DECISÃO SINGULAR DSG - G.MCM - 5056/2019

PROCESSO TC/MS	: TC/21087/2015
PROTOCOLO	: 1653144
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE NIOAQUE
ORDEN. DE DESPEAS	: GERSON GARCIA SERPA
CARGO DO ORDENADOR	: PREFEITO MUNICIPAL À ÉPOCA
ASSUNTO DO PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO N.º 82/2015
RELATOR	: CONS. MARCIO MONTEIRO
CONTRATADA	: MAICON WILLIAN MULLER – EPP
PROCED. LICITATÓRIO	: PREGÃO PRESENCIAL N.º 104/2015
OBJETO DA CONTRATAÇÃO	: SERVIÇOS DE ESTUDOS E FISCALIZAÇÃO DE OBRAS
VALOR DA CONTRATAÇÃO	: R$ 50.400,00

CONTRATAÇÃO PÚBLICA. SERVIÇOS DE ESTUDOS E FISCALIZAÇÃO DE OBRAS. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 13, IV, DA LEI N.º 8666/93. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO. CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO. IRREGULARIDADE. MULTA REGIMENTAL.

Versam os presentes autos sobre o Contrato Administrativo n.º 82/2015, celebrado entre a **Prefeitura Municipal de Nioaque** e **Maicon Willian Muller - EPP**, objetivando a prestação de serviço de estudo, fiscalização com todas as suas obras complementares; de construção de estradas; de obras de captação e abastecimento de água; de obras de drenagem e irrigação, de obras destinadas ao aproveitamento de energia e dos trabalhos relativos às máquinas e fábricas; de obras peculiares ao saneamento urbano e rural; fiscalização dos serviços de urbanismo, conforme termo de referência para atender o Município de Nioaque/MS, com valor contratual no montante de R$ 50.400,00 (cinquenta mil e quatrocentos reais).

Nesta fase processual objetiva-se analisar a regularidade do procedimento licitatório, Pregão Presencial n.º 104/2015, e da formalização do Contrato Administrativo n.º 82/2015 (1ª e 2ª fases).

Diante de toda a documentação acostada aos autos, a Equipe Técnica da 6ª ICE, por meio da sua Análise – ANA-6ICE – 19832/2016 (pp. 137/143), concluiu pela ***ilegalidade e irregularidade*** do procedimento licitatório e da formalização do contrato (1ª e 2ª fases).

Por sua vez, o Ministério Público de Contas, por meio do seu Parecer PAR – 2ª PRC – 17175/2017 (pp. 221/223), se manifestou pela ***irregularidade*** e ***ilegalidade*** do procedimento licitatório, da formalização contratual (1ª e 2ª fases) e pela aplicação de multa.

Ocorre que, os jurisdicionados Sr. Gerson Garcia Serpa e Sr. Valdir Couto de Souza Júnior foram intimados, por meio do Termo de Intimação INT – G.MJMS – 27873/2017 e INT – G.MJMS – 27874/2017, respectivamente, para que apresentasse defesa acerca das irregularidades apontadas pela Equipe Técnica e pelo Ministério Público de Contas.

Em sede de Resposta à Notificação, apenas o Ordenador de Despesas, Sr. Gerson Garcia Serpa, se manifestou nos autos, por meio dos documentos de pp. 239/254, no afã de legitimar a contratação pública em apreço.

No que se refere ao Sr. Valdir Couto de Souza Júnior, este se manifestou por meio dos documentos de pp. 264/267, alegando que encaminhou ofício ao Responsável, bem como colocou os arquivos do órgão à disposição do mesmo.

Ato contínuo retornaram os autos à Equipe Técnica da 6ª ICE, que se manifestou acerca da defesa apresentada, por meio de sua Análise ANA-6ÏCE – 4244/2018 (pp. 256/261), opinando ***irregularidade*** e ***ilegalidade*** da formalização do instrumento contratual e da formalização contratual (1ª e 2ª fases), tendo em vista: **a)** a infração do art. 13, IV, da Lei n.º 8.666/93; **b)** ausência de comprovação técnica; e **c)** irregularidade na formalização do contrato.

O Ministério Público de Contas, por meio do seu Parecer PAR – 2ª PRC – 4354/2019 (pp. 268/270), opinou pela ***irregularidade*** e ***ilegalidade*** do procedimento licitatório e da formalização do contrato (1ª e 2ª fases), bem como pela aplicação de multa.

Vieram os autos a esta Relatoria, para decisão.

É O RELATÓRIO.

Extrai-se do feito que os Órgãos de Apoio foram unânimes em se manifestar pela irregularidade e ilegalidade da 1ª e 2ª fases da contratação pública.

Constata-se, por meio da documentação juntada, que os requisitos legais vigentes não foram devidamente cumpridos quanto à regularidade da matéria relativa ao procedimento licitatório, Pregão Presencial n.º 104/2015.

Conforme observado pelos Órgãos de Apoio houve um equívoco na escolha da modalidade licitatória, qual seja, Pregão Presencial, para os serviços de estudo e fiscalização de obra.

Ocorre que, o art. 1º, da Lei n.º 10.520/2002 (Lei do Pregão), dispõe:

> *"Art. 1º Para aquisição de bens e **serviços comuns**, poderá ser adotada a licitação na modalidade pregão, que será regida por esta Lei.*
> *Parágrafo Único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado."*

Entretanto, o objeto da presente contratação se refere à *prestação de serviço de estudo, fiscalização com todas as suas obras complementares; de construção de estradas; de obras de captação e abastecimento de água; de obras de drenagem e irrigação, de obras destinadas ao aproveitamento de energia e dos trabalhos relativos às máquinas e fábricas; de obras peculiares ao saneamento urbano e rural; fiscalização dos serviços de urbanismo*.

Ora, somente pelo objeto licitado já se percebe que não se trata de serviços comuns, pois se trata de fiscalização de obras de engenharia em inúmeras áreas, devendo assim, o contratado ter uma noção de todas, para que possa prestar os serviços licitados em sua plenitude.

Não obstante, o art. 13, inciso IV, da Lei n.º 8.666/1993, dispões que:

> *"Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:*
> *IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras e serviços;"*

Para esses casos, a Lei n.º 8.666/1993, em seu artigo 25, II, demonstra que é inexigível a licitação, pois deve a Administração buscar profissional com notória especialização, o que pode inviabilizar a competição, *in verbis:*

> *"Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:*
> *II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;"*

Assim, fica clara a discrepância entre a modalidade adotada e a legislação, uma vez que o serviço contrato não configura serviço comum e sim especializado, cabendo à administração se amoldar as modalidades licitatórias previstas na Lei n.º 8.666/93, concluindo assim pela irregularidade e ilegalidade do procedimento licitatório.

Ainda que o jurisdicionado apresente defesa invocando Súmula 257 do TCU, onde aduz que os serviços de fiscalização de obras são eminentemente comuns, o termo de referência é insuficiente para descrever precisamente se as obras a serem estudadas e fiscalizadas são evidentemente simples ou não. A descrição é genérica, tratando-se de um amplo espectro de obras de diversos níveis de complexidade.

Ademais, constatou-se igualmente a ausência de qualificação técnica suficiente para prestação do serviço. O responsável técnico, Sr. Maicon Wiliam Muller, possuía apenas 8 (oitos) meses de experiência quando da assinatura do contrato.

Ressalta-se que o serviço contratado é de **natureza especializada**, **visto que o objeto trata da fiscalização de todas as obras do Município, obras complexas como construção de estradas, captação e abastecimento de água, drenagem e irrigação**.

Foram juntados aos autos documentos de objeto diverso do contratado, comprovando serviços de arquitetura de interiores (reforma de imóvel), construção de salão para fins comerciais, regularização de imóvel e atuação em projeto de remembramento e desdobro perante Prefeitura Municipal de Campo Grande/MS.

Desta forma os documentos juntados não tem o condão de comprovar que o profissional detém a experiência necessária para atender o objeto, até mesmo porque este abarca a prestação de serviço de estudo, fiscalização com todas as suas obras complementares, construção de estradas, obras de captação e abastecimento de água, obras de drenagem e irrigação, entre outros, infringindo o art. 27 e 30 da Lei 8.666/93.

Aliás, se considerar que o correto seria que o contrato fosse um profissional ou empresa de notória especialização (art. 25, II, da Lei de Licitações), como poderia o presente contratado comprovar que, após 8 (oitos) meses da conclusão do curso, poderia deter a especialização em todas as áreas, tendo em vista o objeto licitado (*prestação de serviço de estudo, fiscalização com todas as suas obras complementares; de construção de estradas; de obras de captação e abastecimento de água; de obras de drenagem e irrigação, de obras destinadas ao aproveitamento de energia e dos trabalhos relativos às máquinas e fábricas; de obras peculiares ao saneamento urbano e rural; fiscalização dos serviços de urbanismo)*.

Quanto ao Contrato Administrativo n.º 082/2015, a ilegalidade do procedimento licitatório por si só, tem o condão de ensejar a irregularidade e ilegalidade da formalização contratual, mesmo que os julgamentos das fases sejam independentes, conforme art. 49, §2º, da Lei n.º 8.666/93.

Todavia, vale frisar que a Equipe Técnica constatou que o contrato cria relação de subordinação com a Administração Pública, não sendo contratação de prestação de serviço e sim admissão de forma disfarçada.

Destaca-se a cláusula 2ª, item 2.1 do contrato que obriga o responsável técnico da contratada a cumprir carga horária de 40 horas semanais, bem como outra cláusula determina o pagamento mensal de R$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais), totalizando R$ 50.400,00 (cinquenta mil e quatrocentos reais).

Assim, considerando que há carga horária obrigatória, pagamento de valor fixo mensal ao invés de pagamento a partir aferição do que foi efetivamente fiscalizado, conclui-se pela relação de subordinação, portanto pela irregularidade e ilegalidade do contrato administrativo, cabendo aplicação de multa ao Responsável.

Ante o exposto, no exercício do juízo singular conferido pelo artigo 10, II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas/MS, e acompanhando o entendimento da Equipe Técnica da 6ª Inspetoria e do Ministério Público de Contas, **DECIDO** no sentido de**:**

1) Declarar a ***irregularidade*** e ***ilegalidade*** do procedimento licitatório, Pregão Presencial n.º 104/2015 (**1ª fase**), nos termos do art. 120, da RN n.º 76/13, c/c art. 59, III, da LC n.º 160/12;

2) Declarar a ***irregularidade*** e ***ilegalidade*** da formalização do Contrato Administrativo n.º 82/2015 (**2ª fase**), nos termos do art. 120, II, da RN n.º 76/13, c/c art. 59, III, da LC n.º 160/12;

3) Aplicar multa regimental no valor de **100 (cem) UFERMS ao *Sr. Gerson Garcia Serpa***, Ex-Prefeito Municipal, responsável pelo procedimento licitatório e formalização contratual, por infração à norma legal, com base no art. 170, I, da RN n.º 76/2013 c/c o art. 45, I, da LC n.º 160/12;

4) Conceder prazo regimental de 60 (sessenta) dias para que se comprove o recolhimento da multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul – FUNTC, com base no art. 83, da LC n.º 160/2012, sob pena de execução; e

5) Comunicar o resultado do julgamento às Autoridades Administrativas competentes, com base no artigo 50 da Lei Complementar n.º 160/2012.

É a Decisão.

Nos termos do artigo 70, §2º, do Regimento Interno, **determino** a remessa destes autos ao Cartório para providências regimentais.

Campo Grande/MS, 23 de abril de 2019.

MARCIO MONTEIRO
RELATOR

JPF