



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Conferência em www.tcees.tc.br
Identificador: CEDF4-BA443-BB442



Acórdão 00162/2023-4 - 2ª Câmara

Processo: 03233/2022-3

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

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

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: GIULIANO BALSINI MEROLLI

Responsável: Identidade preservada, Identidade preservada, Identidade preservada

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – DEPARTAMENTO DE EDIFICAÇÕES E
DE RODOVIAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO –
IMPROCEDENTE – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

O RELATOR EXMO. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1 RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação com pedido cautelar, formulada pelo Sr. Giuliano Balsini Merolli, em face de procedimento licitatório na modalidade RDC Eletrônico nº 015/2022, realizado pelo Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo – DER/ES, cujo objeto é a contratação integrada para construção do complexo de saúde do norte do Espírito Santo.

Nos termos da peça exordial, alega o Representante, em síntese, a existência de supostas irregularidades encontradas no instrumento convocatório, bem como conduta irregular da Comissão Permanente de Licitação.

Neste sentido, manifesta-se sobre as possíveis irregularidades nos seguintes tópicos: 1. Irregularidade – Prejuízo no prazo de acolhimento das propostas; 2. Irregularidade: Exigência de atestado acompanhado da CAT para comprovação de qualificação técnica operacional; 3. Irregularidade: Exigência de balanço patrimonial do ano de 2021, mesmo para aqueles sujeitos ao SPED e 4. Irregularidade: Descumprimento do §4º, art. 15 da Lei nº 12.462/11.

Diante das supostas irregularidades apontadas na peça inaugural, o Representante pugnou pelo deferimento da medida cautelar, requerendo, ao final, nos seguintes termos:

DO REQUERIMENTO

Isto posto, requer-se a atuação desta egrégia Corte de Contas para garantir a legalidade do processo licitatório, impondo o saneamento das irregularidades, em especial a republicação do instrumento convocatório, nos termos da Lei nº 12.462/11.

Chegando ao meu conhecimento a Representação, conheci da presente representação e determinei a notificação prévia do Sr. Fabrício Guimarães do Prado (Presidente da Comissão Permanente de Licitações RDC / DER-ES), do Sr. Fábio Ney Damasceno (Secretário de Estado de Mobilidade e Infraestrutura) e do Sr. Luiz Cesar Maretta Coura (Diretor Presidente DIPRE - DER – GOVES), para que, no prazo de 5 (cinco) dias improrrogáveis, nos termos do art. 125, §3º, da LC 621/2012, se pronunciassem sobre as irregularidades apontadas, tudo conforme [Decisão Monocrática 00476/2022-6](#).

No dia 5 de maio de 2022, o Representante protocolizou a [Petição Intercorrente 00337/2022-3](#), informando sobre a realização da sessão pública de abertura do certame.

Devidamente notificados, os Responsáveis apresentaram suas contrarrazões através da peça [Defesa/Justificativa 00645/2022-6](#) e peças complementares (peças 23 a 55).

Através do [Despacho 21360/2022-6](#), admiti a Representação e encaminhei os autos à SEGEX para prosseguimento, para análise quanto aos requisitos para a concessão, ou não, da medida cautelar pretendida.

Encaminhados os autos ao NED - Núcleo de Controle Externo de Edificações, sobreveio a Manifestação Técnica de Cautelar 88-2022-8, nos seguintes termos:

Ausentes os pressupostos da cautelar, encaminham-se os autos à consideração superior propondo:

Em virtude ao não atendimento dos pressupostos do artigo 376 do Regimento Interno desta Corte o **indeferimento da medida cautelar pretendida**;

Em atenção ao artigo 307, §3º, a **notificação à autoridade competente, para que se pronuncie**, no prazo de 10 dias;

Em atenção ao parágrafo 7º do artigo 307 do Regimento Interno desta Corte a **ciência do Representante**;

A remessa dos autos à unidade técnica competente para análise do mérito em **rito ordinário**.

Acompanhando o entendimento da referida manifestação, foi expedida a Decisão TC-2008/2022-2, conhecendo da representação, indeferindo o pedido de concessão de medida cautelar e submetendo a tramitação do feito ao rito ordinário, determinando a remessa dos autos à Unidade Técnica para continuidade da instrução e a notificação do Diretor Presidente do DER-ES para pronunciar-se no prazo de 10 (dez) dias, bem como cientificar o representante da Decisão proferida.

Ao após, os autos foram novamente encaminhados ao NED - Núcleo de Controle Externo de Edificações, momento em que fora elaborada a Instrução Técnica Conclusiva 4087/2022.

Ato contínuo, o Ministério Público Especial de Contas manifestou-se por meio do Parecer Ministerial 00426/2023, anuindo parcialmente à proposta contida na Instrução Técnica Conclusiva 4087/2022.

Ao fim, o caderno processual retornou a este Relator para voto.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Como sobredito, tratam os autos de Representação com pedido cautelar, formulada pelo Sr. Giuliano Balsini Merolli, em face de procedimento licitatório na modalidade RDC Eletrônico nº 015/2022, realizado pelo Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo – DER/ES, cujo objeto é a contratação integrada para construção do complexo de saúde do norte do Espírito Santo.

Em sede de análise do item 3.1 Prejuízo no prazo de acolhimento das propostas, a equipe técnica opinou pela improcedência do item, nos seguintes termos:

Alega o representante que a sessão de abertura da licitação estava marcada para ocorrer no dia 04/05/2022 e o respectivo processo não se encontrava no sistema eletrônico do Banco do Brasil até o dia 02/05/2022, apesar do suposto prazo de acolhimento de propostas ter-se iniciado em 11/04/2022. Tal fato teria prejudicado a elaboração das propostas.

Em suas alegações, o DER-ES confirma a dificuldade na disponibilização dos documentos relacionados a licitação no Sistema Licitações-e “explicado pelas tratativas estabelecidas junto ao Banco do Brasil, provedor do referido Sistema, para atualização dos dados cadastrais da Comissão Permanente de Licitação designada pela Instrução de Serviço n.º 037/2022, publicada no DOES em 23 de março de 2022, e para regularização de pendências contratuais, ao que se adiciona a instabilidade de acesso ao programa durante o período”.

Apesar das referidas dificuldades, informa o DER-ES que toda a documentação encontrava-se disponível no endereço eletrônico www.der.es.gov.br/licitacoes-2, a partir do dia 8 de abril de 2022, local este indicado no aviso de licitação publicado no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo e no jornal Metro, conforme consta em reprodução do aviso de publicação trazido na fl. 6 da peça Defesa/justificativa 645/2022-6.

Diante do exposto, não se vislumbra óbice a elaboração de proposta em face de alegada ausência de disponibilização de documentos, haja vista que os documentos se encontravam

disponíveis no site do DER-ES e tal informação constava no aviso de licitação publicado.

Em conclusão, opina-se pela improcedência deste item.

O Ministério Público, por sua vez, sinaliza óbices *impostos pelo jurisdicionado sempre que apontada a necessidade de reabertura de prazos, anuindo parcialmente à [089 - Instrução Técnica Conclusiva 04087/2022-1](#), divergindo da proposta de encaminhamento, para propor aos responsáveis que, nos próximos editais de licitação, efetue reabertura de prazos para republicação de edital e apresentação de propostas quando identificadas inconsistências, inconformidades ou exigências que necessitem de correções e/ou modificações, objetivando a obtenção da melhor proposta visando o interesse público (item 2 do Parecer Ministerial).*

Embora coadune com a assertiva acima, na percepção de, havendo alterações significativas no edital ser imprescindível nova publicação e reabertura de prazos, a narrativa não se amolda ao caso analisado. Explico.

Do cotejo dos autos, denota-se que, havia possibilidade de a licitante *tomar ciência de toda documentação do edital no endereço eletrônico www.der.es.gov.br/licitacoes-2, a partir do dia 8 de abril de 2022, local este indicado no aviso de licitação publicado no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo e no jornal Metro, conforme consta em reprodução do aviso de publicação trazido na fl. 6 da peça Defesa/justificativa 645/2022-6*, de sorte que, a licitante não foi diligente em seu mister, infundada portanto, a alegada ausência de tempo hábil para apresentar satisfatoriamente sua proposta.

Apenas para reafirmar meu posicionamento, importa registrar que, muito embora valiosas as digressões do membro do Parquet de Contas, cabe ao gestor, e espera-se desse que, dentro dos fatos a ele apresentados, no caso dos autos a indisponibilidade do sistema Licitações-e, tome a melhor decisão para resguardar o interesse público. Não estou aqui afastando, de maneira algumas, as obrigações institucionais dessa Corte de Contas, mas apenas reassegurando que, não passa despercebido a este julgador as dificuldades enfrentadas pelo gestor e sua equipe de licitação na condução de certames, como o aqui analisado, de grande vulto e importância para o Estado.

À vista das considerações acima propostas, em razão de perfilhar do mesmo entendimento da área técnica acima delineado, e divergindo do i. *Parquet* de Contas¹, afasto a presente irregularidade.

Em seguida, quanto a análise do item 3.2 Exigência de atestado acompanhado da CAT para comprovação de qualificação, entendeu no seguinte sentido:

Alega o representante que o edital exigiu, de forma ilegal e conflitante com a jurisprudência do TCU, que os atestados de obras executadas em consórcio, para comprovação da capacidade técnica, somente seriam válidos se acompanhados das CAT's (Certidões de Acervo Técnico), emitidas pelos CREA (Conselhos Regionais de Engenharia e Agronomia) e contivessem as discriminações de serviços e quantidades efetivamente prestados por cada empresa consorciada.

Em suas alegações o DER-ES apresenta os argumentos expedidos ainda no âmbito de impugnação ao edital em relação aos referidos itens, conforme reproduz-se a seguir:

27. Conforme reconhecido pelo próprio Denunciante, não restam dúvidas de que a redação do subitem 13.3.1.2 encontra-se em compasso com o art. 55 da Resolução CONFEA n.º 1.025/2009, o qual estabelece que “é vedada a emissão de CAT em nome de pessoa jurídica”. O subitem 13.3.7 do Edital, que figura em posição posterior na ordenação dos quesitos de qualificação técnica (está-se a referir à sequência numérica e não ao grau de importância de cada qual), previu, por sua vez, que “No caso de atestado de consórcio, só serão aceitos e analisados atestados acompanhados das respectivas CAT's, emitidos em nome das empresas consorciadas e que citem especificamente o percentual de participação, bem como os serviços e respectivas quantidades executadas por cada empresa consorciada”, exigência que se coaduna perfeitamente com a redação da regra anterior.

¹ Divergindo em relação à expedir determinações, por não ter no caso concreto, implicação na lisura do certame.

28. Lidas em conjunto, como requer, aliás, o método de interpretação lógico-sistemático tão próprio dos diplomas legais e documentos jurídicos, as disposições informam que, defronte à hipótese de utilização de atestados de capacidade técnica emitidos em nome de consórcio, far-se-á necessário a entrega das certidões de acervo técnico (estas registradas, por sua vez, em nome das pessoas físicas que responderam pelos serviços atestados). Ao reverso do que afirmou o Denunciante, o texto editalício não previu que as CAT's fossem expedidas em nome das empresas consorciadas, já que notória e sabida essa impossibilidade; ele apenas acrescentou um elemento para melhor auxiliar os avaliadores quando do exame sobre a efetiva prestação de serviço por licitante que o teria executado na condição de empresa consorciada.

29. Bem por isso é que a CPL-RDC, ao se manifestar sobre a matéria, evidenciou que os atestados que comprovam a realização de atividades exigidas enquanto quesitos de qualificação técnica, mesmo na situação de terem sido emitidos em nome de consórcio, poderiam ser aqueles “[...] fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado (art. 30, § 1.º, da Lei Federal n.º 8.666/1993)”¹⁰, em nada alterando, portanto, o ato convocatório³⁰. No que tange ao detalhamento de informações como o percentual de participação, os serviços contratados e as quantidades executadas por cada empresa consorciada, também não se vislumbra, como já havia anotado a CPL-RDC, qualquer desvirtuamento das normas legais. A requisição se reveste, em verdade, de razoabilidade, uma vez que carece a Administração de tais informações para avaliar se os serviços efetivamente prestados pelas licitantes, quando na condição de executoras consorciadas, se coadunam com aqueles exigidos pelo edital para efeito de comprovação da capacidade técnica (tanto qualitativa como quantitativamente). A omissão ou a exclusão de regra dessa natureza, que preza

pela escorreita avaliação dos documentos, abriria, equivocadamente, a possibilidade de que a totalidade de serviços atestados em nome de empresas consorciadas servisse à qualificação daquela que, embora integrasse o consórcio, sequer tenha participado da atividade que se pretende comprovar.

31. Nessa linha, importante que se obrigue a discriminação de dados referentes ao percentual de participação de cada consorciada e os respectivos serviços realizados, de maneira a fazer, por óbvio, que os atestados de capacitação se prestem a demonstrar as parcelas que foram efetivamente executadas pelas empresas licitantes. Dessa forma, requer-se o indeferimento das medidas corretivas pleiteadas pelo Denunciante.

Em relação a exigência de apresentar os atestados de serviços executados, acompanhado dos **percentuais de participação da empresa**, quando referentes a serviços prestados anteriormente por meio de consórcio, entende-se assistir razão ao DER-ES em suas alegações, haja vista que tal fato tem o condão de garantir que os serviços que estão sendo objeto de exigência de comprovação tenham sido, de fato, realizados pela empresa participante da licitação.

Nesse sentido reproduz-se trecho do Acórdão TCU 2993/2009 – Plenário, citado pelo representante:

Conclusão:

...

46. Com relação à outra questão, em que houve consideração, pela Comissão de Licitação, do acervo integral dos atestados técnicos emitidos em favor de empresas que executaram obras em regime de consórcio, independentemente do percentual de participação da empresa no consórcio, o entendimento dessa Secretaria concordou com a posição do Sinicon, ou seja, **entende-se que é adequado os atestados de consórcio serem aceitos de acordo com a proporcionalidade da**

participação efetiva de cada consorciado na execução daquela obra, e não pela totalidade dos serviços atestados.

...

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pelo Sindicato Nacional da Construção Pesada - Sinicon, acerca de supostas irregularidades apontadas nos Editais de Concorrência nºs 115/2005, 122/2005 e 155/2005, do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

...

9.2.1.2. adstrinja o reconhecimento dos atestados de execução de serviços de engenharia relativos a consórcio ao percentual de participação financeira e à parcela de serviços executada atribuíveis única e exclusivamente à empresa dele integrante; Entretanto, a exigência, também estabelecida no texto, de especificação dos serviços e respectivas quantidades executadas por cada empresa consorciada, sobressai aos limites da razoabilidade. Na prática, tal exigência restringe sobremaneira a apresentação de atestados oriundos de serviços realizados em consórcio.

Isto porque não se vislumbra viável a apropriação dos serviços realizados por cada uma das empresas, em uma obra contratada por meio de consórcio, que possibilitasse, aos contratantes, ao final da obra, emitir um atestado indicando, para cada um dos itens de serviços realizados, qual foi a empresa consorciada responsável pela sua execução. Via de regra, após a constituição dos consórcios, a exceção de alguns serviços especializados de fácil dissociação dos demais, não seria viável, nem mesmo lógico, ao contratante, acompanhar e identificar quais trabalhadores ou serviços são realizados por esta ou aquela consorciada.

Identificando o DER-ES a necessidade de impor, no caso de consórcios, tal ônus aos licitantes (o de apresentar os atestados com descrição de serviços e quantidades individualizados por empresa), deveria ele próprio, o DER-ES, fornecer para cada uma de suas obras executadas por meio de consórcios atestados que atendessem a esses critérios. Frise-se que, na prática, a obtenção de tal atestado “detalhado”, sequer está ao alcance do licitante, haja vista que dependerá do seu fornecimento pela contratante da obra ou serviço realizado anteriormente.

Diante disso, a realidade impõe como forma razoável de viabilizar a limitação de uso de atestado pelas empresas consorciadas ao seu percentual de participação, não possibilitando a exigência de **demonstração de serviços e respectivas quantidades executadas por cada empresa consorciada**.

Em relação a irregularidade na exigência das respectivas CAT's acompanhando os atestados, apesar das argumentações trazidas pelo DER-ES (“para melhor auxiliar os avaliadores quando do exame sobre a efetiva prestação de serviço por licitante que o teria executado na condição de empresa consorciada”), assiste razão ao representante, no mínimo, quanto à possibilidade de o texto ter sido melhor redigido, a fim de evitar a interpretação de indevida exigência de CAT em nome da empresa, o que reconhece o próprio DER-ES como de notória e sabida impossibilidade.

Entretanto, observando-se que a impossibilidade de exigência de CAT, nos termos representados, já foi objeto de esclarecimento em resposta a pedido de impugnação ao edital apresentada a CPL, entende-se afastado esse ponto.

Em conclusão, opina-se pela procedência parcial deste item da representação, mantendo-se a irregularidade referente a exigência de especificação dos serviços e respectivas quantidades executadas por cada empresa, no caso de

atestado de consórcio, prevista no item 13.3.7 do edital, configurando infração ao art. 14 da Lei Federal 12.462/2011 c/c art. 30 da Lei Federal 8.666/1993.

Há de se ressaltar que a análise consubstanciada nos autos não conclui pela existência de dolo ou erro grosseiro nas decisões tomadas no bojo da licitação ora analisada. Nesse sentido, a proposta de encaminhamento ora apresentada não tem por objetivo a responsabilização dos agentes responsáveis do DER-ER, mas tão somente propor determinação para que o DER-ES se abstenha de incluir tal exigência nos próximos editais de licitação

Pois bem.

Da Instrução Técnica Conclusiva nº. 4087/2022 é possível antever aos relatos da inadequação do item 13.3.1.2 que, *das argumentações trazidas pelo DER-ES (“para melhor auxiliar os avaliadores quando do exame sobre a efetiva prestação de serviço por licitante que o teria executado na condição de empresa consorciada”), assiste razão ao representante, no mínimo, quanto à possibilidade de o texto ter sido mais bem redigido, a fim de evitar a interpretação de indevida exigência de CAT em nome da empresa, o que reconhece o próprio DER-ES como de notória e sabida impossibilidade.*

De fato, a redação conferida ao item reclamado expressa equivocada ideia de exigência de CAT em nome da empresa, no entanto, folheando os autos, evidenciou-se que a exigência foi objeto de esclarecimento em resposta a pedido de impugnação ao edital apresentada a CPL, entende-se, por isso, afastado esse ponto.

Diante do exposto, não restou delineado, portanto, a presença de dolo na conduta analisada, nem mesmo prejuízo na condução do certame pela falha na redação do item 13.3.1.2.

Lado outro, não perfilho do mesmo entendimento sedimentado pela área técnica em sua Instrução Técnica Conclusiva nº. 4087/2022 pela procedência parcial do item 3.2 da representação, mantendo-se a irregularidade referente a exigência de especificação dos serviços e respectivas quantidades executadas por cada empresa, no caso de atestado de consórcio, prevista no item 13.3.7 do edital,

configurando infração ao art. 14 da Lei Federal 12.462/2011 c/c art. 30 da Lei Federal 8.666/1993.

Oportunamente, apresento, também, minha divergência a determinação 1² do Parecer Ministerial 426/2023, posicionando-se tal como a área técnica, pelos fatos e fundamentos abaixo expostos.

A redação objurgada está presente nas minutas padronizadas pela Procuradoria Geral do Estado, conforme sítio eletrônico, em acesso pela aba minutas padronizadas: RDC – CONTRATAÇÃO INTEGRADA – JULGAMENTO MENOR PREÇO / MAIOR DESCONTO - AMPLA PARTICIPAÇÃO (Lei Complementar nº 123, de 2006). No Estado, salvo engano, apenas o Departamento de Estradas de Rodagem (DER-ES) tem realizado licitações na modalidade RDC.

Transcrevo a redação:

13.3. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

[...]

13.3.7. No caso de atestado de consórcio, só serão aceitos e analisados atestados, acompanhados das respectivas CAT's, emitidos em nome das empresas consorciadas e que cite especificamente o percentual de participação, bem como os serviços e respectivas quantidades executadas por cada empresa consorciada.

A finalidade da comprovação da qualificação técnica é gerar para a Administração segurança necessária de ter o licitante executado com sucesso objeto similar ao pretendido, antevendo ter condições para novamente concretizá-lo. Essa presunção se forma com base na experiência obtida pelo licitante com o exercício dessas atividades pretéritas.

² O Ministério Público de Contas, por meio da 3.^a Procuradoria de Contas, à luz do exposto, **anui parcialmente à [089 - Instrução Técnica Conclusiva 04087/2022-1](#)**, divergindo da proposta de encaminhamento, para propor o seguinte:

1. Determinar ao DER-ES, na pessoa do seu Diretor Presidente, Dr. Luiz César Maretta Coura, nos termos do art. 202² c/c 206, § 1º e 2º² do Regimento Interno deste TCE/ES, que, nos próximos editais de licitação, abstenha-se de estabelecer, como requisito de qualificação técnica, a exigência de atestados de capacidade técnica com a especificação dos serviços e respectivas quantidades executadas por cada empresa, no caso de consórcio;

[...]

Em se tratando de consórcio, entende-se que uma empresa não pode ser qualificada tecnicamente utilizando-se de atestados que comprovem atividades de outra empresa, isto porque, cada empresa que compõe o consórcio possui sua personalidade jurídica, demandando do setor licitante (ou órgão padronizador de minutas) a definição prévia dos critérios objetivos para fins de verificação da qualificação técnica das empresas que eventualmente venham constituir consórcios para participar da presente licitação.

Seja como for, a PGE vem adotando o referido texto *ipsis litteris* às determinações do Tribunal de Contas da União, como exemplo cito o Acórdão 867/2015 – PLENÁRIO, tendo por interessado o DER:

ACÓRDÃO Nº 867/2015 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 006.948/2014-6.

[...]

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de relatório de auditoria realizado no Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo, com o objetivo de verificar a regularidade da licitação conduzida pelo órgão estadual, com recursos federais provenientes do Termo de Compromisso n. 891/2013-00 (proc. nº 50617.008752/2013-71), firmado entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT e o estado do Espírito Santo.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. dar ciência ao Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo, com base no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, para que sejam adotadas medidas com vistas à prevenção de futuras impropriedades, quanto:

9.1.1. à ilegalidade do procedimento disciplinado no item 1.3 da versão original do ato convocatório do RDC Presencial n. 001/2013 (obrigatoriedade de retirada do edital nas

dependências do ente licitante à vista de requerimento assinado), à medida em que permite o conhecimento prévio dos potenciais interessados, criando um cenário não salutar à real competitividade, o que afronta o art. 3ª, caput e inc. I do §1º, da Lei 8.666/1993;

9.1.2. à necessidade de aceitar os documentos apresentados a título de habilitação somente quando existir a indicação, nos atestados de capacidade técnica emitidos em nome de empresas consorciadas, do percentual de participação, bem como dos serviços e respectivas quantidades executadas por cada empresa consorciada, em consonância com o entendimento deste Tribunal, consubstanciado nos Acórdãos 2.299/2007, 2.036/2008, 2.255/2008, 2.993/2009, 2.572/2010, 3.131/2011 e 2.898/2012-TCU-Plenário; (g.n.)

9.1.3. à necessidade de observância do comando contido no art. 15, § 1º, I, da Lei 12.462/2011, em se tratando de licitação processada pelo Regime Diferenciado de Contratação - RDC, veiculando obrigatoriamente o respectivo aviso no Diário Oficial da União;

9.1.4. à não conformidade com o texto legal (art. 30, § 1º, I, da Lei 8.666/1993) e com o entendimento sumulado nesta Corte (Enunciado - TCU 263/2011), proveniente da indicação, para fins de habilitação técnica, de itens de serviço que não atendem, cumulativamente, os requisitos da relevância técnica e da significância econômica, como se sucedeu na redação original conferida ao item 5.1, 'e.4.1', do Edital do RDC Presencial n. 001/2013;

9.2. determinar o encerramento do processo e o arquivamento dos autos.

Do arrazoado acima, constata-se recomendação do TCU ao DER em adotar medidas com vistas à prevenção de futuras impropriedades, quanto à necessidade de aceitar os documentos apresentados a título de habilitação **somente quando**

existir a indicação, nos atestados de capacidade técnica emitidos em nome de empresas consorciadas, do percentual de participação, bem como dos serviços e respectivas quantidades executadas por cada empresa consorciada, em consonância com o entendimento deste Tribunal, consubstanciado nos Acórdãos 2.299/2007, 2.036/2008, 2.255/2008, 2.993/2009, 2.572/2010, 3.131/2011 e 2.898/2012-TCU-Plenário;

Assim sendo, divergindo da área técnica e do Ministério Público de Contas, afasto o presente indicativo de irregularidade.

Prosseguindo-se, extrai-se da análise do item 3.3 Exigência de balanço patrimonial do ano de 2021, mesmo para aqueles sujeitos ao SPED, que a equipe técnica também entendeu pelo afastamento da presente irregularidade, opinando no seguinte sentido:

Alega o representante que é equivocada a exigência de apresentação de balanço patrimonial referente ao ano calendário de 2021, tomando por base que a licitação ocorrerá em 04/05/2022 (e, portanto, em data posterior a 01/05, que seria o prazo estabelecido no art. 1078, inciso I do Código Civil).

Argumenta que, nos mesmos termos do entendimento do TCU, o referido dispositivo legal determina “tão somente, que dentro dos quatro primeiros meses seja deliberado sobre o balanço patrimonial e o resultado econômico”, em nenhum momento estabelecendo prazo para que estes documentos sejam protocolados na Junta Comercial.

Em suas alegações o DER-ES apresenta os argumentos expedidos ainda no âmbito de impugnação ao edital em relação aos referidos itens, conforme reproduz-se a seguir:

34. Na medida em que ora são ratificados os fundamentos da Decisão de Impugnação n.º 001, relevante acréscimo também se faz: é da compreensão desta Autarquia que a exegese dos instrumentos de convocação, instruções de serviço e quaisquer outros atos normativos exarados pela Administração Pública deva ser realizada em conformidade com a legislação. Embora desejável que referidos documentos sejam atualizados à

proporção que positivados os novos textos normativos e regulamentares, nem sempre a realidade das repartições públicas, por vezes caracterizada pelo desequilíbrio entre a alta demanda de serviço e a insuficiência de recursos humanos, permite que providências dessa natureza sejam tomadas.

35. Não significa isto, no entanto, que as previsões legais mais recentes e não reproduzidas em outros documentos perderiam sua eficácia e deixariam de obrigar sua observância pelos órgãos administrativos e terceiros que com ele se relacionem. Do lado diametralmente oposto, por força do princípio da legalidade, é sabido que cabe à Administração agir em estrita atenção aos permissivos legais, fazendo ou deixando de realizar aquilo que a legislação expressamente determinar. Daí que, em situações que revelem desatualizações de exigências cuja forma de atendimento é prescrita por lei, como aqui constatada, basta que seja conferido tratamento conforme a norma jurídica e suas regulamentações.

36. Seguindo essa perspectiva, não encontra respaldo o anseio manifesto pelo Denunciante, ainda na qualidade de Impugnante, de ver reconhecida irregularidade no subitem 13.4.1.4. Em atenção ao que objetivamente anotou a CPL-RDC, “a interpretação do subitem 13.4.1.4 deve guardar consonância com a regra geral insculpida no item 13.4.111 do Edital. Esta última, por reproduzir os termos do artigo 30 [leia-se 31], inciso I12, da Lei Federal n.º 8.666/1993 (aplicável ao caso em decorrência do artigo 1413 da Lei Federal n.º 12.462/2011), é categórica ao afirmar que é a lei, no sentido amplo, o critério de definição daquilo que se tem por exigível em matéria de escrituração contábil, o que significa dizer que devem Administração e potenciais licitantes observar a normatização empregada no ordenamento jurídico pátrio para efeito de comprovação da qualificação econômico-financeira no presente certame”.

37. De mais a mais, quadra sublinhar que a exigência em

questão não consubstancia, por si só, irregularidade. Inobstante o assunto ainda não esteja pacificado na Corte de Contas da União, julgamento proferido pelo Órgão Pleno do Tribunal, sob a forma do Acórdão n.º 119/2016 (citado no subitem 13.4.1.4 do Edital), é elucidativo quanto à possibilidade de compatibilização entre o art. 1.07814 do Código Civil e o art. 5.º da então vigente Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (RFB) n.º 1.420/201315. Segundo a tese formulada, há que se render as devidas homenagens à interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, de modo que os dois dispositivos sirvam à complementação do art. 31, inc. I, da Lei n.º 8.666/1993.

[...]

39. No caso dos autos, apercebeu-se a CPL-RDC do equívoco inserto na resposta ao primeiro pedido de esclarecimentos, tendo, em momento oportuno, explicitado interpretação conforme edital (peças #222, #223, #261 e #266 do Processo DER n.º 2021-D85LS). Sobreleva-se a conclusão de que despropositada se mostra a petição de denúncia também em relação a este particular, motivo este a suscitar o indeferimento da denúncia e do pleito de cautelar.

Em resumo, em suas alegações o DER-ES admite a controvérsia na exigência prevista no edital. Entretanto, tal confissão, já foi objeto de esclarecimento em resposta a pedido de impugnação ao edital apresentada a CPL, **motivo pelo qual entende-se por afastar esse item**. Em relação ao ponto, permaneceria apenas a discussão quanto a necessidade de republicação e reabertura dos prazos para apresentação de proposta que é objeto de análise no item 3.4.4 a seguir.

Sem a necessidade de maiores esclarecimentos, tenho que, razão assiste a equipe técnica, de modo que, nos mesmos termos da proposta contida através da Instrução Técnica Conclusiva 4087/2022, afasto a presente irregularidade.

Por fim, quanto a irregularidade constante do item 3.5 Descumprimento do §4º, art. 15 da Lei nº 12.462/11, a equipe técnica desta Corte propôs o afastamento da presente anomalia, manifestando-se nos seguintes termos:

Alega o representante que impetrou, em relação a irregularidade referente a exigência de atestado (assim como outro licitante em relação a irregularidade relacionada ao balanço patrimonial) impugnação contra exigências nos itens do edital no dia 26/04/2022, tendo obtido resposta após as 20h00 do dia 03/05/2022, véspera da licitação, não se observando a necessidade de reabertura dos prazos, imposta pelo pela Lei nº 12.462/11, nos termos do art. 15, §4º.

Quanto ao referido item, o DER-ES apresenta as seguintes alegações:

41. Conforme defendeu, ao decidir nos termos em que rememorados alhures (v. tópicos II.2 e II.3), a CPL-RDC alterou as regras do Edital de Licitação RDC n.º 015/2022, razão pela qual obrigada estaria a observar o intervalo inicialmente estabelecido entre a data de disponibilização do instrumento de convocação e a de realização da sessão de abertura, de sorte a fazer a divulgação das modificações no mesmo prazo do ato original. Considerando que os interessados tiveram acesso ao edital em 08 de abril de 2022 e que a sessão foi realizada em 04 de maio de 2022, tem-se que o período a que alude o Denunciante equivale a 15 (quinze) dias úteis. Enganosa, entretanto, é a tese por ele sustentada.

42. A razão é uma só: as informações consignadas na Decisão de Impugnação n.º 001 não refletiram alterações realizadas no regramento do certame. Ao revés, houveram por bem esclarecer as circunstâncias de interpretação do edital, explicitando a exegese que encontra amparo no ordenamento jurídico vigente. Em outros dizeres, o que fez a Comissão foi evidenciar que os fundamentos esposados pelo então Impugnante para derrubar alguns dispositivos do edital eram

insubsistentes, haja vista que a interpretação sistêmica e razoável de seus termos revelou encontrarem-se em estado de compatibilidade com a legislação de regência. Em uma palavra, a decisão não trouxe novidades, tampouco inovações substanciais que impactassem a formulação de propostas; apenas dilucidou a correta leitura dos subitens atacados – entendimento que, vale dizer, era passível de assimilação desde a data em que divulgado o edital. 43. Justamente em atenção a isto é que a Autoridade Competente, ao apreciar manifestação da CPL-RDC pretendendo o adiamento da sessão pública em decorrência do tempo demandado pela equipe técnica da SESA para fornecer subsídios relativos a pedidos de esclarecimentos e o risco das análises serem encaminhadas intempestivamente (veja-se que o fundamento é distinto daquele utilizado pelo Denunciante), determinou que fosse mantida a data de abertura da sessão pública, conforme anexos.

44. Anote-se, ainda, que referida decisão foi publicada no sítio eletrônico do DER-ES em 03 de maio de 2022 e enviada diretamente ao Impugnante, por meio de correio eletrônico, às 12h20min do dia 04 de maio de 2022 (peça #265 do Processo DER n.º 2021-D85LS), mantendo-se, também em função desses aspectos formais, em alinhamento com as disposições do ato convocatório. Nesse sentido, cite-se o subitem 1.3.1, de cuja leitura se retira que “apresentada a impugnação, a mesma [sic] será respondida à interessada, dando-se ciência aos demais adquirentes do edital, antes da abertura da sessão, no site www.der.es.gov.br” (grifos acrescentados). Patente, portanto, que não houve qualquer ilicitude na elaboração e divulgação da peça de manifestação da CPL-RDC.

45. Por derradeiro, levando-se em conta a petição posteriormente juntada aos autos desta Denúncia pelo Requerente (evento #19 - Petição Intercorrente 00337/20223), há que se reforçar que não se firma a alegação de que a

realização da sessão pública ao tempo e horário definidos no edital restringiram a competitividade do certame. Primeiro, porque, como já se salientou, os esclarecimentos prestados pela CPL-RDC não provocaram alterações no texto do edital; segundo, porque houve efetiva competição entre os proponentes, tendo a disputa de lances levado à arrematação do objeto com a proposta de desconto final de 12,18% (doze inteiros e dezoito centésimos percentuais), isto é, de valor total de R\$ 263.230.442,48 (duzentos e sessenta e três milhões, duzentos e trinta mil, quatrocentos e quarenta e dois reais e quarenta e oito centavos), o que equivale a um desconto de R\$ 36.508.162,04 (trinta e seis milhões, quinhentos e oito mil, cento e sessenta e dois reais e quatro centavos).

46. Veja-se, com efeito, que o número de propostas registradas para a licitação (duas, ao todo), além de não se prestar à conferência da concreta e bem-sucedida competição, também não é meio hábil para aferir o nível de participação no certame. Isto porque, ainda que analisada isoladamente, a oferta do licitante vencedor – o promitente Consórcio Construtor São Mateus – decorre, em verdade, do envolvimento direto de três pessoas jurídicas, quais sejam, R&R ENGENHARIA LTDA (empresa apontada para exercer a liderança), DACT ENGENHARIA LTDA. e COESA CONSTRUÇÃO & MONTAGENS S.A. – em Recuperação Judicial, pelo que não se pode dizer que apenas duas empresas se comprometeram com o procedimento de licitação em questão.

47. Este é um adendo de suma importância para se apurar, com mais segurança, o desempenho das licitações realizadas, no âmbito do DER-ES, com fulcro na Lei Federal n.º 12.462/2011 (especialmente para o regime de execução integrada). Não é demais dizer que outros fatores também devem ser sopesados para que o nível de participação possa ser aferido de forma adequada. A título de exemplo, menciona-

se a complexidade do objeto licitado; a existência, no mercado, de maior ou menor número de empresas qualificadas técnica e economicamente para a execução das atividades; e a assunção superior de riscos/responsabilidades pelo terceiro em matéria de contratação integrada. A depender do grau de variação dos aspectos da licitação (se mais complexo, com mercado limitado e maiores riscos para o futuro contratado), o aparecimento de poucos interessados torna-se compreensível e explicável. O que em hipótese alguma se escusaria é a ínfima participação em expediente relacionado a serviço de engenharia de baixa complexidade, acerca do qual múltiplas empresas detêm expertise técnica, e licitado fora do regime jurídico de contratação integrada.

48. Em se tratando do RDC Eletrônico n.º 015/2022, notório é que a elaboração de projetos básico e executivo de arquitetura e engenharia, aprovações legais, obtenção de licenças, obras de construção, montagem e comissionamento dos sistemas do Complexo de Saúde do Norte do Espírito Santo, se filia a uma gama de empreendimentos de natureza complexa e difícil (sobretudo em decorrência dos aspectos médico hospitalares), cuja realização, dados os elementos técnicos que contempla, exige a atuação de empresa(s) especializada(s) e/ou experiente(s) no ramo (e dispostas a se submeter ao regime de contratação integrada).

49. De mais a mais, verifica-se a condução regular do certame também pela inexistência, ao tempo de realização da sessão pública eletrônica (até o presente momento), de qualquer decisão – administrativa ou judicial – determinando a paralisação do procedimento. Agiu, por conseguinte, a Comissão embasada nos princípios da legalidade e da vinculação aos termos editalícios, nada havendo a desabonar o resultado alcançado pelos trabalhos que restaram em ata registrados (peças #274 a #278 do Processo DER n.º 2021-D85LS).

Em resumo, alega o DER-ES que as respostas aos quesitos impugnados, também objetos da presente representação, não trataram de alterar o regramento do certame ou de forma que pudessem impactar na elaboração das propostas, mas meramente esclarecer as dúvidas trazidas pelos licitantes.

Afirma que houve competição no certame, o que se demonstra pela proposta de desconto final de 12,18% sobre o valor orçado, o que equivale a um desconto de R\$ 36.508.162,04. Em relação a eventual restrição a competição, aduz que não houve participação de apenas duas empresas, pois foram apresentadas propostas por meio de consórcio, que na verdade, envolvem até três empresas, além de tratar-se de objeto de grande complexidade técnica e licitação por meio de contratação integrada, o que contribuiu para a formação de um menor número de propostas.

De forma geral, percebe-se que os órgãos licitantes demonstram sempre repulsa aos pedidos de prorrogação de prazo de elaboração de propostas pelos interessados, o que não se mostra diferente no presente caso. O “não” vem quase sempre como uma resposta automática a tais pedidos.

A “justificativa” quase sempre envolve a necessidade de realização do empreendimento de forma a dispor determinado serviço a sociedade de forma célere. Como se, de fato, fosse verdade que eventual adiamento de alguns dias no prazo para apresentação de propostas de alguma forma compromettesse a realização de uma obra, cuja previsão de prazo de execução inicial é de 2 (dois), 3 (três) anos, e que ainda passará, quase que invariavelmente, como se mostra a realidade, por aditivo ou (diversos) aditivos de prazo, que tornarão insignificante uma pequena dilação de prazo para apresentação de propostas. Destaque-se que os prazos inicialmente estabelecidos raramente vêm acompanhados por justificativas técnicas que o fundamentem, constituindo-se, muitas vezes, em prazos estabelecidos de forma expedita ou para atender interesses

políticos, o que justificaria, em parte, o fato de as obras públicas, com raríssimas exceções, não se concluírem nos prazos inicialmente contratados. De encontro a tal aspecto, tem-se que uma inexpressiva prorrogação na conclusão da licitação poderia possibilitar a obtenção de outras propostas pela administração, eventualmente até uma mais vantajosa.

Feitas tais considerações, o caso concreto objeto da presente representação, apresenta uma peculiaridade interessante: apesar do edital ter sido publicado no dia 8 de abril, o licitante apresentou sua impugnação apenas no dia 24 de abril. Portanto, decorreram-se 16 (dezesesseis) dias até que fossem apresentadas pelo licitante as questões trazidas no boje desta representação. A resposta ao pedido de impugnação (que contemplou estes e outros pontos também questionados pelas empresas licitantes) foi divulgada no dia 3 de maio. Portanto, decorridos 9 (nove) dias dos questionamentos apresentados.

Ou seja, a simples observação quanto ao indício de irregularidade no edital (oriundo de mera leitura do texto) pelo representante comprometeu maior período do prazo de elaboração de proposta do que a preparação de resposta fundamentada aos questionamentos pelo DER-ES.

Além disso, não se vislumbra que os esclarecimentos prestados pelo DER-ES, em relação aos indícios de irregularidades representados, inviabilizaram a apresentação da proposta pela empresa representante, impondo uma reformulação dos documentos, planilhas etc. Em conclusão, opina-se pela improcedência deste item.

Advertindo desde já que passam a fazer parte integrante deste Voto as razões de fato e de direito acima delineadas, sem a necessidade de maiores elocubrações, acompanho o entendimento da equipe técnica para afastar, igualmente, a presente irregularidade.

Outrossim, em que pese o Ministério Público Especial de Contas ter pugnado pela condenação dos Responsáveis à pena de multa individual, na forma prevista no art. 135, II e VII, da Lei Complementar nº. 621/20125, alegando alto grau de reprovabilidade da conduta de cada agente envolvido, a gravidade da falta e o potencial de lesividade do ato para a Administração Pública e para a sociedade, entendo que não restou delineado, tanto nos autos como no Parecer Ministerial, fundamentação ou ações capazes de evidenciar a propositura de multa individual.

Tenho que o raciocínio acima delineado deixa sem sombra de dúvidas a necessidade deste Tribunal de primar pelo julgamento mais justo e razoável, considerando as circunstâncias em torno deste caso e na análise da presença efetiva de dolo-erro grosseiro.

Neste diapasão, como esclarecido nesse voto, não houver por parte dos agentes erro ou dolo capaz infirmar a condução do certame. Ainda assim, foram rechaçados os indícios de irregularidades trazidos ao conhecimento desta Corte no momento da apresentação de defesa/justificativas pelo DER, não sendo razoável a aplicação de pena de multa individual, como faz crer o i. Procurador Especial de Contas.

Logo, divergindo da proposta de encaminhamento contida na **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 4087/2022** e do entendimento ministerial, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

1. ACÓRDÃO TC- 162/2023-4

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

1.1 JULGAR IMPROCEDENTE a Representação, nos termos dos arts. 95, inciso I, e 101, parágrafo único, da LC 621/2012 c/c arts.178, inciso I, e 329 § 3º da RITCEES;

1.2 DAR CIÊNCIA ao Representante do teor da decisão final a ser proferida conforme art. 307, §7º, da Res. TC 261/2013;

1.3 ARQUIVAR os autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 03/03/2023 - 6ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões