



Acórdão 00829/2021-4 - 2ª Câmara

Processo: 10507/2016-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: DER-ES - Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Representante: DUTO ENGENHARIA EIRELI

Responsável: ENIO BERGOLI DA COSTA, JOSE RICARDO MONTEIRO DOS SANTOS

Procurador: FELIPE NASCIMENTO BARNABÉ

**FISCALIZAÇÃO / REPRESENTAÇÃO –
IMPROCEDENTE – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os presentes autos de **FISCALIZAÇÃO / REPRESENTAÇÃO com pedido de medida cautelar**, encaminhada pela empresa Duto Engenharia LTDA, objetivando a suspensão imediata da Concorrência Pública nº 006/2016, promovida pelo Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES, para contratação de empresa para prestação de serviços complementares à reforma e à ampliação da Avenida Leitão da Silva, no Município de Vitória/ES.

A representante sustenta à existência de vícios no edital que a seu juízo, infringem

princípios e regras basilares do ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que alguns itens descritos não traduzem a necessária clareza e objetividade do objeto contratado, bem como restringem sobremaneira a competição, ao limitar a participação de possíveis interessados, afastando a persecução da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Argui ainda que protocolizou diversas solicitações de esclarecimentos ao órgão licitante, muitos deles ignorados até a data de apresentação do pedido a este Tribunal. Assim, requereu a suspensão do presente certame, antes de seu efetivo início, por entender que a continuidade do procedimento licitatório acarretaria prejuízos ao erário.

Seguindo os trâmites regimentais, os autos seguiram à análise da Secretaria especializada em engenharia e obras públicas – SecexEngenharia, a qual firmou seu entendimento por meio da **Manifestação Técnica nº 01/2007-1**, que manifestou-se pela existência do *periculum in mora*, em razão da abertura estar prevista para o dia 5 de janeiro de 2017, às 9 horas, e sugeriu como proposta de encaminhamento o conhecimento da representação e o deferimento do pedido cautelar para: 1) determinar à autoridade competente que suspenda cautelarmente a concorrência pública nº 006/2016, na fase em que se encontrar, até ulterior decisão do mérito, nos termos dos artigos 376 e 377, I, III, da Resolução TC nº 261/2013; e 2) determinar a oitiva dos representantes do órgão licitante no certame, para que se pronunciem em até dez dias, nos termos do art. 307, § 3º, da Resolução TC nº 261/2013.

O Relator (em plantão), Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, no bojo da **Decisão Monocrática 001/2017-1**, de 02/01/2017, determinou ao **Diretor Geral do Departamento de Estradas de Rodagem do Espírito Santo – DER/ES** e ao **Presidente da Comissão Permanente de Licitação** a suspensão imediata da concorrência pública nº 006/2016, alertando os responsáveis que o descumprimento da cautelar ora deferida poderá sujeita-los, à penalidade de multa pecuniária, nos termos do art. 135, IV da Lei Complementar nº 621/2012.

Por fim, determinou a notificação dos responsáveis para que comprovassem a suspensão do certame no prazo de 05 (cinco) dias, bem como apresentassem as

justificativas/esclarecimentos que julgassem importantes no prazo de 10 (dez) dias.

Devidamente notificados, os Senhores Ênio Bergoli da Costa (Diretor-Geral do DER) e José Ricardo Monteiro dos Santos, apresentaram justificativas (evento 97) para os itens mantidos como irregularidades na Decisão Monocrática 1/2017 e documentação complementar (evento 98) referente às respostas, fornecidas pelo DER-ES, de dúvidas arguidas pelos licitantes interessados na CP 6/2016, bem como comprovaram a suspensão do certame conforme cópia da publicação no Diário Oficial do Estado.

Na forma regimental, os autos retornaram a Secex Engenharia a qual, após análise das justificativas trazidas pelos responsáveis, por meio da **Manifestação Técnica 02/2017-5**, propôs: 1) revogar a medida cautelar de suspensão da concorrência pública n. 006/2016, promovida pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Espírito Santo – DER/ES, tendo por objeto a contratação de serviços complementares à reforma e ampliação da Avenida Leitão da Silva, no Município de Vitória/ES; e 2) determinar a tramitação dos autos em rito ordinário para a avaliação de todos os itens restantes elencados pela representante e ainda não totalmente afastados.

O Relator (em plantão), Conselheiro Domingos Augusto Taufner através da **Decisão Monocrática 2/2017-5** (evento 101), de 6/1/2017, decidiu pela revogação da medida cautelar anteriormente deferida, de acordo com o artigo 380 do Regimento Interno, bem como determinou que os autos tramitassem em rito ordinário.

Os autos, então, foram encaminhados ao Ministério Público de Contas para ciência (evento 106), que se manifestou ciente da Decisão Monocrática 2/2017-5 (evento 108) e remeteu os presentes autos à Secretaria-Geral de Controle Externo para prosseguimento do feito (evento 109).

Em 12 de janeiro de 2017 a empresa representante, Duto Engenharia Ltda., juntou aos presentes autos novos pedidos de esclarecimentos “em relação às manifestações realizadas pelo DER” e a realização de análise de regularidade frente a legislação de regência.

Os autos retornaram à, então, SecexEngenharia, e posteriormente, com sua subdivisão, ficando sob a responsabilidade do Núcleo de Controle Externo de Construção Civil Pesada – NCP, que elaborou a Instrução Técnica Conclusiva 02145/2020-1, concluindo pela não constatação de ilegalidade ou irregularidade, opinando pela improcedência da presente representação.

O Ministério Público de Contas, por meio do **Parecer 02629/2021-2** (evento 120) anuiu os argumentos fáticos e jurídicos delineados na Instrução Técnica Conclusiva 02145/2020-1.

É o relatório. Passo a fundamentar.

VOTO

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

Da análise dos autos, verifico que os indícios de irregularidades apontados na representação foram analisados pela Área Técnica nas Manifestações Técnicas 01/2017 e 02/2017, que sugeriu afastar como irregulares os seguintes itens:

- Item da planilha orçamentária - Demolição mecânica de concreto em vias urbanas; (MT 1/2017)
- Item da planilha orçamentária - Escavação Mecânica em material de 1º Categoria; (MT 1/2017)
- Item da planilha orçamentária - "Bloco de coroamento para estaca tipo trilho TR-68 usando anel de concreto pré-moldado \varnothing 0,80m, inclusive fretagem"; (MT 1/2017)
- Item da planilha orçamentária - "Reaterro com areia, tudo incluído, em vias urbanas"; (MT 1/2017)
- Item da planilha orçamentária - "Passeios em concreto fck = 20Mpa, esp. 8cm, superfície desempenada com alisadora de concreto, junta seca a

cada 2m, inclusive base em areia adensada com 5 em e conformação de rampas de acesso"; (MT 1/2017)

- Item da planilha orçamentária – “Destinação final de resíduos de macrodrenagem - Classe II e Destinação final de resíduos de macrodrenagem - Classe II A”; (MT 2/2017)
- Item da planilha orçamentária – “guarda corpo da ciclovia (números 100535 e 100607)”. (Decisão Monocrática 1/2017)

Destaco, que o entendimento da área técnica foi encampado pelos Relatores (em plantão), por meio da **Decisão Monocrática 001/2017** e da **Decisão Monocrática 002/2017**.

Pois bem, determinada a tramitação dos autos no rito ordinário, com o fito de avaliar os itens remanescentes elencados pela representante, passo a tecer considerações:

a) Item da planilha orçamentária - "Estaca metálica, fornecimento, transporte, perdas, solda, emenda, corte e cravação de TR-68":

A representante alega que não contempla a chapa de coroamento prevista nos blocos de fundação das obras de artes especiais - OAE's. Portanto, não se saberia em qual item da planilha orçamentária terá a respectiva previsão de remuneração da chapa de coroamento, no caso dos blocos de fundação, comprometendo a clareza e objetividade do instrumento convocatório.

Nos esclarecimentos publicados pelo DER-ES (evento 98), foi informado que este serviço estava contido na tabela de preços referenciais do DER-ES, e o consumo previsto nesta composição estabelece valores médios para a realização do serviço. O custo da chapa estava contido na composição em questão.

Da análise da irregularidade, a Área Técnica, por meio da Instrução Técnica Conclusiva 2145/2020-1, assim entendeu:

- Análise técnica

Analisando a composição do serviço 40408, identifica-se que está previsto na composição o uso de chapa de aço de espessura igual a 5mm. Constatou-se, ainda, que, conforme esclarecido pelo DER-ES, a composição considera valores médios de uso dos materiais.

Mister ressaltar que o valor proporcional da chapa de coroamento representa 2,8% do valor direto do serviço na composição e, como esclarecido pelo DER-ES, esse valor é uma consideração média, haja vista que na composição é considerado o uso de uma chapa de coroamento para cada metro do serviço, que não pode ser considerado como absoluto, pois na situação prática é facilmente constatado o uso de vários metros de trilho em cada estaca, que leva somente uma chapa de coroamento.

Posto isto, considerando que não seria razoável e proporcional que o projeto básico referencial pudesse prever de maneira exata a quantidade desse material no serviço, devendo ser considerado o valor médio do material, entendo que uma variação desse material na composição do serviço não forma justificativa suficiente para o apontamento desse item como uma irregularidade.

b) Item da planilha orçamentária - transporte:

Informou a representante que, quanto aos itens de transporte previstos da planilha orçamentária, as fórmulas que compõe o preço aplicando o XP (distância de rodovia pavimentada) e o XR (distância de rodovia não pavimentada) descritos nem sempre coincidem com o valor unitário do item. O valor unitário previsto é o de R\$ 27,20, ao passo que o valor calculado é de R\$ 26,57. Logo, não se saberia qual valor considerar.

Nos esclarecimentos publicados pelo DER-ES (evento 98), foi informado que a fórmula para o item 60010- Transporte Local de Materiais (TR-101.;01) (Vias urbanas- Caminhão basculante) e as distâncias XP e XR são as constantes na planilha orçamentária $(1,013XP + 1,352XR + 1,690)$ (XP=23,56 XR=1,22) cujo resultado é R\$ 27,20.

Da análise dos autos e tendo em vista a **ITC 2145/2020-1**, observa-se equívoco por parte da representante, haja vista que o item mencionado (1.18 do lote 1) é o serviço da composição (cód. Padrão) 60010, que tanto no orçamento resumo quanto na composição do serviço traz a fórmula para seu cálculo, como segue: $1,013XP + 1,352XR + 1,690$ (XP=23,56 XR=1,22) = R\$ 27,20.

Assim, entendo pela não constatação de irregularidade neste item.

c) Item da planilha orçamentária - preços médios de materiais betuminosos

A representante alega que os preços médios de materiais betuminosos obtidos de cotação de mercado, apresentada em anexo (Doe), estão além daqueles previstos em planilha orçamentária, mesmo após aplicação do índice de reajustamento, extraído conforme Cláusula de Reajustamento prevista em contrato. Dessa forma, o futuro executor do contrato administrativo não seria remunerado minimamente pela execução do item em questão.

Nos esclarecimentos publicados pelo DER-ES (evento 98), foi informado que deveria ser observado o Item 10-PREÇOS do Termo de Referência, onde se lê "O fornecimento e o transporte do material betuminoso não poderão ser objeto de desconto no processo licitatório."

Da análise da irregularidade, a Área Técnica, por meio da Instrução Técnica Conclusiva 2145/2020-1, assim entendeu:

- Análise técnica

Neste item o representante não traz nenhuma informação de ocorrência de irregularidade, alegando, somente, que o preço médio de mercado estaria acima do adotado pelo edital da licitação.

Observa-se que o DER-ES utilizou como base de seu orçamento para a composição 100191 (evento 24, fls. 126), por exemplo, que trata do fornecimento CBUQ, os valores de mão-de-obra, materiais e serviços constantes nas próprias tabelas referencias do DER-ES, estando os valores compatíveis com os das tabelas da época, não se observando irregularidade para orçamentação de serviços.

Destaca-se que as tabelas referenciais do DER-ES estão inclusas no rol das adotadas nas fiscalizações desta Corte de Contas, conforme termos do art. 3º, I, "b", da Resolução TC 329/2019.

Posto isto, diante do questionamento de que o valor adotado na licitação estaria abaixo do mercado, sem menção de adoção de um valor diferente do constatado na tabela referencial do DER-ES, entendo que não há constatação de irregularidade neste item.

d) Questionamento técnico em relação a galerias e caixas - NBR 6118, 15396 e 7188

Foi alegado pela representante:

[...]

Em consideração às Normas Técnicas NBR 6118 (concreto armado), NBR 15396 (galerias de concreto armado) e NBR 7188 (carga móvel em pontes rodoviárias e passarelas), visto serem as galerias e caixas não simplesmente obras de arte correntes, há que se realizar uma avaliação técnica referentes às galerias com dimensões de 3,00x1,50 e 3,50x1,50; vigas de fundação (3,5x0,5x0,5); blocos de fundação e ainda ajustes de encaixe da estrutura a ser construída.

É preciso levar em consideração que devido à classe de agressividade acentuada a que as peças estruturais estão expostas (Classe IV - indicada em projeto), o cobrimento da armadura previsto em regramento normativo deve ser de 4,50 em para lajes e 5,0 em para Vigas e Pilares, vide Tabelas NBR 6118 abaixo:

[...]

Há de se ressaltar também a avaliação quanto a Classe de Utilização da Estrutura, qual seja Classe 45, por ser uma estrutura onde atuam cargas de rodagem direta (o trem tipo direto sobre a peça). Levando-se em consideração a pior situação, que é a carga da roda (Classe 45ton), bem como o coeficiente de impacto, questionamos a espessura das lajes das galerias com 15 cm e se as mesmas não sofrerão um desgaste e fadiga de maiores proporções.

Como são galerias pré-moldadas com comprimento 1,00 (hum) metro cada peça, para formar a distância necessária da obra em questão tem-se inúmeros encaixes entre peças.

Levando-se em consideração uma movimentação devido às forças horizontais (de aceleração e de frenagem), é razoável, para não dizer certo, que haja uma preocupação quanto ao enchimento em concreto simples de 40 Mpa para nivelamento da geratriz inferior da galeria nova com relação a já instalada, cuja espessura de paredes, fundo e tampa é de 25 em, vide nota abaixo.

[...]

Dessa modo (*sic*), é de questionar a solução adotada pelo DER para enchimento em concreto simples, somente moldado sobre a viga já instalada, como sendo a de melhor desempenho, levando-se em consideração o risco de esmagamento e, por consequência, deslocamento vertical da peça da galeria nova instalada causando recalque na pavimentação.

Observa-se que nas vigas de apoio longitudinais, já instaladas na Avenida Leitão da Silva, foram aplicadas vigas pré-moldadas com encaixe macho e fêmea, onde há a possibilidade de movimentação, mesmo que seja mínima, devido às forças horizontais (de aceleração e de frenagem).

[...]

Neste novo projeto a estrutura de vigas longitudinais a serem instaladas prevê a solidificação em sua instalação tomando o conjunto rígido.

Assim, mantendo-se todo conjunto realmente rígido, há que se ponderar se as fundações estarão aptas a receber essas cargas?

Como trabalhará o conjunto das peças de galerias a serem instaladas e apoiadas sobre um conjunto rígido, sendo que a outra sequência de galerias já instalada, não?

[...]

Após análise dos fatos até aqui relatados resta dúvida quanto à fundação apoiada sobre estacas prevista para esta nova etapa da obra, onde os projetos apresentam cravação de estaca simples com trilho TR68 e não em estacas triplas em TR32, como na primeira etapa, e que ofereciam maior inércia ao sistema de fundação.

[...]

Nos esclarecimentos publicados pelo DER-ES (evento 98), encontram-se as explicações transcritas a seguir:

[...]

Conforme esclarecimentos da DIREN, A classe ambiental admitida, concebida e projetada é a Classe III- Forte- Marinha / industrial, (que continha apenas erro de grafia no que tange a Classe ambiental), proposição classificatória bastante conservadora, uma vez que as estruturas estarão enterradas (acesso restrito ao oxigênio) e conduzirão exclusivamente águas pluviais. A NBR 6118/2104 recomenda que, para concreto armado, sejam utilizados classes de concreto

estrutural com $F_{ck} > 30$ MPa. Concreto especificado = $F_{ck} 40$ MPa, atende a Norma. Dada a admissão da classe ambiental e do $F_{ck} = 40$ MPa, considerando o controle tecnológico especificado do tipo rigoroso, a NBR 6118 no seu item 7.4.7.7 recomenda a adoção dos valores de cobrimentos da NBR 9062, que no seu item 9.2.1.1, alínea c), 2,5 centímetros. O valor adotado foi de 3,0 centímetros e respeita as recomendações de norma;

[...]

Conforme esclarecimentos da DIREN, não há no projeto preenchimento da geratriz inferior da galeria com concreto simples. Entretanto, acreditamos que a dúvida se refere ao preenchimento de concreto na espessura de 10 centímetros sobre as vigas de fundação, para que as geratrizes inferiores das etapas nova e executada coincidam. A ordem de cargas nessa interface considerando a aplicação total do trem tipo, mais a célula cheia, mais a sobrecarga de multidão e todas as cargas permanentes é de 1 MPa, 4 vezes menor que a tensão de tração máxima para o concreto especificado. Assim, não há risco de esmagamento;

[...]

Conforme esclarecimentos da DIREN, as peças projetadas nas dimensões apresentadas em projeto-espessura de 15 centímetros final para parede e fundos e final de 25 centímetros para laje superior após a solidarização - foram verificadas para o trem tipo 450 kN. As armaduras constantes nas peças premoldadas (sic.) estão em quantidade suficiente para combater os efeitos de fadiga oriundos do tráfego da via.

[...]

Conforme esclarecimentos da DIREN, acreditamos que por falta de apresentação de embasamento teórico numérico a respeito da ordem de cargas gerada pela frenagem e aceleração sobre a obra, o questionamento sobre a movimentação horizontal da estrutura enterrada é improcedente. Façamos o entendimento da obra em duas direções, a longitudinal e a transversal. No sentido longitudinal as galerias possuem continuidade que pode ser considerada infinita para efeito matemático. Assim, a distribuição de esforços de frenagem e aceleração estão reagindo contra um corpo único, de massa muito maior do que a causa do esforço e que pode ser considerado indeslocável. No sentido transversal à pista de rolamento não faz sentido falar em aceleração e frenagem, mas mesmo assim vamos considerar o confinamento das galerias na lateral. Se for considerado o empuxo passivo gerado pelos aterros das laterais das galerias, bem como o seu respectivo coeficiente de reação (na ordem de 3000 t/m² para solos moles não compactados), e considerando ainda que a massa de terra na lateral é infinita também nesta direção, a tensão aplicada no terreno seria da ordem de 0,08 MPa, que não é suficiente para romper o limite elástico na interface;

[...]

Conforme esclarecimentos da DIREN, em conformidade com o item acima, não há necessidade de travamento lateral das fundações devido à presença de confinamento das estruturas enterradas nas duas direções, considerando a ordem de cargas horizontais aplicadas sobre a estrutura;

[...]

Da análise da irregularidade, a Área Técnica, por meio da Instrução Técnica Conclusiva 2145/2020-1, assim entendeu:

- Análise técnica

Analisando os questionamentos expostos na representação, observa-se que grande parte dos questionamentos levantados não acompanha embasamento comprobatório técnico, identificando-se respaldo técnico comprobatório somente o tema relacionado ao cobrimento da armadura, com referência à NBR 6118.

Ressalta-se que o questionamento considera a utilização de peças concretadas no local, que entende-se ser o considerado da tabela 7.2 NBR 6118, haja vista que, para as peças estruturais pré-fabricadas, o item 7.4.7.7, da supra NBR, recomenda a adoção dos valores de cobrimentos da NBR 9062.

Em seus esclarecimentos, o DER-ES, afirma que o projeto requer “controle tecnológico especificado do tipo rigoroso”, além disso, observar-se que os serviços citados pelo representante constam nas planilhas do edital como elementos pré-moldados, ou seja, a norma recomenda a adoção dos valores de cobrimentos da NBR 9062.

Posto isto, considerando que o questionamento se mostrou equivocado em suas premissas e que os esclarecimentos prestados pelo DER-ES se mostram justificados nos termos das NBR 6118 e NBR 9062, e ainda, que os outros questionamentos da representação não acompanham estudo técnico comprobatório que contrarie os estudos do projeto elaborado pelo DER-ES, entendo que não há constatação de irregularidade neste item.

e) Item da planilha orçamentária - Pó de pedra, fornecimento e espalhamento:

Em relação ao item em comento, a representante informa que composição de preço unitário nº 41556, não considerou a perda de material pelo critério de empolamento, o que não reflete o preço real para serviço em questão.

Nos esclarecimentos publicados pelo DER-ES (evento 98), foi informado que este serviço se trata apenas do espalhamento do material.

Considerando a explicação apresentada pelo DER-ES e a ITC 2145/2020, observa-se que, por tratar somente de serviço de fornecimento e espalhamento do pó de pedra, não se faz necessária a consideração de perda de material em razão de empolamento, haja vista não haver relação com escavação de material, que proporciona o aumento de volume do material escavado (empolamento) ou

compactação de material (contração). Assim, entendo pela não constatação de irregularidade neste item.

f) Item da planilha orçamentária - Fornecimento de tubo FOFO k7, para os diâmetros DN 500, DN600 e DN700:

Foi alegado pela representante que, em cotação de preços junto aos fornecedores observou-se que a cotação de mercado (Doe) está muito superior aos preços cotados pela Administração, o que não refletirá o equilíbrio do contrato administrativo.

Nos esclarecimentos publicados pelo DER-ES (evento 98), foi informado que estes custos foram obtidos no referencial de preços da CESAN. Sobre eles incide à parte o BDI de 15%.

Da análise da irregularidade, a Área Técnica, por meio da Instrução Técnica Conclusiva 2145/2020-1, assim entendeu:

- Análise técnica

Analisando a documentação presente nos autos, identifica-se que o representante em seus questionamentos juntou dois orçamentos de preços realizados para os materiais questionados no presente item (evento 98, fls. 42-44). Observa-se que o DER-ES utilizou como base de seu orçamento as composições da Cesan com os seguintes códigos: 2171600100 (Tubo FOFO DN 500), 2990000479 (Tubo FOFO DN 600) e 2171600120 (Tubo FOFO DN 700), que não demonstra qualquer irregularidade para orçamentação de serviços, sendo inclusive uma das tabelas referenciais adotadas nas fiscalizações desta Corte de Contas, conforme termos do art. 3º, II, "b", da Resolução TC 329/2019.

Ressalta-se que a equipe técnica não conseguiu verificar se o preço utilizado no edital em análise corresponde ao valor na tabela referencial da Cesan, haja vista que, ao tempo da análise, a tabela não se encontrava mais disponível no site da Cesan. Contudo, como a representação questiona que o valor adotado na licitação estaria abaixo do mercado, não fazendo menção a adoção de um valor diferente do constatado na tabela referencial da Cesan, entendo que não há constatação de irregularidade neste item.

g) Do prazo executivo da obra:

Com relação a este item, alegou a representante:

[...]

Da análise do instrumento convocatório, constatou-se que o prazo de execução da obra é de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias.

Ocorre que a empresa executora do contrato, para realização de determinadas etapas da obra, dependerá de aval da EDP Escelsa e CESAN.

Prova disso é que a empresa representante, atual executora da primeira etapa de obras da Avenida Leitão da Silva, vem, reiteradamente, sofrendo com os atrasos decorrentes de medidas a serem adotadas pela EDP Escelsa e Cesan, que impactaram, sobremaneira, no prazo de execução do contrato administrativo.

Logo, o prazo de execução da obra não pode ignorar a morosidade das demandas relativas à interdependência entre a executora do contrato e as concessionárias acima referidas.

O DER, ao responder o questionamento da empresa representante (Doe), simplesmente, desconsidero a realidade já vivenciada na primeira fase de execução da obra da Avenida Leitão da Silva, cuja representante é a executora, passando apenas a imputar a responsabilidade ao futuro contratado pela execução no prazo previsto, nesse particular.

Ou seja, já se sabe, de antemão, que o prazo previsto não será o que se verificará quando do início das atividades do contrato em voga.

[...]

Conforme descrito acima à coordenação para solicitar as demandas aqui previstas será de responsabilidade da Empresa Contratada, porém a efetiva disponibilidade de materiais, cronogramas de desligamentos, bem como a efetiva execução dos serviços previstos não serão de atuação direta da mesma, para aquelas etapas acima descritas.

Assim, deveria o DER fazer uma previsão do prazo de execução da obra ajustada ao tempo estimado para liberação das referidas etapas pela CESAN e EDP Escelsa, posto que independem da atuação da executora do contrato.

[...]

Nos esclarecimentos publicados pelo DER-ES (evento 98), foi informado que todos os esforços deveriam ser dispensados para realização da obra no prazo previsto. Os pontos mencionados objetivavam alertar acerca dos aspectos que poderiam intervir na programação da obra.

O Termo de Referência e Projeto reiteradamente estabeleceram ser de supra importância a interlocução com as concessionárias para o planejamento das atividades que deveriam estar expressas no Plano de Trabalho, que deveria ser elaborado conforme a IS N° 004-N de 09/07/2015 contemplando as atividades de

remanejamento, estabelecendo marcos para sua realização, buscando evitar o acréscimo no prazo contratual.

Da análise das justificativas e como bem observado na ITC 2145/2020-1, o prazo do contrato já considera a dependência e organização de serviços junto a terceiros, não se mostrando razoável o apontamento de irregularidade sem a demonstração de um estudo técnico que sirva para sua fundamentação. Assim, entendo que não há constatação de irregularidade neste item.

h) Participação de Consórcio entre Microempresa e empresa de pequeno porte-LC n.0 123/2006 e Decreto n.0 6. 451/2008:

Foi alegado pela representante no que tange à participação de microempresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP), como consorciadas, que o instrumento convocatório não poderia ter admitido a participação dessas empresas em consórcio. Pois a atuação das ME e EPP em licitações, como consorciadas, somente se daria nos casos em que as empresas consorciadas forem optantes pelo Simples Nacional, cujo faturamento anual não poderá ultrapassar o montante de R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Dessa forma, não poderia ser admitida a participação de consórcio formado por ME e EPP, se o valor da obra foi orçado em R\$ 62.253.596,75 (sessenta e dois milhões, duzentos e cinquenta e três mil, quinhentos e noventa e seis reais e setenta e cinco centavos), com prazo de 365 dias.

Nos esclarecimentos publicados pelo DER-ES (evento 98) encontram-se as explicações transcritas a seguir:

[...]

Não obstante o silêncio da legislação quanto o direito aos benefícios às pequenas empresas quando na formação do consórcio, já existem entendimentos da Corte da União quanto ao assunto solicitado no esclarecimento, de modo que, podemos interpretar da seguinte forma:

- Consórcio formado por ME ou EPP em conjunto com empresas que não faz jus ao regime diferenciado: Não terá direito aos benefícios da Lei 123/2006.
- Consórcio formado por ME e EPP cujo faturamento ultrapasse o limite previsto no inciso 11, artigo 3º da Lei 8666/93 (R\$ 3.600.000,00): Não terá direito aos benefícios da Lei 123/2006

• Consórcio formado por ME e EPP cujo faturamento não ultrapasse o limite previsto no inciso 11, artigo 3º da Lei 8666/93 (R\$ 3.600.000,00): Terá direito aos benefícios da Lei 123/2006.

2. É indevida, em avaliação inicial, a concessão do benefício estipulado no art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006 a consórcio de empresas cuja soma dos faturamentos anuais extrapole o limite previsto no art. 3º, inciso 11, dessa lei. Representação de empresa apontou supostas irregularidades na condução do Pregão Eletrônico 39/2012 pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, que tem por objeto a contratação de empresa para aquisição e entrega de equipamentos e softwares para compor os laboratórios tecnológicos, no âmbito do Programa Brasil Profissionalizado. Entre as ocorrências impugnadas pela autora da representação, destaque-se a concessão do benefício previsto no art. 44 da Lei Complementar 123/2006 a consórcio que participou do certame. Segundo disposto nesse artigo e em seus §§ 1º e 2º: "Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. § 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. § 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço." O relator, ao se debruçar sobre a questão, anotou que as empresas constituintes do consórcio beneficiado tiveram faturamento, em 2011, da ordem de R\$ 2,83 milhões e R\$ 1,28 milhões. O art. 3º, inciso 11, da citada lei, porém, define empresa de pequeno porte como sendo aquela que "aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00". Valeu-se, então, de manifestação da unidade técnica no sentido de que os consórcios não possuem personalidade jurídica. E de que, por isso, não podem ser classificados como empresas de pequeno porte. Ademais "o somatório dos faturamentos das empresas consorciadas extrapola o limite estabelecido na lei para enquadramento como empresa de pequeno porte e não existe dispositivo legal permitindo o tratamento diferenciado aos consórcios formados por empresas de pequeno porte". Em face desse panorama, o referido benefício só poderia ser conferido a entidades que "individualmente, nos termos do artigo 3º da referida norma, sejam classificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte". Acrescentou, porém, que, "Na hipótese de serem admitidos consórcios, a condição das empresas que os integram não deve ser aferida de forma individual, mas deve ser promovido o somatório, para fins de concessão desse benefício, dos faturamentos das empresas, devendo o benefício ser estendido apenas aos consórcios cujos faturamentos anuais encontrem-se dentro dos limites estipulados no mencionado normativo. Concluiu, em avaliação preliminar, que o benefício estendido ao consórcio não seria devido. O relator, então, também por esse motivo, suspendeu o andamento dos atos relacionados à condução do Grupo 3 do Pregão Eletrônico 39/2012 e promoveu a oiti.va do consórcio beneficiado e do FNDE. O Tribunal endossou essa providência. Comunicação de Cautelar, TC-042.18312012-0, rel. Min. José Jorge, 21.11.2012.

Da análise da irregularidade, a Área Técnica, por meio da Instrução Técnica Conclusiva 2145/2020-1, assim entendeu:

- Análise técnica

Analisando a alegação da representante, constata-se que seu entendimento (de que micro empresas - ME e empresas de pequeno porte - EPP não poderiam participar da licitação via formação de consórcio em razão de que, pelo valor do objeto, qualquer empresa perderia seu enquadramento durante a execução do

contrato) não deve prosperar, haja vista que no momento da licitação as empresas teriam os benefícios elencados nas Leis 123/06 e 8.666/93.

Pela previsão legal somente haveria o desenquadramento das empresas no ano ou mês subsequente do excesso ao limite dos incisos I e II do art. 3º, da Lei 123/06, vejamos:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

[...]

§ 7º Observado o disposto no § 2º deste artigo, no caso de início de atividades, a microempresa que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso I do caput deste artigo passa, no ano-calendário seguinte, à condição de empresa de pequeno porte.

§ 8º Observado o disposto no § 2º deste artigo, no caso de início de atividades, a empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, não ultrapassar o limite de receita bruta anual previsto no inciso I do caput deste artigo passa, no ano-calendário seguinte, à condição de microempresa.

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-A, 10 e 12.

§ 9º-A. Os efeitos da exclusão prevista no § 9º dar-se-ão no ano-calendário subsequente se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do limite referido no inciso II do *caput*.

Ressalta-se, ainda, que o consórcio simples, tratado no Decreto 6.451/2008, aludido pelo representante, fala em exclusão da consorciada do “simples nacional”, ou seja, trata de matéria tributária, situação distinta do tratamento diferenciado das ME/EPP tratado pela Lei 123/2006 e pela Lei 8.666/93.

Pois bem, pelo exposto acima e como bem observado pela área técnica, o DER-ES, ao prever a possibilidade de participação de ME/EPP em consórcio na licitação, estava cumprindo os mandamentos legais de tratamento diferenciado. Já o questionamento da representante trata de momento posterior, execução do contrato,

e as consequências fiscais advindas do maior faturamento, questionamento este que não se relaciona com o momento da licitação. Assim, entendo que não há constatação de irregularidade neste item.

Desse modo, pelos elementos constantes dos autos e das considerações acima delineadas, acompanho o entendimento da Área Técnica e do *Parquet* de Contas, nos termos da Instrução Técnica Conclusiva 2145/2020-1 e do Parecer nº 02629/2021-2, entendendo que a presente representação é improcedente por inexistir irregularidades.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Diante do exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que os eminentes Conselheiros aproveem a seguinte minuta de Acórdão que submeto à consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-829/2021:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. CONSIDERAR IMPROCEDENTE a presente representação, na forma do artigo 178, inciso I¹, da Resolução TC nº 261/2013 – RITCEES;

1.2. DAR CIÊNCIA aos interessados, bem como a representante, conforme mandamento do art. 307, § 7º da Resolução TC 261/2013 - RITCEES;

1.3. ARQUIVAR os presentes autos, na forma do art. 330, IV, da Resolução TC 261/2013.

¹ Art. 178. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida à Câmara ou ao Plenário, que decidirá:
I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 02/07/2021 - 29ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator).

4.2. Conselheiro substituto: João Luiz Cotta Lovatti (em substituição).

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO SUBSTITUTO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI

Em substituição

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões