como limite para a entrega da documentação de habilitação econômico-financeira, sob pena de infringência ao disposto nos arts. 4º, 21, § 2º; 31, inciso III; 40,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

inciso VI, e 43, inciso I, todos da Lei no 8.666/1993." Acórdão 255/2010 Plenário (Relatório do Ministro Relator)

"Abstenha-se de exigir a entrega da garantia de participação de que trata a documentação, e não fixe condições de participação em certames licitatórios não previstas na Lei no 8.666/1993, art. 31, inciso III, da Lei no 8.666/1993, antes da abertura dos envelopes de habilitação." Acórdão 1672/2006 Plenário

No que concerne ao item 8.3 do edital que reza que "havendo alguma restrição (comprovação da regularidade fiscal), será assegurado o prazo de 5 dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito; o art. 27 da Lei nº 8666/93 elenca os documentos necessários para os interessados se habilitarem na licitação, e um desses documentos é regularidade fiscal (Inciso IV). Portanto, o Relator entender irregular a previsão no edital de um proponente ser considerado vencedor, com a documentação fiscal incompleta ou com restrição, para posterior regularização.

Outro item da denúncia que o Relator entende ser ilegal é a previsão editalícia (Item 10.2.2) de que as declarações, de natureza fiscal e trabalhista que não indicarem expressamente o prazo de validade serão consideradas o prazo de 30 dias. O Relator entende que, se por algum motivo a certidão apresentada omitiu o prazo de validade, deve prevalecer o prazo previsto na legislação que disciplinadora da espécie.

Em relação à proibição de participar da licitação empresas que estejam em situação de recuperação judicial (Item 7.2.a), a denúncia argumenta que a certidão não está contida no rol dos documentos do art. 31 da Lei de licitações. E informa que o STJ já se pronunciou sobre o assunto (STJ – Ag Rg na MC 23.499/RS – Min. Mauro Campbell, DJe 19/12/2014), pugnando pela possibilidade de empresas em recuperação judicial poderem participar de certames licitatórios. O Relator, examinando a decisão do STJ citada, constatou que a mesma se deu em uma situação peculiar, relativamente à uma empresa cujo faturamento obtido decorria totalmente de contratos com entes públicos. Na própria decisão, é ressaltado que a Corte do STJ não possui posicionamento específico quanto ao tema.

A nova Lei de Recuperação Judicial e Extrajudicial e Falência nº 11.101/05, em seu art. 52, inciso II, diz:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

*II - determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, **exceto para contratação com o Poder Público** ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei.*

Portanto, o Relator entende que a denúncia neste ponto não procede, devendo ser mantida a restrição prevista no edital.

No que concerne ao edital não prever a hipótese de "contratação de promessa futura", a matéria já está pacificada no TCU, no sentido de que desnecessário, para fim de comprovação da capacitação técnico-profissional, prevista no art. 30, §1º, I, da Lei nº 8.666/93, que o profissional mantenha vínculo empregatício, por meio de contrato de trabalho, sendo suficiente prova da existência de contrato de prestação de serviço regido pela legislação civil comum (Acórdãos plenários nº 2.297/05; 361/06; 291/07; 597/07; 1.898/11; 1.043/110). O TCE-SP também pacificou a matéria através da Súmula nº 25. Apesar do questionamento da denúncia, o próprio edital em apreciação prevê a possibilidade de contratação de profissional autônomo, conforme se pode observar no Item 10.4.d.1. Portanto, o Relator considera improcedente este item da denúncia.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

Finalmente, em relação ao Item 10.3.1.e, que versa sobre a qualificação econômico-financeira, exigindo que a apresentação dos demonstrativos contábeis sejam referentes ao exercício de 2015, ficando vedado a substituição deles por balancetes ou balanços provisórios, assiste razão à denúncia sobre a impossibilidade de sua apresentação antes do encerramento do exercício. Tal exigência só tem sentido para exercício financeiro encerrado, sobretudo quando não se permite a apresentação de balancetes mensais.

Por todo o exposto, o Relator propõe que esta Câmara torne sem efeito a Decisão Singular DS2 TC 23/2015 e julgue irregular o presente edital de licitação, nos aspectos aqui abordados, assinando o prazo de 30 dias ao DER para que tome as seguintes providências, com reabertura dos prazos para apresentação das propostas, sob pena de multa pessoal, caso entenda pela continuidade da presente licitação:

1. altere o número da Licitação, proceda sua publicação, com disponibilização também no site do DER;
2. se abstenha de exigir que o profissional da empresa licitante tenha simultaneamente atestado de qualificação técnica e capacidade em coordenação de equipe, como requisito para habilitação no certame;
3. retire a exigência de obrigatoriedade na CAT de informação de data de início e término dos serviços;
4. proceda a licitação em lotes, ou justifique de forma técnica e objetiva, de que a sua divisão acarretará prejuízo ao erário;
5. deixe de exigir a vistoria obrigatória até 3 dias úteis antes da realização da licitação, devendo tal obrigatoriedade ser substituída por declaração da empresa de que possui pleno conhecimento do local da execução das obras, declaração esta que deve fazer parte como um dos documentos necessários para habilitação da empresa;
6. deixe também de exigir que a garantia da proposta seja depositada com 3 dias de antecedência da realização da licitação, devendo a garantia ser apresentada no momento da entrega dos documentos necessários para habilitação da empresa;
7. exclua o item que reza a possibilidade de prorrogação de prazo para que o vencedor regularize débitos fiscais;
8. e exclua também a exigência de apresentação de demonstrativos contábeis de exercício não encerrado.

VOTO DIVERGENTE DO CONS. ANDRÉ CARLO TORRES PONTES

Em seu voto, o Relator não se ateve só ao que a Auditoria considerou como irregularidade remanescente, mas também aos questionamentos da denúncia.

A questão da **ausência de publicação no sítio eletrônico do órgão**, que a Auditoria aqui restringe. O faz entendendo que o recurso obtido junto ao BNDES seria recurso federal. No entanto, assiste razão à defesa quando diz que esse recurso é estadual, recurso de empréstimo do programa Paraíba Sustentável, como descrito no SAGRES. É recurso de empréstimo que o Estado obtém e, por consequência é recurso estadual.

O outro ponto que a Auditoria faz menção é a contradição e quebra do princípio da isonomia quanto ao **requisito da vistoria obrigatória no local** em que fosse realizada a prestação do serviço (item 10.4.f). Se observarmos a lei de licitações, quando ela cuida do tema no art. 30, inciso III, ela diz justamente o seguinte:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

Então, a rigor, se trata de um comando legal de dupla interpretação - quando exigido. No mais, a cláusula não foi impugnada por nenhum licitante, mas por uma denúncia feita, obviamente, com toda propriedade, por uma MD Advogada, que veio ao Tribunal buscar solução para um questionamento que ela entendeu relevante. A dubiedade de interpretação não justificaria a impugnação ao edital.

Quanto à **restrição à competitividade**, que exige, simultaneamente, que o profissional, além de ser detentor dos atestados de qualificação técnica, também tenha um atestado de capacidade de coordenação de equipe, além de não haver informações precisas sobre os procedimentos do CREA, também não houve dos licitantes que compraram o edital qualquer impugnação. Tangente ao item que **determina que os acervos técnicos contenham obrigatoriamente, a data de início**, é um mero complemento da certidão do CREA.

Sobre a **ausência de parcelamento da licitação em lotes**, o art. 23, §1º, da Lei de Licitações, sem embargo à jurisprudência que se forma em torno da questão, diz o seguinte:

Art. 23. §1º. As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

A redação da lei é no sentido de quando se dividir em parcelas, comprova-se técnica e economicamente. É o contrário do que se alega. Tem que se comprovar técnico e economicamente quando dividir, "procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala".

O outro item refere-se à "f) ilegalidade no item 27.1 que exige o depósito da **garantia da proposta** com 3 (três) dias de antecedência, em relação à data em que ocorrerá a sessão de licitação". Não houve impugnação dos licitantes.

E, por fim, na letra "g) ilegalidade no item 8.3 pela **quebra do procedimento licitatório**. A irregularidade apontada foi alvo de análise anterior pela Auditoria nos seguintes termos: "a regra constante no item 8.3 do Edital onde a delação aponta como quebra do procedimento licitatório 'Havendo alguma restrição (comprovação da regularidade fiscal), será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor'". O douto Procurador esclareceu ser isso possível nas microempresas e pequenas empresas. Em todo caso, a Auditoria sequer relacionou este fato no rol das irregularidades remanescentes.

A questão da **concordata** ou moderna **recuperação judicial**. A Lei 8.666/93, na seção correspondente à rescisão dos contratos orienta que o contratado, se entrar em concordata se submeterá a avaliações vigilantes da Pública Administração:

Art. 80. ...

§2º. É permitido à Administração, no caso de concordata do contratado, manter o contrato, podendo assumir o controle de determinadas atividades de serviços essenciais.

É até mesmo condição para participar da licitação não estar o interessado em falência ou concordata:

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



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC Nº 16983/15

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

O próprio MD Relator não acatou essa impugnação.

A questão dos **balancetes** também não foi objeto de impugnação pelos licitantes e não houve falta de habilitação por conta disso.

Há, obviamente, acertos que precisam ser feitos não só nesse edital, mas em outros, porque, como disse o próprio defendente do DER, é um edital que se multiplica inclusive com o aval da Controladoria Geral do Estado. Não é incomum evidenciarmos esse tipo de anomalia em editais que ultrapassam, muitas vezes, a nova legislação. A nova legislação é produzida e as cláusulas não são devidamente adequadas aos textos novos.

De resto, há duas premissas constitucionais. A Constituição diz que as licitações deverão estimular a participação de licitantes e mirarem as melhores condições para a Administração. Em nenhum momento se acusou, na planilha que foi oferecida, excesso de preço ou de custo. Então, a primeira orientação constitucional foi ultrapassada. A segunda, houve o cerceamento de participantes? Oito empresas se apresentaram, quatro trouxeram suas propostas, duas ou três se habilitaram.

Assim, creio poder a denúncia perpetrada até ser considerada parcialmente procedente, mas não com o objetivo de julgar irregular o edital, mas para julgá-lo regular com ressalvas com recomendações, ante as impropriedades verificadas, contudo sem causar ranhuras aos princípios constitucionais inerentes às licitações. Entendo que os valores da licitação estão preservados na Constituição: a amplitude da concorrência; e a proposta mais vantajosa para a Administração. A questão infraconstitucional, ou seja, da lei, como demonstrei, dela emergem situações dúbias que podem levar, também, à interpretação equivocada do próprio órgão licitante, como pessoas que efetuam vigilância desses editais. Dessa forma voto pela procedência parcial da denúncia, regularidade com ressalvas do edital e recomendações à Secretaria de Controle da Despesa e ao DER.

DECISÃO DA 2ª CÂMARA

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC 16983/15, que tratam de denúncia com pedido de medida cautelar, conforme Documento TC 66299/15, comunicando supostas irregularidades no Edital da Concorrência nº 04/2015, emitido pelo Departamento de Estradas de Rodagem da Paraíba – DER/PB, tendo como responsável o Diretor Superintendente Carlos Pereira de Carvalho e Silva, objetivando a realização de obra de urbanização, adequação e requalificação da Avenida Cruz das Armas, acessos e pavimentação da Rodovia Perimetral Sul, interligando o bairro das indústrias ao Muçumagro, através do Valentina Figueiredo e dos conjuntos Gervásio Maia e Colinas do Sul, com valor estimado de R\$ 22.127.424,33, ACORDAM os Conselheiros da 2ª Câmara, por maioria de voto, contrário à proposta do Relator, em tornar sem efeito a Decisão Singular DS2 TC 23/2015 e JULGAR REGULAR COM RESSALVAS o Edital da Concorrência nº 04/2015, com recomendação ao Departamento de Estradas de Rodagem e à Controladoria Geral do Estado que, nos próximos editais, observem as sugestões do Relator do Processo.

Publique-se e cumpra-se.

Sala das sessões da 2ª Câmara do TCE-PB – Miniplenário Conselheiro Adailton Coelho Costa.

João Pessoa, 08 de março de 2016

Em 8 de Março de 2016



Assinado Eletronicamente

conforme LC 18/93, alterada pela LC 91/2009 e
pelo Regimento Interno, alterado pela
RA TC 18/2009

Cons. Arnóbio Alves Viana

PRESIDENTE



Assinado Eletronicamente

conforme LC 18/93, alterada pela LC 91/2009 e
pelo Regimento Interno, alterado pela
RA TC 18/2009

Cons. Subst. Antônio Cláudio Silva Santos

RELATOR



Assinado Eletronicamente

conforme LC 18/93, alterada pela LC 91/2009 e
pelo Regimento Interno, alterado pela
RA TC 18/2009

Cons. André Carlo Torres Pontes

FORMALIZADOR



Assinado Eletronicamente

conforme LC 18/93, alterada pela LC 91/2009 e
pelo Regimento Interno, alterado pela
RA TC 18/2009

Manoel Antonio dos Santos Neto

MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO