

PROCESSO Nº:	@REP 20/00141883
UNIDADE GESTORA:	Secretaria de Estado da Educação
RESPONSÁVEL:	Jovita Catarina Bernardi Seibt
INTERESSADOS:	Secretaria de Estado da Educação - SED
ASSUNTO:	Possíveis irregularidades na Concorrência n. 22/2019 - contratação de empresa para a prestação serviços de engenharia para reforma e ampliação da EEB Getúlio Vargas em Florianópolis
RELATOR:	Cleber Muniz Gavi
UNIDADE TÉCNICA:	Divisão 1 - DLC/COSE/DIV1
RELATÓRIO Nº:	DLC - 276/2020

1. INTRODUÇÃO

Tratam os autos de Representação encaminhada a esta Corte de Contas com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, art. 66 da Lei Complementar n. 202/2000, e Instrução Normativa n. TC-0021/2015, através da empresa E.S.E. Construções Ltda., CNPJ n. 83.805.101/0001-67, representada pelo seu representante legal, Sr. Hugo Sebastião Malagoli.

A representante aponta possível irregularidade na fase de habilitação, no tocante à qualificação técnica, na Concorrência n. 22/2019¹ lançada pela Secretaria de Estado da Educação, que possui como objeto a “contratação de empresa especializada em serviços de engenharia para reforma e ampliação na EEB Getúlio Vargas em Florianópolis/SC”.

O Edital da modalidade Concorrência, tipo menor preço e regime de execução empreitada por preço global e valor estimado em R\$ 5.845.883,33², teve a abertura da sessão no dia 10/12/2019. Segundo o Portal de Compras³ do Estado, a situação atual do certame é “em julgamento de preço”. Em consulta ao sistema SGPe⁴ do Estado, verificou-se também que cinco empresas participaram do certame, duas foram habilitadas para a abertura das propostas e o certame havia sido suspenso *sine die* por conta do deferimento da liminar do Processo Judicial n. 5004853-54.2020.8.24.0023/SC. No dia 08/04/2020 houve sessão pública para inclusão da proposta da empresa

1 Fls. 26 a 42

2 Fl. 25

3 Disponível em: <http://www.portaldecompras.sc.gov.br/>. Acessado em 08/04/2020.

4 Processo SED 00010000/2019. Disponível em: <https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo/inicio>. Acessado em 08/04/2020.

PNA Construções e Incorporações Ltda., em atendimento ao Mandado de Segurança do Processo Judicial citado.

É preciso salientar que tramita neste Tribunal de Contas o processo @REP 20/00071141, cujo assunto compreende “supostas irregularidades na Concorrência nº 22/2019”. Tendo em vista que os processos guardam relação entre si, faz-se necessária a vinculação dos autos, conforme dispõe o art. 22 da Resolução n. TC-09/2002 e em atenção ao inc. II do art. 25 da Resolução n. TC-126/2016.

2. ANÁLISE

2.1. ADMISSIBILIDADE

Conforme o § 1º do art. 113 da Lei n. 8.666/1993, qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas de Santa Catarina.

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

Na mesma linha, o art. 65 c/c parágrafo único do art. 66, da Lei Complementar n. 202/2000, Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Santa Catarina.

Art. 65. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas do Estado.

[...]

Art. 66. Serão recepcionados pelo Tribunal como representação os expedientes formulados por agentes públicos comunicando a ocorrência de irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica.

Parágrafo único. Aplicam-se à representação as normas relativas à denúncia.

Ainda, o art. 24 da Instrução Normativa n. TC-021/2015 prevê quais são os requisitos indispensáveis que devem estar presentes na representação para que ela possa ser admitida.

Art. 24. A representação prevista nesta Instrução Normativa deverá referir-se à licitação, contrato ou instrumento congênere do qual seja parte entidade ou órgão sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas, ser redigida em linguagem clara e objetiva, estar acompanhada de indício de prova de irregularidade e conter o nome legível do representante, sua qualificação, endereço e assinatura.

§1º A representação deve estar acompanhada de cópia de documento de identificação do representante, nos seguintes termos:

I – se pessoa física, documento oficial com foto;

II – se pessoa jurídica, número de CNPJ, seu respectivo comprovante de inscrição e atos constitutivos, documentos hábeis a demonstrar os poderes de representação e documento oficial com foto de seu representante.

No caso, verifica-se que a matéria é de competência do Tribunal de Contas, refere-se à responsável sujeito a sua jurisdição, está redigida em linguagem clara e objetiva, contém indícios de prova, o nome legível e assinatura do representante, sua qualificação e endereço.

Também foram juntados aos autos o comprovante de inscrição e os atos constitutivos da empresa, bem como o documento oficial com foto do representante. Assim, entende-se que a representação deve ser conhecida.

2.2. MÉRITO

A representante alega⁵ que a empresa PNA Construções e Incorporações Ltda. foi habilitada equivocadamente para participar da Concorrência n. 22/2019, pois ela demonstrou a qualificação técnica em nome da empresa Espaço Aberto:

(...) veio a tomar conhecimento posterior, quando as empresas já estavam na fase de julgamento das propostas, que uma das empresas inabilitadas, por vício formal de sua documentação, a empresa PNA CONSTRUÇÕES & INCORPORAÇÕES LTDA., teria ingressado com Mandado de Segurança contra a decisão de sua inabilitação e obtido provimento liminar para que fosse considerada, em caráter precário, habilitada para prosseguir no procedimento

licitatório nº 22/2013/SED. Liminar está que veio a ser recentemente confirmada em sentença e encontra-se embargada.

Ocorre que, a par do problema formal (falta de registro do contrato junto ao Cartório de Títulos e Documentos), que havia motivado a sua exclusão do certame, a documentação daquele proponente ressentia-se de outro vício, quanto à irregularidade do acervo técnico apresentado, em nome de terceiro estranho a ela e que, *ipso facto*, não poderia servir de prova de sua capacidade técnica.

Esse ponto, contudo, não foi enfrentado à época do julgamento da fase de habilitação pela Comissão de Licitações, e, diante da inabilitação da empresa PNA, a empresa ora denunciante sequer dispunha de interesse recursal (à época) para provocar a análise desse tópico relevantíssimo e indispensável à segurança da contratação e ao afastamento da concorrente inapta.

[...]

Com efeito, a empresa PNA ofertou acervo técnico de outra empresa, cf. faz prova a documentação de habilitação no certame.

Ou seja, a empresa participante é a empresa PNA, porém os acervos técnicos são de outra construtora, da Construtora ESPAÇO ABERTO Ltda., inscrita no CNPJ sob nº 76.601.343/0001/73 !!!

Por certo, é cediço que não há possibilidade de transmissão de acervo técnico, ressalvadas as hipóteses de fusão ou incorporação de empresas, o que não é a hipótese em tela, de modo que está evidente que os documentos ofertados se prestam para atender a exigência de comprovação de qualificação técnica, prescrita no item 4.2.4.1.2, letra “b”, assim posto:

Cita que o poder Judiciário de Santa Catarina vedou prática semelhante na Concorrência n. 01/2018 do SAMAE, conforme processo judicial n. 0302103.63.2018.8.24.055. Conclui por requerer a sustação cautelar do certame até análise do mérito da matéria.

Há razão o apontamento da representante quanto ao fato de que não é a primeira vez que a empresa PNA Construções e Incorporações Ltda. participa de certame licitatório apresentando qualificação técnica em nome da empresa Espaço Aberto Ltda.

Conforme demonstrado no “parecer da reunião da comissão para análise e julgamento dos documentos de habilitação”⁶ do Poder Judiciário de Santa Catarina, a empresa PNA é sucessora empresarial da entidade Espaço Aberto. Neste processo licitatório, a empresa PNA foi inabilitada, pois a sua antecessora estava impedida de licitar até outubro/2019. Este parecer conclui conforme segue⁷:

De fato, nos autos há identidade entre as empresas sucedida e sucessora, bem como o acervo da empresa incorporada foi integrado absorvido pela empresa incorporadora, de tal sorte que a situação dos autos se amolda à jurisprudência do TCU e permite a desconsideração da personalidade jurídica para evitar burla à punição aplicada à empresa Espaço Aberto Ltda. e que deve se estender à PNA Construções e Incorporações Ltda. pelas razões retro alinhadas.

Assim, observa-se que o problema residia no impedimento de licitar da empresa Espaço Aberto e não na incorporação do acervo desta pela empresa PNA. Ou seja, tendo em vista que a sanção terminava em outubro/2019, não haveria impedimento de a empresa PNA participar de licitações com a qualificação técnica da sua antecessora na data atual.

Entretanto, salienta-se que não é atribuição do Tribunal de Contas avaliar a habilitação de uma empresa em específico no certame licitatório quando não há interesse público para o mesmo, como demonstrado, *mutatis mutandis*, no acórdão recente do TCU de n. 1620/2017 – 2ª Câmara, sob a relatoria da Ministra Ana Arraes. Trata-se de representação, em suma, de impugnação da motivação apresentada pelo pregoeiro para desclassificação da empresa representante em relação a item do certame. A motivação era que, conforme parecer técnico, a documentação da representante não atendia ao solicitado no edital. Após análise da área técnica, que considerou indevida a desclassificação da empresa representante, foi sugerido conhecer da representação com proposição de medida cautelar. No entanto, a Relatora, apesar de concordar que havia indícios de que o pregoeiro desclassificou indevidamente o licitante, por outro lado, não vislumbrou nos autos risco de lesão ao interesse público pelas questões ali tratadas. Destacam-se algumas partes do voto, conforme segue:

8. Concordo, em parte, com a unidade técnica. **Há nítidos indícios de que a UFG desclassificou licitantes indevidamente.** De uma parte, não era claro no edital que a informação requerida precisasse constar da proposta; de outra, é entendimento desta Corte que não se deve abdicar da melhor proposta para a Administração em razão de vícios sanáveis.

9. Por outro lado, **não vislumbro nos autos risco de lesão ao interesse público pelas questões aqui tratadas.** Trata-se de condição essencial para que se considerem procedentes representações desta espécie, conforme elucidou o ministro Benjamin Zymler no voto condutor do acórdão 2.426/2015 – Plenário:

“11. Consoante pacífica jurisprudência desta Corte de Contas, a procedência de representações formuladas com base no § 1º do art. 113 da Lei 8.666/1993 **deve ser fundada no resguardo do interesse público, de forma a evitar a atuação do TCU na defesa de interesses meramente individuais junto à Administração Pública.** Cito, nesse sentido, os Acórdãos 2.082/2014-2ª Câmara, 5.826/2012-2ª Câmara, 283/2014-1ª Câmara, 3.273/2013-Plenário, 1.245/2012-1ª Câmara e 48/2012-Plenário.

12. A representação do Consórcio Mobilidade Urbana sobre possíveis irregularidades na Concorrência Pública 0130004/Seinfra/CCC, conduzida pelo governo cearense, restringe-se a apontar supostas falhas na habilitação de licitantes que ofertaram melhores propostas de preços.

13. Assim, não vislumbro nos autos risco de lesão ao interesse público pelas questões aqui tratadas...” (grifos acrescidos)

10. A instrução transcrita no relatório precedente não dimensionou a eventual lesão aos cofres públicos na hipótese de este Tribunal se quedar inerte.

[...]

14. Veja-se que a preservação do interesse público exige a análise ampla dos atos de gestão e suas consequências, e não somente a mera constatação da desclassificação indevida de propostas. Não se pode permitir que o desfazimento do ato administrativo maculado provoque prejuízo ao interesse público superior ao que se quer proteger, conforme bem expôs o ministro Walton Alencar Rodrigues no voto condutor do acórdão 4.911/2015 – 1ª Câmara.

{...}

16. Destaco que esta Corte tem entendido reiteradamente que, afastado seu interesse de agir com vistas a resguardar o interesse público, não há que proteger o direito da representante. Nesse ponto, recorro ao que discorreu o ministro Valmir Campelo no voto que antecedeu o acórdão 2.439/2013 – Plenário:

‘(...) em face da consolidada jurisprudência do Tribunal, no sentido de que refoge ao rol de competências do TCU atuar na defesa de interesses particulares junto à administração pública.

(...) o Tribunal está sendo acionado para resguardar suposto direito alheio, ou seja, numa situação em que não se mostra presente o interesse coletivo que justificaria a intervenção desta Corte de Contas.’

17. Na mesma linha se posicionou o ministro Benjamin Zymler, em seu voto no já citado acórdão 2.426/2015 – Plenário:

“15. O TCU não é o foro adequado para a defesa de interesses particulares perante o Poder Público. Essas empresas, in casu o Consórcio Mobilidade Urbana, se entenderem pertinente, devem recorrer ao Judiciário na defesa de seus direitos, o que parece ter sido o caso, conforme as onze ações que se encontram em tramitação na Justiça, as quais foram relacionadas à peça 55.”

18. Resta evidente, assim, que não deve o TCU agir quando apenas interesses particulares estão sob ameaça.

[...]

26. Essa comunicação da Segecex a suas unidades subordinadas apresentou a seguinte orientação, ao final:

‘Considerando-se, então, **o elevado número de processos e os riscos da utilização do TCU, por parte de licitantes, para defesa de seus interesses particulares**, faz-se imperativo que as propostas de concessão de cautelares sejam precedidas de criteriosa avaliação quanto aos requisitos exigíveis para sua concessão (condições estabelecidas no art. 276 do Regimento Interno do TCU, existência do

fumus boni iuris e do periculum in mora e inexistência do periculum in mora reverso), sendo necessária, para tanto, a avaliação das seguintes circunstâncias, além de outras particularidades inerentes a cada caso concreto:

- a) existência de interesse público;
- b) existência de restrição à competitividade do certame (se possível, à luz do efetivo número de participantes, se esse já for conhecido) ou a outro princípio de envergadura constitucional;
- c) inegável dano à lisura do procedimento licitatório e à economicidade da contratação.'

[...]

22. Em vista disso, considerando não estarem configurados os pressupostos previstos no art. 276 do RITCU para adoção da medida preventiva ali prevista, e por não haver ofensa ao interesse público ou risco significativo ao erário, deve-se indeferir o pedido de medida cautelar e considerar a representação parcialmente procedente. (grifou-se)

Dessa forma, para a concessão de cautelares ou outras medidas excepcionais, revela-se compulsória caracterização cumulativa dos três requisitos destacados no supracitado voto, o que não se faz presente na representação

Portanto, considerando que a representação não é de interesse público e não se baseia em item restritivo de competitividade, sugere-se a denegação do requerimento de sustação cautelar e o arquivamento deste processo.

3. CONCLUSÃO

Considerando o Edital de Concorrência n. 22/2019 lançado pela Secretaria de Estado da Educação, que possui como objeto “contratação de empresa especializada em serviços de engenharia para reforma e ampliação na EEB Getúlio Vargas em Florianópolis/SC”.

Considerando a Representação encaminhada pela da empresa E.S.E. Construções Ltda., CNPJ n. 83.805.101/0001-67, representada pelo seu representante legal, Sr. Hugo Sebastião Malagoli requerendo a impugnação do Edital de Concorrência n. 22/2019.

Considerando que a representação não é de interesse público, mas sim para defesa de seus interesses particulares.

Considerando que a representação não se baseia em item restritivo de competitividade.

Considerando a necessidade de vinculação destes autos ao Processo @REP 20/00071141.

Diante do exposto, a Diretoria de Controle de Licitações e Contratações sugere ao Exmo. Sr. Relator:

3.1. DETERMINAR A VINCULAÇÃO destes autos ao processo @REP 20/00071141, devido a conexão entre os temas, conforme dispõe o art. 22 da Resolução n. TC-09/2002 e em observância ao inc. II do art. 25 da Resolução n. TC-126/2016.

3.2. CONHECER da Representação, formulada nos termos do art. 113, § 1º, da Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, art. 66, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual n. 202/2000 e, art. 24 da Instrução Normativa n. TC 021/2015 e, no mérito, considerá-la improcedente em razão da ausência do interesse público e por não se basear em item restritivo de competitividade.

3.3. DENEGAR o pedido de **SUSTAÇÃO CAUTELAR** do certame.

3.4. DAR CIÊNCIA do Relatório e da Decisão ao Representante e à Secretaria de Estado da Educação, bem como ao Responsável pelo seu Controle Interno e ao Conselho Estadual de Educação.

3.5. DETERMINAR o arquivamento dos autos, ouvido preliminarmente o Ministério Público de Contas.

É o Relatório.

Diretoria de Controle de Licitações e Contratações, em 08 de abril de 2020.

RENATA LIGOCKI PEDRO
Auditora Fiscal de Controle Externo

De acordo:

ROGERIO LOCH
Coordenador

DENISE REGINA STRUECKER
Diretora