

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 000.267/2018-0

Natureza: Representação.

Órgão/Entidade: Município de Marília – SP

Representante: Deputado Estadual José Abelardo Guimarães Camarinha (CPF 382.337.548-20)

Representação legal: Alysson Alex Souza e Silva (Procurador Geral do Município de Marília – SP - OAB/SP 256.087)

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EXECUÇÃO DE SISTEMA DE TRATAMENTO DE ESGOTO COM RECURSOS FEDERAIS. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NO EDITAL. EXIGÊNCIA CUMULATIVA DE CAPITAL SOCIAL MÍNIMO E DE GARANTIA DE PROPOSTA. AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA ANÁLISE DAS PROPOSTAS TÉCNICAS. ADOÇÃO INDEVIDA DE LICITAÇÃO DO TIPO TÉCNICA E PREÇO. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. OITIVA. ARGUMENTOS APTOS A AFASTAR EM PARTE AS SUPOSTAS IRREGULARIDADES APONTADAS PELO REPRESENTANTE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. CIÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME. COMUNICAÇÕES. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como parte integrante do Relatório a instrução da Secretaria de Controle Externo no Estado de São Paulo – Secex-SP, cujo exame e encaminhamentos foram endossados pelo corpo diretivo da unidade (peças 26-28):

“INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de representação, com pedido de medida cautelar, formulado pelo Sr. José Abelardo Guimarães Camarinha, Deputado Estadual, contra o Edital de Concorrência Pública 001/2017, promovido pela Prefeitura Municipal de Marília/SP, que objetiva a contratação de empresa especializada para fornecimento de material e mão de obra para execução do sistema de afastamento e tratamento de esgoto – ETE Pombo e ETE Barbosa.

2. O representante mencionou a existência das seguintes irregularidades no Edital de Concorrência Pública 1/2017 capazes de macular o certame:

- a) exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia da proposta (peça 1, p. 1-3);
- b) ausência de critérios objetivos para análise das propostas técnicas (peça 1, p. 3-5);
- c) exigência de percentuais mínimos acima de cinquenta por cento dos quantitativos de maior relevância da obra (peça 1, p. 5-6); e
- d) exigência minuciosa de itens no atestado de capacidade técnica (peça 1, p. 6-8).

HISTÓRICO

3. Ao analisar a presente representação, esta Unidade Técnica ponderou que o edital continha indícios das irregularidades mencionadas na representação, além da possibilidade de adoção, de forma indevida, do tipo de licitação “técnica e preço”. Em decorrência, esta Secretaria propôs ao Ministro Relator, entre outras medidas:

a) determinar, em razão do pedido formulado pela representante, cautelarmente, nos termos do art. 276, caput, do Regimento Interno/TCU, à Prefeitura Municipal de Marília/SP que suspenda o prosseguimento da licitação referente ao Edital de Concorrência 001/2017;

b) determinar, nos termos do art. 276, § 3º, do Regimento Interno/TCU, a oitiva da Prefeitura Municipal de Marília, para, no prazo de até 15 dias, manifestar-se sobre os seguintes fatos:

b.1) exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia da proposta, em afronta ao disposto no art. 31, § 2º, da Lei 8.666/93 e na Súmula TCU 275;

b.2) ausência de critérios objetivos para análise das propostas técnicas, em afronta aos arts. 3º, 40, inciso VII, 44, § 1º, e 45, da Lei 8.666/1993;

b.3) necessidade da inclusão dos itens 5.0, 6.0, 7.0 e 8.0 no Anexo II do edital para comprovação da capacidade técnica operacional;

b.4) adoção de tipo indevido de licitação, técnica e preço, na Concorrência nº 8/2008, em inobservância ao art. 46 da Lei nº 8.666/1993;

4. O Ministro Relator, ao apreciar proposta desta Secretaria, determinou (peça 6):

7.1 a suspensão cautelar da Concorrência Pública 001/2017, até que o Tribunal se pronuncie definitivamente quanto ao mérito da representação; e

7.2 a realização de oitiva do Município de Marília – SP, para, no prazo de até quinze dias, manifestar-se sobre os as questões suscitadas nos presentes autos, alertando quanto à possibilidade de o Tribunal vir a anular a licitação objeto da Concorrência Pública 001/2017;

5. Prosseguindo, o Plenário desta Corte de Contas, na Sessão de 17/1/2018, por meio do Acórdão 35/2018-TCU-Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz, referendou a medida cautelar e a oitiva determinada à peça 6; além disso, conheceu da presente Representação, “vez que satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, e nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno”.

6. Esta Unidade Técnica, atendendo a determinação do Ministro Relator, comunicou a Prefeitura de Marília, por meio do Ofício 25/2018, a suspensão cautelar do referido processo licitatório, bem como, em oitiva, solicitou que se pronunciasse sobre os pontos questionados na presente representação (peça 7).

EXAME TÉCNICO

7. Em resposta à oitiva promovida por esta Secretaria, por meio do mencionado ofício, a prefeitura apresentou, intempestivamente, os esclarecimentos constantes das peças 12-21.

8. Inicialmente, a representada alega as seguintes preliminares:

9. O documento da representação não foi assinado pelo requerente, o que torna inválida a representação. A assinatura constante no documento de representação é uma falsificação grosseira do requerente, conforme pode se ver na peça 12, p. 2.

Análise

9.1 Deve-se ressaltar que o representante já foi Prefeito de Marília.

9.2 De fato, as assinaturas constantes na peça 12, p. 2, para um leigo, são distintas. Entretanto, a caligrafia das pessoas não é imutável. Deve-se ponderar que as caligrafias podem ser alteradas com o passar do tempo ou quando se sofre alguma doença (ex: Parkinson, AVC etc).

9.2 Portanto, para afirmar categoricamente que as assinaturas foram apostas por pessoas distintas, há necessidade de juntar aos autos laudos de peritos, ônus esse do representado, que alegou essa suposta irregularidade.

9.3 Ainda que a assinatura seja inválida, ao vislumbrar a ocorrência de irregularidades, esta Unidade Técnica, conforme disposto no art. 237, inciso VI, do RI/TCU, pode sanar essa falha formal e representar junto a esta Corte de Contas.

9.4 Por outro lado, importa destacar declaração sobre o tema disponível na internet, datado de 9/2/2018, da imprensa local, atribuído ao representante (<https://marilianoticia.com.br/esgoto-representacao-de-camarinha-pode-ser-anulada/>), acessado em 21/2/2018):

Não há nenhuma falsificação. Eu assinei digitalmente e ratifico a representação que fiz junto ao TCU. Estranho a Prefeitura sempre fugir do mérito das acusações. Porque será que não discutem as graves denúncias ao invés das meras formalidades da representação?

9.5 Assim, entendemos que a preliminar apresentada não deve ser acolhida.

10. A representação foi intempestiva, visto que (peça 12, p. 3-5):

a) o art. 41, § 1º, da Lei 8.666/1993, estabelece o prazo, para o cidadão impugnar o edital perante a Administração, de até 5 dias úteis antes da data prevista para a abertura dos envelopes de habilitação. A representação foi protocolada apenas em 4/1/2018, segundo dia útil anterior à abertura dos envelopes.

b) o prazo para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas foi excedido, considerando o disposto no art. 113, § 2º, da Lei de Licitações, que permite aos órgãos de controles solicitar, até o dia imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitações. O Despacho do Ministro Relator é posterior a data de recebimento das propostas (8/1/2018).

Análise

10.1 O fato de o representante, aparentemente, não ter solicitado a impugnação do edital no prazo estabelecido no art. 41, §1º, da Lei 8.666/1993, não o impede de representar perante este Tribunal com fulcro no art. 113, §1º, da citada Lei.

10.2 Quanto ao disposto no art. 113, § 2º, da mencionada Lei, este Tribunal, de fato, após a entrega dos envelopes de habilitação, não pode mais determinar a adoção de medidas corretivas em relação ao edital. Após a entrega das propostas, não faria sentido mudar as regras contidas no instrumento convocatório do certame licitatório.

10.3 Por outro lado, esta Corte, com fulcro no disposto no 71, IX, da Constituição Federal, bem como do art. 45 da Lei 8.443/1992, possui poder de determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.

10.4 Tal posicionamento encontra guarida, inclusive, em posicionamento do Supremo Tribunal Federal (MS 26000/SC, rel. Min. Dias Toffi, de 16/10/2012).

10.5 Dessa maneira, entendemos que a preliminar arguida não merece prosperar, já que esta Corte pode, sim, anular a questionada licitação, até mesmo se o contrato já tiver sido assinado.

Importância do sistema de afastamento e tratamento de esgoto – ETE Pombo e ETE Barbosa para o Município

11. O Município de Marília possui 235.000 habitantes e, até hoje, não possui sistema de tratamento de esgotos. Os dejetos são lançados diretamente aos cursos de água lindeiros. Por outro lado, desde 1994, o município busca resolver esse problema, quando contratou projetos e obras.

12. Os dois contratos anteriores, obtidos através de licitação de menor preço, não lograram em êxito. As empreiteiras abandonaram as obras.

13. Segue a transcrição do edital da Concorrência 1/2017, acerca das supostas particularidades do questionado certame licitatório:

2.6. A motivação desta licitação, apresenta as seguintes particularidades:

2.6.1. As obras foram interrompidas em decorrência de dificuldades técnicas, operacionais, empresariais e, principalmente, econômicas, advindas à empresa construtora contratada através do contrato CO 01/2013, como já descrito no item 1.1 deste edital. Por esse contrato foram executadas partes de coletores e redes,

assim como parte das obras das estações de tratamento de esgotos. As interfaces das obras concluídas anteriormente com as obras a executar estão indicadas nos desenhos apresentados no Anexo A.

2.6.2. O objeto desta licitação refere-se a obras, mesmo que parciais, de grande vulto econômico e tecnologia de execução compatível com a complexidade da especialidade de tratamento de esgotos sanitários. É importante lembrar que uma obra com tal finalidade e envergadura não deve correr riscos, por menores que sejam, de não apresentarem condições satisfatórias de funcionamento e eficácia, pois uma vez implantadas, dificilmente poderão sofrer modificações e adaptações, a par dos custos proibitivos que geralmente ocorrem em tais casos.

2.6.3. O contrato ora colimado, além da execução cuidadosa e sofisticada das obras e instalações em pauta, envolvem subsequentemente os serviços especializados de pré-operação de estações de tratamento de esgotos sanitários.

2.6.4. Sob o princípio que uma obra de engenharia não se restringe a contratos de atividades estanques, porém subsequentes, de estudos, projetos, execução e montagens, mas deve visar primordialmente a operação satisfatória para bem servir a população usuária e pagante dos serviços, a Administração Municipal entende que, nesta oportunidade, cada licitante deverá apresentar análise conceitual da solução prevista no contrato CO 01/2013 seguida do descritivo minucioso da metodologia de construção e montagens, em busca de redução de riscos operacionais futuros, observando a manutenção dos quesitos de qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade.

2.6.5. Sob tais considerações, resultou o tipo “TÉCNICA E PREÇO” adotado nesta licitação.

14. O financiamento das obras em pauta é objeto do Termo de Compromisso n.º 0350.877-96/2011-SP firmado pelo Município com a Caixa Econômica Federal em 31/08/2011, conexo ao PAC2-Decreto n.º 7488, de 24/05/2011. Nesse tipo de financiamento, inadimplências na execução das obras financiadas geram pesadas penalidades, inclusive a possibilidade de devolver parcelas anteriormente já liberadas pela CEF (peça 12, p. 6).

Alegações de caráter geral

15. O disposto no art. 171 do Regimento Interno do TCU estabelece que “nenhum ato será declarado nulo se do vício não resultar prejuízo para a parte, para o erário, para a apuração dos fatos pelo Tribunal ou para a deliberação adotada”.

Análise

15.1 As irregularidades apontadas nesta representação, bem como a adoção de tipo de licitação inadequada e sem respaldo legal, possuem o potencial de restringir a competitividade do certame, onerar indevidamente o preço pago pela Administração e favorecer ou não determinada interessada (em razão do uso de critério de julgamento subjetivo), como poderá ser observado nas análises subsequentes.

15.2 Assim, somos de opinião que o disposto no art. 171 do RI/TCU não é aplicável ao caso concreto.

16. O representado alega que, em razão de que as propostas técnicas e econômicas já terem sido abertas, em caso de nova licitação, haverá certamente a alegação de nulidade pela violação do princípio do sigilo das propostas, em afronta à competitividade do certame.

Análise

16.1 A mera abertura da proposta ofertada pela empresa interessada não gera direito adquirido a contratar com a Administração, e muito menos impede que o órgão de controle possa atuar, determinado à Administração a adoção de medidas para sanar as irregularidades constatadas.

Alegações sobre os pontos questionados na Representação

17. a) Exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia da proposta, em desconformidade com as disposições do art. 31 da Lei 8.666/1993 e com a Súmula TCU 275 (peça 12, p. 7-11)

17.1 O Município de Marília entende que as exigências de capital social mínimo e de garantia da proposta são distintas e com objetivos distintos entre si.

17.2 O capital social mínimo é exigido para verificar se a contratada possui suporte econômico e financeiro para arcar com os compromissos contratuais.

17.3 A garantia de manutenção da proposta visa evitar o arrependimento do licitante vencedor. Assim que proclamado o vencedor, os demais licitantes terão suas garantias devolvidas.

17.4 O art. 31 da Lei 8.666/1993, no tocante à qualificação econômico-financeira, limita a documentação exigida a: balanços e demonstrações contábeis, certidão negativa de falência ou concordata e garantia prevista no caput e § 1º do art. 56 da citada lei.

17.5 Pondera, ainda, que o § 2º do art. 31 da Lei de Licitações faculta a Administração exigir valores mínimos para:

- a) capital social ou patrimônio líquido; e
- b) garantia de proposta prevista no § 1º do art. 56.

17.6 Alega que tal interpretação é respaldada na jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

Súmula 27 – Em procedimento licitatório, a acumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador, respeitados os limites previstos na lei de regência.

17.7 A ideia da incompatibilidade de exigir cumulativamente o limite de capital social com a garantia da proposta implica que bastaria somente exigir a garantia da proposta para atestar a capacidade econômica financeira do licitante.

17.8 Entende que essa interpretação conduziria à conclusão de que seria ilegal a exigência de garantia no âmbito do contrato.

Análise

17.9 Para sanar quaisquer dúvidas, importa transcrever o disposto no art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

...

§ 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. (grifo nosso)

17.10 Ao contrário do posicionamento do representado, não vislumbramos a possibilidade de que a expressão “**ou ainda**” possa ser interpretado como “**e também**”.

17.11 A mera exigência da garantia da proposta, na hipótese de incompatibilidade de exigência cumulativa de capital social mínimo com garantia da proposta, ao contrário da conclusão do representado, não atestaria a capacidade econômico-financeira da licitante, pois haveria, ainda, a necessidade de comprovar as exigências dispostas nos incisos I a III do art. 31 da Lei de Licitações.

17.12 Não vislumbramos, ainda, como o representado chegou a ilação de que a vedação de exigência cumulativa de capital social mínimo com garantia da proposta redundaria em considerar ilegal a exigência de garantia no âmbito do contrato.

17.13 O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em função do princípio federalista e à autonomia político-administrativa, não está obrigado a seguir jurisprudência desta Corte de Contas e vice-versa.

17.14 No âmbito do TCU, conforme já relatado na instrução de peça 4, o entendimento sobre o tema está consubstanciado na 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.

17.15 A jurisprudência do Tribunal é clara ao afirmar que a Administração não pode exigir, para a qualificação econômico-financeira das empresas licitantes, a apresentação de capital social ou patrimônio líquido mínimo junto com prestação de garantia para participação no certame (Acórdãos 383/2010-TCU-2ª

Câmara, rel. Aroldo Cedraz; 556/2010-TCU-Plenário, rel. Raimundo Carreiro; 2.098/2010-TCU-1ª Câmara, rel. Augusto Nardes; 107/2009-TCU-Plenário, rel. Augusto Sherman; 1.102/2009-TCU-1ª Câmara, rel. Walton Alencar Rodrigues; 1.265/2009-TCU-Plenário, rel. Benjamin Zymler; 2.073/2009-TCU-Plenário, rel. Benjamin Zymler; 6.613/2009-TCU-1ª Câmara, rel. Walton Alencar Rodrigues; 1.039/2008-TCU-1ª Câmara, rel. Marcos Bemquerer; 701/2007-TCU-Plenário, rel. Benjamin Zymler e 1.028/2007-TCU-Plenário, rel. Ubiratan Aguiar).

17.16 Portanto, no que diz respeito à exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia da proposta (itens 8.4.4 e 8.4.6 do edital), assiste razão ao representante, já que tal exigência é desprovida de qualquer respaldo legal.

18. b) Ausência de critérios objetivos para a análise das propostas técnicas, em afronta aos arts. 3º, 40, inciso VII, 44, § 1º, e 45, da Lei 8.666/1993 (peça 12, p. 12-14).

18.1 O município transcreve os itens 10 e 12.9 do edital, que tratam basicamente de conteúdo das propostas e dos critérios de julgamento.

18.2 Alega que os dirigentes de engenharia e engenheiros que não compreenderem o conteúdo exigido são incapazes de concorrer a licitação.

Análise

18.3 Em razão de o representado ter se limitado a transcrever trechos do edital, que já foi objeto de análise por esta Secretaria na instrução de peça 4, itens 10 a 19, somos de opinião que o posicionamento desta Unidade Técnica deve ser mantida.

19. c) Exigência de percentuais acima de 50% dos quantitativos de maior relevância da obra.

19.1 O município apresenta quadro comparativo entre as quantidades previstas na planilha e os percentuais mínimos exigidos de cada item no edital (peça 12, p. 15). Afirma, ainda, que o edital respeitou as Súmulas 23 e 24 do TCE/SP.

Análise

19.2 A exigência de percentuais acima de 50% do quantitativo de maior relevância da obra não foi objeto de questionamento ao Município por esta Unidade Técnica. O tema já foi analisado nos itens 20 a 25 da instrução de peça 4.

20. d) Exigência minuciosa de itens no atestado de capacidade técnica (peça 12, p. 16-17).

20.1 Em razão das obras serem de grande significado sanitário para Marília, ponderou-se pela necessidade de cuidados especiais na seleção de empresas capazes e experientes no ramo da engenharia de saneamento básico.

20.2 Os itens verificados na experiência dos licitantes restringiram-se: a) tubulação em ferro fundido, b) sistema de aeração em tratamento de esgotos, c) aterros, d) escavações, e) construção de estação elevatória, f) construção de estação de tratamento de esgotos, g) pré-operação de ETE, e h) tubulação em geral

20.3 Os textos considerados minuciosos pelo representante foram retirados, observando o inteiro teor, das tabelas de preços do SINAPI.

20.4 Além disso, alega que sempre prevalece a última publicação do edital (peça 12, p.14).

Análise

20.5 Ainda que prevaleça a última versão, as alterações posteriores indicam que o edital original, antes de publicado, não foi submetido à cuidadosa revisão.

20.6 Por outro lado, ainda que a Lei se refira a parcelas de maior relevância, não é tarefa fácil definir exatamente quais devem ser consideradas imprescindíveis à execução do objeto. E, diante das particularidades de cada caso, cabe a Administração definir o que ela considera parcelas de maior relevância.

20.7 Não havendo indício de que as parcelas solicitadas possam ter restringido o caráter competitivo do certame, somos de opinião que, a princípio, as questionadas exigências podem ser aceitas.

21. e) Adoção de tipo indevido de licitação ‘técnica e preço’ na Concorrência nº 1/2017, em inobservância ao art. 46 da Lei nº 8.666/1993.

21.1. Em relação à adoção de licitação do tipo técnica e preço, o município entende que esse tipo é o mais adequado, conforme disposto no art. 37 da Constituição. Uma nova interrupção pode redundar no não atendimento à população da utilização de sistema de tratamento de esgoto.

21.2 Prosseguindo, o ente vislumbra, ainda, que o art. 46 da Lei de Licitações foi atendido, visto haver no edital a previsão de serviços de natureza intelectual e a elaboração de estudos técnicos e projetos.

Análise

21.3 A motivação para a escolha da modalidade está no corpo do edital, conforme transcrito no item 13 desta instrução.

21.4 Visto que o representado não apresentou novos elementos, somos favoráveis a manter a posição desta Secretaria já manifestada nos itens 33 a 38 da instrução de peça 4:

33. Outro ponto que merece destaque é a escolha da modalidade da licitação. Conforme pode ser observado no item 2.6 do edital (peça 2, p. 2) o motivo da escolha do tipo técnica e preço foi porque as obras já teriam sido “interrompidas em decorrência de dificuldades técnicas, operacionais, empresariais e, principalmente econômicas”.

34. Segundo o edital, como as atividades não serão estanques e exigirão estudos e projetos será mais adequado adotar o tipo “técnica e preço”.

35. Ocorre que segundo o artigo 46 da Lei 8.666/93 o tipo “técnica e preço” só deve ser utilizado quando a licitação se referir a um serviço predominantemente intelectual, o que não parece ser o caso:

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

36. A jurisprudência do TCU também é neste sentido, conforme observa-se no Acórdão 503/2008-Plenário, proferido pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz:

É vedada a licitação do tipo técnica e preço quando não estiver caracterizada a natureza predominantemente intelectual da maior parte do objeto que se pretende contratar, à vista do disposto no art. 46, caput da Lei nº 8.666/1993.

37. Em uma análise inicial do objeto da licitação: “fornecimento de material e mão de obra para execução do sistema de afastamento e tratamento de esgoto – ETE Pombo e ETE Barbosa”, não parece que o serviço a ser contratado é um serviço predominantemente intelectual.

38. A própria Prefeitura de Marília ao explicar o motivo da empresa inicialmente contratada não ter concluído o serviço informou que o motivo principal teria sido econômico e não técnico.

21.5 Complementando a análise, de acordo com o portal na internet ‘Marília Notícias’, no noticiário com o seguinte título “Esgoto: Camarinha pode ter pedido anulado no TCU”, um acórdão do Tribunal de Justiça, de 1992, obrigou o Município de Marília a iniciar os trabalhos relacionados à estação de tratamento de esgoto, entretanto o citado ente da federação se manteve inerte. A obra teve novo início em 2005, quando parou em 2008, em razão de atraso da Prefeitura de Marília no pagamento do empréstimo de R\$ 25 milhões junto ao BNDES. (<https://marilianoticia.com.br/esgoto-representacao-de-camarinha-pode-ser-anulada/> , acessado em 21/2/2018).

21.6 Segundo esse veículo de imprensa, o gestor na época era o representante. E o filho dele, em 2013, prometeu a conclusão da obra, mas a mesma se encontra parada desde 2015.

21.7 Prosseguindo, não há elementos para afirmar que o tipo de licitação ‘de menor preço’ foi determinante para a paralisação das obras.

21.8 Importa destacar, ainda, o disposto no §3º do art. 46, já transcrito no item anterior, da mencionada Lei:

§ 3º Excepcionalmente, os tipos de licitação previstos neste artigo poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto

majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

21.9 Não vislumbramos a possibilidade de o objeto da licitação atender o disposto no comando legal retro mencionado, visto que não se trata execução de obras e serviços de grande vulto majoritariamente dependente de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, ou seja, em nossa visão, o único tipo aceitável é o de menor preço (art. 45, § 1º, inciso I, da Lei de Licitações).

21.10 Conforme disposto no item 12.3.7 do edital, a nota técnica, que apresenta critérios subjetivos para sua valoração, corresponde a 50% da nota final. Ao atribuir peso excessivo para a proposta técnica, é bastante provável que esse tipo de licitação possa redundar em dano ao erário, permitindo que uma empresa, mesmo apresentando um preço elevado, possa vencer a licitação.

21.11 Portanto, propomos, com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, bem como no art. 45 da Lei 8.443/1992, que seja determinado à Prefeitura Municipal de Marília/SP que anule Concorrência Pública 1/2017.

Outras informações relevantes

22. Além das justificativas apresentadas, o município apresentou os documentos a seguir:

- a) Edital da Concorrência 1/2017 (peça 14);
- b) Ata de abertura da Concorrência 1/2017, de 8/1/2018 (peça 15);
- c) Ata de julgamento das habilitações do citado certame, de 12/1/2018 (peça 16);
- d) Ata de abertura da proposta técnica, datada de 16/1/2018 (peça 17);
- e) Ata de julgamento da proposta técnica, datada de 16/1/2018 (peça 18);
- f) Ata de abertura da proposta de preços, datada de 18/1/2018 (peça 19);
- g) Ata de julgamento da proposta de preços (peça 20); e

h) informações prestadas pelo Diretor de Suprimentos a PG 30 (órgão da Prefeitura de Marília) para subsidiar as informações que seriam prestadas no âmbito do Mandado de Segurança impetrado pela empresa Telar Engenharia e Comércio S.A. (peça 21).

Análise

23. Pelas informações prestadas pelo Município, apenas a empresa Replan Saneamento e Obras Ltda. apresentou a proposta.

24. Na ata de julgamento, datada de 18/1/2018, a Comissão de Licitação desclassificou a empresa Replan sob a fundamentação de que “a proposta apresentada contempla em seu valor global, ou seja, somatória geral da planilha de todos os itens, porém os itens 6.2.1 e 6.2.2, estão ocultos na planilha física apresentada” (peça 20). Entretanto, com fulcro no art. 48, § 3º, da Lei de Licitações, o Município concedeu prazo até dia 31/1/2018, caso seja de interesse da empresa, apresentar nova proposta com as devidas correções.

25. Importa mencionar que o Município de Marília foi comunicado da suspensão do certame licitatório em 18/1/2018 (peça 11).

26. Em relação ao documento de peça 21, a não anexação da impugnação ao edital efetuada pela empresa Telar Engenharia e Comércio Ltda. prejudica a análise daquele documento, já que, nos autos, consta somente o ponto de vista do Município de Marília. No entanto, a nosso ver, os pontos questionados na representação são suficientes para opinar sobre a pertinência ou não da mesma.

27. Vale ressaltar que, em pesquisa efetuada na internet, de acordo com a imprensa local, a empresa Replan Saneamento e Obras Ltda. já presta inúmeros serviços a DAEM (Departamento de Água e Esgoto de Marília). <http://www.giromarilia.com.br/noticia/giro-marilia/empresa-de-marilia-disputa-privatizacao-do-daem/6922>

CONCLUSÃO

28. O objetivo principal das regras que regem as aquisições pela Administração é a contratação da proposta que lhe seja mais vantajosa, obedecidos os princípios básicos da Administração.

29. No caso particular, o edital da Concorrência 1/2017 apresenta inúmeras falhas que comprometem a possibilidade de a Administração contratar a proposta mais vantajosa, em especial:

a) uso do tipo de licitação técnica e preço, sem amparo legal, em detrimento do ‘de menor preço’, podendo redundar em uma aquisição por um preço elevado;

b) cláusulas restritivas como a exigência da apresentação de capital social mínimo junto com a prestação de garantia para participação no certame;

c) uso de critério de julgamento que pode ter vencedores distintos, dependendo do avaliador, em desacordo com o princípio do julgamento objetivo.

30. Considerando que já ocorreu inclusive a abertura da proposta de preços, não cabendo mais determinar alterações pontuais no edital, somos de opinião que se deva determinar a anulação do questionado certame.

31. Importa destacar que esta Corte de Contas, na Sessão de 17/1/2018, por meio do Acórdão 35/2018-TCU-Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz, já conheceu da presente Representação, vez que satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, e nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno.

32. Além disso, somos favoráveis a notificar a Caixa Econômica Federal sobre a representação, visto que, de acordo com o representado, os recursos para a consecução do objeto são provenientes do Termo de Compromisso 0350.877-96/2011-SP firmado pelo Município e a mencionada instituição financeira 31/8/2011

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

33. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) no mérito, considerar a presente representação parcialmente procedente;

b) com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c artigo 45 da Lei 8.443, de 1992, assinar prazo para que a Prefeitura Municipal de Marília/SP adote as providências necessárias ao exato cumprimento da Lei, promovendo a anulação da Concorrência Pública 001/2017, encaminhando posteriormente documentação comprobatória ao Tribunal de Contas da União;

b) dar ciência à Prefeitura de Marília sobre as seguintes irregularidades, identificadas no edital da Concorrência Pública 001/2017:

a) adoção do tipo de licitação técnica e preço em desacordo com as condições e os requisitos estabelecidos no caput e no § 3º, art. 46, da Lei 8.666/1993.

b) exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia da proposta (itens 8.4.4 e 8.4.6 do edital), em desconformidade com as disposições do art. 31 da Lei 8.666/1993 e com a Súmula TCU 275, caracterizando restrição ao caráter competitivo do certame;

c) ausência de critérios objetivos para análise das propostas técnicas (itens 10 e 12.9 do edital), em afronta aos arts. 3º, 40, inciso VII, 44, § 1º, e 45, da Lei 8.666/1993;

d) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido ao representante, a Caixa Econômica Federal e ao Município de Marília, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso tenham interesse, o Tribunal pode encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos para V. Sas.;

e) arquivar o presente processo.”

2. Estando os autos em meu gabinete, o Município de Marília-SP apresentou petição denominada “alegações finais” (peças 31-32).

É o Relatório.

VOTO

Conforme consignado no Relatório precedente, trata-se de Representação, com pedido de medida cautelar, formulada pelo Sr. José Abelardo Guimarães Camarinha contra o Edital de Concorrência Pública 001/2017, promovido pelo Município de Marília – SP, que objetiva a contratação de empresa especializada para fornecimento de material e mão de obra para execução do sistema de afastamento e tratamento de esgoto – ETE Pombo e ETE Barbosa.

2. A contratação possui verba federal conforme item 3 do edital (peça 2, p. 2). Segundo informações da Secex-SP, “em contato telefônico realizado com a Prefeitura de Marília foi informado que a verba federal se refere a um convênio firmado com o Ministério das Cidades”.

3. Em síntese, alega o representante (peça 1) que as seguintes irregularidades maculariam o certame: (i) exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia da proposta; (ii) ausência de critérios objetivos para análise das propostas técnicas; (iii) exigência de percentuais mínimos acima de 50% dos quantitativos de maior relevância da obra; e (iv) exigência de descrição minuciosa de serviços executados no atestado de capacidade técnica.

4. Em instrução às peças 4-5, a Secex-SP propôs o conhecimento da Representação, eis que estariam atendidos os requisitos de admissibilidade constantes do art. 113, §1º, da Lei 8.666/1993 e dos art. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU. Ademais, entendeu presentes os requisitos do **periculum in mora** e do **fumus boni iuris**, de que trata o art. 276 do Regimento Interno desta Corte, necessários para a concessão da medida acautelatória pleiteada, em função de o julgamento das propostas se encontrar em andamento e do entendimento, expressado pelo auditor, de que há indícios de irregularidades no certame, referentes à:

4.1. exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia da proposta, em afronta ao disposto no art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993, e no Enunciado 275 da Súmula de Jurisprudência do TCU;

4.2. ausência de critérios objetivos para análise das propostas técnicas, em afronta aos arts. 3º, 40, inciso VII, 44, § 1º, e 45, da Lei 8.666/1993;

4.3. necessidade da inclusão dos itens 5.0, 6.0, 7.0 e 8.0 no Anexo II do edital para comprovação da capacidade técnica operacional;

4.4. adoção de tipo indevido de licitação, técnica e preço, em inobservância ao art. 46 da Lei 8.666/1993.

5. Em despacho à peça 6, conheci da Representação, vez que presentes os requisitos legais e regimentais. Quanto aos requisitos para concessão de cautelar, em cognição sumária, entendi que o exame promovido pela Secex-SP demonstrara de forma adequada a presença do perigo na demora e da fumaça do bom direito, no que o incorporei como minha própria razão de decidir, e determinei, com fundamento no art. 276 do Regimento Interno:

“7.1. a suspensão cautelar da Concorrência Pública 001/2017, até que o Tribunal se pronuncie definitivamente quanto ao mérito da Representação; e

7.2. a realização de oitiva do Município de Marília – SP, para, no prazo de até quinze dias, manifestar-se sobre as questões suscitadas nos presentes autos, alertando quanto à possibilidade de o Tribunal vir a anular a licitação objeto da Concorrência Pública 001/2017;

7.3. o encaminhamento de cópia da instrução da Unidade Técnica, da Representação inicial e deste despacho ao Município de Marília – SP, a fim de subsidiar as manifestações requeridas.”

6. Posteriormente, a medida cautelar adotada e a oitiva determinada foram referendadas por esta Corte, nos termos do Acórdão 35/2018-TCU-Plenário (peça 8).

7. Promovida regularmente a oitiva do Município de Marília – SP (peças 7 e 11), manifestou-se aquele ente federado por intermédio dos documentos juntados às peças 12-21 e 23. Em síntese, afirmou: (i) que há nulidade da Representação, por falsificação grosseira da assinatura do requerente; (ii) que há nulidade da Representação, por intempestividade, vez que a impugnação do edital por parte de qualquer cidadão prescreveu em 2/1/2018, quinto dia útil que antecedeu a abertura da licitação, nos termos do art. 41 da Lei 8.666/1993; (iii) que a anulação do certame, após a abertura das propostas, levará a alegação de nulidade de nova licitação por violação do sigilo de proposta; (iv) que as exigências de capital social mínimo e de garantia da proposta são distintas, dissociadas e com objetivos diversos entre si, eis que a última visa evitar o arrependimento do licitante vencedor e estaria embasada no art. 56, § 1º da Lei 8.666/1993, e não no art. 31, e em conformidade com a Súmula 27 do TCE-SP; (v) que a cláusula 10 do edital discrimina o conteúdo pormenorizado a ser apresentado pelos licitantes em cada um dos quesitos da proposta técnica; (vi) que foi exigido percentual mínimo de 25,9% do quantitativo de maior relevância do obra; (vii) que os itens exigidos no atestado de capacidade técnica são razoáveis e visam atender ao interesse público; (viii) que o critério de julgamento “técnica e preço” é o mais adequado para o objeto da licitação e que seria temerário adotar o critério “menor preço”, ante o risco de nova interrupção da obra, bem como que o art. 46 da Lei 8.666/1993 foi atendido, pois o edital prevê serviços de natureza intelectual e a elaboração de estudos técnicos e projetos.

8. Considero que o exame dos elementos do processo foi adequadamente realizado pela Unidade Técnica, podendo ser acolhido como minhas próprias razões de decidir, sem prejuízo das considerações que passo a tecer.

9. Quanto às preliminares levantadas, cabe esclarecer que o ente federado não trouxe aos autos prova pericial hábil a comprovar a alegada falsificação da assinatura do representante. Ainda que a comprovasse, tal fato não levaria à nulidade desta Representação, em face do princípio do impulso oficial do processo, segundo o qual, a partir da provocação inicial, o próprio TCU toma o curso das apurações. Nesse sentido seguem os Acórdãos 2443/2017-TCU-Plenário (de minha relatoria), 246/2017-TCU-Plenário (rel. Ministra Ana Arraes) e Acórdão 2278/2016-TCU-Plenário (rel. Ministro-Substituto Weder de Oliveira). Ademais, a atuação desta Corte na apreciação da Representação em comento não se encontra adstrita ao disposto no art. 41, §1º, da Lei 8.666/1993, direcionado ao gestor, eis que o art. 71, IX, da Constituição Federal e o art. 45 da Lei 8.443/1992 asseguram-lhe o poder de determinar à autoridade a anulação da licitação em caso de ilegalidade.

10. Deve ainda ser repelida a afirmação de que a anulação do certame, na etapa em que se encontra, levaria à futura alegação de violação ao sigilo de propostas, ante a ausência de direito adquirido pelo licitante e o exercício regular de direito por este Tribunal.

11. Sobre a exigência cumulativa de capital social mínimo e de garantia da proposta, verifico que, em verdade, o respondente demonstra confusão entre os dois tipos de garantia previstos na Lei 8.666/1993: a garantia de participação e a garantia de execução. De fato, o art. 31, §2º, da citada lei veicula as possíveis exigências para qualificação econômico-financeira no certame, **e que não podem ser cumuladas** quais sejam: capital mínimo, patrimônio líquido mínimo ou prestação de garantias. Já os arts. 55, inciso VI, e 56 do mesmo diploma tratam da possibilidade de exigência de prestação de garantias para a execução do contrato, que nenhuma relação guarda com a apresentação de garantia de participação, mesmo porque os objetivos dessas garantias são distintos, vez que uma se destina a comprovar a capacidade financeira para adimplir a contrato futuro, e outra se destina a assegurar a entrega do que já está contratado.

12. Note-se que a própria disciplina dessas garantias é distinta. Enquanto o art. 31, inciso III, dispõe que a garantia de participação se limita a 1% do valor estimado do objeto da contratação, o art. 56, § 2º, assevera que a garantia de execução não excederá 5% do valor do contrato.

13. A irregularidade apontada nestes autos nada diz respeito à garantia de execução, mas sim à garantia de participação, a qual foi exigida no edital, cumulativamente ao capital social mínimo, o que é expressamente vedado pela Lei de Licitações e pelo Enunciado n. 275 da Súmula de Jurisprudência desta Corte. Não é demais lembrar que, nos termos do Enunciado n. 222 da mesma Súmula, “As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

14. Quanto aos quesitos para elaboração da proposta técnica, a mera alegação de que estão elencados no edital não afasta a subjetividade apontada pela Secex-SP na instrução à peça 4, que transcrevo a seguir, por ser elucidativa:

10. Em relação ao item “b”, ausência de critérios objetivos para análise das propostas técnicas, também assiste razão ao representante.

11. O item 12.9.1 define os quesitos que serão avaliados para classificar as propostas apresentadas conforme os critérios abaixo (peça 2, p. 12):

12.9.1 A Comissão examinará o conteúdo das propostas apresentadas, em face dos quesitos exigidos no item 13 deste edital, atribuindo pontuações adiante especificadas e ponderações a seguir expostas.

ITEM	QUESITO	PONDERAÇÃO
1	CONHECIMENTO DO PROBLEMA	10%
2	ANÁLISE DO PROJETO BÁSICO DISPONÍVEL	30%
3	FLUXOGRAMA DE ATIVIDADES	5%
4	CRONOGRAMA FÍSICO	5%
5	PROCEDIMENTOS DE EXECUÇÃO DAS OBRAS E MONTAGENS	10%
6	ANTEPROJETO(S) DO(S) CANTEIRO(S) DE OBRAS	5%
7	PLANOS DE SEGURANÇA DO TRABALHO, SEGURANÇA DE OPERAÇÃO E RISCOS DE TERCEIROS	5%
8	PLANO DE PRÉ-OPERAÇÃO DAS ETE'S	30%
	TOTAL	100%

12. Em uma primeira análise dos quesitos previstos, percebe-se que eles guardam alto grau de subjetividade.

13. O item 10.1 do Edital e seus subitens definem de que forma deverão ser comprovados os quesitos acima. A definição é extremamente subjetiva conforme pode ser observado abaixo (peça 2, p. 10):

10.1 - A Proposta Técnica deverá ser apresentada no Envelope “B” na forma prevista nos subitens 10.1.1 ao 10.3 deverá ser redigida de modo claro a expor a maneira como o licitante entende o objeto do futuro contrato e o modo como pretende cumprir as obrigações contratuais. A seu critério, o licitante poderá aduzir desenhos e gráficos ilustrativos do conteúdo dos textos. Deverão ser abordados os itens definidos a seguir.

10.1.1 Conhecimento do Problema – Descrição geral e particular das obras a realizar; finalidades de cada componente do sistema; apreciação dos resultados esperados; principais dificuldades a serem enfrentadas; e, providências para solução dos problemas. Máximo: 10 (dez) páginas.

10.1.2 Análise do Projeto Básico Disponível – Análise conceitual da solução prevista no projeto básico, com apreciação de sua adequação às condições locais, seguida do descritivo minucioso da metodologia de construção e montagens, em busca de redução de riscos

operacionais futuros, observando a manutenção dos quesitos de qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade. Máximo: 10 (dez) páginas.

10.1.3 Apresentação de Fluxograma de Atividades – Rede de precedência e inter-relação das atividades e tarefas a serem cumpridas. Máximo: texto em 3 (três) páginas A-4, mais desenho preferivelmente em formato A-3.

10.1.4 Apresentação de Cronograma Físico de Execução do Escopo. Não apresentar valores pecuniários, sob pena de desclassificação da proposta. Máximo: 1 (um) desenho, preferivelmente em formato A-3.

10.1.5 Descritivo e metodologia de trabalho explicitando os Procedimentos para Execução das Obras Cíveis e Montagens Hidráulicas e Eletromecânicas que o licitante se propõe a empregar, seguido de apresentação de histogramas de alocação de equipamentos de construção. Máximo: 20 (vinte) páginas.

10.1.6 Anteprojeto(s) do(s) Canteiro(s) de Obras – Memorial Descritivo e Justificativo das instalações provisórias desejadas pela licitante, seguido de apresentação de desenhos ilustrativos. Máximo: 10 (dez) páginas, incluindo desenhos ilustrativos no formato A-4 ou A-3.

10.1.7 Plano de Segurança do Trabalho, Segurança Patrimonial e Segurança do Acesso Público – Apresentação dos conceitos, vinculação legal e/ou normativa, equipamentos a empregar, placas de alerta, qualificação do pessoal e demais procedimentos inerentes à matéria. Máximo: 15 (quinze) páginas.

10.1.8 Plano de Pré-Operação das Estações de Tratamento de Esgotos – Equipes; Operações de Rotina; Monitoramento das características dos esgotos afluentes às ETE's e dos clarificados efluentes até a descarga final; Descritivo dos serviços de manutenção preventiva e preditiva. Máximo: 20 (vinte) páginas, incluindo desenhos ilustrativos no formato A-4 ou A-3.

14.No TC 010.098/2010-0, o TCU analisou um procedimento licitatório realizado pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., objetivando a contratação de empresa para a execução de serviços técnicos especializados de supervisão das obras de implantação da Ferrovia Norte-Sul. Na ocasião foi identificada a ausência de critérios objetivos para julgamento da proposta técnica.

15.No Relatório condutor do Acórdão 2909/2012 - TCU – Plenário, proferido pelo Exmo. Ministro Augusto Sherman no TC 010.098/2010-0, o TCU assim se pronunciou:

3. Como resultado da análise desse procedimento, a Secob-4 observou a **ocorrência de falhas no edital da licitação, relativas à ausência de critérios objetivos para o julgamento das propostas técnicas**. Nesse sentido, foram apontados os seguintes itens nos quais incidem tais falhas:

a) 'capacidade da equipe técnica de nível superior a ser avaliada': nesse item, a demonstração da capacidade técnica está dividida entre 'tempo de formação' e 'experiência profissional', conforme item 1.3 do anexo II da Concorrência 12/2010 (peça 58, pg. 28/29), sem haver qualquer definição quanto ao critério adotado para pontuar nos dois itens citados, a exemplo de quanto tempo de formação equivaleria a um ponto e de quanto valeria cada comprovante de experiência;

b) 'conhecimento das variáveis envolvidas no trabalho': a descrição do que se pretende pontuar neste item é vaga e confere subjetividade ao julgamento das propostas;

c) 'apresentação de Plano de Trabalho': idem.

4. Em razão dessa falta de critérios objetivos de julgamento, o que contraria os arts. 3º, 40, inciso VII, 44, § 1º, e 45 da Lei 8.666/1993, a unidade técnica propõe a realização da audiência do responsável pela aprovação do termo de referência da Concorrência 12/2010.

5. Entendo caber razão à unidade técnica quanto à falta de critérios objetivos de julgamento nos itens apontados, o que poderia, inclusive, resultar em pontuações diferentes das propostas técnicas quando avaliadas por diferentes julgadores. Portanto, esses itens de pontuação técnica contrariam o princípio do julgamento objetivo das propostas. Contudo, em que pesem essas falhas, entendo caber algumas considerações adicionais que afetam o encaminhamento dos presentes autos.

16. Em razão da subjetividade dos critérios técnicos foi feita a seguinte determinação à Valec no Acórdão 2909/2012 - TCU – Plenário:

9.4. determinar à Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. que:

9.4.1. **abstenha-se de incluir em futuros editais de licitação itens de pontuação técnica que não atendam ao princípio do julgamento objetivo das propostas**, a exemplo dos itens 1.1, 1.2 e 1.3 do Anexo II da Concorrência 12/2010, por contrariar as disposições dos arts. 3º, 40, inciso VII, 44, § 1º, e 45, da Lei 8.666/1993;

17. Os critérios considerados subjetivos naquele processo se assemelham aos quesitos definidos no edital no presente processo.

18. Conforme citado pelo Exmo. Ministro Augusto Sherman, há afronta ao princípio do julgamento objetivo quando os quesitos podem resultar em pontuações diferentes ao serem avaliados por diferentes julgadores. Tal fato ocorre em todos os subitens do item 10.1 do Edital de Concorrência 001/2017. Julgadores diferentes poderiam fazer avaliações bem diferentes em cada um dos itens.

19. Desta forma, conclui-se que os critérios para análise das propostas técnicas possuem um elevado grau de subjetividade, contrariando as disposições dos arts. 3º, 40, inciso VII, 44, § 1º, e 45, da Lei 8.666/1993.

15. Soma-se a isso que o emprego do tipo de licitação “técnica e preço” não se coaduna com o objeto licitado, tal como demonstrado pela Secex-SP. Nesse sentido, cabe apontar a jurisprudência desta Corte, que considera que a licitação do tipo “técnica e preço” deve ocorrer apenas quando os serviços de natureza predominantemente intelectual compreenderem a maior parte do objeto que se pretende contratar (Acórdão 5233/2017-TCU-1ª Câmara, rel. Ministro Vital do Rêgo; Acórdão 2391/2007-TCU-Plenário, rel. Ministro Benjamin Zymler) e que a utilização desse tipo de licitação para contratação de obra usual, que pode ser realizada sem emprego de tecnologia sofisticada, afronta o disposto no art. 46 da Lei 8.666/1993 (Acórdão 2515/2012-TCU-Plenário, rel. Ministro José Múcio Monteiro).

16. Por fim, verifico que a petição adicional trazida pelo Município de Marília limita-se a reiterar argumentos manejados na resposta à oitiva.

17. Desse modo, considerando os exames promovidos nestes autos, resta reconhecer a procedência parcial da Representação, fixar prazo para anulação do certame, revogar a cautelar anteriormente concedida, e, por fim, dar ciência ao Município de Marília sobre as irregularidades identificadas, arquivando-se os autos após as comunicações de praxe.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 4 de abril de 2018.

AROLDO CEDRAZ
Relator

ACÓRDÃO Nº 710/2018 – TCU – Plenário

1. Processo TC 000.267/2018-0.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgão/Entidade: Município de Marília – SP.
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado de São Paulo (Secex-SP).
8. Representação legal: Alysson Alex Souza e Silva (Procurador Geral do Município de Marília – SP (OAB/SP 256.087)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, formulada pelo Sr. José Abelardo Guimarães Camarinha contra o edital de concorrência pública 001/2017, promovido pelo Município de Marília – SP, que objetiva a contratação de empresa especializada para fornecimento de material e mão de obra para execução do sistema de afastamento e tratamento de esgoto – ETE Pombo e ETE Barbosa;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da representação, vez que satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, e nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. revogar a medida cautelar anteriormente concedida nestes autos e referendada pelo Acórdão 35/2018-TCU-Plenário;

9.3. fixar, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, e no art. 45 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 251 do RI-TCU, o prazo de 15 (quinze) dias para que o Município de Marília – SP adote as providências necessárias com vistas à anulação da Concorrência Pública 001/2017, encaminhando posteriormente documentação comprobatória ao Tribunal de Contas da União;

9.4. dar ciência ao Município de Marília – SP sobre as seguintes irregularidades identificadas no edital da Concorrência Pública 001/2017:

9.4.1. adoção do tipo de licitação técnica e preço em desacordo com as condições e os requisitos estabelecidos no art. 46 da Lei 8.666/1993;

9.4.2. exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia da proposta em desconformidade com as disposições do art. 31 da Lei 8.666/1993 e com o Enunciado 275 da Súmula de Jurisprudência do TCU;

9.4.3. ausência de critérios objetivos para análise das propostas técnicas, em afronta aos arts. 3º, 40, inciso VII, 44, § 1º, e 45, da Lei 8.666/1993;

9.5. encaminhar cópia desta deliberação ao Município de Marília – SP, ao representante, ao Ministério das Cidades e à Caixa Econômica Federal;

9.6. encerrar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso V, do Regimento Interno.

10. Ata nº 11/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 4/4/2018 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0710-11/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler e Aroldo Cedraz (Relator).

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral, em exercício