DELIBERAÇÃO AC00 - 2314/2018

PROCESSO TC/MS	: TC/17555/2017
PROTOCOLO	: 1836416
TIPO DE PROCESSO	: DENUNCIA
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE CHAPADÃO DO SUL
DENUNCIANTE	: ZAMPIERI & LUFT ADVOGADOS ASSOCIADOS SS
RELATOR	: CONS. IRAN COLEHO DAS NEVES

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – VÍCIOS NO EDITAL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA JURÍDICA – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA – ATESTADO DE EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POR CINCO ANOS – RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE – AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO – NÃO EXIGÊNCIA DE BALANÇO PATRIMONIAL – IRREGULARIDADE – EXIGÊNCIA DE ATESTADO DE VISTORIA TÉCNICA – DESNECESSIDADE – PROCEDÊNCIA – ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PELA DENUNCIADA – NÃO APLICAÇÃO DE MULTA – RECOMENDAÇÃO.

A exigência de um tempo mínimo de 5 (cinco) anos de experiência do serviço licitado e, ainda, de que esse período seja demostrado num único documento é vedada pela Lei de Licitações, por causar restrição competitividade do procedimento licitatório.

No caso de pregão também existe a previsão da obrigatoriedade do balanço patrimonial, como forma de se comprovar a regularidade econômico-financeira dos concorrentes. O balanço patrimonial pode ser dispensado, mas somente nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União.

O texto da Lei de Licitações determina a apresentação, junto ao edital, de orçamento, inclusive com planilha de quantitativos e preços unitários, a fim de facilitar aos interessados em participar do certame, o conhecimento prévio do orçamento-base utilizado pela administração. A constatação de que o valor orçado para a contratação não está devidamente mensurado no edital viola a Lei de Licitações.

A visita técnica deve ser utilizada apenas em casos específicos, em que for imprescindível o conhecimento do local para a elaboração das propostas, devendo, inclusive, possibilitar ao licitante a opção de não realiza-la.

A constatação da revogação da licitação evidencia ausência de prejuízo potencial ou efetivo ao erário, pelo que o denunciado é eximido de qualquer penalização, sendo cabível recomendação ao gestor.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 2ª Sessão Reservada do Tribunal Pleno, de 15 de agosto de 2018, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pela procedência da Denúncia formulada por Zampieri & Luft Advogados Associados S.S., em face do Município de

Chapadão do Sul, por supostas irregularidades contidas no procedimento licitatório de pregão presencial nº. 186/2017 – porquanto restou comprovado que, inicialmente, o edital do procedimento licitatório restringia a participação de futuros interessados, ao exigir atestado de capacidade técnica com tempo mínimo de cinco anos; não solicitar balanço patrimonial, na fase de habilitação; não prever estipular o preço médio da contratação; e, por requisitar visita técnica indevidamente – deixando porém de sancionar o denunciado diante da revogação do procedimento licitatório e da falta de prejuízo potencial ou concreto; mas recomendar, ao ordenador de despesas que: (i) se abstenha de incluir, nos procedimentos licitatórios futuros, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam, ou frustrem o caráter competitivo, quaisquer circunstâncias impertinentes ou irrelevantes (inciso I, § 1º, art. 3º, Lei nº 8.666/1993); (ii) inclua o orçamento estimado, em planilhas de quantitativos e preços unitários (inciso II, § 2º, art. 40, Lei nº 8.666/1993); (iii) utilize a visita técnica apenas para os casos em que seja imprescindível ao conhecimento das particularidades do objeto e desde que esteja justificada essa opção, possibilitando ao licitante, inclusive, a apresentação de declaração optando por não realizá-la; e, (iv) defina o objeto de maneira precisa, suficiente e clara (inciso II, art. 3º, Lei nº 10.520/2002); e **pela suspensão do caráter sigiloso dos autos.**

Campo Grande, 15 de agosto de 2018.

Conselheiro **Iran Coelho das Neves** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos (TC/17555/2017) que versam sobre a DENÚNCIA formulada por ZAMPIERI & LUFT ADVOGADOS ASSOCIADOS SS, em face do Município de CHAPADÃO DO SUL, por supostas irregularidades contidas no procedimento licitatório, EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº. 186/2017.

O Ministério Público Especial de Contas (MPC), através de seu douto representante ministerial, emitiu Parecer: PARECER PAR – 4ª PRC – 11670/2018 opinando pelo conhecimento e arquivamento da Denúncia.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

O objeto do procedimento licitatório está descrito no edital, ora impugnado, vejamos:

> 2.1 O objeto da presente licitação é a seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, objetivando a **contratação de empresa especializada para a prestação de serviços técnicos de assessoria e consultoria jurídica em gestão pública na área de licitações e coordenação, fiscalização, supervisão e orientação na execução contratual**, bem como emissão de manifestações e pareceres sempre que solicitados, tudo conforme especificações constantes neste Edital e seus anexos. (grifei).

A empresa-denunciante se insurge contra os seguintes requisitos do edital de licitação: *a*) exigência de um quantitativo mínimo no atestado de capacidade técnica; *b*) não exigência de balanço patrimonial, na fase de habilitação; *c*) não previsão no edital de um preço médio; e *d*) exigência de vistoria técnica.

A primeira questão diz respeito à experiência mínima de 5 (cinco) anos na prestação de serviços objeto da licitação, sendo que, essa exigência deve ser comprovada em um único atestado ou certidão, conforme disposto no item 10.6, alínea "b", do edital de licitação:

> 10.6 A documentação relativa à QUALIFICAÇÃO TÉCNICA consistirá na apresentação dos seguintes documentos:
>
> (...)
>
> b) **Comprovação** de aptidão para desempenho de atividades pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com **objeto desta licitação**, por meio da apresentação de atestado (S) fornecido por **pessoa jurídica de di-**

> **reito público,** comprovando que a licitante ou membro de seu quadro societário já executou (aram) serviços similares ao objeto licitado, **em regime de contratação, cargo ou função pública, pelo prazo mínimo de 05 (cinco) anos, devendo comprovar tal exigência em um único atestado ou certidão.** (grifei).

Essa exigência, referente à qualificação técnica das empresas participantes da licitação, em razão da declaração de um lapso temporal e de que essa experiência profissional seja demonstrada em um único atestado, está em conflito com o art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, que proíbe esse tipo de condição, vejamos:

> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...)
>
> § 5º É vedada a **exigência de comprovação de atividade ou de aptidão** com **limitações de tempo** ou de época ou ainda em locais específicos, ou **quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação**" (grifei)

Dessa forma, levando-se em consideração o tipo de serviço e a pouca complexidade do objeto da contratação, a exigência disposta no item 10.6, alínea "b", do edital de licitação, viola a regra de que não se deve exigir um tempo mínimo, tampouco que essa experiência tenha que estar declarada em um único documento, porque, isso restringiria a competitividade do certame, sendo que, somente seria possível estabelecer requisitos técnicos indispensáveis ao cumprimento da obrigação contratual, conforme jurisprudência do TCU, *verbis*:

> 3. Primeiramente, no que diz respeito à exigência, no **item relativo à habilitação jurídica, de comprovação mais de 1 (um) ano de prestação de serviços na área relativa ao objeto da licitação.** (...). A referida exigência não poderia ter constado do edital da licitação, em razão da **vedação do art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93** ("É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época (...), ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação."). Ainda que não fosse pela expressa disposição da Lei, não haveria sentido em se exigir do licitante um tempo mínimo de atividade(...) **É inimaginável que o tempo de atividade, por menor que seja, empreste ao licitante melhores condições para a execução de atividades** dessa natureza. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca do tema é pacífica e **abrange licitações para contratação de serviços de maior complexidade** (Decisões nºs 123/1999 - Segunda Câmara e 134/2001 - Plenário e Acórdão 124/2002 - Plenário). É **vedada, portanto, a exigência de tempo mínimo de atividade, seja na habilitação jurídica, seja na habilitação técnica**. (TCU, Acórdão nº 473/2004, DOU de 12.05.20004). (grifei).

Desse modo, assiste razão à denunciante, uma vez que, a exigência de um tempo mínimo de 5 (cinco) anos de experiência do serviço licitado e, ainda, de que esse período seja demostrado num único documento é vedada pelo art. 30, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, por causar uma restrição indevida na competitividade do procedimento licitatório.

A segunda questão, desta denúncia, refere-se a não exigência do balanço patrimonial, na fase de habilitação, alusiva à qualificação econômico–financeira dos concorrentes, observo que o edital, no seu item 10.5, e silente sobre referido documento, vejamos:

> 10.5 A documentação relativa à QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA **consistirá na apresentação Certidão negativa de falência ou recuperação judicial, ou liquidação judicial, ou de execução patrimonial**, conforme o caso, expedida pelo distribuidor da sede do licitante, ou de seu domicílio, dentro do prazo de validade previsto na própria certidão, ou, na omissão desta, expedida a menos de 60 (sessenta) dias contados da data da sua apresentação; (fls. 040) (grifei)

A comprovação da regularidade econômico-financeira está prevista no art. 31, da Lei nº 8.666/1993, que estabelece em seus incisos I, II e III, a documentação necessária, vejamos:

> 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, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
>
> II **- certidão negativa de falência ou concordata** expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
>
> III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação. (grifei).

Portanto, a licitante deveria exigir das empresas licitadas a documentação pertinente, conforme estabelecido no art. 31, inciso I, da Lei nº 8666/93, no caso de pregão também existe a previsão da obrigatoriedade desse documento, no art. 4º, inciso XIII, da Lei 10.520/02, como forma de se comprovar a regularidade econômico-financeira dos concorrentes, vale ressaltar que, em determinados casos o balanço patrimonial pode ser dispensado, conforme previsto no art. 32, § 1º, da mesma lei, mas somente nos caos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, conforme entendimento do TCU, vejamos:

> **Não é possível dispensar-se a exigência do balanço patrimonial** na fase de habilitação, mesmo em se tratando de serviços em que o pagamento da fatura é posterior à sua prestação. A Lei de Licitações, ao admitir a dispensa (art. 32, §1º), no todo ou em parte, dos documentos elencados nos arts. 28 a 31, assim procedeu **exclusivamente em relação ao convite, concurso, leilão e fornecimento para pronta entrega.** (TCU, Decisão nº 454/1998, Plenário, Rel. Min. Humberto Guimarães Souto, DOU de 07.08.1998). Ainda sobre o mesmo assunto, o TCU reconheceu que é **incabível dispensa da documentação**

> **prevista no art. 31, inc. I, da Lei nº 8.666/93 fora das hipóteses comtempladas no art. 32, § 1º** (TCU, Decisão nº 174/2000m, Pelnário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU de 07.04.2000), (grifei).

A terceira questão levantada na denúncia diz respeito ao fato de que o valor orçado para a contratação não está devidamente mensurado no edital, apresentando apenas, em seu item "14" (fls. 41), as rubricas da dotação orçamentária, mas não especifica um valor monetário, violando o art. 40, § 2º, inciso II, da Lei 8666/93, *verbis*:

> Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...)
>
> § 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: (...)
>
> II - **orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários**; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994), (grifei).

Desse modo, houve violação literal ao texto da Lei de Licitações, que determina a apresentação, junto ao edital, de orçamento, inclusive com planilha de quantitativos e preços unitários, a fim de facilitar aos interessados em participar do certame, o conhecimento prévio do orçamento-base utilizado pela administração.

A quarta questão apresentada é referente à exigência de atestado de vistoria técnica a ser fornecido pela Prefeitura Municipal, conforme descrito no item "10.6, c" e "c.1" (fls. 40), como um documento relativo à qualificação técnica, que deve ser apresentado na fase de habilitação, entendo ser dispensável, em razão, da pouca complexidade e da natureza do objeto a ser licitado que se refere à prestação de serviços advocatícios, o que torna desnecessário o conhecimento das instalações, equipamentos, as condições de trabalho locais, portanto, entendo que referida exigência limita a competitividade, violando o art. 3º, da Lei nº 8.666/1993.

Isso porque a visita técnica deve ser utilizada apenas em casos específicos, em que for imprescindível o conhecimento do local para a elaboração das propostas, devendo, inclusive, possibilitar ao licitante a opção de não realiza-la. Nesse sentido, vejamos a jurisprudência do TCU:

> A visita técnica como requisito de habilitação do certame **só pode ser exigida quando for condição imprescindível ao conhecimento das particularidades do objeto a ser licitado e desde que esteja justificada essa opção**. (Acórdão nº 866/2017 – Plenário).
>
> A exigência de atestado de visita técnica sem a devida motivação e **sem franquear às licitantes a alternativa de apresentação de declaração de opção de não realizar a vistoria**, sem prejuízo da consecução do objeto, **está em desacordo com o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal**, e com o art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/1993. (Acórdão nº 1823/2017 – Plenário).

> A vistoria ao local da prestação dos serviços somente deve ser exigida quando imprescindível, devendo, mesmo nesses casos, **o edital prever a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração do responsável técnico da licitante de que possui pleno conhecimento do objeto**, das condições e das peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos. (Acórdão nº 212/2017 – Plenário), (grifei).

Além disso, ao analisar previamente o edital de licitação, nos termos do art. 113, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, observo, de ofício, que o objeto desta licitação é demasiadamente genérico, não especificando a natureza singular que possa justificar a contratação de serviços advocatícios pela administração pública.

A imprecisão na descrição do objeto, que deveria ser precisa, suficiente e clara, viola o inciso II, art. 3º, Lei nº 10.520/2002:

> **Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:**
>
> I - **a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame**, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;
>
> II - **a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara**, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição; (grifei).

A contratação de profissionais para executar serviços advocatícios, pelo poder público, seria justificada apenas nos caso em que ficar demostrada a singularidade do serviço, não sendo possível nas hipóteses em que os servidores dos quadros da administração pública possam realizar o serviço licitado, esse entendimento está em consonância com o do TCU (Acordão nº 190/2006 e Decisão 494/94).

No entanto, após a concessão da medida cautelar visando à suspensão do procedimento licitatório, o ordenador de despesas, ao encaminhar a sua defesa, nos informou:

> **Em reanálise ao processo para a contratação** de 'empresa especializada para a prestação de serviços técnicos de assessoria e consultoria jurídica', **concluiu-se que as especificidades necessárias para tal contratação não foram relatadas**. Desta forma, **entendemos que a revogação do processo é a decisão mais correta e oportuna**. (grifei).

Foram juntadas, aos autos, as cópias do despacho de revogação, e a publicação na imprensa oficial do Município.

Assim, em razão da revogação da licitação, observo que as medidas necessárias foram tomadas e, desse modo, não havendo prejuízo potencial ou efetivo ao erário, o denunciado deve ser eximido de qualquer penalização.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acolho, em parte, o Parecer do Ministério Público de Contas

(MPC) e **VOTO**, pelo (a):

a) PROCEDÊNCIA da irregularidade apontada na **DENÚNCIA** (art. 39, da Lei Complementar n. 160, de 2012), porquanto restou comprovado que, inicialmente, o edital do procedimento licitatório restringia a participação de futuros interessados, ao exigir atestado de capacidade técnica com tempo mínimo de cinco anos; não solicitar balanço patrimonial, na fase de habilitação; não prever estipular o preço médio da contratação; e, por requisitar visita técnica indevidamente. Todavia, diante da revogação do procedimento licitatório e da falta de prejuízo potencial ou concreto, deixo de sancionar o denunciado.

b) **RECOMENDAR**, ao ordenador de despesas que: (i) se abstenha de incluir, nos procedimentos licitatórios futuros, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam, ou frustrem o caráter competitivo, quaisquer circunstâncias impertinentes ou irrelevantes (inciso I, § 1º, art. 3º, Lei nº 8.666/1993); (ii) inclua o orçamento estimado, em planilhas de quantitativos e preços unitários (inciso II, § 2º, art. 40, Lei nº 8.666/1993); (iii) utilize a visita técnica apenas para os casos em que seja imprescindível ao conhecimento das particularidades do objeto e desde que esteja justificada essa opção, possibilitando ao licitante, inclusive, a apresentação de declaração optando por não realizá-la; e, (iv) defina o objeto de maneira precisa, suficiente e clara (inciso II, art. 3º, Lei nº 10.520/2002).

c) **COMUNICAÇÃO** do resultado deste julgamento as autoridades administrativas competentes e demais interessados, em conformidade com o art. 50, inciso II e art. 65, da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pela procedência da denúncia, com recomendação ao ordenador de despesas e suspensão do caráter sigiloso dos autos.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos e Marcio Campos Monteiro.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 15 de agosto de 2018.

Conselheiro **IRAN COELHO DAS NEVES**

Relator

SETAC/RRMN/DSSM