



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

Conferência em www.tcees.tc.br
Identificador: E2555-DBC4C-004C8



2ª Procuradoria de Contas

Peça Complementar 35963/2020-8

Protocolo(s): 19404/2020-2

Assunto: Ministério Público de Contas - Envio de documentos

Criação: 16/12/2020 14:27

Origem: GAPC - Luciano Vieira - Gabinete do Procurador Luciano Vieira

NOTIFICAÇÃO RECOMENDATÓRIA 11/2020

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, por seu representante legal infra-assinado, em pleno exercício de suas atribuições junto à 2ª Procuradoria de Contas,

CONSIDERANDO que o art. 127, “*caput*”, da Constituição Federal, preceitua que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis;

CONSIDERANDO que o art. 129, inciso II, da Constituição Federal, prescreve que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

CONSIDERANDO que o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, prescreve que é função institucional do Ministério Público promover a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

CONSIDERANDO que cabe ao Ministério Público, nos termos do art. 5º, inciso III, da Lei Complementar Federal n. 75/1993 c/c art. 80 da Lei Federal n. 8.625/1993, zelar pela defesa do patrimônio público, promovendo a defesa da ordem jurídica em face de ilegitimidade ou irregularidade de qualquer natureza, bem assim garantir a legalidade dos procedimentos licitatórios, visando resguardar a probidade da Administração Pública e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiro públicos, podendo, para tanto, prover as medidas necessárias ao efetivo respeito ao ordenamento jurídico;

CONSIDERANDO que cabe ao Ministério Público, nos termos do art. 5º, inciso I, alínea “h”, da Lei Complementar Federal n. 75/1993 c/c art. 80 da Lei Federal n. 8.625/1993, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis, considerados, dentre outros, os seguintes fundamentos e princípios da legalidade, a impessoalidade,

a moralidade e a publicidade, relativas à administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União;

CONSIDERANDO que, a teor do art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal n. 8.625/1993, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LONMP), c/c artigo 29, inciso I, e parágrafo único, inciso III, da LC Estadual n. 95/1997, cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhes o respeito pelos poderes estaduais ou municipais e, no exercício dessas atribuições, promover recomendações dirigidas a órgãos e entidades, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito;

CONSIDERANDO que em pesquisa ao portal da transparência da Prefeitura de Vila Velha (autuado por meio do protocolo 19404/2020-2) identificou-se a realização de processo licitatório n. 10.465/2020 – Concorrência Pública n. 026/2020, do tipo melhor proposta técnica, para a “concessão de uso resolúvel e exploração de serviço, à título oneroso, de área pública de uso comum, precedida de obra de construção dos 06 (seis) quiosques remanescentes, para atendimento das necessidades e conveniências de consumo dos usuários da orla da praia de itaparica, conforme detalhado neste edital e seus anexos”;

CONSIDERANDO que da análise do edital de concorrência pública n. 026/2020 constatou-se a inserção de cláusulas restritivas, decorrentes do item 11 – Da Proposta Técnica, conforme descrito abaixo:

[...]

11. DA PROPOSTA TÉCNICA

11.1 Será declarado vencedor do certame o proponente que, além de cumprir todas as exigências referentes à concessão, habilitação, oferecer a **MELHOR PROPOSTA TÉCNICA – MPT**, cujas condições seguem dispostas abaixo.

11.2 Serão classificados os proponentes que obtiverem a **MELHOR PROPOSTA TÉCNICA – MPT**, ou seja, a licitante que obtiver maior pontuação final da proposta técnica, dentre as **06 (seis) melhores notas de pontuação**, cuja definição do imóvel será realizada por meio de sorteio.

11.3 O critério a ser utilizado na avaliação e julgamento das Propostas Técnica (NPT), levará em consideração a pontuação relativa aos **02 (dois) requisitos técnicos** mínimos descritos abaixo, **totalizando 10 (dez) pontos, subdivididos da seguinte forma:**

PONTUAÇÃO DA PROPOSTA TÉCNICA

ITEM	DISCRIMINAÇÃO	PONTUAÇÃO INDIVIDUAL MÁXIMA	PESO	PONTUAÇÃO PARA NOTA GLOBAL
01	Tempo de experiência com quiosque, restaurantes e/ou similares	4	2,0	8,00
02	Curso de capacitação	2	1,0	2,0
PONTUAÇÃO TOTAL PROPOSTA TÉCNICA				10 Pontos

11.4 O cálculo para obtenção da Nota dos ITENS será realizado da seguinte forma:

11.4.1 Cada “ITEM” será composto de subitens (1, 2, etc.) que depois de avaliados, terão suas notas multiplicadas pelos “**PESOS CORRESPONDENTES**” e, posteriormente somadas, totalizando, no máximo, **10 (dez) pontos para cada “ITEM”**, conforme tabelas abaixo.

NOTA: SUBITEM 1 x (PESO DO SUBITEM 1) + SUBITEM 2 x (PESO DO SUBITEM 2) = 10 PONTOS

11.4.2 Os proponentes serão classificados em ordem decrescente, de acordo com a pontuação obtida, sendo distribuídos, para tanto, **10 (dez) pontos**, observados os seguintes critérios:

a) Tempo de experiência com quiosque, restaurante e/ou similar, sendo comprovado através de

declaração ou certidão emitida pelo Órgão Municipal da sede do quiosque, restaurante e/ou similar onde exerce ou exercia a atividade, que ateste o tempo de experiência. Observando que a declaração deve conter indicação do responsável pela emissão do documento oficial e contato para diligência de conformação;

Tempo de experiência	Em quiosque restaurantes e/ou similares
Menos de 05 anos	1,0
De 05 anos e um dia a 10 anos	1,5
De 10 anos e um dia a 15 anos	2,0
De 15 anos e um dia a 20 anos	2,5
De 20 anos e um dia a 25 anos	3,0
De 25 anos e um dia a 30 anos	3,5
Mais de 30 anos	4,0

b) Curso de capacitação com o mínimo de **08 (oito) horas** a ser comprovado mediante apresentação de certificado, sendo o licitante pontuado em consonância com o estabelecido na tabela abaixo:

Curso de capacitação	Pontuação
Boas práticas de manipulação de alimentos	1,0
Qualidade no atendimento e/ou qualidade no atendimento ao turista	1,0
Total	2,0 pontos

11.5 Em caso de empate, o desempate deverá ocorrer considerando como primeiro critério o maior tempo de experiência em quiosque restaurantes e/ou similares e o segundo, a maior proximidade (localidade/endereço) do estabelecimento comprovado à Orla de Itaparica, mantendo-se o empate, será efetuado o sorteio.

11.6 Por ocasião da publicação do **Edital** da concessão será nomeada comissão técnica de assessoramento para análise e julgamento das propostas técnicas e para realização da sessão de sorteio visando ocupação das unidades.

[...]

CONSIDERANDO que a Prefeitura utilizou as seguintes justificativas para motivar a exigência da referida cláusula:

Termo de Referência

[...]

3.9 Pontuação Técnica

3.8.1. É importante salientar que o critério de pontuação adotado visa fomentar a economia e o turismo local garantindo qualidade na prestação dos serviços aos munícipes e turistas, ao avaliar a experiência e qualificação no exercício da atividade comercial em quiosques e correlatos, pontuando inclusive quesitos de boas práticas e excelência no atendimento.

3.8.2 Não sendo os critérios adotados excludentes de participação e sim inclusivos uma vez que são critérios de pontuação e não de habilitação técnica, permitindo assim uma participação abrangente e com foco de pontuação atentando-se para o fomento da economia local, bem como, **o interesse social de viabilidade para a participação de quiosqueiros da Praia de Itaparica.**

CONSIDERANDO que de acordo com o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993 é vedado aos agentes públicos “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991”;

CONSIDERANDO que também devem ser observados diversos princípios, dentre os quais, o da igualdade e da competitividade, ou seja, não se podendo privilegiar os antigos proprietários de quiosques de Vila Velha que, notadamente, possuem condições de terem pontuação máxima nos quesitos especificados acima;

CONSIDERANDO que tais previsões afastam da participação no certame de prováveis interessados que, embora possam ter plena capacidade para executar o objeto, não tenham pontuação para competir nos prazos de experiência exigidos no edital;

CONSIDERANDO que um quantitativo mínimo de experiência mostra-se razoável para obtenção de pontuação, contudo, a partir de certo lapso temporal todos tem a mesma capacidade de gestão do objeto a ser licitado;

CONSIDERANDO que o critério de pontuação – experiência – é desproporcional e representa 80% da quantidade de pontos total para a formação da proposta técnica, possuindo potencial efeito de distorcer o resultado do certame, em detrimento da busca da proposta mais vantajosa para administração e do princípio da igualdade dos licitantes;

CONSIDERANDO que não é razoável acatar como critério de técnica apenas a experiência em determinado ramo de atividade;

CONSIDERANDO, ainda, que no Item 7, subitem 7.1, constam as condições para participar da concorrência pública, como segue:

[...]

7. DAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

7.1. Poderão participar do certame licitatório, empresas ou consórcio de empresas que atendam o objeto e exigências do Edital, cujo ramo de atividade seja pertinente guardando correlação com a exploração comercial de gêneros alimentar e congêneres, que estejam regularmente instaladas no País.

[...]

CONSIDERANDO que citado item restringe o alcance dos possíveis competidores, visto que não engloba empresas ou consórcios de empresas que trabalham na parte de gestão imobiliária com exploração comercial, tal como feito pela Companhia de Desenvolvimento de Vitória quando da publicação do edital de concorrência pública n. 01/2018 em seu item 4.3, vejamos:

[...]

4.3 QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

4.3.1 Na análise da qualificação técnica da licitante serão observados os seguintes requisitos:

a) Deverá ser comprovada a **aptidão para desempenho de atividade** pertinente e compatível com as características, quantidades e prazos do objeto da licitação, através da apresentação de atestado(s) de desempenho anterior, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprobatório da capacidade técnica para atendimento ao objeto da presente licitação. O(s) atestado(s) ou declaração(ões) deverá(ão) conter, entre outros:

- a.1) a razão social e dados de identificação da instituição emitente (CNPJ, endereço, telefone, fax);
- a.2) a descrição do (s) serviço (s) prestado (s) contendo dados que permitam o amplo entendimento dos trabalhos realizados nos domínios de qualificação técnica aqui apresentados, indicando o período de vigência da contratação, o atendimento, o cumprimento de prazo e demais condições de execução;

a.3) a comprovação de experiência em gestão de áreas destinadas à exploração comercial, contendo experiência profissional desenvolvida, com respectivas datas de realização: (g.n.)

a.4) a data e o local de emissão, além de nome, cargo e assinatura do responsável pela veracidade das informações e dados de contato.

[...]

CONSIDERANDO que a existência de cláusulas restritivas em editais representam ofensa à competitividade do certame, bem como ao princípio da igualdade, conforme art. 14 da Lei n. 8.987/1995, art. 3º da Lei n. 8.666/1993 c/c art. 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que o Tribunal de Contas da União perfilha o entendimento de que a inclusão de tais cláusulas são permitidas apenas quando pertinentes e relevantes para o objeto do contrato, desde que devidamente motivado pela administração, sob pena de comprometimento da competitividade do certame, deixando à administração pública de auferir uma proposta mais vantajosa, com graves riscos à economicidade da contratação, *verbis*:

Acórdão 2712/2008 – Plenário, Rel. Augusto Sherman

É vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, **cláusulas ou condições que comprometam e restrinjam o seu caráter competitivo e estabeleçam qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto a ser contratado.**

Acórdão 597/2008 – Plenário, Guilherme Palmeira

Consigne, no processo licitatório, de forma clara e expressa, à exigência de comprovação de capacidade técnica de que trata o art. 30 da Lei nº. 8.666/93, seja sobre o aspecto técnico-profissional ou técnico-operacional, **os motivos dessa exigência, bem como demonstre tecnicamente que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado**, assegurando-se de que a exigência não implica restrição ao caráter competitivo.

Acórdão 668/2005 – Plenário, Augusto Sherman

Ao inserir exigência de comprovação de capacidade técnica de que trata o art. 30 da Lei 8.666/1993 como requisito indispensável à habilitação das licitantes, consigne, **expressa e publicamente, os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado**, assegurando-se de que a exigência não implica restrição do caráter competitivo do certame.

Acórdão 2407/2006 – Plenário, Benjamin Zymler

A Administração deve fundamentar tecnicamente quaisquer exigências de especificações ou condições com potencial de restringir o universo de competidores, assim como evitar o detalhamento excessivo do objeto, de modo a não direcionar a licitação.

É obrigatório o estabelecimento de parâmetros objetivos para análise da comprovação (atestados de capacidade técnico-operacional) de que a licitante já tenha prestado serviços pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993).

Informativo de Licitações e Contratos 318/2017

Para comprovar a capacidade técnico-operacional das licitantes, **guardada a proporção com a dimensão e a complexidade do objeto da licitação**, podem-se exigir, desde que devidamente justificados, atestados de execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços similares, limitados, contudo, às parcelas de maior relevância e valor significativo.

Informativo de Licitações e Contratos 160/2013

CONSIDERANDO que, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é ilegal a inserção no edital licitatório de exigências que frustrem o caráter competitivo:

[...]

RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO - EDITAL - ART. 30, II, DA LEI N. 8.666/93 - EXIGÊNCIA DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA LÍCITA - ART. 57, II, DA LEI N. 8.666/93 - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA CONTÍNUA - PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO - DURAÇÃO DO CONTRATO FIXADA AB INITIO EM 60 MESES - ILEGALIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.

(REsp 474.781/DF, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2003, DJ 12/05/2003, p. 297)

RESOLVE:

RECOMENDAR, em caráter de urgência, com fundamento no art. 130 da Constituição Federal, no art. 29, parágrafo único, inciso III, da LC Estadual n. 95/1997 e no art. 3º, inciso VI, da LC Estadual n. 451/2008, ao Prefeito de Vila Velha, **Max Freitas Mauro Filho**, a suspensão o procedimento da concorrência pública n. 026/2020 com finalidade de retificar as respectivas cláusulas, mediante a extirpação ou substituição das cláusulas restritivas ao certame, em obediência aos princípios da isonomia e da competitividade, devendo-se, após, efetuar sua republicação na forma legal, reabrindo-se o prazo para o recebimento das propostas;

REQUISITAR à autoridade acima nominada, com fundamento no art. 130 da Constituição Federal, no art. 26, inciso I, alínea “b”, da Lei Federal n. 8.625/1993, no art. 27, § 2º, inciso I, alínea “b”, da LC Estadual n. 95/1997 e no art. 3º, inciso VI, da LC Estadual n. 451/2008, que, **no prazo de 5 (cinco) dias**, comunique ao Ministério Público de Contas o cumprimento da presente recomendação.

Adverte-se que esta Recomendação dá ciência ao destinatário quanto às providências solicitadas, podendo a omissão na adoção das medidas recomendadas implicar o manejo de todas as medidas legais cabíveis.

Vitória, 16 de dezembro de 2020.

LUCIANO VIEIRA
Procurador de Contas