ACÓRDÃO - AC02 - 350/2022

PROCESSO TC/MS	**:** TC/591/2021
PROTOCOLO	**:** 2086472
TIPO DE PROCESSO	**:** PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E CONTRATO ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO	**:** MUNICÍPIO DE CAARAPÓ
JURISDICIONADO	**:** ANDRE LUIS NEZZI DE CARVALHO
INTERESSADO	**:** NK INFRAESTRUTURA LTDA. - EPP
VALOR	**:** R$ 490.138,06
RELATOR	**:** CONS. MARCIO CAMPOS MONTEIRO

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – TOMADA DE PREÇOS – EXECUÇÃO DE OBRA DE DRENAGEM DE ÁGUAS PLUVIAIS – EXIGÊNCIAS RESTRITIVAS DA COMPETITIVIDADE – REQUISITOS DE HABILITAÇÃO – ALVARÁ DE LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO PARA COMPROVAR A REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA – DUPLA GARANTIA PARA COMPROVAR QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA – IRREGULARIDADE – REMESSA INTEMPESTIVA – MULTAS – CONTAMINAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E DOS TERMOS ADITIVOS – VÍCIO DECORRENTE – EXECUÇÃO FINANCEIRA – REGULARIDADE.

1. É declarada a irregularidade do procedimento licitatório na modalidade tomada de preços que exige requisitos de habilitação limitativos da competitividade, tanto de alvará de localização e funcionamento para comprovar a regularidade fiscal e trabalhista, como de dupla garantia para comprovar qualificação econômico-financeira, em desacordo com art. 29 e art. 31, §2º, da Lei 8.666/93, cujas infrações atraem a aplicação de multa ao responsável, nos termos do art. 59, III, c/c art. 42, IX, ambos da Lei Complementar n.º 160/12 c/c 121.

2. O vício da primeira fase fundamenta o julgamento pela irregularidade da formalização do contrato administrativo e de seus termos aditivos, por contaminação, não se aplicando, contudo, a multa ao gestor que já penalizado, de forma a afastar o *bis in idem*.

3. É declarada a regularidade da execução financeira do contrato administrativo que atende as disposições legais e regulamentares, exibindo com clareza a similitude entre os valores dos estágios da despesa.

4. A remessa de documentos após o prazo estabelecido por norma desta Corte enseja a aplicação de multa ao responsável, cujo fato gerador independe da comprovação de dano, da efetividade do controle realizado, ou, tampouco, de elementos volitivos, tais como dolo e culpa.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 17ª Sessão Ordinária Virtual da Segunda Câmara, realizada de 27 a 30 de junho de 2022, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pela **irregularidade** do **procedimento licitatório Tomada de Preços** nº 005/2020 (1ª

fase) e do **Contrato Administrativo** nº 030/2020 juntamente com seus **aditivos (2ª fase)**, celebrado entre o **Município de Caarapó** e a empresa **NK Infraestrutura Ltda. - EPP**, haja vista a exigência de requisitos de habilitação limitativos da competitividade, tanto na exigência indevida de alvará de localização e funcionamento para comprovar a regularidade fiscal e trabalhista, como na exigência indevida de dupla garantia para comprovar qualificação econômico-financeira, nos termos do art. 59, III, c/c art. 42, IX, ambos da Lei Complementar n.º 160/12 c/c 121, I, "a", II e §4º do RITCE/MS; pela **regularidade** da **execução financeira** (3ª fase) do Contrato Administrativo nº 030/2020, haja vista que os atos praticados atenderam as disposições legais aplicáveis à espécie, nos termos do art. 59, I, da Lei Complementar n.º 160/12 c/c 121, III do RITCE/MS; pela aplicação de **multas** ao responsável, **Sr. André Luiz Nezzi de Carvalho**, no valor equivalente ao de: **a)** 50 (cinquenta) UFERMS, em razão da irregularidade apontada no item I desse dispositivo, com base nos artigos art. 21, X, 42, IX, 44, I, c/c art. 45, I, e 61, III, todos da Lei Complementar nº 160/2012; **b)** 30 (trinta) UFERMS, em razão da remessa intempestiva, com base nos artigos 21, X, 42, II, 44, I, e 46, *caput*, todos da Lei Complementar nº 160/2012, concedendo o **prazo** de 45 (quarenta e cinco) dias úteis para que o responsável nominado no item II supra, efetue o recolhimento da multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, e, no mesmo prazo, faça a comprovação nos autos, conforme estabelecido pelo art. 83, sob pena de cobrança executiva, e pelo art. 78, ambos da Lei Complementar n.º 160/2012.

Campo Grande, 30 de junho de 2022.

Conselheiro **Marcio Campos Monteiro** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre o Contrato Administrativo n.º 030/2020, celebrado entre o Município de Caarapó e a empresa NK Infraestrutura Ltda. - EPP, objetivando execução de obra de drenagem de águas pluviais na Rua Estrela da Manhã, com valor contratual no montante de R$ 490.138,06.

Nesta fase processual objetiva-se analisar o procedimento licitatório, a formalização contratual, 1º e 2º Termos Aditivo e a execução financeira (1ª, 2ª e 3ª fases).

Ao fim da instrução processual, a equipe técnica da Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente (DFEAMA), peça 113, se manifestou pela irregularidade do procedimento licitatório e pela regularidade da formalização contratual, dos termos aditivos e da execução financeira. Ao final, recomendou ressalva para que em futuros procedimentos não sejam incluídas cláusulas restritivas a competitividade, bem como para que seja observada as exigências desta corte sobre a remessa de documentos obrigatórios.

O representante do Ministério Público de Contas em seu parecer na peça 115, opinou pela irregularidade e ilegalidade do procedimento licitatório e, por contaminação, pela irregularidade da formalização contratual e da execução financeira.

Vieram os autos a esta Relatoria, para Voto.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, esclarece-se que foram observadas as disposições regimentais, passando à análise do mérito, que recai sobre o exame e o julgamento relativo ao procedimento licitatório na modalidade Tomada de Preços n.º 005/2019, do Contrato Administrativo n.º 030/2020, do 1º e 2º Termos Aditivos e da execução financeira.

O procedimento licitatório não guarda conformidade com as exigências legais preconizadas para os instrumentos da espécie, em especial na Lei Federal n.º 8.666/93.

Conforme entendimento já firmado nesta corte[1], exigências de habilitação sobre regularidade fiscal e trabalhista que extrapolem o rol contido no art. 29 da Lei 8.666/93, *in casu* alvará de localização e funcionamento, restringem a competitividade do certame e, portanto, são consideradas irregulares.

No mesmo sentido é o entendimento vigente sobre a exigência cumulativa de instrumentos de garantia. No caso em tela, foi exigido, para a qualificação econômico-financeira dos licitantes, como garantia de adimplemento do ulterior contrato, recolhimento da garantia de proposta de 1% do valor estimado para o contrato, e comprovação e capital social mínimo, equivalente a 10% do valor do contrato.

Contudo, a dupla exigência feita para a qualificação econômico-financeira dos licitantes é irregular. O art. 31, §2º, da Lei 8.666/93 admite que seja exigido dos licitantes tal garantia, contudo, de forma alternativa e não cumulada.

> Art. 31, §2º. A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo **ou** de patrimônio líquido mínimo, **ou** ainda as garantias previstas no § 1o do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado. – grifos nossos

O tema, inclusive, compõe a súmula 275[2] do TCU.

A formalização contratual (peça 30), apesar de ter sido remetida de forma intempestiva para esta corte, respeitou aos requisitos na Lei 8.666/93, em especial as cláusulas necessárias dispostas no art. 55, sendo devidamente publicada dentro do prazo estipulado no art. 61, § único.

Ressalta-se que o contrato em análise sofreu alteração por meio do 1º Termo Aditivo (peça 42), confeccionado exclusivamente com a finalidade de formalmente alterar o fiscal do contrato, não havendo qualquer impropriedade na espécie

A alteração promovida pelo 2º Termo Aditivo (peça 76) para prorrogar o prazo do contrato foi devidamente justificada, conforme autorizado pelo art. 57, §1º, II, da Lei 8.666/93.

Contudo, considerando as irregularidades demonstradas no procedimento

[1] TCE/MS – Acórdão AC02-507/2020 – Relator: Jerson Domingos; TCE/MS – Acórdão AC01-294/2021 – Relator: Jerson Domingos; TCE/MS – DLM 106/2021 – Relator: Marcio Monteiro;
[2] Súmula TCU 275: Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.

licitatório (1ª fase), deve-se considerar igualmente irregular, por contaminação, a formalização contratual (2ª fase) e seus termos aditivos.

Nada obstante, como a irregularidade da 2ª fase advém da contaminação pela irregularidade da fase antecedente, aplicar nova multa resultaria em indesejado "*bis in idem*", motivo pelo qual deixo de aplicar multa ao jurisdicionado quanto à irregularidade da formalização do contrato.

No que concerne a execução financeira e prestação de contas, entende-se pela regularidade da mesma, nos termos do artigo 58 e seguintes da Lei n.º 4.320/64.

A liquidação da despesa, cujo resumo segue abaixo, exibe com clareza a similitude do total de notas de empenho válidas e total de pagamentos, demonstrando, assim, sua regularidade:

Valor do Contrato	R$ 490.138,06
Valor Total Empenhado, considerando cancelamentos	R$ 458.568,65
Ordens de Pagamento	R$ 458.568,65
Comprovantes de Despesa	R$ 458.568,65

Por fim, impende destacar a violação ao artigo 46 da Lei Orgânica do TCE/MS, em vista da remessa intempestiva de documentação obrigatória para este Tribunal:

> Art. 46. A multa incidente sobre a falta de remessa tempestiva de informações, dados ou documentos ao Tribunal corresponde ao valor de uma UFERMS por dia de atraso, não podendo ultrapassar o valor correspondente ao de trinta UFERMS.

A remessa do contrato para este Egrégio Tribunal possuía como data limite o dia 21/09/2020, todavia, foi encaminhado apenas em 28/01/2021, ou seja, mais do que 30 (trinta) dias úteis após o prazo estabelecido pelo comando legal apregoado no Anexo VII, item 1.2.2.1, alínea A, da resolução n.º 88/2018.

Ademais, o fato gerador da multa independe da comprovação de dano, da efetividade do controle realizado, ou, tampouco, de elementos volitivos, tais como dolo e culpa.

Com efeito, nos termos do que determina a legislação regente, o atraso superior a 30 (trinta) dias úteis impõe a fixação de uma multa de 30 (trinta) UFERMS.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, acolhendo a manifestação do Ministério Público de Contas e de parte da manifestação técnica da DFEAMA, **VOTO** pela:

I- **IRREGULARIDADE** do procedimento licitatório Tomada de Preços nº 005/2020 (1ª fase) e do Contrato Administrativo nº 030/2020 juntamente com seus aditivos (2ª fase), celebrado entre o Município de Caarapó, CNPJ nº 03.155.900/0001-04 e a empresa NK Infraestrutura Ltda. - EPP, CNPJ nº 00.220.447/0001-76, haja vista a exigência de requisitos de habilitação limitativos da competitividade, tanto na exigência indevida de alvará de localização e funcionamento para comprovar a regularidade fiscal e trabalhista, como na exigência indevida de dupla garantia para comprovar qualificação econômico-financeira, nos termos do art. 59, III, c/c art. 42, IX, ambos da Lei Complementar n.º 160/12 c/c 121, I, "a", II e §4º do RITCE/MS;

II- **REGULARIDADE** da execução financeira (3ª fase) do Contrato Administrativo nº 030/2020 celebrado entre o Município de Caarapó, CNPJ nº 03.155.900/0001-04 e a empresa NK Infraestrutura Ltda. - EPP, CNPJ nº 00.220.447/0001-76, haja vista que os atos praticados atenderam as disposições legais aplicáveis à espécie, nos termos do art. 59, I, da Lei Complementar n.º 160/12 c/c 121, III do RITCE/MS;

III-Pela aplicação de **MULTAS** ao responsável, Sr. André Luiz Nezzi de Carvalho, no valor equivalente ao de:

a) 50 (cinquenta) UFERMS, em razão da irregularidade apontada no item I desse dispositivo, com base nos artigos art. 21, X, 42, IX, 44, I, c/c art. 45, I, e 61, III, todos da Lei Complementar nº 160/2012;

b) 30 (trinta) UFERMS, em razão da remessa intempestiva, com base nos artigos 21, X, 42, II, 44, I, e 46, *caput*, todos da Lei Complementar nº 160/2012;

IV- Conceder **PRAZO DE 45 (quarenta e cinco) dias úteis** para que o responsável nominado no item II supra, efetue o recolhimento da multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, e, no mesmo prazo, faça a comprovação nos autos, conforme estabelecido pelo art. 83, sob pena de cobrança executiva, e pelo art. 78, ambos da Lei Complementar n.º 160/2012;

V- **INTIMAÇÃO** do resultado deste julgamento aos interessados, observado o que dispõe o art. 50 da Lei Complementar nº 160/2012;

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, pela irregularidade do procedimento licitatório tomada de preços, do contrato administrativo e de termos aditivos e pela regularidade da execução financeira do contrato administrativo, com aplicação de multas ao jurisdicionado.

Presidência e Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa e Ronaldo Chadid.

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

Campo Grande, 30 de junho de 2022.

Conselheiro **MARCIO CAMPOS MONTEIRO**

Relator

CESB/MSS/dssm