

PROCESSO: 1.040.758
NATUREZA: Denúncia
ÓRGÃO: Prefeitura Municipal de São José do Jacuri
ANO REF.: 2018

DENUNCIANTE: Sr.^a Julia Baliego da Silveira

DENUNCIADOS: Sr. Claudio José Santos Rocha – Prefeito Municipal
Sr.^a Meirilane Moreira Flores – Pregoeira

ASSUNTO: Irregularidades em Processo Licitatório n. 21/2018 – Pregão Presencial n. 16/2018 – Sistema de Registro de Preços

1) HISTÓRICO

Os autos cuidam de representação relativa ao Processo Licitatório n. 21/2018 – Pregão Presencial n. 16/2018 – Sistema de Registro de Preços para contratação de empresa especializada na prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, com fornecimento de peças ou acessórios genuínos ou originais de fábrica, pneus novos (primeira vida) e mão de obra para veículos da frota municipal.

A medida cautelar requerida pelo representante em face das irregularidades alegadas restou denegada (fls. 1874 a 1875-v).

Após primeira análise técnica, permaneceram três apontamentos de irregularidade (item 2.2, f l. 1884; item 31, fl. 1888; item 3.2, fl. 1888-v).

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas – MPTC, em manifestação preliminar sobre o processo e exame realizado pela Superintendência do Controle Externo (fls. 1882 a 1891), requereu a citação do Prefeito Municipal, Sr. Cláudio José Santos Rocha e da Pregoeira, Sr.^a Meirilane Moreira Flores, em observância ao Devido Processo Legal e aos corolários da Ampla Defesa e do Contraditório (fl. 1893-v).

Despacho do Ex.^{mo} Relator determinou a citação (ocorrida fls. 1895 a 1898) e envio à unidade técnica diante de manifestação das partes (fl. 1894).

CLAUDIO JOSÉ SANTOS ROCHA trouxe alegações (fls. 1899 a 1919) e documentação (fls. 1920 a 2063) e **MEIRILANE MOREIRA FLORES** apresentou alegações (fls. 2064 a 2084) e documentação (fls. 2085 a 2083), conforme Termo de Juntada (fls. 2224), sendo, após, os autos remetidos a 3ª CFM, para cumprimento do despacho de fls. 1894, conforme Termo de Encaminhamento (fl. 2224).

2) IRREGULARIDADES

Visto as defesas comuns, apreciam-se as mesmas, de forma concomitante, associadas aos respectivos apontamentos tidos por irregulares, a seguir:

2.1) Ausência da Justificativa da metodologia de quantificação do objeto licitado, no valor de R\$3.684.812,65 contrariando o art. 15, §7º, II da Lei Federal n. 8.666/1993 (item 2.2 de fls. 1884 a 1886).

Recomendação para fazer constar da solicitação do demandante e no termo de referência/projeto básico a justificativa da quantificação da demanda (fl. 1186);

• DEFESAS

CLAUDIO JOSÉ SANTOS ROCHA (item 3.2, fls. 1904 a 1907)

MEIRILANE MOREIRA FLORES (item 3.2, fls. 2069 a 2072)

Afirma-se quantitativos de peças por tipo de veículo e horas dispendidas está de acordo com requisição da Secretaria Municipal de Transporte (fl. 1904).

O Município adota a realização do certame, baseado na relação quantitativo de peças por veículo e horas de manutenção, pois o raio máximo estipulado no edital foi de 90km, além do desinteresse de empresas, locais ou regionais, em adotarem tabelas de preços dos fabricantes, cujo preço de aquisição é de R\$1.200,00/mês (fl. 1904).

Registra os itens 1.4.1.1; 1.4.1.2 e 1.4.1.3 evidenciando a motivação do limite do raio de localização do prestador de serviço, além de exemplificar a validade do procedimento com base em similar processo licitatório n. 21/2018, Pregão Eletrônico n. 21/2018 do TCEMG (fl. 1905).

Cita adotar o modelo de certame similar ao analisado pelo TCEMG no processo de Edital de Licitação n. 923.931, São José do Jacuri, Relator: Cons. Mauri Torres; Órgão Julgador: 1ª Câmara; Data de Sessão 02/05/2017; Data da Publicação – DOC: 19/05/2017, considerado regular, apenso aos autos de Edital de Licitação n. 932.583; n. 923997 e Denúncia n. 911989 (fl. 1906 e fl. 1927).

Informa utilização desse modelo de previsão de custos em outros editais, sendo essa a escolha da realização da licitação na modalidade Registro de Preços, discorrendo sobre as características do SRP (fls. 1906 e 1907).

Pede aplicação de recomendação ao invés da penalidade de multa, visto não se configurar gravidade suficiente para a sanção pecuniária e anteriormente o TCEMG julgar regular o similar procedimento usado pela municipalidade no processo Denúncia n. 923.931 (fls. 1906, 1907, 1927), referente ao Edital de Licitação n. 052/2014 (fls. 1906 e 1930 a 2063)

- **ANÁLISE**

Passível de caracterização, como mau uso do dinheiro público em detrimento da Economicidade, suficiente para a condenação por Improbidade Administrativa, inclusive para fins de ressarcimento ao erário, a contrariedade ao art. 15, § 7º, II, da Lei 8.666/1993, ante a não observância das técnicas quantitativas de estimação, malferindo aos Princípios da Administração Pública (art. 11, caput, da Lei 8.429/1992), atraindo a penalidade descrita no art. 12, III, da Lei 8.429/1992.

Nos termos do artigo 15, §7, da Lei n. 8.666/93, as licitações visam fornecer uma visão global do objeto - unidades e quantidades -, identificando todos os elementos constitutivos com clareza.

Considerando as particularidades de cada procedimento licitatório, nem sempre se formalizará um estudo técnico preliminar, se possibilitando no Termo de Referência constar, compreensivelmente, as justificativas fáticas e técnicas dos critérios qualitativos e quantitativos adotados pela Administração para o objeto licitado.

O artigo 20 da LINDB modernizou a forma de se criarem decisões judiciais e administrativas, quando confrontadas com a gestão da coisa pública:

Art. 20.

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

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

O simples argumento do quantitativo pautar-se por licitação anterior, por si só, não se presta a justificar a estimativa apresentada, mas, desconsiderar a presunção da estruturação do processo licitatório, pensando agir adequadamente, em razão de decisão em similar situação pretérita, de rigor, não representaria uma decisão justa, ante a razões objetivamente comprovadas.

Na hipótese dos autos, ausente comprovação da Justificativa da metodologia de quantificação, persiste o apontamento de irregularidade do item 2.2 de fls. 1884 a 1886, por contrariedade ao disposto no art. 15, §7º, II da Lei Federal n. 8.666/1993, atraindo assim, o proposto no item 2.2.10 (fls. 1886 – descrição da medida), substituindo-se “recomendação” por “determinação”, em futuras licitações, da observância da definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, estimadas mediante adequadas técnicas quantitativas, patentes no Termo de Referência ou em estudos específicos, no processo licitatório.

2.2) Ausência de solicitação de qualificação técnica para habilitação, contrariando o art. 30, II da Lei Federal n. 8.666/1993 (item 3.1 de fls. 1888 a 1888-v).

Recomendação de aplicação de multa (fl. 1888-v)

• DEFESAS

CLAUDIO JOSÉ SANTOS ROCHA (item 3.3, fls. 1907 a 1910)

MEIRILANE MOREIRA FLORES (item 3.3, fls. 2072 a 2075)

Afirma-se obediência ao art. 30, §1º, inciso I da Lei Federal n. 8.666/1993, conforme registra o item 7.2.3.2 do edital e seu Anexo IX, ao tratar da qualificação técnica, exigindo declaração de disponibilidade de instalações das empresas participantes, máquinas, equipamentos e pessoa técnico adequados à execução do objeto (fl. 1908).

Diferencia-se o estabelecido no art. 30, II por se referir à comprovação técnico-operacional, do seu inciso II do §1º refere-se à capacitação técnico-profissional. A capacitação técnico-operacional demonstra a aptidão da empresa para desempenho de atividade em características, quantidades e prazos definidos no objeto da licitação (fl. 1908).

Salienta-se a prestação de serviços ao município pela maioria das empresas vencedoras do certame, não se tendo constado, durante a execução do Pregão Presencial n. 16/2018, irregularidades quanto às exigências definidas no certame (fl. 1908).

Apresenta-se o Acórdão TCU n. 891/2018, onde a situação fática e o baixo risco impuseram cientificação ao TER/ES da obrigatoriedade de inclusão em futuras licitações da exigência de comprovação de qualificação técnica (fls. 1908 a 1910)

Pede-se a manutenção de recomendação da exigência de contida no art. 30, II para futuras licitações, ao invés de aplicação de multa por causa desse apontamento (fl. 1910).

- ANÁLISE

A apresentação de qualificação técnica encontra-se restrita aos limites do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que somente admite exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

Constituição Federal

Art. 37(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifou-se)

Lei 8.666/93

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da *isonomia* e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

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.

O adjetivo “indispensáveis” aplicado às exigências de qualificação técnica do art. 37, inciso XXI, da Carta Magna e o verbo “limitar-se-á” do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93 tornam ilegal a inclusão, em editais, de exigências desarrazoadas capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do certame.

Nesse sentido, anota Marçal Justen Filho:

“Também não se admitem requisitos que, restritivos à participação no certame, sejam irrelevantes para a execução do objeto licitado. Deve-se considerar a atividade principal e essencial a ser executada, sem maiores referências a especificações ou detalhamentos. Isso não significa afirmar que tais peculiaridades sejam irrelevantes. São significativas para a execução do objeto, mas não para a habilitação.”(in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., p. 312).

Outrossim,

A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados.

[Acórdão TCU n. 891/2018, Relator Ministro José Múcio Monteiro, Órgão Julgador: Plenário, Tipo: Representação, Data da Sessão: 25/04/2018 e Informativo de Licitações e Contratos 344/2018 (disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/informativo%2520344/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/0/%2520?uuid=3361c260-b092-11ea-917e-d15252c8753f>)].

Identificados parâmetros para estabelecimento da qualificação técnica, importante a distinção das suas classes, segundo a doutrina e jurisprudência.

O Relator, em análise, no Acórdão TCU n. 1.332/2006 diferencia espécies de qualificação técnica:

A qualificação técnica abrange tanto a experiência empresarial quanto a experiência dos profissionais que irão executar o serviço.

*A primeira seria a **capacidade técnico-operacional**, abrangendo atributos próprios da empresa, desenvolvidos a partir do desempenho da atividade empresarial com a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade de pessoas.*

*A segunda é denominada **capacidade técnico-profissional**, referindo-se a existência de profissionais com acervo técnico compatível com a obra ou serviço de engenharia a ser licitado. (TCU, Acórdão n. 1332/2006; Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues; Órgão Julgador: Plenário; Data da Sessão: 02/08/2006)*

A empresa Zênite, em blog, traz, didaticamente a diferenciação das qualificações técnicas:

Para tanto, interessante lembrar que a qualificação técnica poderá ser exigida em face do responsável técnico pela execução do objeto (capacitação técnico-profissional), tal como expressamente previsto no art. 30, § 1º, inc. I, da Lei de Licitações, bem como das condições operacionais da empresa licitante (capacitação técnico-operacional, art. 30, inc. II).

No primeiro caso (capacitação técnico-profissional), a Administração solicitará dos licitantes que os seus respectivos **responsáveis técnicos** apresentem atestados que demonstrem a execução relativa a objeto anterior similar ao licitado. A experiência a ser verificada não é a da pessoa jurídica, mas sim a do profissional que atuará como responsável técnico na execução do contrato.

Quanto à capacitação técnico-operacional, vale lembrar que a **capacidade a ser avaliada é a da empresa**, enquanto organização empresarial capaz de realizar o empreendimento, e não a do profissional (pessoa física). MONASTIER, Aruan Benatto. Diferenciação entre mão de obra técnico-operacional e técnico-profissional para fins de comprovação de capacidade técnica. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/diferenciacao-entre-mao-de-obra-tecnico-operacional-e-tecnico-profissional-para-fins-de-comprovacao-de-capacidade-tecnica/> .

Os dois tipos de capacitação técnica, tanto profissional quanto operacional, estão sendo aceitas pela doutrina e vêm sendo exigidas em licitações.

O apontamento de irregularidade, conforme item 3.1.4 de fl. 1888-v, alude ao inciso II do art. 30 da Lei Federal n. 8.666/1993, portanto, refere-se à capacitação técnico-operacional, isto é, às condições operacionais da empresa licitante.

A imposição de comprovação da capacitação técnico-operacional é válida.

A Corte de Contas do Estado de São Paulo adota o entendimento a favor sobre a exigência da qualificação operacional:

SÚMULA Nº 24:

Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Da mesma forma o Tribunal de Contas da União, fundamentada em voto do Ministro Revisor Lincoln Magalhães da Rocha, estabeleceu:

[...] 8.2.1. (que se) solicite, doravante, atestado de capacidade técnica, tanto do profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido por entidade, como das empresas participantes da licitação, com fulcro no inciso I do parágrafo 1º, c/c o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93 e o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, sem contudo, vincular este atestado ou declaração à execução de obra anterior. (TCU, Decisão 767/98, DOU de 20/11/98)

Sumula do TCU nº 263:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

Ementa:

RECURSO ORDINÁRIO. PRELIMINAR. ADMISSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO MÉRITO. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL E PROFISSIONAL. INCONSISTÊNCIA DA PLANILHA ORÇAMENTÁRIA. NÃO RESPONSABILIZAÇÃO DO PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO POR ATOS PRIVATIVOS DE PROFISSIONAIS TÉCNICOS. INCONSISTÊNCIAS NA PLANILHA ORÇAMENTÁRIA. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DA VIOLAÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. RECURSO PROVIDO. REFORMA DA DECISÃO PROFERIDA. CANCELAMENTO DA MULTA.

1. Os membros da CPL não podem ser apenados por confiarem na especificação do objeto, embasada por peças técnicas elaboradas por profissional de engenharia civil contratado, e que contava com o aval da assessoria jurídica.

2. A exigência editalícia de apresentação de lista de atestados sobre a elaboração de diversos projetos, como comprovação da capacidade técnico-operacional do licitante, foi efetivamente motivada.

3. A ausência de documentos relativos à fase externa do certame prejudicou a aferição de possível comprometimento da competitividade decorrente da exigência editalícia de quantitativos mínimos como requisito de habilitação.

(TCEMG, Recurso Ordinário n. 951.848; Relator: Cons. Sebastião Helvecio; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Sessão: 19/06/2019; Publicação – DOC: 18/11/2019)

Ementa:

DENÚNCIA. DEPARTAMENTO DE OBRAS PÚBLICAS. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL ACIMA DO LIMITE ESTABELECIDO PELA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. PUBLICIDADE RESTRITIVA DO INSTRUMENTO LICITATÓRIO E COBRANÇA PELA AQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS QUE O COMPÕEM. EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE QUITAÇÃO DO CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E AGRONOMIA. IRREGULARIDADES. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RESCISÃO AMIGÁVEL DO CONTRATO FIRMADO. AUSÊNCIA DE ÔNUS PARA ADMINISTRAÇÃO. AFASTADA A APLICAÇÃO DE SANÇÃO.

1. A comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes deve limitar-se, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, sendo legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar-se limitar a 50% do objeto contratado, conforme jurisprudência dominante sobre o tema.

2. A Administração deve publicar cópias dos projetos básico e executivo e das planilhas no site oficial, junto ao edital, ou deve disponibilizá-las aos licitantes, a partir da data da publicação do edital, limitando a cobrança das cópias ao custo real da mídia utilizada, no caso o CD ou DVD;

3. A Lei federal n. 8666/93 não prevê a exigência de quitação junto a Conselhos Profissionais para fins de qualificação técnica, o art. 30, I, exige apenas o registro ou inscrição nos referidos Conselhos; 4. A rescisão contratual amigável, sem ônus para a Administração, tem o condão de afastar a aplicação de possível sanção pelas irregularidades apuradas no exame da denúncia, porém, não impede o exame de mérito do procedimento licitatório.

(TCEMG, Denúncia n. 932.866; Relator: Mauri Torres; Órgão Julgador: 1ª Câmara; Sessão: 10/10/2017; Publicação – DOC: 07/11/2017)

Ementa:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PRELIMINAR. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE. MÉRITO. EXIGÊNCIA DE RESPONSÁVEL TÉCNICO-RT DA EMPRESA NO ATO DA VISITA TÉCNICA. EXIGÊNCIA DE ATESTADOS PARA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA EM SERVIÇO DE MENOR RELEVÂNCIA. DENÚNCIA PARCIALMENTE PROCEDENTE. IRREGULARIDADES. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. A visita técnica, quando exigida, não deve sofrer condicionantes por parte da Administração que resultem em ônus desnecessário aos particulares e importem restrição injustificada à competitividade do certame, podendo ser realizada por qualquer preposto da licitante, desde que possua conhecimento técnico suficiente para tanto.

2. Nos termos da Súmula TCU n. 263 "Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado". (TCEMG, Denúncia n. 896.600; Relator: Mauri Torres; Órgão Julgador: 1ª Câmara; Sessão: 25/05/2018; Publicação – DOC: 05/06/2018).

Ementa:

DENÚNCIA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EXECUÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA. DENÚNCIA. INABILITAÇÃO IRREGULAR DE LICITANTE. IMPROCEDÊNCIA. APONTAMENTOS COMPLEMENTARES DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL. ÍNDICES ECONÔMICO-FINANCEIROS NÃO JUSTIFICADOS. AUSÊNCIA DE PROJETO BÁSICO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE PARCELA DE MAIOR RELEVÂNCIA E COMPLEXIDADE PARA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA. IMPROCEDÊNCIA.

1. Documentação apresentada pela licitante inabilitada não comprova o atendimento das exigências estipuladas no ato convocatório, não havendo afronta ao princípio do julgamento objetivo.

2. Os índices econômico-financeiros exigidos no edital para comprovação da capacidade financeira das licitantes foram devidamente justificados no processo licitatório e compatíveis com o objeto do contrato.

3. Não configurada a ausência de projeto básico, porquanto os elementos técnicos disponibilizados no edital e seus anexos revelaram-se necessários e suficientes à execução completa da obra, atendendo ao disposto no inciso IX do art. 6º da lei n. 8.666, de 1993.

4. considera-se regular, para comprovação da capacidade técnico-operacional, que a exigência recaia sobre as parcelas de maior relevância e complexidade, desde que devidamente indicadas no edital.

(TCEMG, Denúncia n. 896.524; Relator: Gilberto Diniz; Órgão Julgador: 2ª Câmara; Sessão: 01/08/2017; Publicação – DOC: 11/09/2017).

Do edital, a fl. 37 (Anexo IX a fl. 164), constam as seguintes disposições relativas à:

7.2.3 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

7.2.3.1 - Declaração de cumprimento do disposto no art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal, sob as penas da lei, firmada pelo representante legal da empresa, conforme ANEXO VIII;

7.2.3.2 - Declaração de disponibilidade de instalações, máquinas, equipamentos e pessoal técnico adequado e disponíveis para a execução do objeto da licitação, sob pena de responsabilização nos termos da lei, conforme modelo ANEXO IX

A declaração, s.m.j., não se caracteriza como comprovação de capacitação técnico-operacional.

Entretanto, verificou-se atuação da Administração em cumprir o estabelecido na lei de licitações, mediante exigência da declaração, assim, opina-se pela não aplicação da penalidade de multa àquelas situações em que, apesar de constatada a desconformidade à norma legal, não estão presentes os elementos indicativos da gravidade da conduta.

Dessa forma, nessa linha de raciocínio, manifesta-se por determinação à Administração para reexame de seus editais, inserindo critérios objetivos de comprovação de habilitação, em especial no relativo às qualificações técnico-operacional, profissional, e econômico-financeira das licitantes.

2.3) Exigência de declaração de exequibilidade de preços (cláusula 6.1.4, fl. 33 e Anexo VII, fl. 162), não prevista em lei, contrariando o art. 32, §2º da Lei Federal n. 8.666/1993 (item 3.2 de fls. 1888-v a 1890-v).

Recomendações (fl. 1890-v)

- **DEFESAS**

CLAUDIO JOSÉ SANTOS ROCHA (item 3.4, fls. 1910 a 1912)

MEIRILANE MOREIRA FLORES (item 3.4, fls. 2075 a)

Afirma-se necessária a presença da declaração para se atingir o objeto da licitação, pois a disputa baseia-se na oferta de menor preço (fl. 1910)

A empresa Auto Elétrica Evangelista Ltda – ME não manifestou interesse em interpor recursos contra a decisão da Pregoeira por inabilitação na sessão (fl. 1910).

Declara-se subordinado ao princípio da origem e o da inalterabilidade do instrumento convocatório, previstos no art. 41 da Lei Federal n. 8.666/1993, conforme expresso no Acórdão TCU n. 3381/2013, sendo mencionada decisão do TJMG, reafirmando pelo Princípio da Vinculação ao Instrumento Vinculatório, a imprescindível observância dos limites do edital (fls. 1910 e 1911).

Pede aplicação de recomendação, para que, nos próximos editais, tal declaração se dê apenas nos casos de o pregoeiro verificar a necessidade de sua apresentação (fl. 1912).

- **ANÁLISE**

O Princípio da Vinculação determina à Administração Pública estar adstrito às normas do edital, cuja previsão encontra-se no art. 41 da Lei Federal n. 8.666/1993:

Art. 41

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

Neste aspecto, a abalizada doutrina do jurista Hely Lopes Meirelles:

[...] a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação.

Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado.

O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expeliu (art. 41).

(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 266.)

Contudo, não se caracteriza como princípio único ou dominante, precisando coexistir harmonicamente com outros como o da Legalidade, isto expressamente se nota no caput do art. 44 da Lei Federal n. 8.666/1993: “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”.

De fato, nem mesmo a preclusão do direito de recurso de licitante, por motivo de não apresentação da intenção recursal no prazo devido, não impede a Administração de exercer o poder-dever de rever os seus atos ilegais, nos termos da Súmula STF 473; afinal, impossível obstar a Administração Pública de apreciar a legalidade dos atos que praticou.

O inciso II, do art. 48, da Lei Federal n. 8.666/1993, incumbe à Administração aferir a inexequibilidade de proposta tomando como referência os custos dos insumos (coerentes com os valores de mercado) e os coeficientes de produtividade (compatíveis com a execução do objeto do contrato). Para esse fim, o instrumento convocatório preverá a possibilidade de exigir-se do licitante, o detalhamento de seus custos, de modo a aferir-se a realidade do preço proposto.

Art. 48 Serão desclassificadas:

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

O art. 48, II e os §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93 estabelecem critérios gerais aplicáveis ao exame da aceitabilidade das propostas, notadamente destinados à identificação da inexequibilidade de preços.

O inciso II do art. 48 estipula como inexequíveis as ofertas inferiores à média de preços praticados pelo mercado e constante do valor estimado definido pela Administração, quando não tiverem sua viabilidade econômica devidamente demonstrada pelo particular.

Os §§ 1º e 2º do art. 48 indicam critérios objetivos para aferição de preços "manifestamente inexequíveis", em se tratando de obras e serviços de engenharia ou de **objetos de natureza diversa**.

Nesse sentido, lição doutrinária de Marçal Justen Filho:

"Por outro lado, as regras dos §§ 1º e 2º podem ser incluídas em editais cujo objeto não seja obras e serviços de engenharia. Tal conclusão decorre do reconhecimento da natureza da disposição. Como se trata de mera presunção relativa, pode aplicar-se a todos os setores e objetos". (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pág. 662)

Dessa forma, diferentemente do imaginado, o critério do art. 48 da Lei Federal n. 8.666/1993 não é absoluto. Pelo contrário, trata-se, de uma presunção de inexequibilidade, portanto, impossível a comissão de licitação desclassificar de pronto as propostas, mesmo apoiando-se nos critérios dos §§ 1º e 2º indicadores de preços considerados inexequíveis.

A doutrina e jurisprudência, em análise do dispositivo, manifestaram-se:

Súmula TCU n. 262

O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas 'a' e 'b', da Lei n. 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Os preços considerados "inexequíveis", deverão, necessariamente, ser objeto de demonstração de viabilidade pela empresa ofertante, sob pena de, não logrando êxito nessa comprovação, ter desclassificada sua proposta. (Acórdão n. 1.470/2005, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar).

Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – TCEMG:

Ementa:

RECURSO ORDINÁRIO. LICITAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DE PROPOSTA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. IRREGULARIDADE GRAVE. MULTA. DANO AO ERÁRIO. QUESTÃO NÃO SUBMETIDA AO CONTRADITÓRIO. INVIABILIZAÇÃO DA AMPLA DEFESA. AFASTAMENTO DA DETERMINAÇÃO DE RESSARCIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A DESCLASSIFICAÇÃO DE FORMA PEREMPTÓRIA DE PROPOSTA EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, SEM OBSERVÂNCIA DAS REGRAS PREVISTAS NO EDITAL E SEM COMPROVAÇÃO DE QUE A PROPOSTA SERIA INEXEQUÍVEL, NOS TERMOS DO ART. 48 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, CONSTITUI IRREGULARIDADE GRAVE.

2. A MULTA APLICADA PELO TRIBUNAL É LEGAL E O SEU VALOR PROPORCIONAL, EM FACE DA GRAVIDADE DA CONDUTA APENADA.

3. SE A QUESTÃO DO POSSÍVEL DANO AO ERÁRIO NÃO FOI SUBMETIDA AO CONTRADITÓRIO, VIABILIZANDO A AMPLA DEFESA, A DETERMINAÇÃO DE RESSARCIMENTO DEVE SER AFASTADA.

4. DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO, EXCLUINDO-SE A DETERMINAÇÃO DE RESSARCIMENTO AOS COFRES MUNICIPAIS. (TCEMG, Recurso Ordinário n. 942.155; Relator: Gilberto Diniz; Órgão Julgador: 2ª Câmara; Sessão: 03/05/2017; Publicação – DOC: 02/06/2017).

Similarmente, decisões emanadas pelo Poder Judiciário:

Ementa:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MELHOR PROPOSTA. DESCLASSIFICAÇÃO POR INEXEQUIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CORREÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DA COMISSÃO. PERDAS E DANOS. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Considerando que há elementos probatórios suficientes nos autos, é despicienda a realização da prova oral e pericial-contábil requerida, sob pena de alongamento indevido do feito. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada.

2. A Comissão de Licitação ponderou que um lance 15 vezes superior ao valor do lance inicial, somado às exigências do Projeto Básico a que a concessionária submete-se, uma vez contratada, resultarão no comprometimento da prestação do serviço com a qualidade desejada pela Administração, objetivo principal do certame.

3. Zelando pela supremacia do interesse público e observando as disposições legais pertinentes, a Comissão de Licitação, com fulcro no Artigo 48, inciso II, da Lei 8666/93, entendeu que a proposta da empresa ERIC CARBONARA MONTINI & CIA LTDA mostrou-se inexequível, razão pela qual foi desclassificada do certame licitatório.

4. Após a decisão da comissão de licitação, **foi oportunizado à licitante o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, mediante a interposição de recurso administrativo**, o qual foi manejado por ela.

5. A **licitante teve oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua proposta**, comprovando as alegadas situações individuais que poderiam potencializar seu lucro, mas não o fez.

6. Quanto ao pedido sucessivo, o autor não comprovou a existência de perdas e danos, o nexo de causalidade entre quaisquer prejuízos eventualmente suportados pelo autor e ação ou omissão do réu, e nem a responsabilidade da ré por quaisquer eventuais prejuízos, motivo pelo qual deve a súplica ser indeferida.

7. Mantida a sentença que julgou improcedentes os pedidos vertidos na inicial.

8. Tendo sido a parte autora condenada nos ônus da sucumbência em momento anterior à concessão do benefício da gratuidade da justiça, não se suspende a exigibilidade dessa verba.

9. Considerando o disposto no artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil, bem como a relevância da causa e o seu valor, o tempo de tramitação do feito e o bom trabalho desenvolvido pelo advogado, a parte autora deve ser condenada em honorários advocatícios fixados em R\$ 8.600,00 (oito mil e seiscentos reais) - o equivalente a aproximadamente 10% sobre o valor da causa -, em favor da parte ré, devidamente atualizado.

(TRF4, Ap. Cível n. 5084187-62.2014.4.04.7000 (Processo Eletrônico - E-Proc V2 - TRF); Relatora: Des. Federal Vânia Hack de Almeida; Órgão Julgador: 3ª Turma; Data da Decisão: 09/05/2017)

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – TJMG no processo de numeração única:
0176034-60.2018.8.13.0000 (Processo Eletrônico):

Ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - LICITAÇÃO - EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME - RECURSO ADMINISTRATIVO DA CONCORRENTE - DESCLASSIFICAÇÃO POSTERIOR - FUNDAMENTAÇÃO DE

INEXIQUIBILIDADE DA PROPOSTA - AFASTAMENTO - OFENSA AO ART. 44, PARÁGRAFO 1º DA LEI FEDERAL 8.666/93 - PRECEDENTES DO STJ.

A concorrência pública obedece a regras pré-estabelecidas no edital, objetivando preservar e manter a igualdade entre os concorrentes com a finalidade última de encontrar-se a proposta que melhor atenda aos interesses da Administração e uma vez que a desclassificação operada infringiu as normas constantes do art. 44, parágrafo 1º da Lei Federal 8.666/93, partindo de método comparativo que não encontra respaldo legal, a reforma da decisão é medida que se impõe na esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Provido. (TJMG; Agravo de Instrumento n. 1.0000.18.017602-6/001; Relator: Des. Judimar Biber; Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível; Data de Julgamento: 21/02/2019; Data da publicação DJe: 22/02/2019).

Ementa:

AGRAVO INTERNO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONCORRÊNCIA PÚBLICA - DEFERIMENTO DE TUTELA RECURSAL EM FACE DA DECISÃO DE DESQUALIFICAÇÃO REALIZADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO - LESÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. Considerando que a decisão de Primeiro Grau que manteve a desclassificação na esfera administrativa da candidata que apresentou o melhor preço não suporia condição metodológica compatível com a inexequibilidade, já que a vedação legal faz específica alusão a proposta de preço global ou unitário, simbólico, irrisório, ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, sendo a desqualificação produzida por metodologia diversa daquela imposta na legislação, além de se utilizar de preços e dados literalmente desconhecidos, o que sugeriria, lesão à legalidade esperada, a manutenção da decisão proferida por este Relator, é medida que se impõe. Não provido.

(TJMG; Agravo de Interno n. 1.0000.18.017602-6/002; Relator: Des. Judimar Biber; Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível; Data de Julgamento: 09/08/2018; Data da publicação DJe: 10/08/2018).

O Superior Tribunal de Justiça – STJ:

Ementa:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, I E II, § 1º, DA LEI 8.666/93. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO LICITANTE DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A questão controvertida consiste em saber se o não atendimento dos critérios objetivos previstos no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93, para fins de análise do caráter exequível/inexequível da proposta apresentada em procedimento licitatório, gera presunção absoluta ou relativa de inexequibilidade.

2. A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexequibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexequibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexequibilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível.

3. Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art. 48, § 1º, b, da Lei 8.666/93) pode ser considerada exequível, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação. Nas palavras de Marçal Justen Filho, "como é vedado licitação de preço-base, não pode admitir-se que 70% do preço orçado seja o limite absoluto de validade das propostas. Tem de reputar-se, também por isso, que o licitante cuja proposta for inferior ao limite do § 1º disporá da faculdade de provar à Administração que dispõe de condições materiais para executar sua proposta. Haverá uma inversão do ônus da prova, no sentido de que se presume inexequível a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 610).

4. Na hipótese dos autos, conforme se pode constatar na r. sentença e no v. acórdão recorrido, houve demonstração por parte da empresa classificada em primeiro lugar (LEÃO & LEÃO LTDA) e por parte do MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO de que a proposta apresentada por aquela era viável e exequível, embora em valor inferior ao orçado pela Administração. Conforme informações apresentadas pelo ora recorrido, a vencedora do certame "demonstrou que seu preço não é deficitário (o preço ofertado cobre o seu custo), tendo inclusive comprovado uma margem de lucratividade". Além disso, a empresa vencedora vem prestando devidamente o serviço contratado, o que demonstra a viabilidade da proposta por ela apresentada durante o procedimento licitatório (fls. 92/109, 170/172, 195/200 e 257/261). Assim, considerando que as instâncias ordinárias, com base na interpretação do contexto fático-probatório dos autos, entenderam que houve a devida comprovação da viabilidade da proposta apresentada pela empresa classificada em primeiro lugar, não há como elidir a referida conclusão, sob pena de incorrer-se no óbice da Súmula 7/STJ.

5. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 11.044/RJ, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros (1ª Turma, DJ de 4.6.2001), consagrou entendimento no sentido de que, "se a licitante vitoriosa cumpriu integralmente o contrato objeto de licitação, afasta-se logicamente a imputação de que sua proposta era inexequível".

6. Recurso especial desprovido.

(STJ, REsp. 965.839/SP; Relatora: Min. Denise Arruda; Órgão Julgador: 1ª Turma; Data do Julgamento: 15/12/2009; Data da Publicação – DJe: 02/02/2010)

A lei de licitações permite apresentação de declarações, v.g., a de superveniência de fato impeditivo da habilitação (art. 32, §2º).

A exigência de declaração, por si só, não se constitui em irregularidade, a falha da Comissão de Licitação adveio da ausência de concessão à licitante do direito de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Também, não se despreza a preocupação externada pela administração ao visar atingir o objeto da licitação, associando a menor lance dentro ao melhor preço sem comprometimento da exequibilidade (fl. 1910).

Esse cuidado possui arrimo no art. 44, §3º da Lei de Licitações:

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.

(...)

§3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

Pela narrativa, buscava-se repelir a insegurança instaurada pela aceitação de proposta de teor é explicitado pelo §3º do art. 44 da Lei 8.666/1993, isto é, propostas irrisórias, nulas, dissociadas de garantias fáticas a mitigarem o risco de inexecução contratual.

Nessa esteira, não se mostrando restritiva à competitividade a exigência da declaração, ante a inexistência de danos ao erário (item 3.2.5, fl. 1890), a Unidade Técnica, s.m.j, manifesta-se pela expedição de **determinação** à Comissão de Licitação e à Administração Municipal (Prefeito, Procurador e Controladoria Municipal) para, antes de decidir-se pela desclassificação, a comissão oportunize à licitante demonstrar a viabilidade do seu preço. Se demonstrada a viabilidade, mesmo estando o preço ofertado não alinhado aos critérios de avaliação previstos no art. 48, §1º, da Lei nº 8.666/93, a Administração necessariamente deverá classificar a proposta.

3) CONCLUSÃO:

Órgão Técnico opina pela expedição ao Prefeito Municipal, à Pregoeira, ao Procurador Municipal e ao Controlador Interno das determinações especificadas a fls. 2226-v; 2231 e 2235-v, quanto aos apontamentos analisados.

À consideração superior,

3ª CFM/DCEM, em 09 de setembro de 2020.

Ramom M. Martins

TC 1155-7

Analista de Controle Externo