



Acórdão 00858/2021-1 - 2ª Câmara

Processo: 03821/2018-9

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMPK - Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy

Relator: Domingos Augusto Taufner

Representante: ECOPAVI ENGENHARIA LTDA

Responsável: AMANDA QUINTA RANGEL, BRUNO ROBERTO DE CARVALHO GOMES, ELIZAURA BARCELOS MATIAS DA SILVA, EDILENE PAZ DOS SANTOS, SELMA HENRIQUES DE SOUZA

Procuradores: BRUNO ROBERTO DE CARVALHO GOMES (OAB: 16673-ES)

**CONTROLE EXTERNO - FISCALIZAÇÃO -
REPRESENTAÇÃO - CONSIDERAR
IMPROCEDENTE - NOTIFICAR - DETERMINAÇÃO -
EXTINGUIR O FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO
- ARQUIVAR.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação protocolada pela empresa Ecopavi Engenharia LTDA, que apontou indícios de irregularidade supostamente praticadas pela Unidade Gestora Prefeitura Municipal Presidente Kennedy – PMPK nos editais das Concorrências Públicas 6 e 10, ambas do ano de 2017.

Essas licitações foram instauradas à fim de contratar empresa que realizasse melhorias operacionais, bem como a pavimentação da rodovia municipal dos trechos 3 e 4 integrantes do lote II, localizados em Água Pretinha/Santa Lúcia, sendo o trecho 3 em Cancelas, com extensão de 7.400 km, e o trecho 4 na divisa com Atílio Vivácqua, com extensão de 4.700 km.

A empresa Representante argumentou que houve “fraude mediante conluio entre as licitantes”, e apontou as seguintes falhas nos editais:

- Ausência de exigência de atestados de capacidade técnico-operacional;
- Ausência de parâmetros para a aferição da exequibilidade dos preços; e
- Irregularidade na apresentação de documentos de qualificação econômico-financeira e da omissão na cláusula do edital e na análise da comissão de licitação.

Diante do alegado, requereu a anulação das Concorrências 06 e 10 de 2017 e que fosse determinado ao Município responsável, nos exatos termos:

(i) A INCLUSÃO DE EXIGÊNCIA DE ATESTADOS TÉCNICOOPERACIONAIS NOS EDITAIS DE LICITAÇÃO, relativamente às parcelas de maior relevância e valor significativo da licitação, e

(ii) A INSERÇÃO DE EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DA COMPOSIÇÃO UNITÁRIA DE PREÇOS POR PARTE DOS LICITANTES VENCEDORES.

(iii) A ALTERAÇÃO DA CLÁUSULA DE EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA, NOS MOLDES DA REDAÇÃO CONSTANTE NO ART. 31 DA LEI 8666/93, QUAL SEJA, A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE BALANÇO PATRIMONIAL E DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS NA FORMA DA LEI.

Por oportuno, cumpre efetuar um breve histórico do processo.

Após o protocolo da Representação, o Conselheiro Relator determinou o encaminhamento dos autos à Secex Engenharia para que esta procedesse com a análise dos requisitos de admissibilidade. O órgão se manifestou através da **Manifestação Técnica 1643/2019**, pugnando pelo conhecimento da representação, pelo encaminhamento do processo ao Plenário desta Corte para que este ponderasse acerca da proposta de apuração dos fatos narrados através de fiscalização no instrumento inspeção e pela remessa dos autos à unidade técnica competente para análise do mérito, caso aprovada a conversão em fiscalização no instrumento inspeção.

Em seguida, a mesma Secretaria confeccionou a Instrução Técnica Inicial - **ITI 00333/2019-5**, propondo a notificação dos responsáveis nos termos do art. 300, §1º do RITCEES para que apresentassem esclarecimentos quanto aos indicativos de irregularidade apontados pela Representante.

Devidamente notificados por meio da **Decisão SEGEX 00339/2019**, os Gestores expuseram suas contrarrazões, analisadas pelo NED - Núcleo de Controle Externo de Edificações, que, ao final da apuração, concluiu pelo seguinte:

Verifica-se, em análise aos autos a improcedência da Representação.

Entretanto, da análise contida no **item 4 acima**, verifica-se que a Administração vem tomando atitude temerária ao não exigir, quando cabível, a prestação de garantia adicional.

Porém, a apuração deste ponto específico não se mostra oportuna neste momento ante a inadequação deste instrumento, que se destina exclusivamente a apurar os fatos narrados na Representação.

Desta forma, estão **ausentes os requisitos para o prosseguimento processual**, estampados no artigo 177-A do RITCEES, notadamente em relação à oportunidade.

Art. 177-A. Atendidos os requisitos de admissibilidade e conhecida a denúncia pelo Relator, os autos serão remetidos à unidade técnica competente para avaliação do objeto de controle, segundo critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade, como condição para o processamento imediato de fiscalização ou, conforme o caso, para composição de matriz de risco. **(Artigo, parágrafos e incisos incluídos pela Emenda Regimental nº 011, de 19.12.2019).** [...]

§ 3º A unidade técnica competente se manifestará:

[...]

II – quando a avaliação indicar baixo risco, materialidade e relevância ou, ainda, quando a ação de controle não se mostrar oportuna, pela notificação

do órgão ou entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo controle interno, para a adoção de providências que entenderem cabíveis, sugerindo a extinção do feito sem resolução de mérito e seu posterior arquivamento, hipótese em que se dará ciência ao denunciante.

§ 4º Extinto o processo na forma do inciso II, os fatos denunciados serão inseridos em banco de dados gerido pela Secretaria Geral de Controle Externo, subsidiando a elaboração do plano anual de fiscalização.

Ante o exposto, propõe-se a **extinção do feito** sem resolução de mérito em relação ao **item 4 acima**.

A extinção proposta não impede a notificação do órgão ou entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo controle interno, para a adoção de providências que entenderem cabíveis e a inserção dos fatos narrados no item 4 acima em banco de dados gerido pela Secretaria Geral de Controle Externo a fim de subsidiar a elaboração do plano anual de fiscalização.

Por fim, o Corpo Técnico do Núcleo proferiu proposta de encaminhamento nos termos subsequentes:

Ante o exposto, encaminham-se os autos à consideração superior propondo:

- Em atenção ao disposto no inciso I do artigo 178 do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013, a **improcedência** da Representação;
- Em atenção ao disposto no inciso II do § 3º, artigo 177-A do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013, a **notificação do órgão ou entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo controle interno**, para a adoção de providências que entenderem cabíveis em relação ao item 4 acima;
- Em atenção ao disposto no § 4º do artigo 177-A do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013, a inserção dos fatos

narrados no **item 4 acima** em banco de dados gerido pela Secretaria Geral de Controle Externo a fim de subsidiar a elaboração do plano anual de fiscalização; e

- Em atenção ao disposto no inciso II do § 3º, artigo 177-A do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013, a **extinção do feito** sem resolução de mérito em relação ao item 4 acima.

Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas, em Parecer nº **02593/2021-8**, da lavra do Procurador de Contas, Dr. Heron Carlos de Oliveira, anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos delineados pela Área Técnica.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Cumprе esclarecer inicialmente que qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos, conforme disciplinam os artigos 100 e 101 da Lei Complementar Estadual 621/2012.

Acerca dos requisitos de admissibilidade da representação, a LC nº 621/2012, em seus artigos 94 c/c 99, §2º, estabelece:

Art. 94. São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

I - Ser redigida com clareza;

II - Conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;

III - estar acompanhada de indício de prova;

IV - Se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;

V - Se pessoa jurídica, prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

(...)

Art. 99.

(...)

§ 2º Aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia.

Da análise desse acervo documental encartado nos autos, vê-se que o representante demonstra interesse e legitimidade, nos termos do art. 99 da LC nº 621/2012, motivo pelo qual a representação se mostra cabível, devendo ser conhecida.

Para uma melhor compreensão do cenário que se apresenta, entendo ser interessante uma exposição resumida acerca das Concorrências Públicas 6 e 10, lançadas pela Prefeitura Municipal Presidente Kennedy – PMPK no ano de 2017. Vejamos:

Foi apresentada Representação em face da Prefeitura de Presidente Kennedy, em virtude do lançamento das Concorrências Públicas 6 e 10 de 2017, cujo objeto era a contratação de empresa que realizasse melhorias operacionais, bem como a pavimentação da rodovia municipal dos trechos 3 e 4 integrantes do lote II, localizados em Água Pretinha/Santa Lúcia, sendo o trecho 3 em Cancelas, com extensão de 7.400 km, e o trecho 4 na divisa com Atilio Vivácqua, com extensão de 4.700 km.

O Representante apontou as seguintes irregularidades, que ocorreram supostamente em razão de fraude mediante conluio entre as licitantes:

- a) Ausência de exigência de atestados de capacidade técnico-operacional;
- b) Ausência de parâmetros para a aferição da exequibilidade dos preços; e
- c) Irregularidade na apresentação de documentos de qualificação econômico-financeira e da omissão na cláusula do edital e na análise da comissão de licitação.

Após a devida notificação dos responsáveis para que apresentassem esclarecimentos quanto a estes indicativos, os Gestores expuseram suas contrarrazões, analisadas pelo NED - Núcleo de Controle Externo de Edificações, em Instrução Técnica Conclusiva **2441/2020**.

Ante a documentação conduzida aos autos, com as manifestações da Equipe Técnica e do Ministério Público Especial de Contas, torna-se necessário tecer algumas considerações concernentes aos indicativos de irregularidades apontados:

2.1 Alegação de ocorrência de fraude mediante conluio entre as licitantes (item 3.1 da ITC 2441/2020)

Neste tópico, o representante argumentou que houve fraude mediante conluio entre as licitantes THOR CONSTRUTORA EIRELI-ME e CONSTRUVISION E CONSTRUÇÕES LTDA-ME.

No que concerne à Concorrência Pública 10/2017, tendo a THOR CONSTRUTORA EIRELI-ME se consagrado vencedora ao final desta, apontou que diversas irregularidades aconteceram durante o procedimento e que deveria a licitação ter sido cancelada “*ao primeiro indício de ocorrência de fraudes e conluios entre os licitantes*”, conluio este supostamente comprovado pela apresentação de planilha orçamentária por parte da THOR CONSTRUTORA em papel timbrado da empresa CONSTRUVISION E CONSTRUÇÕES LTDA-ME, no âmbito da Concorrência Pública 6/2017. Além disso, aduziu o seguinte, pugnando pela anulação das licitações em comento em razão da conduta irregular que podem caracterizar violação à Lei Anticorrupção pelas referidas empresas:

E mais: observando-se a assinatura do responsável pela elaboração da planilha orçamentária, verifica-se:

- na CP 006/2017, a planilha orçamentária da Thor, em papel timbrado na Construvision, é assinada pelo engenheiro José Geraldo Ceccato.
- na CP 010/2017, a planilha orçamentária da Thor, apesar de ser apresentada corretamente no papel timbrado da Thor, é assinada pelo mesmo engenheiro que assina a proposta da Construvision na CP 006/2017, qual seja, o Sr. José Geraldo Ceccato.

Devidamente notificados para se manifestarem nos autos, os Responsáveis apresentaram contrarrazões informando que a empresa CONSTRUVISION REFORMA E CONSTRUÇÕES LTDA-ME não foi habilitada e a THOR CONSTRUTORA EIRELI-ME teve sua proposta considerada indevida, sendo desclassificada na Concorrência Pública 6/2017. Além disso, relatou que esta última sequer participou da Concorrência Pública 10/2017.

Após análise da defesa, a equipe técnica constatou serem verdadeiras as justificativas dos Responsáveis pelas licitações, entendendo que “*não restou configurado o conluio entre as supracitadas empresas apontado na Representação*”.

Nesse sentido, acompanhando o entendimento técnico e ministerial, entendo por afastar presente irregularidade.

2.2 Alegação de ausência de exigência de atestados de capacidade técnico-operacional (item 3.2 da ITC 2441/2020)

Neste tópico, o representante argumentou que não foram exigidos das empresas licitantes os atestados de capacidade técnico-operacional, o que contrariaria a jurisprudência deste TCEES e do Tribunal de Contas da União e caracterizaria a imprescindibilidade de exigência destes atestados, evitando “*a participação de empresas aventureiras*”.

Devidamente notificados para se manifestarem nos autos, os Responsáveis apresentaram contrarrazões expondo os questionamentos suscitados por este Tribunal quanto a legalidade da exigência dos atestados de capacidade técnico-operacional, documento que informa ter sido inicialmente exigido e que deixou de ser em razão do exposto e de modo a evitar eventual aplicação de multa à um dos defendentes. Além disso, abordou o seguinte:

[...] o art. 30 da Lei nº 8.666/93 dispõe que “A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a”, deste modo, os documentos contidos no referido artigo são os que a Administração PODE exigir, e não os que necessariamente DEVEM ser exigidos. Portanto, não se tratando de uma obrigação para o ente público.

Após análise da defesa, a equipe técnica trouxe aos autos entendimento desta Corte emitido no bojo da Consulta **20/2017**, com o mesmo sentido da Súmula 2263/2011¹ do TCU:

¹ Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

É possível a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional, desde que respeitada a letra do artigo 30, inciso II da Lei 8.666/93, que exige que essa comprovação seja compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e que o objeto licitado apresente grau de complexidade significativo, o que necessariamente será motivado pela Administração, já que a permissão de se exigir dito atestado em qualquer circunstância pode caracterizar indevida restrição à competitividade, destacando-se que o enquadramento do objeto como de complexidade significativa é competência da órgão licitante, em cada caso concreto, enquadramento esse sujeito à fiscalização por parte desta Corte de Contas, nos termos regimentais.

Ou seja, resta caracterizada a **possibilidade** da exigência do referido atestado, e não sua **obrigatoriedade**. Nestes termos foi o posicionamento da Área Técnica, que entendeu não assistir razão às alegações do Representante.

Nesse sentido, acompanhando o entendimento técnico e ministerial, entendo por afastar presente irregularidade.

2.3 Alegação de ausência de parâmetros para a aferição de exequibilidade dos preços (item 3.3 da ITC 2441/2020)

Neste tópico, o representante argumentou que não houve cláusula que exigisse “*apresentação de composição de preços das empresas vencedoras dos certames, o que impede a análise da exequibilidade de preços*”. Ainda, alegou o seguinte:

É sabido que a regra do art. 48 da Lei de Licitações muitas vezes não é capaz de detectar a exequibilidade real das propostas, visto que leva em consideração uma média das propostas de preços das empresas participantes do certame. Nesse caso, comprovadamente demonstrada a participação de empresas "coelho" em conluio com outras empresas que realmente pretendem sagrar-se vencedoras, a média dos preços das licitantes participantes fica comprometida para fins de aferição da exequibilidade da proposta de preços.

Sustentou que a partir do significativo desconto ofertado pela licitante vencedora, de cinquenta e três, vírgula quarenta e três por cento, era esperado que a Comissão de Licitação exigisse a apresentação unitária dos preços à fim de investigar a exequibilidade dos preços.

Devidamente notificados para se manifestarem nos autos, os Responsáveis apresentaram contrarrazões abordando que houve verificação de exequibilidade em ambas as Concorrências em comento, exibindo, para comprovar a informação, as tabelas anexadas às Atas de Julgamento das Propostas de Preços.

Após análise da defesa, a equipe técnica entendeu que não restou configurada a irregularidade apontada pelo Representante, uma vez comprovadas as alegações dos defendentes, haja vista o cálculo realizado pela Comissão Permanente de Licitação em ambas as Concorrências.

Nesse sentido, acompanhando o entendimento técnico e ministerial, entendo por afastar presente irregularidade.

3.4 Alegação de ocorrência de irregularidade na apresentação de documentos de qualificação econômico-financeira e da omissão na cláusula do edital e na análise da comissão de licitação (item 3.4 da ITC 2441/2020)

Neste tópico, o representante argumentou que a cláusula 10.7.2² do edital não observou a previsão do artigo 31 da Lei de Licitações:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I- balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios (...)

Em razão desse fato, em conjunto com a suposta abstenção da Comissão de Licitação em exigir as demonstrações contábeis, o que caracterizaria desobediência à lei que regula a apresentação do balanço e demonstrações contábeis das empresas (regulamentada pelo Conselho Federal de Contabilidade por força da letra "f" do artigo 6º do Decreto Lei 9.295/46 (redação acrescentada pelo artigo 76 da Lei nº 12.249/10), requereu a anulação das Concorrências em comento, bem

² 10.7.2. Balanço Patrimonial da proponente do exercício anterior, exigível, registrado no órgão competente, que para comprovação da idoneidade financeira, as proponentes devem alcançar os índices definidos a seguir, apurados a partir do balanço patrimonial: (...)

como que a Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy fosse compelida a determinar a entrega dessa documentação.

Devidamente notificados para se manifestarem nos autos, os Responsáveis apresentaram contrarrazões apontando que a Lei 8.666/93 elenca documentos que **podem** ser exigidos e, diante disso, não são obrigatórios. Ante o exposto, requereu que fossem julgadas improcedentes as alegações do representante.

Após análise da defesa, a equipe técnica entendeu que não restou configurada a irregularidade apontada pelo Representante ou qualquer risco de adimplemento contratual, haja vista que o edital expôs outras formas de comprovar a qualificação econômico-financeira que garantisse a execução contratual:

10.7.3 Prova de possuir capital social ou patrimônio líquido, registrados, não inferior a 10% do valor orçado apresentado pelo Município de Presidente Kennedy/ES.

16.4 DA GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO

16.4.1 A empresa vencedora do certame fornecerá a importância de 5% (cinco por cento) do valor da proposta vencedora, como garantia do fiel cumprimento de todas as obrigações contratuais, devendo optar por uma das modalidades previstas no art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, acompanhando o entendimento técnico e ministerial, entendo por afastar presente irregularidade.

3.5 Demais considerações (item 4 da ITC 2441/2020)

Por fim, a Equipe Técnica reafirmou a insustentabilidade das alegações do Representante, pontuou a ocorrência de rescisão do contrato advindo da Concorrência 6/2017 e a execução daquele decorrente da Concorrência 10/2017. Sobre o último, apontou que neste constam aditivos que somam 25,72% e que foi dobrado o prazo contratual.

Diante disso, ao relatar que *“em licitações com descontos expressivos, que aproximam perigosamente as propostas do limite da inexecuibilidade é de extrema importância que a Administração exija a garantia adicional daquelas propostas inferiores ao limite estabelecido por lei”* e que *“em ambas as licitações analisadas o valor das propostas ensejaria a exigência de garantia adicional”*, lembrou que a Administração não as exigiu. Destacou ainda que *“as licitações no Município de Presidente Kennedy estão alcançando descontos expressivos”*, o que pode contribuir para a falha dessas licitações.

Contudo, afirmou que não é oportuna e adequada a investigação dessa questão neste instrumento, e, ausentes os requisitos para o prosseguimento processual, sugeriu a extinção do feito sem resolução de mérito no que se refere à este achado.

Nesse sentido, acompanhando o entendimento técnico e ministerial, entendo por afastar presente irregularidade.

Ante todo o exposto, acompanhando o opinamento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

1. ACÓRDÃO TC-858/2021:

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. CONHECER a presente Representação, nos termos dos artigos 94 da LC 621/2012, 182 e 177 do RITCEES;

1.2. EXTINGUIR SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO o feito quanto ao item 3.5 deste voto;

1.3. Considerar **IMPROCEDENTE** a presente Representação, nos termos do artigo 178, I, do RITCEES;

1.4. NOTIFICAR a Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy para a adoção de providências que entenderem cabíveis de modo a regularizar o exposto no item 3.5 deste voto;

1.5. Dar **ciência** aos interessados;

1.6. Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 09/07/2021 - 31ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões