

AUTOS DO PROCESSO Nº 911.600 - 2013

1 – DO RELATÓRIO

Trata-se de denúncia interposta por M Marras Serviços e Eventos, em face de supostas irregularidades no edital do Pregão Presencial nº 14/2013, promovido pela Fundação Cultural de Uberaba, cujo objeto é, fl. 15:

selecionar, dentre o licitante que apresentar a proposta considerada mais vantajosa, de acordo com os critérios estabelecidos neste edital, para:

- a) execução de serviços, sob forma de fornecimento, para confecção, montagem, manutenção e desmontagem dos elementos que compõe a ILUMINAÇÃO NATALINA 2013 da cidade de Uberaba, conforme especificações.
- b) Serviços técnicos, sob forma de fornecimento, para montagem e execução da queima de fogos (show pirotécnico) para a comemoração do Réveillon 2013/2014, no piscinão do Parque das Acácias, conforme especificações.

A exordial da Denúncia ingressou nesta Corte em 20/11/13, sob o protocolo nº 00202411/2013, fls. 01/10, a qual fora recebida como denúncia pela então Presidente Conselheira Adriene Andrade, fl. 72, e distribuída ao Conselheiro Mauri Torres, fl. 74.

Às fls. 75/76, o Relator indeferiu o pedido de suspensão liminar do processo licitatório e determinou a intimação da Presidente da Fundação Cultural de Uberaba para encaminhar a cópia das fases interna e externa do certame, bem como para informar o estágio em que se encontrava o procedimento licitatório e apresentar justificativas quanto à inviabilidade técnica e econômica do parcelamento do objeto da licitação em itens.

Devidamente intimada, a responsável apresentou manifestação sobre os pontos denunciados às fls. 81/89 e juntou cópia da íntegra do processo licitatório às fls. 90/475.

A Unidade Técnica, fls. 477/506, manifestou-se pela irregularidade do edital dos itens 9.1.4.1 e 9.1.4.3, referentes à exigência de documentação de qualificação técnica.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em aditamento de fls. 509/511, considerou irregular os seguintes pontos: a) ausência do orçamento estimado em planilhas; b) ausência do estabelecimento de preço máximo.

Determinada a citação da Presidente da Fundação Cultura de Uberaba, do autor intelectual do Termo de Referência e do Pregoeiro, fls. 512/513, os dois primeiros apresentaram a defesa de fls. 531/539 e juntaram os documentos de fls. 542/546. O Pregoeiro manteve-se inerte, conforme atesta a certidão de fl. 554.

Recebidos os autos por esta Coordenadoria, passa-se à análise da defesa, em face das irregularidades apontadas por este Órgão Técnico, fls. 477/506, e pelo *Parquet*, fls. 509/511.

2 – DA ANÁLISE DO APONTAMENTO DO ESTUDO TÉCNICO

2.1 – Exigência de comprovação de capacitação técnico-profissional mediante apresentação de Certidão de Acervo Técnico – CAT expedida pelo CREA/MG em nome do Responsável Técnico - RT

Esta Unidade Técnica, quando da análise prévia, entendeu pela irregularidade dos itens 9.1.4.1 e 9.1.4.3 do edital, que exigem a comprovação de capacitação técnico-profissional mediante a apresentação de Certidão de Acervo Técnico – CAT, expedida pelo CREA/MG, em nome do responsável técnico. Aduziu que não se poderia exigir a referida documentação em relação ao lote II, fornecimento, montagem e execução de queima de fogos de artifício, por não se configurar serviço de engenharia quando vertido para ocasiões festivas e solenes.

Em defesa, os responsáveis alegaram que a documentação em comento somente fora exigida para o lote I, iluminação de Natal, vez que para esse serviço exige-se o manuseio com rede de alta tensão. Afirmaram que a inclusão do termo “nos termos da legislação aplicável” é suficiente para esclarecer que, em nenhum momento, o certame exigiu dos licitantes documentação que não suportasse legislação pertinente, de tal forma que, não reconhecendo o CREA a queima de fogos como serviço de engenharia, não há que se falar em exigência do CAT para o lote II do instrumento convocatório. Para corroborar sua fundamentação, argumentaram que não fora exigida a certidão em comento da licitante vencedora e, ainda, juntaram aos autos cópia de questionamento realizado por uma das empresas licitantes referente aos itens ora impugnados.

Análise:

Da análise da defesa e dos documentos a ela anexados, verifica-se, às fls. 542/546, que uma das empresas licitantes, Two Macarrão Eventos Ltda., já havia apresentado questionamentos referentes a alguns pontos do edital do Pregão Presencial nº 14/2013. Em um deles, a empresa impugnou os itens editalícios que exigem, para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional, a apresentação de Certidão de Acervo Técnico – CAT expedida pelo CREA/MG em nome do responsável técnico, esta também objeto da presente denúncia e considerada irregular, em exame inicial, por esta Unidade Técnica.

Naquela oportunidade, o pregoeiro informou:

O Órgão responsável pela expedição do CAT é o CREA ou CAU. Se é impossível, de acordo com o Licitante, que Arquiteto registre parte elétrica, fica claro que o Órgão não emitira a CAT.

Quanto a queima de fogos, item “b” desta Licitação – que fique claro ao licitante que essa Licitação é **POR ITEM**, “a” e “b” – a habilitação jurídica e econômico-financeira será igual a do item “a”.

[...]

A inclusão da expressão “**nos termos da legislação aplicável**” parece tornar claro suficiente que esses serviços deverão ser comprovados de acordo com a legislação específica ao caso.

Em que pese os responsáveis alegarem que a resposta ao questionamento tenha deixado claro que a exigência de CAT não se referia ao serviço de queima de fogos (show pirotécnico), não foi possível verificar a procedência deste argumento.

Ademais, o fato de não ter sido exigido o referido documento da licitante vencedora não ilide a irregularidade, vez que o edital, por si só, dá margem a entender que a exigência se aplica a todas as licitantes, restando caracterizado, portanto, seu caráter restritivo da competitividade.

De outra sorte, a exigência em tela deveria ter sido retificada, não bastando os esclarecimentos da Administração, vez que afeta a formulação das propostas, pois, licitantes que antes não teriam como cumprir a exigência, deixando de participar do certame, com a alteração poderiam participar. Oportuno colacionar o § 4º do art.21, da Lei de Licitações:

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas. (Grifo nosso)

Eventuais empresas, que até então sem interesse de participar do certame por não ter condições de cumprir a exigência em tela, com a alteração da cláusula, poderiam ter tido interesse em competir. Estas eventuais empresas, por não terem tido a oportunidade de se cientificar das mudanças nas condições anteriores, deixariam de participar do certame. Entende-se, neste caso, que a ausência de republicação do edital pode ter levado ao descumprimento do Princípio da Igualdade estabelecido no artigo 5º da Constituição Federal.

Pelo exposto, opina este Órgão Técnico pela irregularidade dos itens 9.1.4.1 e 9.1.4.3 do edital.

3 – DA ANÁLISE DOS APONTAMENTOS MINISTERIAIS

3.1 – Ausência de orçamento estimado em planilhas

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas aponta a inexistência, no edital, de anexo que conste o orçamento em planilha de quantitativos e custos unitários.

Em defesa, os responsáveis afirmam que o serviço ora licitado envolve o emprego de diversos materiais e, sendo o trabalho manual, o seu quantitativo pode variar a depender de quem for contratado. Por esse motivo, dada a impossibilidade de se cotar preços unitários, teriam optado que o Termo de Referência fosse elaborado com base no valor total do serviço.

Análise:

Não merece prosperar a alegação dos defendentes de que o serviço envolve o emprego de diversos materiais, tendo em vista que a quantidade de material a ser utilizado por cada empresa não interfere na necessidade de previsão da planilha orçamentária na fase interna do processo administrativo e como anexo do edital.

Analisando a fase interna do certame, fls. 107/129, verifica-se que, embora tenha sido realizada a cotação de preços, com o quantitativo e o valor global, não constou desta fase, no mapa de cotação, fls.128/129, a planilha com o quantitativo e o preço unitário.

Isso posto, esta Unidade Técnica faz coro com o Ministério Público de Contas, no sentido de que a planilha de estimativa de quantitativos e preços unitários, baseada na cotação de preços, deve constar da fase interna e como anexo do edital.

A respeito da anexação do orçamento estimado no edital, em decisão mais recente, foi aplicada multa em razão da ausência de planilha de custos unitários e do valor estimado da contratação como anexo do edital. A Primeira Câmara desta Corte de Contas, na sessão do dia 14/03/2017, decidiu nos autos da Representação nº 932623 pela obrigatoriedade do orçamento ser anexado ao edital, sendo o voto condutor do Exmo. Conselheiro Sebastião Helvecio:

EMENTA

REPRESENTAÇÃO. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE RÁDIO. EXIGÊNCIA DE JORNALISTA REGISTRADO NO SINDICATO DOS JORNALISTAS PROFISSIONAIS DE MINAS GERAIS. COMPROVAÇÃO DE APTIDÃO. AUSÊNCIA DE AMPLA PESQUISA DE MERCADO E DE ORÇAMENTO DETALHADO EM PLANILHA DE CUSTOS UNITÁRIOS. IRREGULARIDADES. COMPROMETIMENTO DA COMPETITIVIDADE DO CERTAME. APLICAÇÃO DE MULTA AOS GESTORES.

1. A exigência de que emissora de rádio contratada tenha um jornalista registrado no Sindicato dos Jornalistas Profissionais de Minas Gerais é excessiva e não encontra fundamento na legislação licitatória, eis que o edital de licitação somente permitirá exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, conforme dispõe o inciso XXI do art. 37, da Constituição Federal e, devem se restringir ao rol taxativo de documentos elencados no art. 30 da Lei n. 8.666/93, sob pena de frustrar o caráter competitivo do certame.

2. Em se tratando de contratação de rádio para veiculação de inserções diárias de conteúdo de interesse do município, são excessivas as exigências relativas à comprovação da aptidão para a execução do objeto licitado, uma vez que o objeto licitado não demanda complexidade maior que justifique a imposição de requisitos de qualificação técnico-operacional, nos termos do art. 30, II, da Lei n. 8.666/93.

3. É indispensável que se faça, na fase interna da licitação, cotação ampla e detalhada de preços do objeto a ser contratado, visando aferir a compatibilidade dos preços orçados com aqueles praticados no mercado, conforme previsão no art. 43, IV, da Lei n. 8.666/93 e no art. 3º, I e III, da Lei n. 10.520/02.

4. A Lei n. 8.666/93 – aplicada subsidiariamente ao pregão, por força do art. 9º da Lei n. 10.520/05 – determina, expressamente, em seu art. 40, §2º, II, que constitui anexo do edital, dele fazendo parte integrante, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Traz-se à baila o fundamento da decisão:

3. Ausência de orçamento detalhado em planilhas de custos unitários

O denunciante alega que não houve a elaboração de orçamento detalhado em planilhas que expressassem a composição de todos os custos unitários do objeto licitado, nos termos do art. 7º, inc. II (sic) da Lei n. 8.666/93.

No exame inicial, o Órgão Técnico apontou a ausência de elaboração de orçamento detalhado em planilhas de custos unitários dos serviços licitados, em contrariedade ao art. 7º, § 2º, II, da Lei n. 8.666/93.

[...]

No entanto, a Unidade Técnica asseverou que a irregularidade apontada não diz respeito à subdivisão do objeto licitado, conforme alegação do gestor, mas sim à ausência da planilha orçamentária de custos unitários, em desacordo com o mencionado dispositivo legal, o que dificulta a elaboração das propostas de preços pelos interessados, razão pela qual opinou pela manutenção da irregularidade.

O MPTC, como dito nos itens precedentes, ratificou todos apontamentos de irregularidade analisados pelo Órgão Técnico, no seu parecer conclusivo de fl. 660/663.

No que se refere à matéria, impende destacar que, em que pese o entendimento consolidado desta Corte de Contas – de que nas licitações na modalidade pregão, dispensa-se a inclusão do orçamento estimado em planilhas na fase externa do certame – invoco disposição literal de lei que corrobora meu entendimento, vejamos.

A Lei n. 8.666/93 – aplicada subsidiariamente ao pregão por força do art. 9º da Lei n. 10.520/05 – determina, expressamente, em seu art. 40, §2º, II, que constitui anexo do edital, dele fazendo parte integrante, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Esse dispositivo privilegia a máxima efetividade dos princípios constitucionais e legais aplicáveis aos procedimentos licitatórios, tendo absoluta preponderância sobre eventual discricionariedade do administrador de fazer constar, ou não, do edital, o orçamento estimado em planilhas.

Sob uma interpretação sistemática dos princípios consagrados no arcabouço legislativo aplicável – em especial, a publicidade, a igualdade e o julgamento objetivo – parece-me indispensável que os interessados sejam informados quanto às regras aplicadas no prélio seletivo, dentre elas o orçamento estimado, que é condição essencial para o julgamento das propostas.

Nessa esteira de raciocínio que o art. 44, § 1º, da Lei n. 8.666/93 revela o caráter teleológico da aplicação do princípio da publicidade ao orçamento estimado, vedando a utilização de critérios sigilosos de julgamento:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

Seguindo a mesma orientação principiológica, o art. 4º, III, da Lei n. 10.520/02, por sua vez, dispõe que constarão do ato convocatório todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, dentre eles, ressaltado, o critério de aceitação das propostas, que está intimamente relacionado ao preço estimado de mercado e que será aplicado no julgamento objetivo a ser proferido.

Nesse mesmo sentido, Marçal Justen Filho⁴ é enfático, entendendo, para licitações em geral, inclusive pregões⁵, que:

Deve insistir-se acerca do descabimento de a Administração manter em segredo o valor de orçamento ou preço máximo. Lembre-se que um Estado Democrático de Direito envolve o princípio da transparência da atividade administrativa, somente se admitindo sigilo em situações que ponham em risco interesses relevantes, transcendentais. No caso, o próprio art. 44, § 1º, explicitamente proíbe que algum critério relevante para julgamento (inclusive classificação ou desclassificação de propostas) seja mantido em segredo.

Diante do exposto, considerando, ainda, que a transparência administrativa é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito e assegura maior controle social e participação da sociedade na gestão da coisa pública, reforçando a vigilância sobre a juridicidade e a economicidade da atuação da Administração, considero necessária a divulgação, no edital, das planilhas de custo unitário e do valor estimado da contratação, tanto na fase externa do certame, quanto na interna, que no caso não correram.

Isso posto, considero procedente o apontamento de irregularidade anotado pela Unidade Técnica e corroborado pelo MPTC, pelo que recomendo aos responsáveis e aos atuais gestores que nos próximos editais, que possuam objeto idêntico ou assemelhado ao ora analisado, que elaborem orçamento detalhado em planilhas de custos unitários dos serviços licitados, em ambas as fases do processo licitatório, interna e externa, em cumprimento ao disposto no art. 7º, § 2º, II, c/c art. 40, §2º, II, da Lei n. 8.666/93.

Entretanto, no processo de denúncia n. 932.378 de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, a Primeira Câmara, em Acórdão de 1º de novembro de 2016, não julgou irregular o procedimento, dado que a pesquisa constava da fase interna do procedimento, como segue:

A questão da obrigatoriedade de divulgação do orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários, como anexo do edital, sempre foi objeto de divergência na doutrina e na jurisprudência.

A própria jurisprudência do TCU, que variou entre uma e outra corrente, culminou, recentemente, por se modificar, passando a adotar como base o Acórdão nº 114/2007-P, segundo o qual, na modalidade pregão, a anexação do orçamento ao edital não é obrigatória, bastando a sua inclusão no respectivo procedimento administrativo, uma vez que a Lei nº 8.666/93 somente é aplicável aos pregões de forma subsidiária.

Acompanhando o posicionamento do TCU, este Tribunal de Contas, no julgamento do Recurso Ordinário nº 887858, deliberado na Sessão Plenária de 27/08/14, manifestou-se pela discricionariedade da anexação do orçamento ao edital do pregão, entendendo necessária apenas a ampla cotação do preço unitário dos produtos licitados na fase interna do procedimento licitatório.

Nesse cenário, apesar de também não estar plenamente convencido de que a discricionariedade da inclusão do orçamento ao edital do pregão seja o juízo mais adequado, curvo-me ao entendimento do Pleno e deixo de considerar ilegal a ausência de anexação, ao edital, do orçamento estimado em planilhas de preços unitários, quando esse estiver presente na fase interna do procedimento licitatório, o que ocorreu no presente caso, conforme verificado às fls. 229/234v.

Insta consignar que, não obstante a divergência jurisprudencial acerca da necessidade de fazer constar como anexo do edital a planilha de custos unitários, o orçamento deve estar inserido

obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Assim, restou evidenciado que a planilha de custos unitários deve constar, ao menos, da fase interna do certame. Nesse sentido, foi oportunizada defesa aos responsáveis e eles poderiam ter apresentado documentos capazes de sanar a aludida irregularidade, o que, todavia, não fora realizado.

Desta forma, esta Unidade Técnica entende pela irregularidade do edital, vez que não constou das fases interna e externa do certame o orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários. Depreende-se, pois, que a Administração não incluiu tal documento na fase interna do certame, tampouco como anexo do edital. Assim, conclui-se pela irregularidade do edital.

3.2 – Ausência de estabelecimento do preço máximo

Ainda, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas manifestou-se pela irregularidade da ausência, no edital, de cláusula referente ao preço máximo aceitável pela Administração.

Após citados, os defendentes alegaram que, no preâmbulo do instrumento convocatório e no seu subitem 3.1, estão descritos o valor da contratação e, ainda, no item 3.1 do Termo de Referência, além de planilha contendo o material a ser empregado na execução do objeto, consta o valor máximo de cada lote.

Análise:

No caso em tela, compulsando os autos, verifica-se que, conforme alegado pelos responsáveis, constata-se a presença do **valor total estimado da contratação** no preâmbulo, fl. 15, e no item 3.1, fl. 17, do instrumento convocatório, além do item 3.0 do Termo de Referência, fls. 45/47, não sendo este o preço máximo aceitável.

Todavia, esta Unidade Técnica vem entendendo pela não obrigatoriedade da fixação do valor máximo nos editais de licitação, com fulcro no artigo 40, X, da Lei nº 8.666/93, que dispõe:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

O que se alcança do dispositivo supra é pela faculdade que o Órgão Licitante possui na elaboração do instrumento convocatório para fixação do valor máximo da contratação, devido à expressão “*permitida a fixação de preços máximos*”, presente no inciso X do artigo 40, da Lei de Licitações.

Ressalta-se que o TCU oscilou entendimento sobre a obrigatoriedade ou não de constar o preço máximo dos editais, sendo que se fixou entendimento na súmula nº 259/2010, mencionando que: “**nas contratações de obras e serviços de engenharia**, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos é obrigação e não faculdade do gestor.” (Grifo nosso)

Assim, esta Unidade Técnica, com vênia aos entendimentos discordantes, que são respeitados, vem entendendo ser recomendável a fixação do preço máximo no edital, não constituindo uma irregularidade em face da legislação reguladora da matéria.

4 – CONCLUSÃO

Diante do exposto, após análise das defesas, esta Unidade Técnica entende que o certame contém as seguintes irregularidades:

- a) irregularidade dos subitens 9.1.4.1 e 9.1.4.3 em relação ao lote II (show pirotécnico). Responsáveis: Sr. Rodrigo Cardoso Paiva, pregoeiro e subscritor do edital, fl.161, e Sra. Sumayra de Oliveira Silva, responsável pela homologação do certame, fl.475;
- b) ausência do orçamento estimado em planilha de quantitativos e preços unitários na fase interna do certame e como anexo do edital. Responsável: Sr. Carlos Antônio Catapretta Júnior, subscritor do mapa de cotação, fls. 128/129, e autor intelectual do termo de referência, e Sra. Sumayra de Oliveira Silva, responsável pela homologação do certame, fl.475.

Recomenda-se ainda que nos próximos procedimentos licitatórios seja fixado o preço máximo no edital.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
DIRETORIA DE FISCALIZAÇÃO DE MATÉRIAS ESPECIAIS
COORDENADORIA DE FISCALIZAÇÃO DE EDITAIS DE LICITAÇÃO



Considerando que já foi oportunizado o contraditório e a ampla defesa, entende esta Unidade Técnica pela aplicação de multa aos responsáveis pelas citadas irregularidades.

À consideração superior.

DFME/CFEL, 05 de fevereiro de 2018.

Érica Apgaua de Britto
Analista de Controle Externo
TC- 2938-3