

DOSSIÊ

Os documentos constantes do dossiê não obedecem necessariamente a ordem cronológica do processo eletrônico de contas.

7696/2016

ANDAMENTO

Data	Setor	Assunto
27/12/2016	Gabinete de Conselheiro I / Raimundo Oliveira Filho	devolução após atendimento ao Proc. 14323/16
27/12/2016	Supervisão de Arquivo	para providências
30/09/2016	Gabinete de Conselheiro I / Raimundo Oliveira Filho	parecer conclusivo
12/09/2016	Ministério Público de Contas / Secretaria	encaminhamento
06/09/2016	Gabinete de Conselheiro I / Raimundo Oliveira Filho	
06/09/2016	Unidade Técnica de Controle Externo II	01 volume
06/09/2016	Gabinete de Conselheiro Substituto I / Antônio Blecaute Costa Barbosa	
05/09/2016	Unidade Técnica de Controle Externo II	Encaminhando com Despacho 156/2016
05/08/2016	Supervisão de Controle Externo VII	
05/08/2016	Unidade Técnica de Controle Externo II	1vl.
05/07/2016	Secretaria do Pleno	Para a sessão de 06/07/2016 - 1 vol
28/06/2016	Gabinete de Conselheiro Substituto II / Melquizedeque Nava Neto	parecer Conclusivo
24/06/2016	Ministério Público de Contas / Secretaria	Para emissão de parecer
22/06/2016	Gabinete de Conselheiro Substituto II / Melquizedeque Nava Neto	Encaminhando a análise de defesa.
17/06/2016	Supervisão de Controle Externo VII	
17/06/2016	Unidade Técnica de Controle Externo II	ENCAMINHAMENTO
06/06/2016	Gabinete de Conselheiro I / Raimundo Oliveira Filho	devolução após atendimento ao Proc. 8328/2016
03/06/2016	Supervisão de Arquivo	encaminhamento
02/06/2016	Gabinete de Conselheiro I / Raimundo Oliveira Filho	PARA REDIGIR DECISÓRIO, SESSÃO 01/06/16.
01/06/2016	Secretaria do Pleno	para a pauta de 01/06/2016
01/06/2016	Gabinete de Conselheiro I / Raimundo Oliveira Filho	
01/06/2016	Unidade Técnica de Controle Externo II	encaminhamento
31/05/2016	Gabinete de Conselheiro I / Raimundo Oliveira Filho	parecer conclusivo
31/05/2016	Ministério Público de Contas / Secretaria	encaminhamento
25/05/2016	Gabinete de Conselheiro I / Raimundo Oliveira Filho	
25/05/2016	Unidade Técnica de Controle Externo II	
19/05/2016	Supervisão de Controle Externo VII	
18/05/2016	Unidade Técnica de Controle Externo II	encaminhamento
17/05/2016	Gabinete de Conselheiro I / Raimundo Oliveira Filho	01 volume
13/05/2016	Gabinete da Presidência	Para Providencia
12/05/2016	Supervisão de Protocolo	Autuação

DELIBERAÇÕES

Processo Nº 7696/2016

Natureza: Apreciação da Legalidade dos atos e contratos

Subnatureza: Representação – Medida Cautelar

Exercício: 2016

Representante: Construtora Sucesso S/A

Procuradora Constituída: Adriana Martins Ribeiro Costa (CPF nº 527.448.763-72)

Representado: Secretaria de Estado de Infraestrutura do Maranhão – SINFRA e Comissão Central Permanente de Licitação – CCL/MA

Responsáveis: Clayton Noleto Silva (Secretário da SINFRA) e Odair José Neves Santos (Presidente da Comissão Especial de Licitação – CEL/CCL)

Relator: Conselheiro Raimundo Oliveira Filho

Representação. Medida cautelar concedida monocraticamente, sem prévia oitiva da parte, suspendendo a Concorrência nº 001/2016-CEL, de interesse da Secretaria de Estado de Infraestrutura do Maranhão, e determinado a citação dos responsáveis para que apresentem defesa quanto aos vícios constatados no edital, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão vergastada. Ratificar a medida cautelar.

DECISÃO PL-TCE Nº 86/2016

Vistos, relatados e discutidos estes autos, que tratam da representação formulada pela Construtora Sucesso S/A, com pedido de medida cautelar, objetivando a suspensão da Concorrência nº 001/2016-CEL, de interesse da Secretaria de Estado de Infraestrutura do Maranhão, em razão dos vícios constatados no edital de licitação, os membros do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, no uso de suas atribuições legais, em sessão plenária ordinária, com fulcro no art. 1º, incisos XIV e XXXI, e art. 75 da Lei Estadual nº 8.258/2005 (Lei Orgânica do TCE/MA), à unanimidade, nos termos do relatório e voto do Relator, de acordo com o art. 104, *caput*, da Lei Orgânica, acolhido o Parecer nº 413/2016/GPROC37 do Ministério Público de Contas, decidem ratificar a medida cautelar expedida monocraticamente em 31 de maio de 2016, sem prévia oitiva da parte, suspendendo a Concorrência nº 001/2016-CEL e determinando a citação dos responsáveis para que apresentem defesa quantos aos vícios constatados no edital, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada.

Presentes à sessão os Conselheiros João Jorge Jinkings Pavão (Presidente), Raimundo Oliveira Filho (Relator), Álvaro César de França Ferreira, Raimundo Nonato de Carvalho Lago Júnior, os Conselheiros-Substitutos Melquizedeque Nava Neto e Osmário Freire Guimarães, e o Procurador Paulo Henrique Araújo dos Reis, membro do Ministério Público de Contas.

Publique-se e cumpra-se.

Sala das Sessões do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, em São Luís, 01 de junho de 2016.

Conselheiro **João Jorge Jinkings Pavão**

Presidente

Conselheiro **Raimundo Oliveira Filho**

Relator

Paulo Henrique Araújo dos Reis

Procurador de Contas

Processo n.º 7696/2016- TCE/MA

Natureza: Representação – Recurso de Reconsideração

Exercício financeiro: 2016

Entidade: Secretaria de Estado de Infraestrutura do Maranhão -SINFRA

Responsáveis: Clayton Noletto Silva, Secretario de Estado de Infraestrutura do Maranhão -SINFRA e Odair José Neves Santos, Presidente da Comissão Especial de Licitação do Estado do Maranhão

Recorrente: Rodrigo Maia Rocha, Procurador-geral do Estado do Maranhão

Recorrido: Decisão PL-TCE n.º 86/2016

Ministério Público de Contas: Procurador de Contas Paulo Henrique Araújo dos Reis

Relator: Conselheiro-Substituto Antônio Blecaute Costa Barbosa

Recurso de Reconsideração interposto pelo Procurador-Geral do Estado do Maranhão, Rodrigo Maia Rocha. Recorrida a Decisão PL-TCE n.º 86/2016, que suspendeu a Concorrência n.º 01/2016-CEL/CCL/MA, para construção de uma ponte rodoviária sobre o rio Pericumã, na rodovia MA-211, no trecho Bequimão-Central do Maranhão, de responsabilidade da Secretaria de Estado de Infraestrutura do Maranhão -SINFRA, no exercício financeiro de 2016. Conhecimento e provimento do recurso. Revogação da Decisão PL-TCE n.º 86/2016.

ACÓRDÃO PL-TCE/MA N.º 712/2016

Vistos, relatados e discutidos, em grau de recurso, estes autos, referentes a processo de representação apresentado pela empresa Construtora Sucesso S.A., por meio de sua representante legal, Senhora Adriana Martins Ribeiro Costa, na qual foi deferida medida cautelar monocrática, ratificada pelo Plenário, mediante a Decisão PL-TCE n.º 86/2016, que suspendeu a Concorrência n.º 01/2016-CEL/CCL/MA, cujo objeto é a construção de uma ponte rodoviária sobre o rio Pericumã, na rodovia MA-211, no trecho Bequimão-Central do Maranhão, de responsabilidade da Secretaria de Estado de Infraestrutura do Maranhão-SINFRA, no exercício financeiro de 2016, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, no uso das atribuições que lhes conferem os arts. 1º, XIV e XXXI, 75, *caput* e §5º, 129, I e 136 da Lei n.º 8.258, de 06 de junho de 2005, reunidos em sessão ordinária do pleno, por unanimidade, nos termos do relatório e voto do Relator, conforme art. 104, *caput*, da Lei Orgânica, acolhido o Parecer n.º 531 /2016-GPROC2 do Ministério Público de Contas, em:

a) conhecer do recurso de reconsideração, por apresentar todos os requisitos de admissibilidade;

b) dar provimento ao recurso interposto para revogar a Decisão PL-TCE n.º 86/2016, que ratificou a medida cautelar monocrática que suspendeu a Concorrência n.º 01/2016-CEL/CCL/MA, de interesse da Secretaria de Estado de Infraestrutura do Maranhão-SINFRA, com fundamento no §5º, do art. 75 da Lei n.º 8.258/2005;

c) determinar o prosseguimento da Concorrência n.º 01/2016-CEL/CCL/MA, com a regularização, no que couber, pela Secretaria de Estado de Infraestrutura do Maranhão – SINFRA, das ocorrências apontadas no Relatório de Instrução n.º 6050/2016-UTCEX2/SUCEX7, fls. 269 a 275, frente e verso, do Processo n.º 7696/2016.

d) determinar à Unidade Técnica que monitore o cumprimento das providências previstas na alínea “c” deste Acórdão.

Presentes à sessão os Conselheiros João Jorge Jinkings Pavão (Presidente), Álvaro César de França Ferreira, Raimundo Nonato Carvalho Lago Júnior, Edmar Serra Cutrim, José de Ribamar Caldas Furtado e Joaquim Washington Luiz de Oliveira, os Conselheiros-Substitutos Antônio Blecaute Costa Barbosa (Relator) e Osmário Freire Guimarães e o Procurador-geral Paulo Henrique Araújo dos Reis, membro do Ministério Público de Contas. Publique-se e cumpra-se.

Sala das Sessões do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, em São Luís, 06 de julho de 2016.

Conselheiro **João Jorge Jinkings Pavão**

Presidente

Conselheiro-Substituto **Antônio Blecaute Costa Barbosa**

Relator

Paulo Henrique Araújo dos Reis

Procurador-geral de Contas

PARECERES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Processo nº 7696/2016

Parecer nº 413/2016/GPROC3

Jurisdicionado: Secretaria de Estado da Infraestrutura do Maranhão – SINFRA/MA

Responsável: Clayton Noletto Silva – Secretário de Infraestrutura e Odair José Neves Santos – Presidente da Comissão Especial de Licitação – CEL/CCL

Trata-se de representação formulada por empresa Construtora Sucesso S.A., já qualificada nos autos, em face do edital da Concorrência nº 001/2016-CEL, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para construção de uma ponte rodoviária sobre o rio Pericumã, na rodovia MA-211, no trecho Bequimão - Central do Maranhão, com extensão estimada em 589 metros, e com valor estimado de R\$ 72.196.844,60 (Setenta e dois milhões, cento e noventa e seis mil, oitocentos quarenta e quatro reais, sessenta centavos).

O representante adverte que o edital do certame contém exigências/falhas que já foram objeto de impugnação anterior levando a alteração parcial do edital e republicação. Contudo, afirma que mesmo após as alterações, não restaram devidamente sanados os vícios que no seu entender são insanáveis e maculam a validade do certame, quais sejam, estipulação de salário-base de servente em desacordo ao estabelecido em Convenção Coletiva de Trabalho e inferior ao salário-mínimo vigente; Falhas nas composições de custos de vários itens da planilha orçamentária; Ausência de apresentação da A.R.T do projeto e orçamento.

Assim, requer a suspensão cautelar do certame ora guerreado, até a decisão do mérito, visando evitar preventivamente que prejuízos sejam causados ao erário estadual.

A Lei nº 8.258/2005, Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, prevê a possibilidade da adoção de medidas cautelares, no início ou no curso de qualquer apuração.

Com efeito, diz a Lei Orgânica do TCE-MA:

Art. 75. O Pleno do Tribunal ou o relator, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada.

É inegável, pois, no caso concreto, estarem presentes: a) urgência; b) fundado receio de grave lesão ao erário; c) risco de ineficácia da decisão de mérito. Ou seja: estão presentes os requisitos para a concessão da cautelar, sendo certo, todavia, que o Ministério Público e este TCE-MA, a tempo e modo, ainda poderão se aprofundar mais adequadamente ao mérito da questão.

Como também se depreende dos autos, é louvável o trabalho da Unidade Técnica que durante a inspeção colheu elementos suficientes para indicar a manutenção das falhas no edital. Tais falhas, a nosso sentir, podem comprometer a contratação, bem como a execução do objeto.

Do exposto, considerando o momento processual atual, manifestamo-nos pela concessão da medida cautelar, *inaudita altera pars*, nos termos do RIT 5476/2016 (fls. 160/164-v) para que os requeridos suspendam os atos impugnados até decisão ulterior deste TCE-MA, pela nulidade dos atos, multa e demais cominações legais.

É o parecer.

São Luís-MA, 30 de maio de 2016.

Paulo Henrique Araújo dos Reis

Procurador

Ministério Público de Contas

Processo n° 7696/2010

Natureza: Representação

Representante: Construtora Sucesso Ltda

Entidade: Secretária de Estado de Infraestrutura do Maranhão

Parecer n° 531/2016 GPROC - 03

Senhor relator

Em exame a REPRESENTAÇÃO proposta pela Construtora Sucesso S/A, através de sua procuradora Sr^a Adriana Martins Ribeiro Costa, por supostas irregularidades no Edital da Concorrência n° 001/2016-CEL, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para construção de uma ponte rodoviária sobre o rio Pericumã, na rodovia MA-211, no trecho Bequimão-Central do Maranhão, com extensão estimada em 589m, e com valor estimado de R\$ 72.196.844,60 (Setenta e dois milhões, cento e noventa e seis mil, oitocentos quarenta e quatro reais, sessenta centavos).

Às fls. 160/164, o relatório produzido pela Unidade Técnica propôs a procedência da representação.

Às fls.181/183, à vista da relevância do tema, o Ministério Público de Contas propôs, na esteira já firmada pela Unidade Técnica, a concessão da medida cautelar, *inaudita altera pars*, nos termos do RIT 5476/2016 (fls. 160/164-v) para que os requeridos suspendam os atos impugnados até decisão ulterior deste TCE-MA, pela nulidade dos atos, multa e demais cominações legais.

Às fls. 184/189, o Relator do processo referenda a posição Ministerial, acolhendo, assim, a representação impetrada pela Empresa Construtora Sucesso S/A, e concede:

1. A medida cautelar suspendendo a Concorrência n° 001/2016-CEL em razão da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.
2. Que seja republicada a Concorrência n° 001/2016-CEL.
3. Que seja citado o Secretário Estadual de Infraestrutura, Sr. Clayton Noletto Silva, e o Presidente da Comissão de Licitação, Sr. Odair José Neves Santos, para, no prazo de 15 dias, tomar ciência desta Decisão.

Às fls. 218/267, a defesa carrou aos autos documentos e justificativas com o propósito de espancar as razões que ensejaram a medida cautelar.

Em ato contínuo, o processo foi encaminhado a Unidade Técnica que, às fls. 269/275, sugeriu no seu relatório conclusivo 1. o acolhimento da representação. 2. Conversão da medida cautelar em decisão de mérito. 3. determine por meio da decisão que a Secretaria de Estado de Infraestrutura proceda a revisão da planilha orçamentária efetuando a devida atualização de acordo com os valores e normas vigentes. 4. determine que a representada se abstenha de incluir em seus editais de licitação a vedação de participação de empresas em recuperação judicial e possibilite a substituição da certidão negativa de falência e recuperação judicial à representação de certidão emitida por instância judicial competente que certifique que a empresa está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório.

Em seguida, os autos do processo é encaminhado ao Ministério Público para elaboração de parecer.

No essencial, é o relatório.

Antes de mais nada, destaca-se que, agora, o processo veio devidamente instruído com as defesas de estilo. Pode-se, pois, via contraditório, analisar a posição contrária defendida pelos outros sujeitos do processo, a saber: a Administração Pública representada aqui pela Comissão de Licitação e pelo próprio Estado do Maranhão.

Corolário do devido processo legal, pode-se, novamente, e sobre novas perspectivas, analisar os autos sob novos parâmetros de compreensão.

Partindo-se desse prisma, é perfeitamente possível e comum, que uma nova visão dos fatos e atos questionados podem trazer um resultado diverso do inicialmente deliberado.

Esclarece de antemão que, conforme se vê de fl. 02 dos autos, a CONSTRUTORA SUCESSO S/A ofereceu a presente representação na véspera da 2ª sessão, em 12 de maio de 2016, porém não se dignou em participar do certame em nenhum momento.

Dito isso, passa-se a analisar os recursos interpostos após a suspensão do procedimento licitatório.

Em primeiro lugar, em que pese o respeito merecido à equipe técnica que bem analisou o processo em tela, tem-se a se dizer que de fato há prejuízo caso a obra não comece conforme planejamento concebido pelo licitante, quer pelo atraso, quer pela frustração do interesse público envolvido.

Nesse passo, não compete, senão à própria Administração, a este Tribunal substituir a vontade do governante, salvo em casos de extrema necessidade, dizer sobre a oportunidade e conveniência de executar obra e serviço. Pelo menos é o princípio que se extrai do § único do artigo 8º, da Lei nº 8.666:

“É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o art. 26 desta Lei”

Portanto, a regra é que, havendo previsão orçamentária, o interesse público é resguardado com a execução da obra ou serviço. Penso que este é a finalidade de qualquer norma relativa à licitações. A satisfação da coletividade é, portanto, realizada com a execução do serviço.

E se é assim, deve ser repudiada qualquer interpretação que vise, espionhando nulidades, o excesso legalista, mesmo porque, frise-se bem, compete à Administração, conforme seu planejamento, estipular efetivamente quando pretende realizar suas funções, no caso construir uma ponte.

Isso tem bastante relevância. Segundo se verifica nos autos, a concorrência nº 001/2016 teve sua 1ª Sessão Pública ocorrida no dia 22/02/2016, às 09:00h, na CCL/MA. Quer dizer que seus procedimentos começaram muito antes. Mas devido a tais percalços, sequer passou da presente fase. Ou seja, até este momento não se finalizou sequer a fase licitatória da obra, trazendo de fato grande prejuízo para a população e para os fins da administração.

Logo, a exiguidade para o início e concretização é relevante para a realização do interesse público.

Outra questão que apresenta divergência se refere à estipulação de salário-base de servente em desacordo ao estabelecido em convenção coletiva e inferior ao salário-mínimo.

No caso, observa-se que a Unidade Técnica entende ser uma questão pacífica e, ao final, declara que há engano no Edital sobre a classificação de determinada categoria de trabalhadores e que tal falha, caso mantida, importará em diferença no orçamento da obra.

No entanto, sobre o enquadramento de profissional “A” ou “B” em determinada categoria salarial, tenho para mim que esta não é uma questão pacífica, mas sim controversa, cabendo interpretações típicas, não desta Corte de Contas, nem mesmo da Administração, mas sim da Justiça do Trabalho e de seus Órgãos e entidades envoltos (DRT, PRT, sindicatos etc). Quer se dizer que se não trata claramente de matéria específica desta Corte e, portanto, não vejo como se decidir se um tipo profissional pertence e enquadra em determinada categoria profissional e salarial. São detalhes que o ordenamento jurídico delegou a outras instâncias, não a esta.

Ao contrário do que sustentou a nobre relatoria técnica, o possível impacto orçamentário da eventual diferença salarial global, é muito menor que 1% sobre o valor da obra. Semelhantemente, sob esse novo prisma, nota-se que não se sustenta iniciar de novo o processo licitatório para acomodar questão técnica, atinente a ramo de direito específico, na hipótese que eventual falha – não é certa – pode implicar num eventual erro de menor de 1% (um por cento) sob o valor da obra.

É dever da Administração observar a legalidade administrativa na confecção de todos os atos do processo licitatório. No entanto, é impossível impor-lhe que tudo siga à risca do que foi especificado, sobretudo em obras de grande complexidade como esta sob análise.

De outro modo, a legalidade é um princípio, uma meta a ser seguida em todas as fases do processo licitatórios. Porém, não é algo que possa ser medido milimetricamente, sob pena de se estancar a todo momento o início e o fim de obras e serviços. Enfatize-se bem: A supremacia do interesse público sobre o interesse privado é a essência do regime jurídico administrativo.

Nessa pegada, outro ponto a ser aclarado diz respeito a aplicação de normas pelo defendente no caso de atualização de planilha de orçamentária. O setor técnico defende posição de que as normas invocadas pelos defendentes aplicam-se tão somente *“para o estabelecimento de critérios de reajustamento de contratos, a qual não pode ser utilizada, por analogia, como método de atualização de planilha orçamentária de um procedimento licitatório”*

Não foi ouvido o defendente sobre tal alegação. Mas confrontando-se, nota-se, a princípio, de falha formal, método interpretativo de aplicação de normas feito a priori pela Administração. Eventualmente, com a leitura desse esclarecimento da Unidade Técnica feito pelo Estado e a Comissão de Licitação pode se chegar a uma “melhor interpretação” e aplicação de método de atualização de planilha orçamentária do procedimento licitatório de modo a manter, inclusive, a equação econômica-financeira estabelecida na Licitação, bem assim o impacto orçamentário da obra.

Data vênha, não se pode, num procedimento licitatório complexo e alongado, querer a todo momento se republicar o Edital de Licitação, zerando-se

novamente a competição, dando-se por inútil praticamente todo o trabalho realizado. Essa intenção deve ser combatida, pois não representa a realização do interesse público, mas, ao contrário, apego à legalidade formalista e burocrática para emperrar e manipular a Administração conforme interesse puramente privados e comerciais.

O certo é que, nos limites da viabilidade legal e técnica, bem assim os princípios licitatórios contidos no artigo 3º da Lei das Licitações, é possível adequar-se eventual falha ou vício formal para conformá-lo à Lei. Não assim óbice intransponível a ser arditosamente contornado, mas, sim, legalidade não manifesta corrigida adequadamente e sem maiores prejuízos ao interesse público.

Nesse sentido é que as contradições editalícias apuradas pelo Setor Técnico, dentro dos limites acima, podem ser interpretadas adequadamente sem que isso seja um vício intransponível a anular todos os atos realizados. Enfatize-se bem: A supremacia do interesse público sobre o interesse privado é a essência do regime jurídico administrativo.

Nessa toada, também não é intransponível a Ausência das ARTs do Projeto e do orçamento, devendo ser recomendado à Administração a confecção de tais documentos.

Outra alegação de nulidade contornável seria a alteração do Edital para admitir a participação no certame de empresas em recuperação judicial e extrajudicial sem a republicação e recontagem do prazo do certame uma vez que não foi demonstrado pelo representante em que consistiu o seu prejuízo, considerando-se também não ter procuração para atuar em nome da Empresa CIVILPORT ENGENHARIA LTDA que teria não participado do torneio licitatório. Aplica-se, em geral, e notadamente nesse item, o princípio de direito administrativo francês *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo).

Esse último princípio se aplica quando não há necessidade de anular os atos praticados na licitação se não houver prejuízo para particulares, licitantes efetivos e em potencial.

Divergências à parte, creio que, em licitações e obras dessa complexidade e vulto, atende ao interesse público, cláusulas restritivas que reduzam ou evitem a participação de licitantes de capacidade técnica ou financeira duvidosa. Sendo mais claro, é possível que empresas de capacidade econômica-financeira suspeitas sejam afastadas da competição como forma de se minorar as possibilidades de que a execução do bem ou serviço seja comprometida. É uma opinião controversa mas que, diante da realidade de obras inacabadas que soem ocorrer, faz sentido. Faz-se isso através de cláusula genérica restritiva no Edital, tal e qual foi feito.

Do mesmo modo, com as achegas do que já foi exposto, percebe-se que a falta e falhas nas composições de custos da instalação do canteiro e da aquisição de equipamento no montante e no percentual questionado também deve ser relevado, até porque não são pacíficas. Valho-me assim dos argumentos da Administração para debelar esse item: *“Não seria razoável exigir que a SINFRA atualizasse individualmente cada insumo, já que são centenas, senão milhares de subitens, pois nesse caso, não se trataria de atualização e sim de nova cotação de preços, resultando em esforço desnecessário e aumento nos gastos enfrentados para a contratação, podendo resultar inclusive em prorrogação infinita do início da licitação. Ademais, se é possível aplicar a correção dos preços do contrato por meio desse índice, obviamente, pode ser também o orçamento atualizado pelo mesmo.”*

Outrossim, é nítido (não controverso) nesse ponto que esses subitens representam serviços acessórios, restritos a instalação do canteiro de obra, os quais somados totalizam R\$ 80.537.51, em torno de 0,10% do valor total orçado.

Resulta fácil verificar que, considerando-se o valor da obra, o percentual e o valor da obra são de representatividade insignificante ao longo do contrato, e não possuem envergadura para macular o processo licitatório. Verdadeira filigrana que ocorre na vasta maioria dos contratos.

Nessa hipótese vale o explicitado acima, no sentido de que da leitura das conclusões do relatório técnico, pode os defendentes ajustarem a postura interpretativa das cláusulas a fim de assegurar a legalidade com a aplicação de método de atualização de planilha orçamentária do procedimento licitatório de modo a manter, inclusive, a equação econômica-financeira estabelecida na Licitação, bem assim o impacto orçamentário da obra.

Em virtudes dessas considerações, sobretudo das substanciosas alegações da defesa, modifico meu posicionamento anterior para recomendar o conhecimento e provimento do recurso para que o Tribunal julgue improcedente a representação em tela e, consequentemente, revogue a cautelar concedida outra.

Requeiro seja expedido recomendações no sentido de os defendentes providenciem estudo com o intuito de possível adequação interpretativa às cláusulas consideradas controvertidas pela Unidade Técnica a fim de que mantenham coesão na realização do certame e atos subsequentes.

É o parecer.

São Luís-MA 28 de junho de 2016.

Paulo Henrique Araujo dos Reis

Procurador

Processo nº 7696/2016

Natureza: Denúncia

Parecer nº 732/2016-GPROC2

Sr. Relator,

Em que pese a gravidade das irregularidades denunciadas e confirmadas pela Unidade Técnica no bojo dos Relatórios de Instrução n. 5476/2016 (fls. 160/164) e n. 6050/2016 (fls. 269/275), mesmo após apresentação de Defesa, anui-se em parte às conclusões exaradas no Despacho n. 156/2016 (fl. 305), no sentido de que “com a decisão pelo acolhimento do recurso e determinação de prosseguimento do certame, não há mais objeto a ser monitorado por esta Unidade Técnica relativo ao presente processo, tendo em vista que as ocorrências apontadas no Relatório de Instrução n. 6050/2016 somente teriam efeito, se efetuadas as correções na planilha orçamentária do certame e consequente republicação do edital com a abertura do prazo inicialmente estipulado, o que restou impossibilitado com o acolhimento da peça recursal”.

De fato, o Acórdão PL-TCE n. 712/2016, que julgou o Recurso de Reconsideração aviado pelo Estado do Maranhão, ao determinar o prosseguimento da Concorrência n. 01/2016, acabou por referendar o Certame, impedindo a correção dos vícios encontrados no Edital, razão pela qual não se há mais de falar em monitoramento da fase inaugural da contratação.

Tal fato, entretanto, não é impeditivo do monitoramento da **execução contratual** por esta Corte de Contas, haja vista que os vícios encontrados não foram dirimidos, persistindo o risco de lesão ao erário que, caso comprovada, dará ensejo à instauração de Tomada de Contas Especial, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Ante o exposto, requer o MP de Contas que a Unidade Técnica competente proceda a amplo monitoramento da execução do Contrato firmado com o Consórcio EPENG/FN SONDAGENS em 30/08/2016, para que, caso encontradas ilegalidades, sejam apuradas as devidas responsabilidades.

É o parecer.

São Luís, 29 de setembro de 2016.

FLÁVIA GONZALEZ LEITE

RELATÓRIOS DE INFORMAÇÃO TÉCNICA

RELATÓRIO DE INSTRUÇÃO Nº 6050/2016 – UTCEX 2/SUCEX 7

Processo	7696/2016 – 01 volume
Jurisdicionado	Secretaria de Estado de Infraestrutura - SINFRA
Natureza	Representação
Responsável	Clayton Noleto Silva - Secretário de Estado de Infraestrutura e Odair José Neves Santos - Presidente da CEL-CCL
Assunto	Análise de Defesa e Recurso de Reconsideração
Relator	Conselheiro Raimundo Oliveira Filho

1. INTRODUÇÃO

Senhor Relator, em cumprimento ao disposto no art. 153 do Regimento Interno do TCE/MA, apresenta-se o Relatório de Instrução, resultado da análise do recurso de reconsideração apresentado pelo Procurador Geral do Estado (fls. 194 a 213); da documentação de fls. 218 a 250, encaminhada pelo Secretário de Estado da Infraestrutura em decorrência da Notificação nº 73/2016 e da defesa encaminhada pelo Presidente da CEL, Sr. Odair José Neves Santos (fls. 254 a 267) em resposta à Notificação nº 74/2016, referentes às ocorrências apontadas no Relatório de Instrução nº 5476/2016 - UTCEX 2/SUCEX7, fls. 160 a 179, que sugeri a medida cautelar pela republicação do certame com reabertura do prazo inicial a qual foi ratificada pelo parecer do MPTCE-MA (fls. 182 e 183) e em seguida acolhida através de decisão monocrática adotada pelo Conselheiro Relator dos presentes autos (fls. 188 a 189).

O presente processo refere-se a representação apresentada a esta Corte de Contas pela empresa Construtora Sucesso S/A a respeito das irregularidades verificadas na Concorrência nº 001/2016 - CEL/CCL/MA, com valor total estimado de R\$ 75.759.094,32 (Setenta e cinco milhões, setecentos cinquenta e nove mil, noventa e quatro reais, trinta e dois centavos), cujo objeto é a contratação de empresa especializada para construção de uma ponte sobre o Rio Pericumã, na rodovia MA-211, no trecho Bequimão-Central do Maranhão.

2. DA TEMPESTIVIDADE DA DEFESA E DO RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO

Preliminarmente verifica-se que o Sr. Clayton Noleto Silva, Secretário de Estado da Infraestrutura, citado em 31/05/2016 (fl. 191), para se pronunciar acerca das irregularidades detectadas na licitação sob comento, apresentou defesa em 15/06/2016, constatando, portanto, sua tempestividade.

No tocante à defesa apresentada pelo Sr. Odair José Neves Santos, constatou-se também sua tempestivamente uma vez que citado em 31/05/2016 (fl. 192), apresentou seus argumentos em 15/06/2016. Além das defesas apresentadas pelo Secretário de Infraestrutura e pelo Presidente da CEL/CCL/MA, o Procurador Geral do Estado, Sr. Rodrigo Maia Rocha encaminhou em 14/06/2016 (fls. 194 a 213), Recurso de Reconsideração da decisão proferida pelo Conselheiro Relator (fls. 184-187).

3. ANÁLISE DAS DEFESAS: Recurso de Reconsideração do Procurador Geral do Estado (fls. 194 a 213); Defesa do Secretário de Estado da Infraestrutura (fls. 218 a 250) e Defesa do Presidente da CEL (fls. 254 a 267)

Instados a se manifestar acerca da decisão proferida em caráter liminar, os representados, bem como a Procuradoria de Estado apresentaram três peças distintas de Defesa, com alegações e fundamentos de igual teor, motivo pelo qual esta Unidade Técnica descreverá a análise das peças conjuntamente, detalhando em tópicos cada argumento apresentado, conforme abaixo.

Por oportuno, importa relatar que somente a defesa apresentada pelo Secretário da SINFRA anexou documentos, quais sejam: Doc. 01 - Aviso de Suspensão da Concorrência nº 001/2016 – CEL/CCL/MA, à fl. 225; Doc. 02 - Planilha orçamentária da obra licitada às fls.227-247 e Doc. 03 – Ofício nº 079/2016 – CSL/SINFRA, da Presidente da Comissão Setorial de Licitação/SINFRA, Srª Rosane Maria de Carvalho Ramos, que encaminhou as respostas técnicas produzidas pelo setor técnico da SINFRA ao Presidente da Comissão Especial de Licitação, Sr. Odair José Neves dos Santos, à fl. 249.

1 - Ausência dos requisitos para a concessão da medida cautelar

Aduz os Requerentes que no caso sob comento não foram evidenciados os requisitos essenciais para a concessão de medida cautelar por inexistir o *'fumus boni iuris'* e o *'periculum in mora'*, ao contrário, aduz que existiria o *'periculum in mora reverso'*, pois a anulação de fase do certame redundaria em atraso no início da execução da obra que se pretende contratar, ocasionando prejuízo ao interesse público.

Sabe-se que o procedimento licitatório é princípio constitucional, previsto no art. 37, XXI da CF, que estabelece a obrigatoriedade da Administração Pública de promover procedimento prévio que assegure a igualdade de oportunidade a todos os interessados, toda vez que tiver uma necessidade pública que não tem como ser suprida por meios próprios, visando a obter a melhor proposta.

Evidencia-se, portanto, que a licitação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para alcançar dois objetivos principais: a isonomia e a eficiência administrativa, esta traduzida como a melhor proposta obtida na licitação.

O torneio licitatório deve ser conduzido em conformidade com a legislação e regulamentos próprios, bem como obedecer os princípios que regem a Administração Pública.

Desse modo, somente poder-se-á afirmar que um certame licitatório cumpriu seu desiderato, quando todo o procedimento, desde o início até o encerramento da execução contratual, é efetuado de acordo com as regras e princípios estabelecidos.

No caso sob comento, como devidamente descrito na Representação formulada pela empresa Construtora Sucesso S/A, no Relatório de Instrução Técnica nº 5476/2016 - UTCEX 2/SUCEX7e na Decisão do Conselheiro Relator, o processo de contratação em análise apresenta sérias irregularidades que inequivocamente maculam o procedimento.

Por essa razão, entende-se que o prosseguimento da Concorrência nº 001/2016-CEL, sem a exclusão dos vícios apontados, em hipótese alguma irá alcançar o fim pretendido pela Administração, qual seja, a obtenção da melhor proposta para a construção da ponte sobre o Rio Pericumã.

Cumpra ressaltar, por mais óbvio que seja, que o tempo necessário para adequação das planilhas que integram o projeto básico e o saneamento das irregularidades, com a republicação do certame, certamente atenderá de modo muito mais eficiente o interesse público e os anseios da sociedade do que a conclusão de um procedimento permeado de vícios que inevitavelmente inviabilizará a correta execução contratual.

Permitir que o certame em referência prossiga e que o contrato dele decorrente seja executado com os vícios apontados poderá ocasionar graves danos ao erário, uma vez que, como é de conhecimento de todos, o interesse público somente é obtido quando o procedimento é efetuado em conformidade com as regras e princípios estabelecidos.

Repita-se, por relevante, que melhor atende o interesse público o investimento de tempo no planejamento da contratação do que a feitura de licitação contendo sérios vícios de legalidade, de forma apressada, apenas para iniciar as obras, sem contudo garantir que os demais valores também relevantes para a sociedade sejam devidamente observados.

Isso posto, por verificar a existência de vícios insanáveis no procedimento em exame, com ofensa aos princípios da isonomia, legalidade e competitividade e visando evitar prejuízos ao erário estadual, bem como o fundado receio de grave lesão a direito alheio, esta Unidade Técnica sugere a substituição da medida cautelar em decisão de mérito.

2 - Estipulação de salário base de servente em desacordo ao estabelecido em convenção coletiva e inferior ao salário mínimo

Acerca dos argumentos apresentados nas Defesas no tocante a previsão do salário do servente na planilha orçamentária, primeiramente convém salientar que tanto o servente que integra a categoria profissional de engenharia, quanto o servente como espécie e mão-de-obra de serviços gerais possuem piso salarial definido da respectiva Convenção Coletiva de Trabalho.

Portanto, a afirmação dos Reclamados, ora Defendentes, de que o valor mensal estabelecido na composição da CPU-002 é de R\$ 788,00 mensais, e de que o servente a que se refere seria o relativo à mão de obra de serviços gerais, categoria que não possuiria piso salarial definido em convenção, constatou-se que tal ilação não condiz com a veracidade dos fatos, uma vez que esta categoria faz parte do Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação do Estado do Maranhão – SEAC/MA, cujo salário estabelecido na CCT de 2015, com vigência de 01/01/2015 a 31/12/2015 era de R\$ 803,00, portanto já superior ao valor estabelecido na CPU-002 (Administração local e manutenção do canteiro), conforme Anexo 01¹.

Logo, não há como justificar a adoção de valor inferior na planilha orçamentária elaborada pela Administração, como pleiteiam os defendentes.

Soma-se a isto que, analisando mais detidamente a CPU-002, verificou-se que além do custo mensal do servente estar abaixo do piso salarial da categoria, conforme já exaustivamente tratado nos presentes autos e novamente explicado acima, observou-se que na totalização dos itens referentes ao custo da mão-de-obra de encarregado, vigia diurno e vigia noturno, não foi considerada a quantidade de profissionais de cada item, mas tão somente a quantidade de meses multiplicada ao salário.

Tal erro de totalização equivale a uma diferença relativamente ao Item A da CPU-002 na ordem de R\$ 282.345,21, o que aparentemente poderia ensejar a conclusão de que seria apenas mais um pequeno erro na planilha quando comparado ao volume de recursos que envolve toda a contratação.

No entanto, se for levada em consideração a diferença entre o valor calculado pela SINFRA de R\$ 1.757.403,29 (Anexo II) e o valor correto obtido nesta análise de R\$ 2.039.548,50 (Anexo III) e esse montante for corrigido pelo índice 1,0256 aplicado pela SINFRA ao item administração local e manutenção do canteiro e em seguida o BDI de 29,43%, redundará em uma **diferença de R\$ 374.794,65, de impacto no orçamento da obra.**

Outro argumento apresentado pela Defesa é que a planilha orçamentária foi atualizada utilizando índice em conformidade com a Instrução de Serviço/DG n. 04 de 07/03/2012. No entanto, tal instrução foi elaborada apenas e tão somente para estabelecimento de critérios de reajustamento de contratos, a qual não pode ser utilizada, por analogia, como método de atualização de planilha orçamentária de um procedimento licitatório.

Isso porque a atualização dos valores durante a execução contratual tem por objetivo realinhar os valores contratados, de modo a manter a equação econômica-financeira estabelecida no momento da licitação. Desse modo, permite-se a aplicação do índice sobre a planilha de modo integral, havendo uma espécie de compensação entre os diversos itens.

Já a planilha orçamentária de uma licitação tem outros objetivos. Primeiro, estimar o valor da contratação para a Administração identificar se possui os recursos orçamentários e financeiros para fazer face à despesa; segundo, para abalizar os licitantes a formular suas propostas e, terceiro, para ser utilizada como critério de julgamento das propostas durante o certame.

Por essa razão é que o art. 7º, §2º, II da lei nº 8.666/93 determina que as obras somente poderão ser licitadas se existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários. E é somente desse modo que a planilha deve ser atualizada.

Ao contrário do que afirma o defendente, seria razoável e o mínimo esperado que um órgão como a Secretaria de Estado de Infraestrutura fosse capaz de dispor de equipe capaz de efetuar a atualização da planilha orçamentária, demonstrando assim além da sua capacidade técnica, o interesse inquestionável de efetuar uma contratação mais vantajosa e segura e a aptidão para acompanhar a execução contratual dela decorrente.

Sobre o assunto, considera-se relevante destacar a orientação contida no Manual de Orientações para a elaboração de Planilhas Orçamentárias de Obras Públicas do TCU², o qual leciona no mesmo sentido:

4 – Como a licitante deve proceder ao constatar que há erro no orçamento estimativo elaborado pela Administração? Resposta: No caso da identificação de erros de quantitativos nesse orçamento, deve-se realizar a impugnação tempestiva do instrumento convocatório, tal qual assevera o art. 41, § 2º, da Lei 8.666/93 (ou o art. 45, inciso I, da Lei 12.462/2011 quando utilizado o RDC), pois a proposta ofertada deverá obrigatoriamente seguir as quantidades do orçamento-base da licitação, cabendo a desclassificação da empresa que não cumprir tal regra. A Administração, por sua vez, reconhecendo o erro em sua planilha orçamentária, deve publicar o aviso de alteração no edital de licitação e reabrir o prazo originalmente fixado para a apresentação das propostas. (grifos incluídos)

Acerca do argumento referente a adoção do critério de desclassificação das propostas com base no item 15.1.6 do edital, primeiramente convém esclarecer que o item transcrito pela defesa refere-se à primeira versão do edital e que após a alteração passou a ser o item 15.2.2, e cuja redação restou alterada. Vejamos:

15.2.2. As PROPOSTAS DE PREÇOS que não atenderem às condições deste Edital, que oferecerem alternativas de ofertas e cotações, bem como vantagens nela não previstas ou preços unitários e global superiores ao limite estabelecido pela SINFRA, (que tem como referência os preços coletados em março de 2015, devidamente reajustados pelos índices FGV/DNIT para fevereiro de 2016, conforme justificativa constante nos autos do processo, tendo-se como limite estabelecido o orçamento estimado da obra ou ainda, preços unitários e global manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrado sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, bem como aqueles que não atenderem ao Artigo 44, § 3º, da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, serão desclassificadas. Deverá ser observado o disposto no Artigo 48 da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, em especial o seu § 1º para apuração de preços unitários ou global inexequíveis. (grifos incluídos)

Importa destacar que a interpretação adotada na Defesa acerca da expressão “preços unitários e global superior ao limite estabelecido pela SINFRA”, de que a conjunção aditiva “e” levaria a desclassificação de proposta, somente se “conjuntamente, apresente um item de preço unitário acima do preço orçado e também o preço global se apresente acima do preço orçado” é diametralmente oposta ao entendimento uniforme sedimentado pela doutrina e jurisprudência pátria. Destaca-se a Súmula 259 do TCU:

“Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor.” (grifos incluídos)

Logo, a melhor interpretação é a prevista expressamente no item 16.16 do edital em tela (versão revisada), qual seja:

“Serão desclassificadas as Propostas que não atenderem às exigências do Edital, bem como as que apresentarem preços unitários e/ou global superiores ao limite estabelecido, tendo-se como limite estabelecido os valores constantes da PLANILHA ORÇAMENTÁRIA BASE (ANEXO XVII) dos serviços; ou ainda com preços unitários ou global manifestamente inexequíveis, nos termos do artigo 48, inciso I da Lei Federal nº 8.666/1993, bem como a súmula 262 do TCU.” (grifos incluídos)

3 - Ausência das ART'S do Projeto e do Orçamento

A defesa alega que todas as ART's relacionadas à contratação em tela encontram-se no processo administrativo nº 176173/2015 e indica a localização afirmando que estão:

“Na fl. 17 do proc. 2 volume 1 (sic) existe ART de projeto – projeto detalhado de sistema estrutural (pontes, estrutura metálica, fundações profundas); ART de projeto executivo à fl. 25; ART de orçamento de projeto executivo à fl. 26.”

Em seguida, contradiz tal alegação aduzindo: “Ademais, na eventualidade de não constar alguma ART, a irregularidade é perfeitamente sanável pela apresentação posterior...”, o que denota que a própria Administração licitante não tem a certeza de que procedeu as devidas Anotações de Responsabilidade Técnica, conforme determina a legislação.

Cumprе ressaltar que esta UTCEX 2 já havia alertado no Relatório de Instrução (fls. 160 a 179), sobre a necessidade da apresentação de tais documentos, os quais não foram apresentados junto com as defesas produzidas.

Importante frisar que constitui-se falha grave a deflagração de torneio licitatório sem que sejam efetuadas as devidas ART's. Esse entendimento é pacífico dos Órgãos de Controle, motivo pelo qual já editada a Súmula 260 do Tribunal de Contas da União, que dispõe sobre o tema:

“É dever do gestor exigir apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART referente a projeto, execução, supervisão e fiscalização de obras e serviços de engenharia, com indicação do responsável pela elaboração de plantas, orçamento-base, especificações técnicas, composições de custos unitários, cronograma físico-financeiro e outras peças técnicas”.

4 - Alteração do edital para admitir a participação no certame de empresas em recuperação judicial e extrajudicial sem a republicação e

recontagem do prazo do certame

Verifica-se que no edital da Concorrência nº 001/CEL, nos itens 9.2 alínea “a” e 14.4.2 há previsão expressa de que as empresas que estão em recuperação judicial estão impedidas de participar do certame.

Em decorrência dessa vedação, a empresa CIVILPORT ENGENHARIA LTDA interpôs impugnação ao edital argumentando a ilegalidade de tais cláusulas, já existindo posicionamento inclusive do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de participação de empresa em recuperação judicial em certames licitatórios. Do mesmo modo, o TCU, por meio do acórdão nº 8.271/2011-2ª Câmara, decidiu pela admissibilidade de empresas sem a certidão negativa de falência e recuperação judicial.

Ocorre que, a Comissão Especial de licitação acolheu os argumentos da impugnação, dando-lhe provimento e tão somente publicou tal decisão **um dia antes da realização do certame**.

É de clareza solar que a conduta da Comissão no caso em tela fez com que eventuais interessadas em participar da licitação não tivessem tempo hábil para a formulação das propostas, o que sem sombra de dúvidas restringiu indevidamente a competitividade, prova disso é que a própria impugnante, a empresa CIVILPORT ENGENHARIA LTDA não participou do torneio licitatório.

Sabe-se que é exatamente em decorrência do princípio da legalidade e de seu correlato, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem como dos princípios da isonomia e da ampla competitividade, que a Lei nº 8.666/93 estabelece no art. 21, § 4º, a obrigatoriedade de republicação do edital, com devolução do prazo, todas as vezes em que houver qualquer modificação que altere a formulação das propostas no intuito de oportunizar o maior número de interessados e ampliar a disputa.

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

A defesa alega que não houve alteração do texto do edital, mas simples interpretação de suas cláusulas. No entanto, entende-se que no presente caso concreto, em virtude do modo como foram redigidas as cláusulas do edital, bem como o tempo decorrente entre a resposta à impugnação e a data da sessão pública da licitação, houve mais que interpretação, ocorrendo na prática verdadeira alteração do edital.

Assim, sugere esta Unidade a determinação à Secretaria de Estado de Infraestrutura que se abstenha de incluir nos editais de licitação a vedação de participação de empresas em recuperação judicial e possibilite a substituição da certidão negativa de falência e recuperação judicial à apresentação de certidão emitida por instância judicial competente que certifique que a empresa está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório.

5 - Justificativa para a falta e falhas de itens da composição de custos da instalação do canteiro e da aquisição de equipamentos; Terraplanagem; Intervenções ambientais e estrutura da ponte

Inicialmente, em se tratando das ausências e falhas nas composições de custos da obra, verifica-se que a Defesa alega que os valores envolvidos nos itens omissos ou com erro são de pequena monta por totalizarem apenas R\$ 80.537,51, equivalente a 0,10% do valor total orçado da obra e de que o licitante necessitaria analisar de modo minucioso os serviços irrelevantes para elaborar sua proposta.

Acredita-se que esta não pode ser a interpretação adotada na seara administrativa, em especial, quando se trata do Órgão contratante, a quem não cabe justificar falhas na elaboração da planilha orçamentária que servirá de base ao certame e imprimir ao licitante os critérios que consideram importantes para serem adotados na elaboração da proposta.

Ao contrário do que afirmam os Reclamados, ora Defendentes, o licitante ao elaborar a proposta, deve fazê-la com total cautela, de modo a não ser desclassificado em razão de um único preço unitário apresentado acima do valor máximo de referência, conforme critério de aceitabilidade dos preços e julgamento adotado, nos termos do art. 7º, §2º, II e art. 40, §2º, II da ambos da Lei 8.666/93.

No tocante a ausência das composições de custos do primeiro edital do certame, bem como das falhas, “erros de digitação” e esclarecimentos relativos a intervenções ambientais e estruturais da ponte, os quais foram acolhidos pelo órgão licitante em sede de impugnação ao edital e publicados na data anterior à sessão pública da licitação sem reabertura do prazo inicial, os Defendentes argumentam que os erros eram de fácil percepção e baixo impacto orçamentário, motivo pelo qual não haveria necessidade de alteração do edital e a consequente republicação.

Ora, a determinação contida no parágrafo 4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93 é clara ao prever que “qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas”.

Portanto, a menos que inquestionavelmente não afete a formulação das propostas a alteração promovida no instrumento convocatório deve vir acompanhada de nova publicação com reabertura do prazo inicial.

No presente caso concreto, entende-se que as alterações e inclusões de composições de custos promovidas pela administração contratante em data anterior à sessão pública do certame constituem-se inquestionável entrave para a formulação de propostas adequadas, decorrente do exíguo prazo para analisar e incluir as alterações e promover os devidos ajustes em suas composições de custos pelos licitantes.

Sobreleva destacar a lição de Joel de Menezes Niebuhr³:

Melhor explicando: se for necessário alterar o instrumento convocatório, é obrigatório a publicação de tal alteração e a recontagem, desde o início, do prazo de publicidade dele, nos mesmos veículos onde o aviso fora publicado. Tais formalidades não são obrigatórias apenas nas situações em que a

alteração não afetar, de modo geral, a formulação das propostas, isto é, em que ela não afetar o princípio da isonomia e a participação na licitação de quaisquer interessados. Dispensa-se a publicação e a recontagem do prazo somente em casos de alterações de questões meramente formais ou de aspectos secundários, que importem esclarecimentos ou pequenos ajustes que não produzem repercussão substancial na participação no certame de qualquer interessado, o que deve ser avaliado, caso a caso, em consonância ao princípio da razoabilidade.

Em relação aos demais pontos da impugnação, os quais referem-se às composições de custos unitários, algumas deficientes e outras ausentes do processo licitatório e cujas ausências foram confirmadas na resposta à impugnação, ao contrário do que concluiu a CEL, que resolveu CONHECER e NEGAR PROVIMENTO à impugnação, entendemos que as razões lá consignadas são bastantes para levar a alteração do edital e sua republicação, reabrindo o prazo inicial nos termos do art. § 4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93.

A ausência de composições de custos no processo licitatório retrata o descumprimento do inciso II do §2º do art. 7º da Lei nº 8.666/93 e contrariando o entendimento já sumulado pelo TCU, por meio da Súmula 258, *in verbis*:

“As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão ‘verba’ ou de unidades genéricas”.

A alteração, ou simplesmente a inclusão de composição de custos que não compunham o processo administrativo, já teriam o condão de obrigar a administração a republicar o edital com as devidas correções reabrindo o prazo inicial, pois importam em fator determinante e imprescindível para formulação das propostas dos licitantes e impactam diretamente no julgamento da licitação que conforme previsto no item 16.16 do edital será desclassificada a proposta que apresentar preço global e/ou unitários superiores ao limite estabelecido na planilha orçamentária.

Afinal o orçamento e a composição de custos do objeto da licitação são extremamente importantes para a condução de todo o processo, especialmente para o controle dos preços propostos e análise fundamentada acerca da sua exequibilidade, bem como durante a execução contratual para embasar eventuais revisões/reperactuações dos preços inicialmente contratados. As composições de custos da Administração não podem ser entendidas como meramente referenciais, pois influem no critério de julgamento e base para toda a execução contratual.

Assim também decidiu o TCU que exarou a Súmula 258 já mencionada, bem como vários Acórdãos destacando a importância da composição de custos, mesmo nas situações em que o julgamento seja por menor preço global, dos quais destacamos o Acórdão nº 2823/2012-Plenário:

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

9.1. dar ciência à (...) sobre as seguintes impropriedades verificadas no Contrato nº 046/2011, resultante da Concorrência Pública nº 03/2011 e referente à construção da quadra esportiva da Escola (...):

(...)

9.1.2. ausências das composições dos custos unitários da planilha orçamentária, do detalhamento do BDI e dos encargos sociais relativos ao contrato, bem como de exigência editalícia no sentido de as licitantes apresentarem proposta com tais elementos, em dissonância com os ditames estabelecidos no art. 6º, inciso IX, alínea “f”; art. 7º, § 2º, inciso II; e art. 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993;

Ressalta-se ainda a necessidade de adequação das composições de custos unitários promovendo os ajustes necessários inclusive em relação ao salário-mínimo dos profissionais que compõem a mão-de-obra para realização dos serviços.

Ademais, sobreleva ressaltar que a análise desta UTCEX 2 restringiu-se apenas aos itens da planilha orçamentária apontados na Representação formulada pela empresa Construtora Sucesso LTDA e não traduz a verificação dos demais itens da referida planilha.

6 - Ausência de “periculum in mora” e o receio de danos irreparáveis com a manutenção da medida cautelar

Por derradeiro, aduz a defesa que a manutenção da medida cautelar proferida por esta Corte de Contas configuraria o “periculum in mora” reverso em virtude da ausência de irregularidades na concorrência nº 001/2016-CEL, ao mesmo tempo em que a retificação do edital e seus anexos retardariam a conclusão da obra em questão, impedindo de modo injustificado a sociedade de usufruir os potenciais benefícios que adviriam com a construção da ponte sob o rio pericumã.

Como anteriormente mencionado, para que a necessidade pública que se almeja satisfazer seja efetivamente alcançada, precisa que o Gestor público efetue o planejamento adequado da contratação de modo a garantir o transcorrer adequado do procedimento licitatório, e a subsequente execução contratual se realize de modo a garantir o atingimento do objeto que satisfaz a necessidade pública.

Os graves vícios apontados do certame, caso mantidos, inevitavelmente redundará em um custo social muito maior que a paralização do certame para que seja efetuada a correta orçamentação da obra e possibilite a execução contratual sem intercorrências indevidas.

O objetivo da medida cautelar não é a suspensão indefinida do procedimento de contratação, ao contrário, tem por escopo fazer com que a Administração contratante envide esforços para que sejam sanados os vícios apontados e dê prosseguimento regular ao certame, de modo a resguardar o erário de potenciais prejuízos que ocorreriam caso tais vícios fossem mantidos.

Por essa razão e conforme exposto, esta Unidade Técnica sugere que V. Exª determine a suspensão do certame para que a Secretaria de Estado de Infraestrutura-SINFRA revise as planilhas orçamentárias, efetuando a devida atualização de acordo com os valores e normas vigentes, os quais integrarão o projeto básico da licitação e que sejam tornados nulos todos os atos subsequentes.

7. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, sugere-se com fulcro no art. 153, V do Regimento Interno desta Corte de Contas:

- a) o acolhimento da Representação formulada pela empresa Construtora Sucesso LTDA, em virtude da existência de vícios insanáveis no procedimento em tela, com ofensa aos princípios da isonomia, legalidade e competitividade e visando evitar prejuízos ao erário estadual, bem como o fundado receio de grave lesão a direito alheio;
- b) a conversão da medida cautelar em decisão de mérito, haja vista que a instrução das alegações de defesa não elidirem as ocorrências apontadas no Relatório de Informação Técnica nº 5476/2016 - UTCEX 2/SUCEX7;
- c) determine por meio de decisão que a Secretaria de Estado de Infraestrutura-SINFRA proceda a revisão da planilha orçamentária, efetuando a devida atualização de acordo com os valores e normas vigentes, os quais integrarão o projeto básico da licitação;
- d) determine também que a Representada se abstenha de incluir em seus editais de licitação a vedação de participação de empresas em recuperação judicial e possibilite a substituição da certidão negativa de falência e recuperação judicial à apresentação de certidão emitida por instância judicial competente que certifique que a empresa está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório.

É o relatório.

São Luís, 21 de junho de 2016.

Keila Fonseca da Silva

Auditora Estadual de Controle Externo – Mat. 8508

Karla Herlanger Lima Barreto

Auditora Estadual de Controle Externo – Mat. 7575

Supervisora da SUCEX 7

Fábio Alex Costa Rezende de Melo

Auditor Estadual de Controle Externo – Mat. 8557

Gestor da UTCEX 2

1<http://seac-ma.com.br/convencoes/2015.pdf>

2<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2675808.PDF>

3NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 312.

RELATÓRIO DE INSTRUÇÃO Nº 5476/2016 – UTCEX 2/SUCEX 7

Processo:	7696/2016 – 01 Volume
Jurisdicionado:	Secretaria de Estado da Infraestrutura do Maranhão – SINFRA/MA
Natureza	Apreciação da legalidade dos atos e contratos
Responsável	Clayton Noleto Silva – Secretário de Infraestrutura e Odair José Neves Santos – Presidente da Comissão Especial de Licitação – CEL/CCL
Assunto	Representação
Relator	Conselheiro Raimundo Oliveira Filho

Senhor Relator,

Em atendimento ao despacho contido às fls. 158, apresenta-se o presente Relatório de Instrução, conforme dispõe o Art. nº. 153 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, referente a Representação impetrada pela empresa Construtora Sucesso S/A, através de sua procuradora Adriana Martins Ribeiro Costa, declinando a respeito de supostas irregularidades presentes no edital da Concorrência nº 001/2016-CEL de interesse da Secretaria de Estado de Infraestrutura do Maranhão - SINFRA/MA.

1. INTRODUÇÃO

Versam os presentes autos, sobre representação formulada por empresa já qualificada nos autos, contra o edital da Concorrência nº 001/2016-CEL, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para construção de uma ponte rodoviária sobre o rio Pericumã, na rodovia MA-211, no trecho Bequimão-Central do Maranhão, com extensão estimada em 589m, e com valor estimado de R\$ 72.196.844,60 (Setenta e dois milhões, cento e noventa e seis mil, oitocentos quarenta e quatro reais, sessenta centavos).

A sessão pública da licitação ocorreu em 13/05/2016, tendo sido abertos os envelopes de documentação e a sessão suspensa para diligências e informado que a nova data para continuidade da licitação será publicada no site da Comissão Central Permanente de Licitação – CCL/MA.

2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA REPRESENTAÇÃO

A presente representação atende ao requisito de legitimidade previsto no art. 43, VII da LOTCE/MA, c/c art. 113, §1º da Lei nº 8.666/93, razão pela qual sugere-se o seu conhecimento e processamento na forma regimental.

3. DOS FATOS E FUNDAMENTOS

Informa o representante que o edital do certame contém exigências/falhas e que já foi objeto de impugnação anterior que levou a alteração do edital e republicação, contudo afirma que mesmo após as alterações, não restaram devidamente sanados os vícios que no seu entender são insanáveis e maculam a validade do certame.

Afirma o representante que impetrou nova impugnação ao edital, a qual alega não ter sido respondida no prazo legal de 3 (três) dias úteis e que até a data da protocolização da presente representação (12/05/2016) ainda não havia sido respondido.

Aduz que a sessão pública da licitação ocorreria no dia seguinte 13/05/2016, restando prejudicada a observância aos princípios da legalidade e moralidade.

Em seguida, colaciona os mesmos argumentos apresentados na impugnação proposta à Comissão Especial de Licitação, a qual alega não ter sido respondida, cuja cópia juntou às fls. 124 a 135, cujos motivos resumem-se a:

- Estipulação de salário-base de servente em desacordo ao estabelecido em Convenção Coletiva de Trabalho e inferior ao salário-mínimo vigente;
- Falhas nas composições de custos de vários itens da planilha orçamentária;
- Ausência de apresentação da A.R.T do projeto e orçamento;

Anexou às suas alegações, cópias dos seguintes documentos: procuração, edital da Concorrência nº 001/2016-CEL, cópia da impugnação impetrada na Comissão Especial de Licitação (fls. 17 a 139), bem como os originais de sua representação e procuração (fls. 143 a 157).

Por fim, solicita a suspensão cautelar do certame ora guerreado, até a decisão do mérito.

4. DA ANALISE

4.1 Da ausência de resposta à impugnação pela Comissão Especial de Licitação

Inicialmente, acerca da alegação de que a Comissão Especial de Licitação não respondeu à impugnação no prazo legal de 3 (três) dias úteis, importante esclarecer que o referido prazo de resposta a impugnação mencionado pelo representante, é cabível para a impugnação prevista no §1º do art. 41, ou seja, quando proposta por cidadão.

Já a interpretação literal do §2º do art. 41 da Lei nº 8.666/93, nos leva ao entendimento de que a lei não estabeleceu prazo para resposta à impugnação feita por licitante, havendo apenas prazo para a propositura da impugnação. Senão vejamos:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso. (Grifamos)

Importante frisar que apesar da dificuldade em definir quem é licitante antes da data marcada para apresentação dos envelopes, o entendimento adotado tem sido que para efeito de impugnação ao edital, de que licitante é todo aquele potencial interessado em participar da licitação, ou seja, pessoa física ou jurídica que exerça atividade compatível com o objeto da licitação e não licitante seria o cidadão comum que a priori não teria interesse em participar da licitação. Esta é a lição de Joel de Menezes Niebuhr¹.

Destaca ainda Niebuhr:

Isto cria situação bastante estranha, porque o licitante, mesmo que desatenda à exigência do edital, continua participando da licitação. E é mais estranho porque se julgada procedente a impugnação, mesmo no decorrer da licitação, tudo o que forma feito está perdido, haja vista que a supressão ou acréscimo de exigência substancial do edital implica alteração dele e, por via de consequência, em obediência ao §4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93, ela deve ser publicada, reabrindo-se o prazo para abertura da licitação desde o seu início.

Dessa sorte, muito embora não seja obrigatório, recomenda-se que a Administração não dê prosseguimento ao certame antes de responder as impugnações.

Diante desta lacuna, o Tribunal de Contas da União, firmou através do Acórdão nº 1201/2006-Plenário de que: "...o prazo para que a Administração julgue e responda à impugnação a edital feita por licitante, nos termos do art. 41, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, é de 5 dias, segundo o art. 24 da Lei nº 9.784/1999".

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.3. firmar entendimento de que o prazo para que a Administração julgue e responda à impugnação a edital feita por licitante, nos termos do art. 41, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, é de 5 dias, segundo o art. 24 da Lei nº 9.784/1999;

9.4. determinar à (...) que:

(...)

9.4.2. em cumprimento ao art. 41, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, responda tempestivamente às impugnações apresentadas por licitantes contra os editais de suas licitações, atentando para o prazo de 5 dias constante no art. 24 da Lei nº 9.784/1999;

(...)

9.5. determinar à Secretaria de Controle Interno/TCU que proceda à correção da publicação "Licitações e Contratos: orientações básicas" em sua próxima edição, de modo a adequá-la ao disposto neste Acórdão, no que diz respeito à interpretação do art. 41, § 2º, da Lei nº 8.666/1993;

Trazendo para o âmbito estadual igual prazo de cinco dias resta consignado no art. 27 da Lei Estadual nº 8959/2009, senão vejamos:

Art. 27. Inexistindo disposição específica, os atos do processo administrativo devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.

Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante justificativa fundamentada.

Prestados os esclarecimentos, resta-nos analisar a ocorrência ou não do fato alegado, concernente à não apresentação de resposta à impugnação.

Primeiramente, destaca-se que conforme aposição de recebimento no corpo do documento (fl. 110), a impugnação foi protocolizada na CCL/MA em 06/05/2016 aparentemente em cópia/fax e depois em 09/05/2016 em originais (fl. 124).

Nesse momento achamos importante frisar a alteração promovida no edital em tela, a qual restringiu a apresentação de impugnação somente na forma escrita e devidamente protocolada (Anexo 1), medida que entendemos ser muito restritiva, uma vez que não deve haver interesse da administração em impedir a apresentação de impugnações aos seus editais, pois as impugnações na maioria das vezes provocam nova reflexão sobre os editais as quais são vantajosas para promover a legalidade e ampliar a competitividade no certame.

Ademais, a Lei nº .800/1999 facultou a utilização de sistemas de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita, não podendo a administração licitante estabelecer o contrário no seu instrumento convocatório.

Em consulta ao *site* da CCL (www.ccl.ma.gov.br) verificou-se que consta resposta à impugnação da empresa Construtora Sucesso S/A (Anexo 2), datada de 12/05/2016 mesma data em que deu entrada nesta Corte de Contas a presente representação, não sendo possível aferir se a empresa apresentou a representação a este Tribunal, mesmo após ter conhecimento da resposta dada pela CEL.

Observa-se ao final, que apesar da restrição estabelecida no edital de acolhimento das impugnações somente se apresentadas por escrito e devidamente protocoladas, em total descompasso com os recursos atualmente disponíveis de comunicação, inclusive a *internet*, a resposta à impugnação foi prestada em tempo hábil ao cumprimento do prazo de 5 dias, previsto na Lei de Processo Administrativo Estadual (Lei nº 8959/2009).

4.2 Da análise dos argumentos da representante

Conforme já relatado no item 3 do presente relatório, a impugnação ao edital e de igual conteúdo a representação ora objeto de análise, tratam exclusivamente de: estipulação de salário-base de servente em desacordo ao estabelecido em Convenção Coletiva de Trabalho e inferior ao salário-mínimo vigente; falhas nas composições de custos de vários itens da planilha orçamentária e ausência de apresentação da A.R.T do projeto e orçamento.

Em resposta à impugnação, no que diz respeito a ausência das ART's do projeto e orçamento suscitada pelo representante, a CEL esclareceu que: "Todas as ART's constam no Processo nº 176173/2015 (físico) que se encontra na sede da CCL/MA disponível para consulta".

Resta no entanto, a confirmação da informação mediante apresentação das aludidas ART's, pois caso contrário estaria o gestor incorrendo em falha grave e contrariando a Súmula 260 do Tribunal de Contas da União: "É dever do gestor exigir apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART referente a projeto, execução, supervisão e fiscalização de obras e serviços de engenharia, com indicação do responsável pela elaboração de plantas, orçamento-base, especificações técnicas, composições de custos unitários, cronograma físico-financeiro e outras peças técnicas".

Em relação aos demais pontos da impugnação, os quais referem-se às composições de custos unitários, algumas deficientes e outras ausentes do processo licitatório e cujas ausências foram confirmadas na resposta à impugnação, ao contrário do que concluiu a CEL, que resolveu CONHECER e NEGAR PROVIMENTO à impugnação, entendemos que as razões lá consignadas são bastantes para levar a alteração do edital e sua republicação, reabrindo o prazo inicial nos termos do art. § 4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93.

A ausência de composições de custos no processo licitatório retrata o descumprimento do inciso II do §2º do art. 7º da Lei nº 8.666/93 e contrariando o entendimento já sumulado pelo TCU, por meio da Súmula 258, *in verbis*:

"As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão 'verba' ou de unidades genéricas".

A alteração, ou simplesmente a inclusão de composição de custos que não compunham o processo administrativo, já teriam o condão de obrigar a administração a republicar o edital com as devidas correções reabrindo o prazo inicial, pois importam em fator determinante e imprescindível para formulação das propostas dos licitantes e impactam diretamente no julgamento da licitação que conforme previsto no item 16.16 do edital será desclassificada a proposta que apresentar preço global e/ou unitários superiores ao limite estabelecido na planilha orçamentária.

Final o orçamento e a composição de custos do objeto da licitação são extremamente importantes para a condução de todo o processo, especialmente para o controle dos preços propostos e análise fundamentada acerca da sua exequibilidade, bem como durante a execução contratual para embasar eventuais revisões/repactuações dos preços inicialmente contratados. As composições de custos da Administração não podem ser entendidas como meramente referenciais, pois influem no critério de julgamento e base para toda a execução contratual.

Assim também decidiu o TCU que exarou a Súmula 258 já mencionada, bem como vários Acórdãos destacando a importância da composição de custos, mesmo nas situações em que o julgamento seja por menor preço global, dos quais destacamos o Acórdão nº 2823/2012-Plenário:

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

9.1. dar ciência à (...) sobre as seguintes impropriedades verificadas no Contrato nº 046/2011, resultante da Concorrência Pública nº 03/2011 e referente à construção da quadra esportiva da Escola (...):

(...)

9.1.2. ausências das composições dos custos unitários da planilha orçamentária, do detalhamento do BDI e dos encargos sociais relativos ao contrato, bem como de exigência editalícia no sentido de as licitantes apresentarem proposta com tais elementos, em dissonância com os ditames estabelecidos no art. 6º, inciso IX, alínea "f"; art. 7º, § 2º, inciso II; e art. 40, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/1993;

Ressalta-se ainda a necessidade de adequação das composições de custos unitários promovendo os ajustes necessários inclusive em relação ao salário-mínimo dos profissionais que compõem a mão-de-obra para realização dos serviços.

4.3 Outras impugnações ao edital

Efetuada pesquisa no site da CCL, com vistas a confirmar a verossimilhança dos fatos narrados pelo representante, tomamos conhecimento de outras duas impugnações ao edital, propostas pelas empresas CIVILPORT ENGENHARIA LTDA e CONSTRUTORA CIDADE LTDA, ambas também respondidas em 12/05/2016 (Anexo 3).

Conhecidas as outras impugnações, apesar de não terem sido dirigidas a esta Corte de Contas, mas por impactarem diretamente a decisão do presente processo, entendemos importante trazer aos presentes autos a informação acerca do acolhimento dos argumentos da impugnação proposta pela empresa CIVILPORT ENGENHARIA LTDA, a qual restou CONHECIDA e no mérito dado PROVIMENTO, sendo alterados os itens 9.2 alínea "a" e 14.4.2 do edital, possibilitando a participação no certame de empresas em fase de recuperação judicial, nos termos pedidos pela empresa impugnante.

Entretanto, apesar do acolhimento da impugnação, a Comissão Especial de Licitação, entendeu pela manutenção da data da sessão pública para o dia seguinte, descumprindo o ditame estabelecido no §4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

No presente caso, não resta dúvida de que a alteração promovida no edital em razão da impugnação proposta pela empresa CIVILPORT ENGENHARIA LTDA, afeta a formulação das propostas, uma vez que empresas potenciais licitantes, antes impedidas de participar do certame, a partir do momento da alteração do edital adquiriram o direito de se habilitar e formular proposta para a administração contratante. No entanto, não puderam fazê-lo em razão de não haver mais tempo hábil, uma vez que a licitação ocorreu na data previamente marcada, ou seja, um dia após a publicação da resposta da impugnação.

Vejamos a lição de Joel de Menezes Niebuhr²:

Melhor explicando: se for necessário alterar o instrumento convocatório, é obrigatório a publicação de tal alteração e a recontagem, desde o início, do prazo de publicidade dele, nos mesmos veículos onde o aviso fora publicado. Tais formalidades não são obrigatórias apenas nas situações em que a alteração não afetar, de modo geral, a formulação das propostas, isto é, em que ela não afetar o princípio da isonomia e a participação na licitação de quaisquer interessados. Dispensa-se a publicação e a recontagem do prazo somente em casos de alterações de questões meramente formais ou de aspectos secundários, que importem esclarecimentos ou pequenos ajustes que não produzam repercussão substancial na participação no certame de qualquer interessado, o que deve ser avaliado, caso a caso, em consonância ao princípio da razoabilidade.

Esse também é o entendimento do TCU, que citamos à guisa de exemplo o Acórdão nº 2632/2008-Plenário:

Sumário

As modificações procedidas nos editais pela Administração, tanto as que aumentam quanto as que reduzem os requisitos para participação em certames, reclamam a reabertura do prazo legal de publicidade inicialmente concedido, pelo mesmo instrumento de publicação em que se deu o texto original, salvo as situações que, inquestionavelmente, não afetarem a formulação das propostas, a teor das disposições contidas no § 4º do art. 21 da Lei no 8.666/1993, c/c o art. 20 do Decreto no 5.450/2005. (Grifamos)

Destaca-se ao final que a empresa CIVILPORT ENGENHARIA LTDA, apesar de ter obtido êxito no seu pedido de impugnação, não participou do certame, até que se prove o contrário, por razões óbvias, não haver tempo hábil para organização da documentação de habilitação e formulação da sua proposta. (Anexo 4)

Portanto, se não pelas razões apresentadas pela empresa CONSTRUTORA SUCESSO S/A, autora da presente representação, pois a sua impugnação aos termos do edital não foi provida, mas em razão da impugnação apresentada pela empresa CIVILPORT ENGENHARIA LTDA, a qual restou conhecida e provida, resultando na alteração do edital, o presente certame deveria ter sido republicado com a reabertura do prazo inicialmente proposto.

5. DOS PRESSUPOSTOS PARA EXPEDIÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR

Com efeito e ante a gravidade dos fatos noticiados, visando evitar que prejuízos sejam causados ao erário estadual, a Lei nº 8.258/2005, Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, prevê a possibilidade da adoção de medidas cautelares, no início ou no curso de qualquer apuração, da forma como abaixo se transcreve:

Art. 75. O Pleno do Tribunal ou o relator, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada.

A presente representação narra de forma clara a ocorrência de vício insanável na condução do certame, com ofensa aos princípios da isonomia, vinculação ao instrumento convocatório, legalidade, publicidade e competitividade, requisitos ensejadores da concessão de cautelar no presente caso, haja vista a materialização do requisito entendido como plausibilidade do direito alegado (*fumus boni juris*).

Há ainda, inequívoco perigo da demora, pois, caso se aguarde o desfecho desta Representação, incalculáveis serão os prejuízos para os cofres, uma vez que o certame encontra-se evadido de vícios insanáveis capazes de culminar com uma contratação desastrosa para a Administração, consubstanciando o

perigo na demora, outro requisito imprescindível para concessão liminar.

6. CONCLUSÃO E SUGESTÃO DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, e considerando que os elementos apresentados nessa representação, caracterizam grave risco de lesão ao erário, lesão ao direito alheio e ofensa aos princípios da administração pública, requisitos ensejadores de expedição de medida cautelar nos termos do art. 75 da LOTCE/MA, sugere-se, com fulcro no art. 153, VII do Regimento Interno:

- a) o acolhimento da presente Representação, nos termos regimentais;
- b) a expedição de medida cautelar, *inaudita altera pars*, nos termos do art. 75 da LOTCE/MA, com determinação ao Secretário de Estado de Infraestrutura do Maranhão, Sr. Clayton Noletto Silva e ao Presidente da Comissão Especial de Licitação, Sr. Odair José Neves Santos - CEL/CCL, para suspensão da Concorrência nº 001/2016-CEL;
- c) determinação para que seja republicada a Concorrência nº 001/2016-CEL da mesma forma que se deu o texto original, reabrindo o prazo inicialmente estabelecido em obediência ao §4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93;
- d) a citação do Sr. Clayton Noletto Silva, Secretário de Estado de Infraestrutura do Maranhão e do Presidente da Comissão Especial de Licitação, Sr. Odair José Neves Santos - CEL/CCL, para se assim desejar, apresentar defesa em face da presente Representação no prazo estabelecido pelo relator dos presentes autos, nos termos do §3º do art. 75 da Lei nº 8.258/2005 – LOTCE/MA;
- e) que no mérito a presente representação seja julgada procedente.

São Luís, 25 de maio de 2016.

Karla Herlanger Lima Barreto

Auditora Estadual de Controle Externo - Mat.7575

1NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 313.

2NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 312.

DOCUMENTOS INTERNOS

Processo nº 7696/2016-TCE/MA

Natureza: Representação

Entidade: Secretaria de Estado da Infraestrutura do Maranhão – SINFRA/MA

Responsável: Clayton Noleto Silva – Secretário de Infraestrutura e Odair José Neves Santos – Presidente da Comissão Especial de Licitação – CEL/CC

Representante: Construtora Sucesso Ltda

Relator: Conselheiro Raimundo Oliveira Filho

TERMO DE JUNTADA

De ordem do Presidente deste Tribunal juntei aos autos, nesta data, o pedido de sustentação oral apresentado pelo Senhor Rodrigo Maia Rocha (OAB/MA nº 6469), que passa a constituir as fls. 293 e 294.

São Luís, 06 de julho de 2016.

Jaciara Ferreira Dantas

Coordenadora de Sessões
Matrícula 6270

CTPRO/SUPAR - Termo de Juntada N°

De ordem, nesta data juntei o Proc. 14323/2016, referente a vistas e cópias

Em 27/12/2016 09:18:46

Maria José Nava Castro

Supervisora da SUPED