

- O item 5.5.2 faz inserir exigência de vinculação entre o atestado de capacidade técnica com o Acervo Técnico do Responsável, em desacordo com a jurisprudência desta Corte, consoante TC-24447/026/06, cujo entendimento é no sentido de que o vínculo do aludido profissional para com a licitante deve ter como marco a data do oferecimento das propostas. O atestado exigido é documento inerente à capacidade técnico-operacional, assim como o acervo técnico é documento referente à capacidade técnico-profissional, cujo vínculo deverá ocorrer somente a partir da data do oferecimento das propostas;

- O Acervo Técnico não é documento inerente à empresa que executará as obras, mas do profissional que se responsabilizará tecnicamente por ela, consoante TC-17660/008/02;

- Houve imposição de apresentação dos quantitativos exigidos em um único atestado, em desacordo com o entendimento desta Corte, a exemplo do TC-2165/004/03;

- O item 5.6.5 exigiu prova de capital social superior a 10% do valor total do orçamento, em desacordo com a jurisprudência desta Corte, consoante TC-38908/026/06;

- O item 18.2 exigiu a realização da visita técnica pelo seu responsável técnico munido do documento de vínculo com a empresa;

- Segundo Tabela PINI, o preço médio do concreto estrutural era de R\$226,51, sendo que o valor ofertado pela empresa "Cap" foi de R\$1.209,00, ou seja, superior em 433,75%.

Fixado prazo, nos termos do inciso XIII, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 709/93, a origem trouxe aos autos documentação e, em resumo, as seguintes alegações:

1) Quando da declaração da existência de recursos, não houve determinação de quanto caberia a cada fonte de recurso;

2) Tal rateamento se daria quando do efetivo empenhamento da despesa, levando em consideração a disponibilidade de cada uma das fontes;

3) Qualquer uma das fontes de recursos onera a mesma classificação funcional-programática, sendo certo que havia saldo suficiente para fazer frente à despesa;

4) Referida obra pode ser suportada integralmente por recursos da educação, visto que a sua utilização se dará na execução de programas, projetos e ações exclusivamente ligados à manutenção e desenvolvimento do ensino;

5) Ao elaborar o edital, interessava ao município, saber sobre a qualificação técnica de quem iria se responsabilizar pela obra, assinar o contrato e etc.;

6) Referidos atestados são também anexados nas Certidões de Acervo Técnico emitidas em razão dos profissionais, constando cópia arquivada no Conselho de Engenharia, sendo de fácil acessibilidade a qualquer licitante;

7) A Municipalidade, a fim de cercar-se de maior segurança, exige da licitante também a Certidão de Acervo Técnico referente à mesma obra em que a empresa apresentou atestados;

8) As falhas concernentes à exigência de capital social superior a 10% do valor total do orçamento e do envio do responsável técnico para realizar a visita técnica, munido do documento de vínculo com a empresa, passaram despercebidas sendo que a Administração já tomou providência no sentido de saná-las;

9) Não procede a colocação de que o valor ofertado do concreto está 433,75% superior ao pesquisado no mercado, pois está bastante claro na descrição do item 27.1 que o preço ofertado trata do fornecimento de concreto bombeável, dosado em central fck = 25,0mpa, estando embutido também no preço a execução de armadura de aço CA-50 e CA-60, com execução de formas de madeira, dotadas de sarrafos, escoramento, pregos, arames, equipamento de bombeamento, desmoldante para formas, transporte, adensamento e acabamento;

10) Trata-se o preço proposto de preço global por m³ de "concreto armado", sendo descabida a comparação com o preço de mercado somente do insumo "concreto";

11) Devido ao excesso de trabalho houve atraso na providência de remeter para a publicação do extrato de contrato.

12) Foi anexado nos autos a reclamada cópia da garantia contratual de 5%;

13) Houve descompasso do cronograma de execução devido a chuvas ocorridas no período;

14) A designação prévia de data e horário para visita técnica objetivou apenas facilitar a sua realização por parte das empresas.

Analisando o acrescido, a Assessoria Técnica entendeu ser regular a matéria.

De outro lado, a respectiva Chefia desaprovou a contratação, assim como a SDG, que concluiu pela irregularidade da licitação e do contrato, propondo a aplicação do disposto nos incisos XV e XXVII, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 709/93, consignando, em resumo, o seguinte:

- A exigência de apresentação de capital social superior a 10% do valor total estimado é restritiva, podendo ter influenciado no resultado do certame;

- A visita técnica em dia e horário únicos, realizada pelo responsável técnico da empresa (itens 18.1 e 18.2) é matéria fartamente combatida neste Tribunal, a exemplo do TC-650/006/09 (Pleno de 20/05/09)

- O item 5.5.2 é inadequado porque a CAT só deve ser exigida para comprovação da capacidade técnico-profissional, sendo que tal cláusula exigiu, ainda, a comprovação das parcelas selecionadas em único atestado, agravando a irregularidade e contrariando as súmulas nº 23 e nº 24;

- O item 5.5.4 exige que o responsável técnico faça parte do quadro permanente da empresa, afrontando a súmula nº 25.

O Secretário Diretor Geral propôs, ainda, aplicação de multa ao responsável pelos atos praticados, por desatendimento de diversos dispositivos da lei de regência e da jurisprudência desta Corte.

É o relatório.

PRIMEIRA CÂMARA
ITEM: 36

SESSÃO: 14/06/10
TC-000795/004/08

Concorrência e contrato celebrado entre a **Prefeitura Municipal de Marília** e a empresa **Cap Arquitetura e Construção Ltda.**, objetivando o fornecimento de material e mão-de-obra para construção do Centro municipal Educacional Esportivo e Cultural Professora Neusa Maria Bueno Ruiz Galetti (CMEEC) no Município.

As razões de defesa apresentadas pela origem foram insuficientes para justificar a totalidade das incorreções nos autos suscitadas.

O procedimento licitatório contrariou a legislação de regência e a jurisprudência desta Corte, havendo cláusulas no edital avessas à participação de proponentes no certame.

O item 5.5.2 exigiu comprovação da capacidade técnica operacional das licitantes por meio de único atestado e, ainda, acompanhado da Certidão de Acervo Técnico - CAT, extrapolando as disposições do artigo 30, da Lei Federal nº 8.666/93.

Nota-se que a forma de avaliação de aptidão das licitantes esteve circunscrita a documento que é emitido apenas em nome do profissional, demonstrando a impropriedade.

A Certidão de Acervo Técnico é emitida em nome da pessoa física, por ser documento que demonstra o exercício de atividades profissionais específicas, sendo que o artigo 4º, da Resolução CONFEA de nº 317/86, estabelece que "*o Acervo Técnico de uma pessoa jurídica é representado pelos Acervos Técnicos dos profissionais de seu quadro e de seus consultores devidamente contratados*".

Deste modo, faz-se a devida distinção entre a forma de comprovação de aptidão por meio de atestado de capacidade técnico-operacional e o atestado de capacidade técnico-profissional. Assim, o primeiro é devido pela

empresa licitante e comprovado por meio de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, e o segundo pelos profissionais responsáveis devidamente habilitados, com a apresentação das CAT's - Certidões de Acervo Técnico, nos exatos termos do artigo 30, da lei licitatória.

A qualificação técnica operacional deve ser avaliada tão somente por meio dos atestados emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

Há diversos julgados condenando tal prática, assim como os TC's: 23608/026/09, 884/006/09, 43411/026/09, 43412/026/09, 25061/026/08, 32536/026/08, entre outros, conforme observado pelo órgão técnico às fls.389.

O item 5.5.5 exigiu apresentação de declaração individual da pessoa indicada como responsável técnico, o que configura compromisso de terceiro alheio à disputa, extrapolando as disposições do artigo 30, da Lei Federal nº 8.666/93 e contrariando a súmula nº 15.

De forma inadequada o item 18.1 fixou data e horário únicos para realização da visita técnica, devendo ser ressaltado que este Tribunal já decidiu em diversas ocasiões que deve ser obedecido o prazo contido no artigo 21, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, a exemplo do TC-000650/006/09, entre outros.

Registre-se que as falhas aqui assinaladas foram condenadas por esta Corte, nos autos do TC-1139/004/06 - Voto proferido pelo eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga, acolhido pela Primeira Câmara, em Sessão de 09/12/08 - Irregulares a licitação e o contrato celebrado entre as mesmas partes.

A natureza de tais requisitos contrapõe-se com os termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e da lei de regência, porque não indispensável à garantia de consecução das obrigações contratuais, afastando, conseqüentemente, potenciais interessadas no certame.

Diz a doutrina que:

"O excesso infringe a sistemática constitucional acerca da universalidade de participação em licitações...Não é dever dos particulares demonstrarem que as exigências impostas pela Administração são excessivas. Ou seja, não é possível a Administração invocar algum tipo de presunção para transferir ao particular o ônus de prova extremamente complexa. Assim o é porque foi a Constituição que determinou a admissibilidade apenas de exigências as mais mínimas possíveis. Portanto, quando a Administração produzir exigências maiores, recairá sobre ela o dever de evidenciar a conformidade de sua conduta em face da Constituição. Mas há outro motivo para isso é que, se a Administração impôs exigência rigorosa, fê-lo com base em alguma avaliação interna. Em última análise, a discricionariedade das exigências de qualificação técnica operacional não significa que a Administração possa as escolher como bem entender. A escolha tem de ser resultado de um processo lógico, fundado em razões técnico-científicas". (FILHO, MARÇAL JUSTEN, COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, 10ª EDIÇÃO, EDITORA DIALÉTICA, PÁGINAS 324 E 325).

Levando em conta que 28 (vinte e oito) empresas interessadas adquiriram o respectivo instrumento convocatório, a competitividade do certame não se mostrou adequada diante da participação de apenas 04 (quatro) licitantes.

A atividade administrativa afrontou, à luz dos princípios da isonomia, da competitividade, da eficiência e da moralidade, o caput e inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal e o artigo 3º, da Lei Federal nº. 8.666/93.

Por consequência, não restou assegurada a seleção da melhor contratação, nem da proposta economicamente mais vantajosa à Administração.

Assim diz a doutrina:

"os preceitos legais devem ser observados, não se admitindo sua inobservância sob a alegação que os

interesses dos administrados estariam melhor assegurados de outra forma. O legislador nacional, ao editar a Lei n.8.666/93, pressupôs que todas as normas ali expostas atendiam o interesse público preservando a atuação eficiente da Administração. O administrador público não está autorizado a, no caso concreto, deixar de observar qualquer desses preceitos, por melhor que possam ser suas intenções. A submissão ao comando legal é alicerce do Estado de Direito. É um equívoco pensar que o resultado, por si só justifica a adoção de quaisquer meios...Não se pode falar em eficiência da atuação estatal quando os meios adotados afastam-se dos legalmente admitidos". (DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA - RAMOS, DORA MARIA DE OLIVEIRA - TEMAS POLÊMICOS SOBRE LICITAÇÕES E CONTRATOS - 5ª EDIÇÃO, REVISTA E AMPLIADA - MALHEIROS EDITORES - PÁGINAS 48/49).

A rigor, a prática adotada enseja a aplicação de multa aos responsáveis pela contratação, nos termos do artigo 104, inciso II, da Lei Orgânica deste Tribunal, devendo a penalidade ser fixada em 1.500 (mil e quinhentas) UFESP's, importância que se revela apropriada ao caso concreto, considerando a gravidade das irregularidades praticadas e o valor envolvido na contratação.

Ante o exposto, compartilhando as manifestações desfavoráveis da auditoria, da Chefia da Assessoria Técnica e da SDG, **Voto pela Irregularidade da Concorrência e do respectivo Contrato, determinando o acionamento do disposto nos incisos XV e XXVII, do artigo 2º, da Lei Complementar nº. 709/93, concedendo ao Exmo. Prefeito Municipal de Marília o prazo máximo de 60 (sessenta) dias, para que informe esta Corte acerca das providências adotadas em face das irregularidades constatadas.**

VOTO pela aplicação de multa individual de 1.500 (mil e quinhentas) UFESP's ao Senhor Mário Bulgareli - então Prefeito Municipal de Marília, autoridade responsável que homologou a licitação, assinou o contrato e adjudicou o respectivo objeto e de 1.000 (mil) UFESP's ao Senhor Antonio Carlos Nasraui - então Secretário Municipal de Obras Públicas, autoridade responsável que também assinou o contrato, nos termos do artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº. 709/93, por violação do caput e inciso

XXI, do artigo 37, da Constituição Federal e do artigo 3º, da Lei Federal nº 8.666/93, fixando-lhes o prazo máximo de 30 (trinta) dias para atendimento.

**EDUARDO BITTENCOURT CARVALHO
CONSELHEIRO**

RJC