Gab. Cons. Subst. Hamilton Coelho
FL._____

PROCESSO N.º: 951.682
NATUREZA: DENÚNCIA
ÓRGÃO: PREFEITURA MUNICIPAL DE DIVINÓPOLIS
DENUNCIANTE: CONSTRUTORA CONTORNO LTDA.

À Secretaria da Primeira Câmara,

Tratam os presentes autos de denúncia, com pedido liminar, realizada pela Construtora Contorno Ltda. em face do Pregão Eletrônico n.º 46/2015, Processo Licitatório n.º 62/2015, da Prefeitura Municipal de Divinópolis, cujo objeto é a "contratação de empresa especializada na área de coleta manual, conteinerizada, transporte de resíduos domiciliares, comerciais e de varrição na zona urbana e rural, coleta, transporte e tratamento de resíduos sépticos de serviços de saúde, com fornecimento de mão de obra, materiais, equipamentos e demais serviços afins e correlatos".

Argumentou a denunciante a ocorrência de diversas irregularidades constantes do edital, reproduzido às fls. 48/117, já enumeradas no despacho de fls. 143/145.

Determinada a oitiva prévia do prefeito, do Secretário de Administração, Orçamento e Informação e da pregoeira, fl. 123, foram acostados ao processo os documentos de fls. 133/141, nos quais consta a informação de que processo licitatório objeto da presente denúncia foi suspenso.

Em razão de tais informações, no despacho de fls. 143/145, considerei prejudicado o pedido de suspensão do certame formulado pela

denunciante. Na oportunidade, determinei a intimação dos denunciados para que enviassem a esta Corte de Contas o novo edital, tão logo fosse publicado, sob pena de aplicação de multa prevista no art. 85, inciso III da Lei Complementar n.º 102/08.

Após a intimação, foram juntados ao processo a petição e os documentos de fls. 154/201, nos quais os denunciados apresentaram novo instrumento convocatório, retificado, fl. 197, nos aspectos referentes aos itens 11.1.11.b.1 (comprovação de vínculo do responsável pelos atestados com a licitante também via contrato, e não apenas por carteira de trabalho), 11.1.11.b.2 (comprovação de que executou serviços de tratamento sépticos com no mínimo 18.000 Kg/mês), 11.1.17.1 (alteração da data da visita técnica pelos licitantes para até dia 08/6/15) e supressão dos itens 2.2.7 e 2.3.7 do Anexo III (exigência de que a empresa vencedora do certame forneça veículos para atender à fiscalização dos Município), sendo reagendado o recebimento das propostas para o dia 09/6/15.

Com a vinda a meu gabinete do Expediente n.º 447/2015, dessa Secretaria, da petição protocolizada sob o n.º 3100111/2015 e da documentação que a acompanha, os quais deverão ser juntados aos autos, verifiquei solicitação da denunciante para que os demais aspectos abordados nos presentes autos fossem devidamente examinados, pleiteando-se, novamente, a suspensão liminar do certame.

Cotejando os apontamentos trazidos pela denunciante que não foram retificados com o novo edital, em juízo preliminar, não vislumbro disposições restritivas à competitividade e prejudiciais aos interesses da Administração e dos particulares capazes de ensejar a suspensão do certame, pelos seguintes fundamentos:

1. **Da suposta incompatibilidade dos serviços contratados com a modalidade de licitação utilizada (Pregão Eletrônico)**

A denunciante alega que a contratação dos serviços de coleta de lixo, dada sua especialidade, como o emprego de um engenheiro sanitarista para sua execução, não poderia ser licitada por meio de Pregão, por não se enquadrar na definição de "serviços comuns", dada pelo parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 10.520/02 e do Anexo II do Decreto Federal n.º 3.555/00.

A denunciada refutou as alegações da denunciante, afirmando que a doutrina e jurisprudência vêm se consolidando no sentido de se permitir a adoção do pregão em objetos similares.

Considero cabível a modalidade pregão para serviços de engenharia, como são os serviços de coleta de lixo, tendo o Tribunal de Contas da União, inclusive, sumulado o tema:

> Súmula n° 257/2010 – O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei n° 10.520/2002.

Importante frisar que "serviço comum" não é oposto de "serviço complexo", conforme decidido no Processo n.º 020.118/2012-0, do Tribunal de Contas da União, de Relatoria da Ministra Ana Arraes:

> "Trata-se de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pela Fortnort Desenvolvimento Ambiental e Urbano Ltda. (fls. 1/22), nos termos no art. 113, § 1º, da Lei n.º 8.666, de 1993, acerca de possíveis irregularidades na Concorrência Pública n.º 06/2010, promovida pela Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp), **que tem como objeto a**

Gab. Cons. Subst. Hamilton Coelho
FL._____

contratação de empresa para a prestação de serviços de coleta seletiva conteinerizada, reciclagem, compostagem, transbordo, transporte e destinação final de resíduos provenientes das áreas de operação e comercialização de produtos situados dentro do Entreposto Terminal de São Paulo, cujo valor global orçado é de R$ 58.591.772,40 (fls 46 e 60).

(...)

Não podemos olvidar, por outro lado, que a jurisprudência desta Corte vem se perfilando no sentido da aplicação plena do art. 4º Decreto nº 5.450/2005, isto é, exigindo a utilização da modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns e, além disso, vem reconhecendo uma larga abrangência ao termo "bens e serviços comuns"(...): **De outra parte, comungo com a unidade técnica que o objeto licitado amolda-se perfeitamente ao conceito de bens e serviços comuns da Lei n.º 10.520, de 2002, e do Decreto n.º 5.450, de 2005, devendo, pois, ser obrigatoriamente licitado por meio da modalidade pregão, conforme a jurisprudência do Tribunal sobre o tema, a exemplo do recente Acórdão 265/2010 –Plenário. Convém esclarecer, como bem fez o Auditor Augusto Sherman Cavalcanti em Declaração de Voto apresentada quando da prolação do Acórdão 237/2009-Plenário, que "bem e serviço comum" não é oposto de "bem e serviço complexo", podendo-se, assim, dizer que são conciliáveis, não se contrapondo. Disse Sua Excelência: "Bens e serviços comuns, segundo o art. 1º, § 1º, da Lei 10.520/02, são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado. Isto é, são aqueles que podem ser especificados a partir de características (de desempenho e qualidade) que estejam comumente disponibilizadas no mercado pelos fornecedores, não importando se tais características são complexas, ou não."** (grifo nosso)

Esta Corte de Contas também se manifestou nesse sentido em resposta à Consulta n.º 732.557, de relatoria do Conselheiro Eduardo Carone Costa, em sessão do Pleno no dia 11/6/08:

> "A Lei n° 10.520/02 poderá ser regulamentada no âmbito dos municípios por meio de decreto, o qual estabelecerá procedimentos específicos e suplementará eventuais lacunas, mormente no que tange ao modo de operacionalização do pregão eletrônico, bem como adotará o rol de bens e serviços comuns existentes ou criará outro desde que condizentes com a aludida lei federal [...]. **O decreto regulamentar do pregão, na órbita municipal, poderá prever a adoção da modalidade pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, desde que não necessitem de aferição técnica mais apurada, sejam considerados usuais e rotineiros e a Administração tenha como defini-los nos atos convocatórios das licitações de forma satisfatória**". (g.n.).

A título ilustrativo, no Decreto Estadual n.º 44.786/08, admite-se expressamente a contratação de serviços de engenharia que exijam registro no CREA por meio de pregão, veja-se:

> "Art. 3º Pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou pela prestação de serviços comuns é feita por meio de proposta escrita, permitindo-se aos licitantes a alteração dos preços por meio de lances verbais ou eletrônicos, em sessão pública.
> § 1º Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no objeto do edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado, tais como os exemplificados no Anexo.
> § 2º Atendido o disposto no § 1º, o pregão poderá ser utilizado:

> I - nas contratações de serviço de engenharia comum, mesmo que se exija profissional registrado no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA para execução;

Em análise preliminar, compulsando o instrumento convocatório de fls. 48/117, verifiquei que os serviços licitados estão adequadamente definidos e detalhados, tornando possível a opção pela modalidade pregão.

2. Inexistência de projeto básico

O denunciante destacou que não consta do processo licitatório ora guerreado seu projeto básico, em desacordo com o art. 7º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93. Também afirmou que o termo de referência acostado nos Anexos II e III do instrumento convocatório possui diversas omissões, especialmente nas indicações dos turnos de trabalho, de mapas dos locais considerados de difícil acesso e da relação dos locais de coleta hospitalar, e não seria apto a substituí-lo.

Já os denunciados, por seu turno, alegam que os termos de referência ora elaborados esgotam todas as condições e aspectos necessários para a formulação de propostas pelos licitantes.

Ressalto que a principal função do termo de referência é informar os potenciais fornecedores sobre as especificações do objeto e a execução contratual, permitindo-lhes formular propostas comerciais adequadas, assegurando, outrossim, a formulação de estimativa real de custos e o julgamento objetivo pela Administração.

Compulsando os documentos alusivos ao certame ora guerreado, verifiquei, em exame não exauriente, que constam, no Termo de Referência, justificativas para a contratação e informações claras sobre o objeto licitado, em conformidade com o disposto na Lei n.º 10.520/02.

Em relação à terminologia usada (projeto básico/termo de referência), objeto de questionamento, considero desarrazoado determinar a suspensão do certame por esse motivo.

3. Proibição de um profissional figurar como responsável técnico em mais de uma empresa (item 11.1.11-b.1, fl. 55)

A denunciante alegou que a exigência acima destacada restringe a competitividade do certame. Para tento, citou o parágrafo único do art. 13 da Resolução n.º 247/77, do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia - CONFEA, que permite a um mesmo profissional ser responsável técnico por até três empresas.

Os denunciados alegam equívoco por parte da denunciante, já que a restrição imposta no edital incide apenas entre as empresas participantes do certame.

Acorde com os denunciados, verifiquei não haver nenhuma restrição de que o profissional seja o responsável técnico de mais de uma empresa. A limitação imposta pelo item 11.1.11 do instrumento convocatório diz respeito apenas às empresas participantes do certame.

Entendo pertinente a medida adotada pelo Município nesse tocante, pois, sendo um técnico responsável por mais de uma empresa licitante, o sigilo das propostas poderia ser comprometido.

4. Limitação do número de atestados a serem exigidos (item 11.1.11-b.2, fl. 55)

A denunciante alegou que a limitação imposta pelo item 11.1.11-b.2 do edital, de, no máximo, três atestados comprobatórios de

experiência anterior em serviços similares ao do objeto licitado, infringiria o disposto no art. 30, §§ 3º e 5º, da Lei de Licitações, e restringiria a competitividade do certame.

Os denunciados ressaltaram que a limitação de atestados seria para cada um dos serviços descritos nos lotes 1 e 2, o que permitiria a participação de vários proponentes no julgamento de cada item.

A esse respeito, o Tribunal de Contas da União, no julgamento do Acórdão n.º 1.229/2008, de relatoria do Ministro Guilherme Pereira, manifestou-se da seguinte forma:

> "No que diz respeito à comprovação de qualificação técnica ao máximo de três contratos para cada subitem, vedado o somatório, a unidade instrutiva, ante os novos fatos trazidos aos autos, entende que excepcionalmente poderia se aceitar tal restrição, em especial por tratar-se de obra de grande porte, onde, em um único empreendimento, são realizadas simultaneamente trabalhos que atingem áreas distintas da engenharia civil.
>
> (...)
>
> A exigência, portanto, não me parece absurda. Na realidade, em sede de juízo de cognição sumária e precária, por ocasião da concessão da cautelar requerida, manifestei meu entendimento de que o fato deveria ser melhor abordado por ocasião do julgamento desta Representação.
>
> Assim, segundo jurisprudência acima, os órgãos públicos não podem restringir o número de atestados injustificadamente, todavia, tal demanda, ante a situação fática ora examinada, é plenamente factível. No meu entender, a questão deve ser examinada caso a caso, sempre levando em consideração se a exigência é sensata e coerente."

Nos dizeres do Professor Marçal Justen Filho:

> "A qualificação técnica operacional consiste na execução anterior de objeto similar àquele licitado. Ora, isso significa que a identidade do objeto licitado é que determina a possibilidade ou não de somatório.
>
> (...)
>
> Logo, não cabe indagar se é cabível ou não o somatório de atestados. Essa pergunta está mal formulada. O relevante reside em investigar se o objeto a ser executado caracteriza-se por unidade e indiossociabilidade, de modo que a execução anterior de parcelas não configura experiência na execução de um objeto similar. Logo, a pergunta adequada envolve a possibilidade de dissociação do objeto licitado em unidades autônomas, sem que isso produza sua desnaturação. Somente caberá o somatório quando o objeto licitado comportar fracionamento dessa ordem." *(In* Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 510/511)

Nesse contexto, à luz das informações contidas no edital, entendo, em apreciação perfunctória, plausíveis as exigências de qualificação técnica consignadas no item 11.1.11-b2, uma vez que têm por finalidade aferir a capacidade das empresas licitantes em executar satisfatoriamente as atividades descritas no objeto licitado, nos termos do art. 30, inciso II, da Lei n.º 8.666/93.

5. Permissão de participação de microempresas e empresas de pequeno porte, apesar do elevado valor (item 11.1.11-b.2, fl. 55)

A denunciante afirmou que, dada a vultuosidade do objeto licitado, seria inviável a participação de microempresas e empresas de pequeno porte no certame, pois não teriam condições de executá-lo.

Os denunciados ressaltaram que, como houve fracionamento da licitação ora guerreada por itens, seria perfeitamente viável, nos valores

propostos em cada um dos lotes, a participação de ME/EPP no certame. Também afirmaram não haver impedimento legal para participação em processos licitatórios dessas empresas.

Não vislumbro impedimento legal à participação de microempresas e de empresas de pequeno porte em licitações, desde que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação econômico-financeira exigidos nos respectivos instrumentos convocatórios e na lei.

Ademais, verifiquei que o parcelamento da licitação em dois lotes, conforme verificado no item 13.10 do edital, poderá ampliar a participação de interessados, inclusive microempresas e de empresas de pequeno porte, atendendo-se, dessa forma, aos objetivos insculpidos no art. 23, § 1º da Lei n.º 8.666/93, no qual se dispõe:

> "Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:
>
> (...)
>
> § 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."

6. Proibição de participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação e reunidas em consórcio (item 8.2, fl. 50)

Afirma a denunciante que tais proibições afrontariam o princípio da competividade, por restringir a participação no certame das empresas que se encontram nas situações acima descritas.

Os denunciados argumentaram que a proibição de participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação deu-se em virtude da vulnerabilidade das empresas que se encontram nessas condições, o que poderia ensejar contratação temerária.

No presente caso, averiguei que foram devidamente indicadas pelos denunciados as dificuldades técnicas e econômicas de se franquear a licitação a empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação, demonstrando que, de fato, a contratação de licitantes, nas condições acima impostas (em processo de fusão, cisão ou incorporação ou reunidas em consórcio) importaria em risco de execução insatisfatória e aumento dos custos dos serviços para a Prefeitura de Divinópolis.

Os denunciados também afirmaram que a possibilidade de vedação da participação de empresas reunidas em consórcio encontra-se no âmbito da discricionariedade da Administração, ao avaliar os critérios de conveniência e oportunidade da contratação.

Sobre a questão, ressalto que, do texto da Lei n.º 8.666/93, extrai-se ilação precisamente oposta aos argumentos da denunciante, a conferir:

> "Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:"

O emprego, pelo legislador, da locução "quando permitida" evidencia que se trata de permissão excepcional e específica, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.

É dizer: se a participação de consórcios é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativas para sua permissão, mas jamais quanto à sua restrição.

Não bastasse a inequívoca letra da lei, decorre do próprio senso comum que a formação de consórcios de empresas só tem sentido para a possível execução de objetos extraordinários, vultosos, altamente complexos ou inauditos. Exatamente nesse sentido leciona o administrativista Marçal Justen Filho:

> "É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., p. 476)

Obviamente, o caso em análise, que trata de pregão eletrônico, não envolve contratação extraordinária, haja vista que, nos termos do art. 1º da Lei n.º 10.520/02, tal modalidade destina-se precisamente à "aquisição de bens e serviços comuns", circunstância exposta em pormenor no item 1.

A propósito, os consideráveis riscos da banalização dos consórcios, que não passaram despercebidos pelo legislador, são também descritos pelo referido autor:

> "Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. A formação de consórcios acarreta risco da dominação do mercado, através de pactos de eliminação de competição entre os empresários. No campo de licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados: em vez de estabelecerem disputa entre si,

formalizariam acordo para eliminar a competição. Aliás, a composição entre os potenciais interessados para participar de licitação pode alcançar a dimensão da criminalidade." (Idem)

7. Exiguidade do prazo exigido para apresentação da documentação de habilitação (item 11.3, fl. 56)

Entende a denunciante ser exíguo o prazo determinado no item 11.3 do edital, de 120 minutos, para envio, por *e-mail*, dos documentos relativos à habilitação dos licitantes.

Os denunciados argumentaram ser razoável o prazo estabelecido, uma vez que a utilização da rede mundial de computadores encontra-se amplamente difundida e modernizada.

Sobre a questão, verifiquei que o instrumento convocatório do certame em análise foi publicado em 16/4/15, sendo que a sessão de julgamento das propostas de preços estava marcada para 04/5/15. Após a suspensão do certame, a sessão foi remarcada para o dia 09/6/15.

Entendo, dessa forma, que há tempo suficiente para que os licitantes possam tomar conhecimento de toda a documentação exigida, relativa à habilitação.

Ademais, dada a natureza da modalidade licitatória utilizada no presente caso, pregão eletrônico, no qual todos os atos relativos à fase externa do procedimento são realizados *on-line,* não me parece desarrazoado o prazo ora estabelecido no item 11.3 do edital.

De ressaltar uma das características distintivas dessa modalidade licitatória, qual seja, a verificação da habilitação após o julgamento das melhores propostas, inovação voltada à celeridade do procedimento que impõe, ao interessado, o ônus de assegurar-se de sua plena qualificação já no início do certame

Gab. Cons. Subst. Hamilton Coelho
FL._____

Por todo o exposto, indefiro o pedido liminar. Intimem-se a denunciante e os denunciados do teor deste despacho.

Remetam-se os autos ao órgão técnico para análise, e, posteriormente, ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para manifestação preliminar, conforme disposto no § 3º do art. 61 da Resolução TC n.º 12/08.

Tribunal de Contas, em 29/5/15.

HAMILTON COELHO
Relator