DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 23/2019

PROCESSO TC/MS	**:** TC/1810/2019
PROTOCOLO	**:** 1956851
ÓRGÃO	**:** ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL DE APARECIDA DO TABOADO
JURISDICIONADO	**:** JOSÉ ROBSON SAMARA RODRIGUES DE ALMEIDA
TIPO DE PROCESSO	**:** PROCEDIMENTO PRÉVIO OBRAS
RELATOR	**:** Cons. FLÁVIO KAYATT

Trata-se da Comunicação Interna n. 27/19, provinda da Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente, que encaminha o **Controle Prévio de Edital** - protocolo n. 1956851 - DFEAMA/TCE-MS, de que trata a Seção I, Capítulo III, art. 17, da Resolução n. 88, de 3 de outubro de 2018, que analisa o **Edital de Licitação n. 3/2019 - Concorrência Pública n. 1/2019**, na forma Menor Valor Global, instaurado pela Administração Municipal de Aparecida de Taboado, com a finalidade de selecionar empresa especializada para **"***Pavimentação Asfáltica e Drenagem nos Bairros Jardim Felix I e II no Município de Aparecida do Taboado/MS, Proposta Avançar Cidades - Mobilidade Urbana, no âmbito do Programa de Infra-estrutura de Transporte e da Mobilidade Urbana (Pró-Transporte), com recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), conforme carta consulta 187.2.2208-2017, autorizada pela Portaria n. 426, de 09 de Julho de 2019 do Ministério das Cidades - Governo Federal***"**, obra estimada em R$ 8.636.508,77.

A referenciada Análise evidenciou as seguintes irregularidades:

I – remessa intempestiva de 1 (um) dia, em desacordo com o item 1.2.A do anexo VI da Resolução 88;

II – itens conflitantes entre si no critério **"**DO PROCESSO DE JULGAMENTO DA LICITAÇÃO**"**, uma vez que o item **18.4** do Edital de Licitação estipula que a escolha se dará pelo Menor Valor Global, enquanto os subitens **18.4.1** e **18.4.3** determinam que o método de julgamento das propostas seja realizado de acordo com resultado de fórmula imposta, sendo vencedora a proposta que obtiver a menor Nota de Preço da Proposta NP(i);

III – excesso na exigência da comprovação de qualificação técnica referente à execução de redes de galeria de águas pluviais urbana (item **5.3** do Edital), em quantificação superior aos 50% usualmente praticados, com base na Súmula 263 do TCU, julgado continente do Acórdão 2215/08, com o fato agravante restritivo De que a competitividade de tais quantificações constam de um único atestado técnico;

IV – pontuação para atestado técnico incompatível com o Edital elaborado pelo tipo Menor Valor Global;

V – previsão de parcelamento da garantia *(*de 5% prevista no Edital*)* prestada em forma de caução, que traz riscos à cobertura de possíveis danos ao erário;

VI – ausência do Demonstrativo da Composição do BDI nos anexos, conforme descrição do subitem **19.1.1** do Edital de Licitação;

VII – apresentação de numeração duplicada do subitem **19.1** do Edital;

VIII – ausência do croqui que demonstre a distância do serviço de transporte constante dos itens 3.04.(DMT 10,0 KM) e 3.08.(DMT 30 KM) da Planilha Global de Orçamento.

Por fim, a DFAMA sugeriu que seja expedida medida cautelar suspendendo o procedimento licitatório, até que a administração sane as irregularidades apontadas.

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente anoto que – embora fosse até desnecessário – a competência dos Conselheiros deste Tribunal para aplicar ou conceder medida cautelar, inclusive de ofício, está positivada nas regras dos arts. 56, 57 e 58 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e do art. 148 do Regimento Interno, e tem amparo jurisprudencial, como exemplifica a decisão do Supremo Tribunal Federal (aplicável por simetria aos demais Tribunais de Contas do País) com o seguinte enunciado**:**

> PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTE-LARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1 - Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2 - Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. 3 - A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4 - Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.
> (MS 24510/DF-DISTRITO FEDERAL, MANDADO DE SEGURANÇA. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 19/11/2003, Tribunal Pleno)

Em seguida, anoto que a medida cautelar é a medida provisória tendente a afastar a iminência de um possível dano a um direito ou a um possível direito. E para tal fim, são exigidos dois requisitos: o **"***fumus boni juris***",** a relevância do fundamento e ocorrência da verossimilhança do direito material, e o **"***periculum in mora***",** possibilidade da ineficácia ao final da prestação jurisdicional**.**

No caso concreto, vejo no cotejo do item 18.4 (que se refere ao critério de julgamento das propostas) com seus subitens 18.4.1, 18.4.2 e 18.4.3, uma expressa indecisão. É desnecessária a inclusão de qualquer detalhamento de metodologia ou fórmula para o cálculo da proposta de menor valor global, mesmo porque nada mais cristalino do que a escolha do menor preço ofertado, atendo-se aos custos unitários apenas para a situação em que se precisar aditar o contrato, haja vista a necessidade da garantia desses preços nos serviços complementares.

Assim, tenho como certo que devam ser excluídos do Edital de Licitação os subitens 18.4.1, 18.4.2. e 18.4.3. .

E caracteriza como evidente restrição à competição, colidente com as regras dos arts. 3º, § 1º, I, e 30, II, e § 1º, I, todos da Lei n. 8666, de 1993, a excessiva exigência de qualificação técnica trazida pelo item 5.3 do Edital. Conforme bem observou o Corpo Técnico deste Tribunal, a exigência da capacidade técnica pode ser fixada em quantitativos mínimos de serviços anteriormente realizados pela empresa e pelo profissional; entretanto, essa deve ser proporcional ao objeto. Da mesma forma, não tenho como possível se exigir a comprovação de quantidade mínima em um único contrato.

Além da jurisprudência do TCU, mencionada na Análise de Controle Prévio que originou o presente procedimento, cito os julgados do:

- TCU, Acórdão n. 410/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, DOU de 31.03.2006;

- TCU, Acórdão n. 1564/2004, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU de 15.03.2004.

Não vislumbro qualquer incoerência na pontuação para atestado técnico, no caso de edital elaborado pelo tipo MENOR VALOR GLOBAL.

Nesse sentido caminhou o STJ:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE ENGENHARIA DE GRANDE PORTE. EDITAL. REQUISITOS DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA. COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR. POSSIBILIDADE.
> (...)
> **“**2. Em se tratando de licitação de serviços de engenharia de grande porte, não há por que cogitar de ilegalidade da norma editalícia que exige a comprovação de experiência anterior em obra similar à licitada, porquanto concebida com propósito de permitir à Administração Pública avaliar a capacidade técnica dos interessados em com ela contratar nos exatos termos do que prescreve a primeira parte do inciso II do art. 30 da Lei n. 8.666/93: "comprovação de aptidão para desempenho de atividade

> pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (...).
> 3. Há situações em que as exigências de experiência anterior com a fixação de quantitativos mínimos são plenamente razoáveis e justificáveis, porquanto traduzem modo de aferir se as empresas licitantes preenchem, além dos pressupostos operacionais propriamente ditos – vinculados ao aparelhamento e pessoal em número adequado e suficiente à realização da obra –, requisitos não menos importantes, de ordem imaterial, relacionados com a organização e logística empresarial. (...)**".**
> (STJ - REsp: 295806 SP 2000/0140290-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 06/12/2005, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 06/03/2006 p. 275);

Em que pese a regra do art. 56 da Lei n. 8.666, de 1993, remeter à discricionariedade da Administração a exigência da prestação de garantia, entendo que esta **deverá** ser exigida nas hipóteses em que ela seja necessária, como no caso em concreto, tanto pelo valor considerável da contratação – relativamente ao porte da arrecadação do Município contratante – como pela fonte financiadora da obra (operação de crédito), aumentando os riscos de lesão ao interesse estatal. A exigência a exação no caso é pertinente, e um importante instrumento para eliminar risco de insucesso, caso o contratado não seja capaz de executar satisfatoriamente o objeto do contrato.

Noutro ponto, vejo claramente que parcelamento da garantia previsto no Edital é irregular, e ainda que a garantia exigida de 5% não se perfaz com a fórmula apresentada (pagamento de 1% na primeira medição e 3% de retenção nas faturas decorrente das outras medições), pois que essa fórmula resulta em um percentual inferior a 4%.

Nesses termos, estou certo de que deve ser excluído do Edital de Licitação os subitens **9.2.1.1** e **9.2.1.2** do item **9.2.1.**

Noto, por fim, que não consta do projeto básico descrito no Anexo I do Edital *sub examine* o detalhamento da composição do BDI, ou pelo menos a fixação de seus limites, uma vez que o BDI – Bonificações e Despesas Indiretas – é uma **"**taxa**"** correspondente às despesas indiretas e ao lucro que, aplicada ao custo direto, resulta em seu valor final.

Na Nota Técnica n. 4/2013, o Supremo Tribunal Federal destaca: **"***... que em diversas deliberações, o TCU*[1] *orienta a desoneração do BDI, evitando que a Administração inclua, no seu cálculo, custos associados diretamente à execução da obra, tais como despesas com Administração Local, Instalação de Canteiro e Acampamento e Mobilização e Desmobilização. Agindo dessa forma, evita-se a*

[1] Decisão 1332/2002, Acórdãos 325/2007 e 1685/2008, 2622/2013 – Plenário/TCU.

incidência indevida ou em duplicidade de tais itens sobre os demais custos diretos calculados para a obra.”**.**

Em razão de comporem seus valores os das despesas administrativas e financeiras, os dos lucros e dos tributos, *o BDI* varia relativamente aos serviços a serem prestados, aos equipamentos a serem utilizados, aos materiais fornecidos e até às incidências tributárias e suas respectivas características de cumulatividade**.**

Sem sobejo de dúvidas, é de suma importância demonstrar a composição do BDI, e o poder público deverá fixar os seus limites na parcela que diz respeito às despesas indiretas, porque incide, ao final, sobre todos os custos diretos da obra. Assim, todo controle que se tem sobre os custos diretos pode ser prejudicado se for afrouxada a atenção ao BDI, fator que altera substancialmente o valor final da obra, sendo, ao meu sentir, imprescindíveis sua demonstração detalhada e a fixação de seus limites.

E ressalvo aqui que não se trata de limitar a parte que se refere às bonificações, porque de natureza exclusiva da atividade privada, pois que mesmo essa deve se submeter ao princípio da razoabilidade. Por isso, o que se exige é o detalhamento para que se dê transparência ao ato administrativo.

Tudo examinado, e por todas as razões apresentadas acima e na forma que me autorizam as regras dos arts. 56, 57, I, e 58 da Lei Complementar n. 160, de 2012, e do art. 148, *caput* e § 1º, II, ***a*** e ***b***, do Regimento Interno, aplico medida cautelar para o fim de **SUSPENDER O CERTAME LICITATÓRIO** objeto do **Edital de Licitação n. 3/2019 - Concorrência Pública n. 1/2019**, na forma Menor Preço Global – lançado pela Administração Municipal de Aparecida de Taboado, até que se cumpram as seguintes correções no referenciado Edital**:**

I – exclusão dos subitens **18.4.1**, **18.4.2** e **18.4.3** - CRITÉRIOS DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS do item 18;

II – alteração do item **5.3** - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, para a adequação relativa à capacidade técnica fixada em quantitativos mínimos de serviços anteriormente realizados pela empresa e pelo profissional de forma proporcional ao objeto, em percentuais inferiores a 50% do que consta como a executar no projeto básico, retirando-se, inclusive com a retirada da exigência de comprovação de quantidade mínima em um único contrato;

III – exclusão do item **9.2.1** e subitens **9.2.1.1** e **9.2.1.2** que tratam da GARANTIA CONTRATUAL;

IV – inclusão no item **19.1.1 Anexo I** - Projeto Básico - do Demonstrativo de Composição do BDI;

V – renumeração correta dos itens e subitens de forma a corrigir as duplicidades.

VI – informar a este Tribunal as correções supramencionadas, para que cessem os efeitos da presente medida cautelar, na forma do parágrafo único do art. 57 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012.

Campo Grande/MS, 12 de março de 2019.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT
Relator

IHS