



Decisão 02698/2021-3 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 03017/2021-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: PMV - Prefeitura Municipal de Vitória, SEGES - Secretaria Municipal de Gestão, Planejamento e Comunicação de Vitória

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: SPEED SERV - COMERCIO, PRESTACAO DE SERVICOS E LIMPEZA EIRELI

Responsável: REGIS MATTOS TEIXEIRA, PATRICIA DO ROSARIO CONTADINI

Procuradores: GABRIEL DI GIORGIO BUENO (OAB: 21562-ES), MARCELO DE AVILA CAIAFFA (OAB: 17852-ES)

CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO, PLANEJAMENTO E COMUNICAÇÃO DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA/ES – REGISTRO DE PREÇOS Nº 2021-082/SEME – REJEITAR PRELIMINAR – INDEFERIR MEDIDA CAUTELAR – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO – RITO ORDINÁRIO – NOTIFICAR – CIÊNCIA.

1. Em razão da natureza da medida cautelar, suas características e consequências, há necessidade de se demonstrar o cumprimento de dois requisitos fundamentais para a sua concessão, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

2. Os requisitos para a concessão de cautelar são cumulativos, ou seja, a falta de um deles já desautoriza a concessão da medida pleiteada.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:**I. RELATÓRIO**

Tratam os autos de **Representação com pedido cautelar**, formulada pela empresa **SPEED SERV – COMÉRCIO, PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E LIMPEZA EIRELI**, narrando possíveis irregularidades no certame de **Registro de Preços nº 2021-082 - SEME**, realizado pela **Secretaria Municipal de Gestão, Planejando e Comunicação do Município de Vitória/ES - SEGES**, cujo o objeto é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de portaria com supervisor.

Em apertada síntese, questiona a requerente a inexecutabilidade da proposta apresentada pela empresa vencedora do certame, bem como, a prática de *dumping* pela mesma, acostando ainda aos autos documentação comprobatória do Mandado de Segurança impetrado e tombado sob o nº 5011701-64.2021.8.08.0024 em trâmite perante a 2ª Vara da Fazenda Pública do Juízo de Vitória/ES.

Por fim, requer desta Corte de Contas a suspensão do certame até que se faça a devida apuração.

Por meio da **Decisão Monocrática 00565/2021-2** (peça 33), posterguei a análise da cautelar pretendida e determinei a **notificação** do Secretário Municipal de Gestão e Planejamento do Município de Vitória, Sr. **Regis Mattos Teixeira** e da Pregoeira, Sra. **Patricia do Rosario Contadini**, para que se manifestassem sobre as irregularidades apontadas.

Notificados, os responsáveis apresentaram a Defesa/Justificativa 00821/2021 (peça 40) e Resposta de Comunicação 807/2021 (peça 41), requerendo que seja declarada a ilegitimidade passiva dos mesmos, o indeferimento da cautelar e o arquivamento do feito.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao **Núcleo de Controle Externo e Outras Fiscalizações – NOF**, onde foi elaborada a **Manifestação Técnica Cautelar 0080/2021-3** (peça 44), com a seguinte proposta de encaminhamento, *verbis*:

Ante o exposto, submetemos à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1 – Nos termos do art. 376 do RITCEES, seja **indeferida a medida cautelar**, tendo em vista a ausência de seus pressupostos para a sua concessão;

3.2 – Que **não seja acolhida a ilegitimidade passiva** dos Srs. Regis Mattos Teixeira – Sec. Mun. de Gestão, Planejamento e Comunicação e Patrícia do Rosário Contadini– Pregoeira;

3.3 – Sejam notificados os responsáveis, para que apresente as justificativas e esclarecimentos necessários em face da representação, bem como, carregue aos autos cópia integral do processo administrativo, onde se materializou os atos do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 82/2021, nos termos do art. 63, III da Lei 621/12 c/c 358, III da Res. 261/13;

3.4 – Determinar que os presentes autos tramitem sob o **rito ordinário**, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES.

3.5 - Seja dada ciência ao representante do teor da decisão a ser proferida, conforme mandamento do art. 307 § 7º, da Resolução TC 261/2013.

II. FUNDAMENTOS

II.1 DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Cumpra mencionar que a representação foi conhecida, conforme disposto na **Decisão Monocrática 00565/2021-2**.

II.2 DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA

Verifica-se da análise dos autos que os senhores Regis Mattos Teixeira e Patrícia do Rosário Contadini suscitaram preliminar de ilegitimidade passiva, alegando que a gestão do Município é realizada de forma desconcentrada, conforme disposto na Lei Municipal nº 5.983/2003. Portanto, é responsabilidade de cada secretário a observância aos dispositivos legais, pelas contratações vinculadas ao setor, bem como pela observância da legalidade dos procedimentos, a teor do que dispõem os seus artigos 3º e 7º, a qual reproduzo a seguir:

Art.3º. Fica estabelecida a desconcentração administrativa do Poder Executivo Municipal de Vitória, com atribuição de competência às Unidades Orçamentárias para produção de atos e distribuição de decisões e execuções administrativas.

§1º. As ações de produzir atos, distribuir decisões e execuções administrativas, induzem às de autorizar despesas, assinar contratos, acordos, convênios e outros instrumentos congêneres, emitir e assinar empenho, promover a liquidação das despesas, emitir e assinar ordem de pagamento e autorizar suprimento, observado as normas pertinentes à matéria.

Art. 7º - Todos os Chefes de Unidades Orçamentárias serão responsáveis pelo controle interno que alude o artigo 99 da Lei Orgânica do Município de Vitória, nas suas respectivas áreas de atuação, no que pertine ao emprego de recursos públicos, guarda, proteção e conservação dos bens à sua disposição, bem como dos atos estabelecidos no § 1º do Artigo 3º desta Lei.

Ainda, segundo os responsáveis, o procedimento administrativo foi deflagrado pela Secretaria Municipal de Educação, devendo o secretário da pasta ser o responsável pelas justificativas e informações a serem apresentadas a esta Corte de Contas.

Alegam também, que a utilização da modalidade licitatória na modalidade de Pregão possui regulamento próprio no âmbito do Município de Vitória, qual seja, o Decreto nº 17.959/2019 e, que em seus artigos 16 e 17, respectivamente, prescreve as atribuições do **Ordenador de Despesas dos Órgãos da Administração Municipal Direta** e do **Pregoeiro Municipal**. Vejamos:

Art. 16. Compete aos Ordenadores de Despesas dos Órgãos da Administração Municipal Direta, no tocante aos processos de aquisições e contratações:

I - aprovar o termo de referência, confeccionado por sua equipe técnica, que deverá conter os elementos mínimos a subsidiar a elaboração do instrumento convocatório, nos termos deste regulamento, e autorizar a realização do procedimento licitatório;

II - designar o fiscal/gestor do contrato, que será responsável, no âmbito da respectiva Unidade Gestora, pelo acompanhamento e verificação da execução do objeto a ser licitado;

III - designar equipe de sua secretaria para realização de vistoria, definição e análise de documentação técnica ou amostras, conforme o caso, bem como os servidores responsáveis por analisar e responder eventuais questionamentos e impugnações aos termos do edital e recursos administrativos, desde que de cunho técnico;

IV - indicar a dotação orçamentária, exceto em caso de licitação para Registro de Preços; e,

V - apresentar garantia de reserva orçamentária para os processos a serem executados no mesmo exercício financeiro e indicação orçamentária ou previsão de recursos nos processos a serem executados no exercício financeiro seguinte. (grifamos)

Art. 17. São atribuições dos Presidentes das Comissões/Pregoeiros:

I - coordenar o processo licitatório;

II - promover as medidas necessárias ao procedimento e julgamento das licitações, zelando pela observância dos princípios constitucionais atinentes à Administração Pública, das normas gerais da legislação federal específica, da ordem dos trabalhos e daqueles que forem estipulados no ato convocatório;

III - conduzir os trabalhos dos Membros da Comissão/Equipe de Apoio;

IV - convocar as reuniões da comissão, com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas, indicando a matéria a ser apreciada;

V - presidir as reuniões da Comissão e sessões públicas;

VI - elaborar as minutas de editais ou designar membro da comissão/Equipe de Apoio para tanto;

VII - encaminhar para publicação na imprensa, os avisos de editais, bem como todas as matérias de interesse da Comissão, em atendimento à legislação vigente;

VIII - receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado, se necessário, pelas Unidades Requisitantes e pelos setores técnicos e jurídicos competentes;

IX - credenciar ou não os licitantes;

X - garantir a harmonia durante a sessão pública;

XI - promover as reuniões para recebimento e julgamento da documentação de habilitação e propostas de preços, na forma estabelecida pelo Edital;

XII - acompanhar e julgar a proposta de preço mais vantajosa, verificando sua conformidade com os requisitos estabelecidos no edital;

XIII - verificar e julgar as condições de habilitação;

XIV - indicar o vencedor do certame;

XV - auxiliar a Autoridade Competente no julgamento de eventuais recursos;

XVI - adjudicar o objeto, quando não houver interposição de recurso, quando couber;

XVII encaminhar o processo, devidamente instruído, à Autoridade competente para homologação;

XVIII - encaminhar e receber expedientes dos órgãos envolvidos nos trabalhos da Comissão;

XIX - solicitar a substituição de componentes da Comissão, quando necessário;

XX - promover as medidas necessárias ao perfeito funcionamento da Comissão;

XXI - promover o saneamento do processo administrativo;

XXII - elaborar, mensalmente e sempre que solicitado, relatórios dos serviços realizados pela Comissão; e,

XXIII - abrir processo administrativo e o encaminhar, com vistas à apuração de eventuais irregularidades aplicação das respectivas sanções previstas em edital.

Quanto as alegações expostas acima, **certifica** a área técnica que os questionamentos efetuados pela empresa representante, se refere aos ocorridos na **fase externa** da licitação, conduzidos pela Secretária de Gestão e Planejamento – SEGES, não havendo nenhum questionamento feito na **fase interna** do certame, de responsabilidade da Secretaria de Educação, como aspectos referentes ao Termo de Referência, coleta de preços, etc.

Certifica ainda o corpo técnico, que todos os questionamentos e impugnações referentes ao certame em comento, foram respondidos por servidores lotados na SEGES, não tendo nenhuma participação de servidores lotados na Secretaria de Educação, visto que, os questionamentos efetuados, foram decorrentes da condução do processo licitatório e não provenientes de atos praticados por servidores ligados a pasta da Educação.

Nesse aspecto, entende a equipe técnica que não são pertinentes as ponderações realizadas pelos responsáveis, sugerindo o não acatamento da preliminar suscitada.

Nesse diapasão, **acompanho** o entendimento técnico, entendendo pela **rejeição** da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada.

II.3 DOS PRESSUPOSTOS PARA CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR

A tutela cautelar demanda a presença conjunta de dois pressupostos, quais sejam: o ***fumus boni iuris e o periculum in mora***.

São pressupostos genéricos e essenciais para a concessão de qualquer espécie de medida cautelar: **a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações, aliado ao receito de dano irreparável ou de difícil reparação**, conforme disposto no artigo 376 do RITCEES.

O **Núcleo de Controle Externo e Outras Fiscalizações – NOF**, por meio da **Manifestação Técnica Cautelar 0080/2021-3**, opinou pelo **indeferimento** da medida cautelar, **em razão da ausência de seus requisitos**.

Transcrevo em seguida, **excertos** da Manifestação supramencionada, onde destaco os pontos relevantes, **em negrito**, para tomar como razão de decidir:

Com base nessas informações, passa-se à análise dos pontos questionados pelos representantes que requereram provimento liminar no sentido de suspender a tramitação do processo licitatório na modalidade pregão eletrônico para Registro de Preços, tombado sob o nº 82/2021, da Prefeitura Municipal de Vitória.

3.2 Art. 376, inciso I, do RITCEES - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio – “fumus boni iuris”

3.2.1 Valor cobrado sobre a rubrica uniformes e EPIs (equipamentos de proteção individual), provocando prática de valores inexecuáveis, competitividade desleal e dumping; Despesas com transporte a valor inferior ao custo com a tarifa do transporte coletivo; Não demonstração de que possui frota particular ou contrato com empresa de transporte particular, e a que custo disporia do mesmo.

Alega o representante na inicial, que a empresa vencedora do certame apresentou preços inexecuáveis e realizou a prática de dumping no certame licitatório em comento e juntou cópia do mandado de segurança impetrado junto ao Poder Judiciário, a fim de se socorrer, contra as supostas ilegalidades praticadas pelo município de Vitória.

Temos a esclarecer que **o critério adotado pela municipalidade menor preço global por lote, e o preço orçado pela Administração Municipal foi de R\$ 24.108.742,80** (vinte e quatro milhões, cento e oito mil setecentos e quarenta e dois reais e oitenta centavos).

Após a fase de lances, assim ficou o ranking das cinco melhores propostas apresentadas pelas licitantes:

Classificação	Empresa	Valor apresentado R\$	Percentual de desconto%
1	Orbenk Administração Serviços Ltda	17.714.988,48	-
2	LBS Terceirização de Mão de Obra Eireli	17.972.300,69	1,45
3	Colina Soluções e Serviços Ltda	17.980.000,00	1,50
4	Servilimp Serviços de Manutenção e Limpeza de Vitória Ltda.	18.000.000,00	1,61

5	Speed Serv Comércio e Prestação de Serviços Eireli	18.324.002,88	3,44
---	--	---------------	------

Assim, **constamos que houve uma disputa acirrada entre os licitantes, sendo que a empresa representante apresentou a proposta de R\$ 18.324.002,88** (dezoito milhões, trezentos e vinte e quatro mil, dois reais e oitenta e oito centavos) **ficando com a 5ª colocação, sendo que a 1ª colocada teve lance vencedor no valor de R\$ 17.714.988,48** (dezessete milhões, setecentos e catorze mil, novecentos e oitenta e oito reais e quarenta e oito centavos), **num percentual 3,44 % inferior ao praticado pela empresa representante.**

Do exposto, verifica-se de plano, que a proposta da empresa vencedora da licitação não é inexequível, dada a pequena diferença percentual entre os preços ofertados entre as cinco primeiras colocadas.

Desta forma, não se configura a prática de concorrência desleal e a prática de dumping como afirma o representante na peça vestibular.

Vale informar, que Acórdão nº 325/2007 – Plenário TCU, assim dispôs:

“ não há vedação legal à atuação, por parte de empresas contratadas pela Administração Pública Federal, sem margem de lucro ou com margem de lucro mínima , pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, a inexecução da proposta”

Quanto a suposta inexequibilidade da proposta vencedora alegada pela representante, a mesma não encontra respaldo na legislação aplicável ao caso, senão vejamos o que dispõe o art. 48, II, §1º “a” e “b” c/c art. 44 § 3º da Lei 8.666/93, a saber:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração.

Identificamos ainda que o **valor apresentado pela empresa vencedora do certame, ficou com um percentual de 26,52% dos preços orçados pela administração municipal, demonstrando a exequibilidade e vantajosidade da contratação a ser efetuada.**

Quanto ao quesito de inexequibilidade assim se manifestou o Tribunal de Contas da União:

“desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados” (Acórdãos 2.528/2012 e 1.092/13 ambos do Plenário)

Quanto aos questionamentos efetuados pelo representante, quanto aos preços irrisórios apostos na planilha quanto aos uniformes e transporte coletivo, ausência dos custos quanto a obrigação de assistência odontológica prevista na Convenção Coletiva de Trabalho, percentuais de PIS e CONFINS inferiores ao exigido na Legislação tributária e a não inclusão dos 11 feriados nacionais previstos na CCT, foram objetos de recurso feita pela representante e diligências por parte da Administração Municipal.

No que diz respeito, aos valores irrisórios estampados na planilha de preços pela empresa vencedora, no quesito uniformes e EPI's, a empresa alega que se trata de custos variáveis, e tem em seu estoque os uniformes e como já atua no espírito santo, possui meios de transporte próprios, retirando a responsabilidade da administração quanto a este item, pois é de sua responsabilidade a locomoção dos seus colaboradores, podendo inclusive se utilizar no normativo legal da renúncia, conforme dispõe o art. 44 §3ª da lei 8.66/93:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

...

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele **renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.** (grifamos)
(ev. 29 fls. 01 a 12)

Quanto aos percentuais reduzidos do PIS e CONFINS apostos na planilha e questionados pela representante, a empresa alega que pode se utilizar de créditos tributários a fim de se abater os valores devidos a serem recolhidos, se utilizando do amparo legal das Leis 10.833/2003 e 10.637/2002.

No que diz respeito aos 11 feriados nacionais previstos na Convenção Coletiva de Trabalho a empresa Orbenk afirma que tais custos já estão previstos na proposta apresentada, e no caso da Administração entender pela obrigação da assistência odontológica previstos na Convenção Coletiva de Trabalho a empresa possui margem de lucro suficiente para cobrir com o custo. (Ev. 11 fls. 04 a 22).

Assim, durante a execução contratual, a Administração tem o Poder-Dever de realizar a fiscalização do contrato, e observar **o cumprimento da Convenção Coletiva de Trabalho**, devendo ser implementada uma criteriosa, sistemática e rotineira acompanhamento da execução contratual por parte do gestor e fiscais do contrato, a fim de se verificar a regularidade na prestação dos serviços por parte da contratada e o cumprimento de todas as suas obrigações.

Quanto ao alegado pela representante que a Administração não enfrentou as alegações apresentadas em fase de recurso pela empresa, se utilizando de fundamentação genérica, o mesmo não merece prosperar, considerando que foi devidamente embasada na legislação aplicável ao caso. (ev. 10 Fls. 13 a 30, ev. 11 fls. 01 a 3)

Vale ressaltar, que foi interposto **Mandado de Segurança sob o nº 5011701-64.2021.8.08.0024** pela Representante, que foi julgado pelo juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Municipal, Registros Públicos, Meio Ambiente e Saúde, onde **a argumentação utilizada pelo impetrante foi a mesma utilizada nesta Representação**, e em sede da análise jurisdicional, a magistrada em substancial sentença **INDEFERIU** o pedido, por não vislumbrar a presença de seus requisitos.

3.3 Art. 376, inciso II, do RITCEES - risco de ineficácia da decisão de mérito – Periculum in Mora.

O segundo requisito necessário para a concessão da medida cautelar pleiteada é o citado *periculum in mora*, que está previsto no Regimento Interno desta Corte no art. 376, inciso II, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito.

Da soma desses requisitos extrai-se que não basta haver o fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio. É fundamental também a presença do elemento temporal, ao passo que se analisa se esse fundado receio possa vir a se concretizar caso a prestação jurisdicional buscada não seja entregue a tempo.

Demais disso, **por se tratar de objeto necessário à continuidade da prestação de serviços essenciais à população, tem-se que a eventual concessão de medida cautelar no sentido de suspender o fornecimento de serviços para o funcionamento da rede escolar do município, poderia trazer prejuízos incomensuráveis à sociedade local, de maneira que se materializa, neste caso, o periculum in mora reverso.**

Por todo o exposto, sugere-se a **não concessão da medida cautelar pleiteada.**

Por todo exposto, **não havendo a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações** (fumus boni iuris), assim como a presença do ***periculum in mora reverso***, indefiro o pedido cautelar e determino a

conversão dos autos em **rito ordinário**, a fim de que os indícios de irregularidades sejam devidamente apurados nestes autos.

III. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Pelo exposto, **acompanhando** o entendimento da Área Técnica, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Decisão que submeto à sua consideração:

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-2698/2021-3

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os senhores Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. INDEFERIR CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR, em razão da ausência de seus pressupostos para sua concessão, nos termos do art. 376 do RITCEES;

1.2. REJEITAR a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelos responsáveis;

1.3. NOTIFICAR os responsáveis para que apresentem justificativas e esclarecimentos necessários em face da representação, bem como, encaminhem a esta Corte de Contas cópia integral do processo administrativo, onde se materializou os atos do Pregão Eletrônico para Registros de Preços 82/2021, nos termos do art. 63, III da Lei 621/12 c/c 358, III da Res. 261/13;

1.4. SUBMETER os presentes autos ao rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes no art. 306 do RITCEES;

1.5. CIENTIFICAR a Representante do teor da decisão, conforme comando previsto no art. 307, § 7º do RITCEES.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 09/09/2021 - 47ª Sessão Ordinária do Plenário

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador-Geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente