



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador que esta subscreve, no exercício do poder-dever constitucional e legal, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 130 da Constituição da República c/c art. 3º, incisos I e VI, da Lei Complementar nº. 451/2008 c/c art. 99, § 1º, VI, da Lei Complementar nº. 621/12, oferecer

REPRESENTAÇÃO
com pedido de provimento liminar cautelar
inaudita altera parte

Em face de

ELISÂNGELA MELO – Secretária Municipal de Administração do Município de Cariacica.

Em razão de **grave ilegalidade** no Edital de Concorrência n.º 003/2013, empreitada por preço unitário, cujo objeto é a **contratação de empresa para execução de serviços de manutenção preventiva e corretiva e pequenas reformas do Prédio do Palácio Municipal, área administrativas da SEMAD e Secretarias Municipais externas, exceto a SEME e SEMUS**, conforme descrito no edital e seus anexos.

I – DOS FATOS

O Município de Cariacica, através da Secretária Municipal de Administração, por intermédio da Comissão Permanente de Licitação, publicou o Edital de Concorrência acima mencionado, cuja cópia segue anexa a esta representação.

Consta no edital que “os licitantes deverão entregar até às 09:30 horas do dia 03 de outubro de 2013, No Protocolo Geral da Prefeitura, sua documentação e sua proposta de preços em dois envelopes opacos, indevassáveis, rubricados, contendo na parte exterior os seguintes dizeres (...)”.

Consta também, no subitem 12.3, que o valor máximo estimado para os serviços é de R\$ 2.408.354,34.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

Pois bem.

Em uma análise perfunctória do mencionado edital (doc. 01), verifica-se que o presente encontra-se eivado de ilegalidade, por ofensa às normas de licitação, em especial, àquelas que resguardam a lisura do certame, do qual poderá resultar restrição à competitividade, conforme demonstrado a seguir.

II – DO INDICATIVO DE IRREGULARIDADE

II.1 - CLÁUSULA RESTRITIVA. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL PARA HABILITAÇÃO EM LICITAÇÃO. OFENSA AOS ARTS. 3º E 30, INCISO II, DA LEI FEDERAL N.º 8.666/93 E AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA COMPETITIVIDADE.

O item 7.8. Qualificação Técnica, assim dispõe nos subitens 7.8.3, 7.8.3.1 e 7.8.3.2, *verbis*:

7.8.3. Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características e quantidades com o objeto da licitação. A comprovação da capacidade técnica será feita da seguinte forma:

7.8.3.1. Atestado(s) de capacidade técnico-operacional da empresa licitante, expedido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprovem a prestação dos serviços compatíveis em características e quantidades mínimas, com o objeto desta licitação, cujas parcelas de maior relevância são:

- Manutenção civil em edificações, cujo somatório de áreas seja de no mínimo 10.000 m² (dez mil metros quadrados);
- Manutenção de instalações elétricas em edificações, cujo somatório de áreas seja de no mínimo 10.000 m² (dez mil metros quadrados).

7.8.3.1.1. As empresas poderão utilizar mais de um atestado para comprovação da capacidade técnica de que trata o item acima.

Em uma interpretação sistêmica da Carta de Outubro e a Lei Federal n.º 8.666/93, dessume-se que as exigências de qualificação técnica e econômica devem constituir uma garantia mínima de que a empresa contratada comprove, previamente, capacidade para assumir e cumprir as obrigações descritas em edital de licitação, o que não é o caso dos autos.

No caso vertente, analisando os serviços a serem prestados e a planilha orçamentária (doc. 02), e por se tratar de **execução de serviços de manutenção preventiva e corretivas e “pequenas” reformas (...)** como descrito no objeto editalício, exsurge inexistir “parcelas de maior relevância E valor significativo” aptas a demonstrar a real necessidade de atestados técnicos como os ora consignados no item 7.8.3.1. O que se observa é querer superestimar o valor dos atestados de capacidade técnico-operacional na presente licitação a ponto de torná-lo requisito de habilitação.

Na verdade, essas exigências devem ser razoáveis e proporcionais com o objeto pretendido, sob pena de restrição indevida à competição do certame, o que não é o caso dos autos.

Desse modo, sobressai-se que a qualificação constante no item 7.8.3.1, da maneira como fora redigida, dá maior importância ao tamanho da construção do que às suas



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

características técnicas, que seriam os reais indicadores da complexidade de execução dos serviços de modo a especificar as parcelas de maior relevância e de valor significativo.

É uníssona e torrencial a jurisprudência do egrégio TCU sobre o tema:

Por ocasião da avaliação da qualificação técnico-operacional das empresas licitantes, em licitações envolvendo recursos federais: não estabeleça, em relação a fixação dos quantitativos mínimos já executados, percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço, salvo em casos excepcionais, cujas justificativas para tal extrapolação deverão estar tecnicamente explicitadas, ou no processo licitatório, previamente ao lançamento do respectivo edital, ou no próprio edital e seus anexos, em observância ao inciso XX I do art. 37 da Constituição Federal; inciso I do § 1º do art. 3º e inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993; (...) **Acórdão 1284/2003 Plenário**

“Exigir-se comprovação de capacidade técnica para parcelas de obra que não se afiguram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se clara afronta ao estabelecido pelo art. 30 da Lei no 8.666/1993, e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XX I, da Constituição Federal”. **Acórdão 170/2007 Plenário**

“Abstenha-se de incluir, nos editais de seus processos licitatórios, critério de habilitação que possa elidir o princípio da igualdade entre os licitantes, exigindo, especificamente no caso de qualificação técnica, a comprovação de atividade compatível em quantidade com a realidade do objeto da licitação, em atenção aos arts. 3º, § 1º, inciso I, 30, inciso II, e 44, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993, e aos princípios da prudência, proporcionalidade e razoabilidade”. **Acórdão 265/2010 Plenário**

“Exigir-se comprovação da qualificação técnica para itens da obra que não se afiguram como sendo de maior relevância e valor significativo, além de restringir a competitividade do certame, afronta os ditames contidos no art. 30 da Lei n.º 8.666/1993”. **Acórdão 800/2008 Plenário**

“A exigência de atestado de capacitação técnico-profissional ou técnico-operacional deve limitar-se as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto licitado”. **Acórdão 1771/2007 Plenário (Sumário)**

Nesse mesmo passo, essa Corte de Contas, nos processos **TC-2135/2013** e **TC-2524/2012**, manifestou-se pela irregularidade de tal exigência, senão vejamos:

TC-2135/2013

ACÓRDÃO TC-142/2013

PROCESSO - TC-2135/2013

INTERESSADO - CER PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA-ME

ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO

EMENTA: REPRESENTAÇÃO - CERTAME LICITATÓRIO - CONCORRÊNCIA PÚBLICA - INABILITAÇÃO DO REPRESENTANTE - DETERMINAÇÃO DE REPUBLICAÇÃO DO EDITAL REMOVENDO EXIGÊNCIAS DOCUMENTAIS RESTRITIVAS AO COMPETITÓRIO.

[...]



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-2135/2013, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e três de abril de dois mil e treze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto:

1. Julgar **procedente** a presente Representação em face da Prefeitura Municipal de Colatina, referente ao Edital de Concorrência Pública nº 001/2013, sob a responsabilidade dos Srs. Leonardo Deptulski, Prefeito Municipal, e Víctor Araújo Venturi, Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de Colatina;

2. **Determinar** à Prefeitura Municipal de Colatina:

2.1 Que a autoridade competente republique o edital em análise removendo a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional;

2.2 Caso não sejam efetuadas as mudanças apontadas, devido às impropriedades apontadas na Instrução de Engenharia Conclusiva nº 6/2013, que seja declarada a nulidade do procedimento licitatório;

2.3 Que em futuros certames análogos, ou seja, na contratação para obras de baixa complexidade, os responsáveis abstenham-se de exigir atestados de capacidade técnico-operacional como requisitos de habilitação técnica.

ACÓRDÃO TC-174/2013

PROCESSO - TC-2524/2012

INTERESSADO - TRACOMAL TERRAPLANAGEM E CONSTRUÇÕES MACHADO LTDA

ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO EM FACE DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SERRA

EMENTA: REPRESENTAÇÃO - EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA - OBRAS DE ENGENHARIA - CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - ESTABELECIMENTO DE ITEM DE MAIOR RELEVÂNCIA TÉCNICA E VALOR SIGNIFICATIVO - EXIGÊNCIA DE QUANTIDADE MÍNIMA - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 37, CAPUT. LEI 8666/93, ART. 3º CAPUT E INCISO I, ART. 30, § 1º, INCISO I, ART. 40, INCISO III, ART. 43 INCISO IV. LEI COMPLEMENTAR Nº 621/2012, ART. 1º, INCISO XXXVI, ART. 2º, ART. 87, INCISO VI E ART. 99, § 2º - 1) PROCEDÊNCIA - 2) DETERMINAÇÕES - 3) RECOMENDAÇÕES.

[...]

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo TC-2524/2012, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia dezesseis de maio de dois e treze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto:

1. Conhecer da presente representação em face da Prefeitura Municipal de Serra, para, no mérito, considerá-la **procedente**, sob a responsabilidade dos Srs. Antônio Sérgio Alves Vidigal, Diocles Bahiense Moreira, Eduardo Ramos Loureiro, Audifax



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

Charles Pimentel Barcelos, Evilásio de Ângelo e Eduardo Bergantini Castiglione, ordenadores de despesas da Prefeitura Municipal de Serra;

Nota-se, *in casu*, que a exigência editalícia em questão não está em conformidade com o estatuto de licitações¹ e com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

II.2 - CLÁUSULA CONDICIONANTE QUE RESTRINGE, COMPROMETE E FRUSTRA O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. OFENSA AO ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTS. 3º, § 1º, INCISO I E 43, INCISO I DA LEI FEDERAL N.º 8.666/93, E AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA COMPETITIVIDADE.

Estabelece o ofensivo capítulo e seus itens e subitens o seguinte:

9. Garantia de Proposta

9.1 – A licitante deverá prestar garantia de manutenção da proposta, para atendimento ao subitem **7.7.3**, deste edital, no valor de **R\$ 24.083,54** (vinte e quatro mil oitenta e três reais e cinquenta e quatro centavos) correspondente a 1% (um por cento) do valor total estimado para execução dos serviços objeto do presente edital, com validade mínima de 120 (cento e vinte) dias a partir da data da apresentação da proposta, em uma das modalidades previstas no § 1º do Art. 56 da Lei nº 8.666/93 e suas alterações, devendo a mesma ser prestada **até o dia 26/09/2013. (grifo nosso)**

9.2 – No caso de garantia em dinheiro, somente serão considerados válidos os depósitos cujos valores estiverem disponíveis em conta específica no Banco do Estado do Espírito Santo, em favor do Município de Cariacica, até o dia 26/09/2013.

9.2.1 - O depósito será efetuado diretamente na conta abaixo descrita:

Banco: 021 - Banestes

Agência: 105

Conta: 9.025.123 – PMC/Caução

9.3. No caso da opção por Título da Dívida Pública Federal, Seguro Garantia ou Fiança Bancária, o mesmo será feito mediante entrega do respectivo Título ou Apólice, na Tesouraria da Prefeitura Municipal de Cariacica, **até o dia 26/09/2013.**

9.3.1. Na hipótese da caução de garantia ser prestada mediante Carta de Fiança Bancária, esta deverá conter a expressa renúncia aos benefícios referidos nos Arts. 366, 827, 835, 837 e 838 da Lei nº 10.406/02 – Código Civil Brasileiro, e disposições do Código Comercial sendo, preferencialmente, que o banco fiador tenha estabelecimento na Grande Vitória - ES.

9.3.2. Os Títulos da Dívida Pública serão aceitos pelo seu valor econômico informado pelo Tesouro Nacional. Somente serão considerados válidos os títulos escriturais, que tenham liquidez imediata e registrados em sistemas centralizados de liquidação e de custódia autorizados pelo Banco Central do Brasil.

¹ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

9.4. A garantia da proposta será devolvida à vencedora após o recolhimento da garantia da execução e as demais licitantes, após a assinatura do contrato.

9.5. A empresa participante perderá o direito à devolução da garantia de proposta quando:

9.5.1 – Não aceitar a correção de erros porventura existentes em sua Proposta de Preços nos expressos termos do presente Edital;

De fato, o art. 31, inciso III da Lei Federal n.º 8.666/93 prevê a garantia como documentação relativa à qualificação econômico-financeira, contudo, a irregularidade infere-se do prazo antecipado para sua prestação, ou seja, **até o dia 26.09.2013**, sendo que a abertura dos envelopes ocorre na data de **03.10.2013**².

A exigência prévia de seu recolhimento à data marcada para o recebimento remanescente da documentação relativa a essa fase ofende o art. 37, XXI, da Constituição Federal, bem como os arts. 3º, § 1º, inciso I e 43, inciso I, da Lei Federal n.º 8.666/93, e aos princípios da legalidade e da competitividade, uma vez que permite a Prefeitura de Cariacica conhecer antecipadamente as empresas interessadas em participar da licitação, comprometendo, assim, insofismavelmente, a lisura do certame.

Assim vem se manifestando o egrégio TCU sobre o tema:

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, inciso VI, e 43, inciso I, todos da Lei no 8.666/1993.

Acórdão 2993/2009 Plenário

Por fim, relativamente a exigência de as licitantes apresentarem a comprovação de garantia antes da sessão de recebimento e abertura dos envelopes, não encontra amparo legal e configura ofensa ao princípio da moralidade, por possibilitar o conhecimento prévio dos participantes do certame.

Acórdão 2864/2008 Plenário (Voto do Ministro Relator)

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.

Acórdão 2074/2012 Plenário (Voto do Ministro Relator)

² 6.1. Os licitantes deverão entregar até às **09:30 horas do dia 03 de outubro de 2013**, no Protocolo Geral da Prefeitura, sua documentação e sua proposta de preços em dois envelopes opacos, indevassáveis, rubricados, contendo na parte exterior os seguintes dizeres:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

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

Acórdão 2095/2005 Plenário

Desse modo, a manutenção de tal capítulo, requerendo garantia de proposta prévia à abertura dos envelopes de documentação, viola os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais supramencionados.

III - DA MEDIDA CAUTELAR

A Secretaria Municipal de Administração, por intermédio da Comissão Permanente de Licitação, iniciou a abertura dos envelopes do Edital de Concorrência n.º 003/2013 na data de 03 de outubro de 2013, conforme subitens 6.1 e 6.4.

Conforme demonstrado nesta representação, o certame encontra-se maculado por vícios graves que frustram o seu caráter competitivo do certame, podendo ocasionar contratação onerosa para a administração pública, sobretudo ante à possibilidade de conluio entre os licitantes e direcionamento do certame.

A ilegalidade evidente do edital indica a robustez dos indícios de violação da Lei Federal de Licitações e dos princípios da legalidade, moralidade, igualdade e eficiência, assim como o da economicidade, capazes de comprometer a lisura do procedimento (**relevância do fundamento da demanda - "fumus boni juris"**).

Por outro lado, a fim de evitar a exclusão de potenciais interessados e a possível escolha de proposta menos vantajosa para a Administração, gerando situação fática de difícil irreversibilidade, é de rigor, assim, que tal providência processual seja adotada imediatamente (**justificado receio de ineficácia do provimento final - "periculum in mora"**).

IV - DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer o **Ministério Público de Contas**:

1 – o conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do artigo 99, § 1º, VI, da LC n.º. 621/12 c/c artigos 91 e 201, inciso III, da Resolução TC n.º. 182/02;

2 – **LIMINARMENTE**, com espeque nos arts. 1º, XV e XVII, 108 e 125, II e III, da LC n.º. 621/12, seja **determinado**, *inaudita altera pars*, a **SECRETÁRIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO** que promova a imediata **SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA N.º 003/2013**, e, caso não haja tempo hábil, para que se abstenha de homologá-la até decisão final de mérito;

3 – a notificação dos representados para apresentar justificativas nos termos dos arts. 109 e 125, § 4º, da LC n.º. 621/12;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

2ª Procuradoria de Contas
Gabinete do Procurador Luciano Vieira

4 – NO MÉRITO, seja provida a presente representação para:

4.1 – que seja reconhecida a ilegalidade das cláusulas do Edital de Concorrência Nº. 003/2013 ora objurgadas, **determinando-se**³, nos termos do art. 71, IX, da Constituição Federal c/c art. 1º, XVI, da Lei Complementar nº. 621/12, a **SECRETÁRIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO** que adote as medidas necessárias à retificação do Edital de Concorrência n.º 003/2013, bem como todos os atos dele decorrente;

4.2 – não cumprida a determinação no prazo fixado, seja sustado o ato, nos termos do art. 71, X, da Constituição Federal c/c art. 1º, XVII e 110 da Lei Complementar nº. 621/12, sem prejuízo de **comunicar** o fato à Câmara de Vereadores e **aplicar** multa aos responsáveis, na forma do artigo 71, VIII, da Constituição Federal c/c arts. 1º, XIV e XXXII, 110 e 135, II, do indigitado estatuto legal.

Vitória, 4 de outubro de 2013.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS

³ O Tribunal de Contas da União, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para **determinar** à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou". (MS 23.550, Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 31-10-2001.) (grifo nosso)