

Processo: 1104850
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Betria Engenharia Ltda.
Denunciado: Consórcio Público para Gestão Integrada de Resíduos Sólidos – CPGI
Partes: Alexandre de Cássio Borges, Rute Fernandes Novaes
Procuradores: Fábio Luiz Peduto Sertori, OAB/SP 223.712; Bruno Maschietto Lauria, OAB/SP 296.998; Guilherme Resende Christiano, OAB/GO 40.236; Ana Christina Barbosa Boueri, OAB/SP 441.050; Beatriz Liane Fernandes Silva, OAB/SP 457.439
MPTC: Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria
RELATOR: CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ

PRIMEIRA CÂMARA – 14/12/2021

DENÚNCIA. CONSÓRCIO PÚBLICO MUNICIPAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE GESTÃO, OPERAÇÃO, MODERNIZAÇÃO, OTIMIZAÇÃO, EXPANSÃO E MANUTENÇÃO DA INFRAESTRUTURA DA REDE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. IRREGULARIDADES. REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ABRANGÊNCIA TERRITORIAL DAS CERTIDÕES DE REGULARIDADE FISCAL. VEDAÇÃO AO SOMATÓRIO DE ATESTADOS. EXIGÊNCIA DE GARANTIA DE PROPOSTA. ERRO MATERIAL NA REDAÇÃO DO EDITAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO.

1. Tratando-se o objeto licitado da contratação de serviços de gestão, operação, modernização, otimização, expansão e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública, não há impropriedade na exigência de comprovação de registro profissional de licitante no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia - CREA.
2. As exigências de qualificação técnica devem guardar relação com o objeto e suas características constantes no edital e não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometerem o caráter competitivo do certame, devendo, tão somente, constituir garantia mínima suficiente de que o licitante detenha capacidade de cumprir as obrigações que assumirá, caso seja contratado.
3. Cabe ao órgão licitante especificar, de maneira fundamentada, as parcelas de maior relevância e de valor significativo do objeto da licitação e, assim, obter, para qualificação técnica, efetivo meio de comprovação da experiência anterior do proponente, visando à satisfatória e regular execução do objeto contratual.
4. Na cláusula pertinente à participação de pessoas jurídicas em processo de falência ou recuperação judicial, além da previsão do plano de recuperação judicial homologado, deve constar a exigência de apresentação de certidão passada pela instância judicial competente certificando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório.
5. Depreende-se do inciso III do art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993, que a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em “prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei”.

6. Cabe à licitante avaliar, segundo as especificidades do objeto licitado, a forma que melhor permita apurar a capacidade do proponente de executar o objeto a ser contratado, se por meio de atestado único ou se pelo somatório de atestados, devendo a opção administrativa ser acompanhada da devida justificativa técnica.
7. A garantia de proposta, também denominada garantia de participação, corresponde à garantia, eventualmente fixada nos editais de licitação pública, exigida dos interessados como condição para participação no certame. Seu objetivo é assegurar a consistência da proposta econômica oferecida pelo licitante, buscando-se, com isso, inibir a participação daqueles que não apresentem condições de dar atendimento às obrigações estipuladas pela Administração Pública.
8. O erro de numeração das cláusulas do edital apontado pela denunciante não maculou a lisura da licitação, tampouco inviabilizou a disputa, porquanto a entidade licitante agiu com zelo e pontualidade na elucidação do questionamento formulado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedentes os apontamentos de irregularidades apresentados por Betria Engenharia Ltda., em face do Processo Licitatório n. 08/2021, referente à Concorrência Pública n. 04/2021, promovida pelo Consórcio Público para Gestão Integrada – CPGI, porquanto o inciso IV do subitem 6.1.1 do edital, referente à participação de pessoas jurídicas em processo de falência ou recuperação judicial, a despeito de ter previsto o plano de recuperação judicial homologado, deixou de contemplar a necessidade de apresentação de certidão passada pela instância judicial competente, em que fosse certificado que a interessada está apta econômica e financeiramente para participar de procedimento licitatório;
- II) deixar, não obstante, diante das particularidades do caso examinado, de responsabilizar os agentes públicos, conforme exame empreendido no item 2 da fundamentação desta decisão;
- III) recomendar ao Presidente do Consórcio Público para Gestão Integrada – CPGI e ao responsável pelo setor de licitação que, nos futuros editais de licitação, façam constar, na cláusula pertinente à participação de pessoas jurídicas em processo de falência ou recuperação judicial, além da exigência do plano de recuperação judicial homologado, deve constar a necessidade de apresentação de certidão passada pela instância judicial competente certificando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório;
- IV) determinar o cumprimento das disposições regimentais pertinentes e, transitada em julgado a decisão, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro José Alves Viana e o Conselheiro Durval Ângelo.

Presente à sessão o Procurador Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 14 de dezembro de 2021.

GILBERTO DINIZ
Presidente e Relator

(assinado digitalmente)

PRIMEIRA CÂMARA – 14/12/2021

CONSELHEIRO PRESIDENTE GILBERTO DINIZ:

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos da denúncia protocolizada por Betria Engenharia Ltda., em face do Processo Licitatório nº 08/2021, referente à Concorrência Pública nº 04/2021, promovida pelo Consórcio Público para Gestão Integrada - CPGI, para contratação de “serviços de gestão, operação, modernização, otimização, expansão e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública dos Municípios de Albertina, Andradas, Bandeira do Sul, Caldas, Divisa Nova, Ibitiúra de Minas, Ipuiuna e Santa Rita de Caldas por concessão administrativa, incluindo todas as atividades direta e indiretamente relacionadas com a iluminação pública, bem como a exploração de seu potencial econômico por meio de receitas acessórias” (peça nº 2 do SGAP).

A denunciante apontou diversas impropriedades no instrumento convocatório relacionadas aos requisitos de qualificação técnica, notadamente: a) ausência de exigência relacionada à capacidade técnico-profissional, ao argumento de que o edital previu somente determinações quanto à capacidade técnico-operacional; e b) falta de determinação das parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto licitado.

Além disso, aduziu ser incompatível a condição estipulada para a participação de licitantes em recuperação judicial com a jurisprudência vigente, por entender ser necessária, além do plano de recuperação judicial homologado exigido no instrumento convocatório, a juntada de certidão passada pela instância judicial competente, cujo teor certifique a aptidão econômica e financeira da interessada em participar do certame.

Na sequência, alegou a ausência de clareza quanto à abrangência territorial das certidões de regularidade fiscal exigidas, razão pela qual pugnou pela retificação do edital, de modo que, com a nova redação, fosse determinada a apresentação de certidões fiscais negativas, “quanto aos tributos relacionados ao objeto do contrato e, ainda, exclusivamente quanto ao município responsável pela licitação, em detrimento do município que é sede da empresa”.

Apontou também, como irregular, a vedação à soma de atestados, quando os serviços tiverem sido prestados de maneira simultânea, e, ainda, reputou excessiva a exigência de garantia de proposta, em valor correspondente a 1% (um por cento) do valor estimado do contrato.

Por fim, destacou a ocorrência de erro material na redação do edital, uma vez que, após o subitem 14.11, há expressa indicação do subitem 16.1.1.1, fato que, em seu entendimento, impede o pleno conhecimento, pelos licitantes, de suas futuras obrigações.

Narrados os fatos, solicitou deste Tribunal o recebimento do feito, com a concessão da medida liminar para suspender o certame, e, no mérito, pugnou pela procedência da denúncia, a fim de que fossem apurados e reparados os fatos apontados.

Preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 301 da Resolução nº 12, de 2008, o Presidente do Tribunal, Conselheiro José Alves Viana, em 29/7/2021 (peça nº 4 do SGAP), determinou a autuação do feito como denúncia, que foi a mim distribuída em 30/7/2021 (peça nº 5 do SGAP).

No despacho identificado como peça nº 6 do SGAP, determinei a intimação dos Srs. Alexandre de Cássio Borges, Presidente do Consórcio Público para Gestão Integrada - CPGI, e Rute Fernandes, Presidente da Comissão Especial de Licitações do CPGI, e, na ocasião,

recomendei aos responsáveis pela condução do certame que se abstivessem de promover a celebração do contrato oriundo da Concorrência Pública nº 04/2021, até nova manifestação deste Tribunal sobre os apontamentos formulados na denúncia em exame.

Em resposta, os agentes públicos municipais, na petição correspondente à peça nº 27 do SGAP, acompanhada dos documentos encartados às peças nºs 10 a 26 e 28 do SGAP, além de apresentarem esclarecimentos acerca dos apontamentos denunciados, ressaltaram os seguintes aspectos:

Informa-se desde já que a sessão de recebimento e abertura das Propostas Comerciais do referido certamente licitatório já havia ocorrido no momento do recebimento da intimação deste Egrégio Tribunal, momento em que foram classificadas nada menos do que 8 (oito) propostas comerciais, sendo a classificada em primeiro lugar a que apresentou um desconto do preço de referência da ordem de R\$ 552.000,00 (quinhentos e cinquenta e dois mil reais) de 45,65%.

Ainda mais, informa que não houve aviso de intenção de recurso, tendo todas as participantes declinado de sua intenção de recorrer, de sorte que o certame prosseguiu para a análise da documentação de habilitação, cujo resultado será publicado no dia de 13/08/2021.

(...)

Importa desde já registrar que as mesmas arguições foram feitas por ocasião do processo seletivo por meio de Impugnação ao Edital, arguições estas rebatidas na decisão que ora se acosta como documento n. 2.

Também é relevante registrar que NENHUM outro potencial recorrente suscitou qualquer questionamento com relação ao Edital, não se tendo recebido NENHUMA outra impugnação de quem quer que fosse, lembrando uma vez mais que foram recebidas e classificadas nada menos do que 8 (oito) Propostas Comerciais, todas devidamente acompanhadas de suas respectivas garantias que foram analisadas e aceitas.

Tais fatos são importantes para deixar assente que a “leitura” que a denunciante fez do Edital é particular e individual, claramente não sendo compartilhada pelo mercado em geral que recebeu bem o Edital e por ele se interessou.

A denunciante, por intermédio do requerimento e do documento juntados às peças nºs 29 e 30 do SGAP, apresentou aditamentos à petição inaugural e reiterou os pedidos de suspensão liminar do certame e da retificação ou anulação da Concorrência Pública nº 04/2021.

A Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações, no relatório de peça nº 35 do SGAP, informou que os fatos denunciados, “embora pertinentes em certa medida”, não eram suficientes para concessão da medida cautelar solicitada. Para mais, considerou improcedentes os apontamentos formulados sobre a “ilegalidade dos requisitos de qualificação técnica” (subitens 4.1.1 e 4.1.2) e procedente o argumento sobre a “necessidade de se retirar a comprovação de experiência prévia em iluminação cênica (subitem 4.1.3)”. Manifestou-se pela procedência da “incompatibilidade das regras de participação de empresas em recuperação judicial com a jurisprudência”, e considerou como solução mais razoável “que se comunique ao órgão licitante para que se adeque as exigências jurisprudências de maior rigor na apresentação de certidões de empresas proponentes em recuperação judicial”. Concluiu pela improcedência da alegada “ilegalidade quanto ao alcance das certidões de regularidade fiscal”. Não vislumbrou irregularidade na alegada “ilegalidade quanto à vedação de soma de atestados quando os serviços tiverem sido prestados de maneira simultânea”. Manifestou-se pela improcedência da noticiada “ilegalidade quanto à garantia de proposta, que se mostra excessiva”. Apontou a procedência parcial do alegado “erro material na minuta contratual, que impede o pleno conhecimento, pelos licitantes, de suas futuras obrigações”, e,

a despeito de entender que a falha no texto editalício não tenha tido capacidade de gerar propostas eivadas de vício por parte das proponentes, considerou que “a providência apropriada a ser tomada pelo licitante, seria apresentar errata do edital e dar publicidade à retificação no próprio sítio eletrônico”.

Conclusivamente, a Unidade Técnica sugeriu a intimação dos responsáveis para a promoção dos seguintes ajustes:

- Que acrescentem no sítio da concorrência pública, <http://consorciopublicointegrado.com.br/>, errata do edital contendo o texto completo e correto referente ao item 14.11, conforme elencado no item 4.6 da presente análise.
- Que, apenas para o caso de empresas proponentes que se encontrem em recuperação judicial, seja exigida a apresentação de certidão emitida pelo juízo competente atestando que a mesma possui aptidão econômica e financeira para participar do certame conforme o acórdão 1201/2020 Plenário do Tribunal de Contas da União.

Por meio da petição e dos documentos juntados às peças nº 38 a 41 do SGAP, os Srs. Alexandre de Cássio Borges e Rute Fernandes Novaes apresentaram manifestação em relação aos apontamentos contidos no relatório técnico de peça nº 35 do SGAP, bem como cópia de documentos complementares do procedimento licitatório, referentes ao período posterior a 11/8/2021, incluída a publicação dos atos de homologação e adjudicação da Concorrência Pública nº 04/2021.

Do requerimento encartado aos autos, ressaem as seguintes informações:

O CONSÓRCIO SMART CPGI, classificado em 1º lugar foi habilitado, vista ao cumprimento de todas as exigências editalícias e ausência de recursos administrativos, relativos à esta fase do processo, posteriormente o referido consórcio foi declarado LICITANTE VENCEDOR, convocando-o para apresentar o Plano de Negócios (Doc. n. 04), que assim o fez dentro do prazo estipulado, (Doc. n.05), que foi submetido a análise.

Após detida verificação, conclui-se pela aprovação do Plano de Negócios ofertado aos termos do Edital, conforme consta da “Ata de Análise do Plano de Negócios” acostada como documento n.06.

Após restar claro que a melhor oferta financeira veio apresentada por concorrente que atendeu a todos os critérios de habilitação e, ainda, era economicamente viável, foi o Processo Administrativo submetido a revisão jurídica.

O parecer do Assessor Jurídico do Consórcio Público para Gestão Integrada – CPGI, concluiu que “diante do que me foi apresentado e do contido no edital do Processo Licitatório em referência, cuja modalidade é o Concorrência Pública, tenho a informar que este processo se encontra em conformidade com os preceitos estabelecidos na Lei Federal nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993 e suas posteriores alterações, sendo que o certame ocorreu dentro do que se espera e reza a lei, havendo as empresas estarem em conformidade com o que foi solicitado no instrumento convocatório”. (Doc. n.07).

(...)

Desta feita, com base no relatório jurídico, o Presidente de CPGI, homologou o processo licitatório, vista à sua legalidade, para que produza seus efeitos jurídicos, bem como adjudicou o objeto ao Consórcio SMART CPGI, vencedor licitante. (Doc. n. 09).

(...)

É nosso dever, ainda, informar que a oferta financeira proposta pela empresa classificada em primeiro lugar, e cuja documentação de habilitação se provou acertada, representa uma economia aos cofres públicos da ordem de aproximadamente R\$ 219.817,22 (duzentos e dezenove mil, oitocentos e dezessete reais e vinte e dois centavos) por mês.

Em novo relatório juntado à peça nº 45 do SGAP, a Unidade Técnica entendeu superados os três apontamentos salientados em sua manifestação inicial e concluiu pela inexistência de óbice à continuidade do certame.

No parecer identificado como peça nº 48 do SGAP, o Ministério Público junto ao Tribunal concluiu pela expedição de recomendações ao Consórcio Público para Gestão Integrada - CPGI, a serem observadas nas futuras licitações promovidas pela entidade.

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Passo à análise individualizada dos apontamentos de irregularidades feitos pelo denunciante, em cotejo com a documentação que instrui os autos e as manifestações da Unidade Técnica e do Ministério Público junto ao Tribunal.

1. Requisitos de qualificação técnica

1.1. Ausência de exigência relacionada à capacidade técnico-profissional

Ressai da exordial (peça nº 1 do SGAP) que a denunciante apontou, de início, como “grave e nítido equívoco”, sem, contudo, indicar o item editalício irregular, a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional de licitante perante o CREA.

Em suas alegações, afirmou que a referida exigência contraria o art. 55 da Resolução-Confea nº 1.025, de 2009, e restringe a competitividade do certame, pelo que acostou precedentes do Tribunal de Contas da União para corroborar seus argumentos.

Na sequência, acentuou que no edital somente constaram determinações quanto à capacidade técnico-operacional. Nesse sentido, sustentou que “**é inegável que o gestor público não pode permitir a publicação de um edital negligente, que não contenha requisitos mínimos para que a administração se certifique que a empresa vencedora e/ou seus profissionais possuem expertise na prestação dos serviços**”.

Pontuou ser “possível que sejam afastados os requisitos relacionados à capacidade técnico-operacional, **mas jamais, em hipótese alguma, será legítimo deixar de prever no Edital requisitos de capacidade técnico-profissional**”.

Nos esclarecimentos contidos na peça nº 27 do SGAP, os agentes públicos ressaltaram que a exigência de atestados em nome das pessoas jurídicas advém da expressa disposição prevista no § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993, e, na sequência, registraram o Enunciado da Súmula 263 do Tribunal de Contas da União. Para mais, afirmaram:

A construção do Edital denunciado se preocupou com a segurança de receber e classificar propostas de licitantes / **empresas** que tenham, de fato, atuado no setor de Iluminação Pública e, também, tenham já executado as atividades consideradas essenciais para o objeto proposto.

Desta feita, exigir acervo técnico de profissionais de engenharia, para além de tornar impossível a exigência de quantidades (posto que neste caso, passa-se a habilitar a qualidade do profissional, não sendo possível a exigência de quantitativo), também não asseguraria a contratação de **licitante efetivamente habilitado** a executar o objeto proposto, dado que uma coisa é ter um engenheiro que já tenha executado a instalação de um equipamento de Iluminação Pública, e outra é ter a organização empresarial que mobilizou profissionais, recursos e equipamentos para implantar 3.000 (três mil) equipamentos.

Para a presente contratação, é fundamental a demonstração da segunda capacidade, dado que ela – naturalmente – exigiu que a licitante tenha contratado e contado com os serviços de um profissional de engenharia devidamente habilitado a tanto.

Assim, com a devida vênia, também não precede o reclamo no sentido de se fazer necessária a habilitação também de profissionais da área de engenharia, bastando ao Edital assegurar que a proponente tenha já realizado os serviços constantes do contrato.

Ainda no tocante à suposta ilegalidade dos requisitos de qualificação técnica, sustentaram ser improcedente a afirmação da denunciante. Para tanto, argumentaram:

(...) é da própria denunciante o reconhecimento de que não houve exagero na seleção dos critérios, tendo este se limitado ao que se considera necessário para assegurar uma boa contratação.

Aqui há que se fazer uma ressalva ao entendimento da denunciante no sentido de que licitações pelo critério de menor preço devam adotar não se pode dizer que as exigências devem ser “reforçadas”.

À Administração compete definir os critérios adequados para a habilitação, sendo estes traduzidos como aqueles que permitem a certeza de que o objeto será bem desempenhado, **nem mais, nem menos.**

A modalidade de seleção, se por menor preço, técnica ou técnico e preço, não tem impacto nesta necessidade. A certeza do escrutínio técnico é única. Ou ela existe, ou não, sendo incabível cogitar solução onde a prova da capacidade seja “flexibilizada ou estremada” com base no critério de seleção pois ou se estaria a permitir a contratação de quem não reúne habilidades suficientes, ou expulsando quem claramente as têm. A proposta da denunciante é, em resumo, inviável e contrária ao regulamento que cerca os certames públicos.

(...)

Vai daí que o pressuposto edificado pelo denunciante, não se sustenta. Não há motivo, razão e muito menos fundamento jurídico para justificar a proposta de que o edital adote critérios mais rígidos por ser uma licitação de seleção pelo critério de menor preço, motivo pelo qual o conteúdo do item 9.3. foi mantido por ocasião da Impugnação ao Edital feita pela mesma citada empresa.

À peça nº 35 do SGAP, a Unidade Técnica, ao examinar as exigências relacionadas à qualificação técnico-profissional dos engenheiros, não vislumbrou impropriedades no instrumento convocatório. Nesse sentido, destacou:

O edital traz de maneira expressa a necessidade de comprovação de registro profissional da empresa proponente na entidade competente para trabalhos relacionados ao objeto do certame, isto é, exige os registros e atestados de engenharia emitidos pelo Conselho Regional de Engenharia – CREA.

A mesma exigência é feita em relação a ao menos um profissional com habilitação em engenharia elétrica, conforme se vê no recorte abaixo, retirado do ANEXO I – Termo de Referência item 6.3 (grifo nosso).

Os projetos deverão ser assinados e executados por profissional (Engenheiro Eletricista) devidamente habilitado e credenciado junto ao referido Conselho, sendo exigido o recolhimento da respectiva ART (Anotações de Responsabilidade Técnica), conforme Lei Federal 6.496/77 e Art. 3º da resolução do 425/98 do CONFEA – Conselho Federal de Engenharia e Agronomia e exigido a documentação comprobatória de que o Engenheiro Elétrico ou Eletrotécnico Responsável pela execução dos serviços de implantação do sistema é devidamente registrado no CREA.

Entendeu que não merece guarida o apontamento denunciado, tendo em vista que “o edital, em perfeita concordância com a lei e jurisprudência atual, não determina a obrigatoriedade de o engenheiro responsável integrar o quadro de pessoal da empresa vencedora. Faculta-se, portanto, que a proponente vencedora recorra a profissionais do mercado desde que devidamente habilitados”.

A Unidade Técnica apontou não haver irregularidade, quanto à alegada fragilidade das exigências de capacidade técnico-profissional constantes no edital.

O inciso XXI do art. 37 da Constituição da República prescreve que somente poderão ser exigidas qualificações técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações contratuais. Por essa razão, toda e qualquer exigência que venha a restringir a competição no certame licitatório, além de justificada e pertinente ao objeto, deve ater-se ao que permite a lei, em homenagem ao princípio da legalidade. Nesse sentido, devem ser evitados formalismos e requisitos desnecessários, de forma a não ocasionar restrição ainda maior à competitividade no certame.

As exigências relativas à capacidade técnica, portanto, têm amparo constitucional e não constituem restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelos órgãos e entidades públicos. Entretanto, tais exigências, sejam de caráter técnico-profissional, sejam de natureza técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometerem o caráter competitivo do certame, devendo, tão somente, constituir garantia mínima suficiente de que o licitante detenha capacidade de cumprir as obrigações que assumirá, caso seja contratado.

A Lei nº 8.666, de 1993, quanto à documentação necessária para a qualificação técnica, estabelece:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

[...]

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

Os comandos referidos não podem ser adotados em caráter absoluto, haja vista que devem ser sopesados em face dos objetivos que se buscam alcançar com a realização da licitação, em estrita observância aos princípios da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa. Isso porque, repito, as exigências de qualificação técnica, de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a competição.

De fato, a qualificação técnica, nas palavras de José Cretella Júnior, presta-se ao seguinte fim:

(...) para a concretização plena do objeto do contrato, (...) o licitante deverá apresentar prova de que tem aptidão para contratar, bem como que se apóia em infraestrutura suficientemente idônea para a execução do objeto do ajuste, nas condições e prazos assinalados no edital. (*Das Licitações Públicas: comentários a nova Lei federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 202.)

Quanto à exigência de registro de atestado de capacidade técnico-operacional de licitante no CREA, no caso *sub examine*, o subitem 9.3.1 do edital (peça nº 13 do SGAP) previu o “Registro ou inscrição da empresa na entidade profissional competente”, no rol dos documentos relacionados à comprovação da qualificação técnica (subitem 9.3).

Sobre a exigência de inscrição ou registro no conselho competente, Marçal Justen Filho esclarece:

(...) reputamos destacar que o registro ou inscrição somente pode ser exigido naqueles casos em que a profissão ou atividade exercida pelo licitante se encontrar regulamentada através de lei em sentido estrito.

(...)

Cabe também consignar que já é cediço no âmbito do colendo Superior Tribunal de Justiça que o registro ou a inscrição devem ser efetuados no conselho competente para fiscalização da atividade básica ou preponderante desenvolvida pela empresa ou profissional. (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 323.)

Nessa seara, o TCU firmou o entendimento, como se extrai do Acórdão do TCU nº 597/2007 - Plenário, Relator Ministro Substituto Marcos Bemquerer, de que:

A imposição de registro em entidade de fiscalização profissional deve ser limitada à inscrição no conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante.

Nesse contexto, tendo em vista que o objeto da licitação consiste na contratação de serviços de gestão, operação, modernização, otimização, expansão e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública, incluídas as atividades direta e indiretamente relacionadas com a iluminação pública, entendo, na linha do estudo elaborado pela Unidade Técnica, que o instrumento convocatório não configurou afronta à legislação de regência ao contemplar, no subitem 9.3.1 do edital, a necessidade de comprovação de registro profissional de licitante proponente na entidade competente - Conselho Regional de Engenharia e Agronomia - CREA.

Ademais, não vislumbro impropriedade na alegada ausência de exigência do acervo técnico de profissionais de engenharia, seja porque inexistente disposição legal que expressamente obrigue o licitante a incluir cláusula nesse sentido nos editais de licitação, seja porque essa questão foi devidamente justificada pelos agentes públicos. Nesse sentido, eles consignaram, consoante salientado linhas atrás, que a exigência do acervo técnico de profissionais de engenharia, “para além de tornar impossível a exigência de quantidades (posto que neste caso, passa-se a habilitar a qualidade do profissional, não sendo possível a exigência de quantitativo), também não asseguraria a contratação de licitante efetivamente habilitado a executar o objeto proposto, dado que uma coisa é ter um engenheiro que já tenha executado a instalação de um equipamento de Iluminação Pública, e outra é ter a organização empresarial que mobilizou profissionais, recursos e equipamentos para implantar 3.000 (três mil) equipamentos”.

Relativamente aos demais aspectos relacionados à exigência de capacidade técnico-profissional, transcrevo o subitem 9.3 do edital (peça nº 13 do SGAP):

9.3. Qualificação técnica:

9.3.1. Registro ou inscrição da empresa na entidade profissional competente.

9.3.2. Certidão (ões) de Acervo Técnico – CAT (s), emitida(s) pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA, em nome da LICITANTE, devidamente acompanhado(s) do(s) Atestado(s) de Responsabilidade Técnica, de forma a comprovar os serviços abaixo indicados:

a) Gerenciamento de parque de ILUMINAÇÃO PÚBLICA ou equivalente com no mínimo 3.000 pontos de iluminação pública;

b) Serviços de reforma, ampliação, modernização e manutenção de ILUMINAÇÃO PÚBLICA ou equivalente com no mínimo 3.000 pontos;

c) Cadastro e/ou recadastramento georreferenciado de ao menos 3.000 pontos de Iluminação;

d) Serviços de projeto e implantação (execução) de Iluminação Cênica;

e) Elaboração de Projeto Executivo Luminotécnico de ILUMINAÇÃO PÚBLICA ou equivalente com o uso de equipamentos de LED.

9.3.3. Em caso de LICITANTES que se apresentem sob a forma de CONSÓRCIO, bastará que uma das CONSORCIADAS atenda ao item 9.3.2 do EDITAL para que o CONSÓRCIO seja considerado habilitado.

9.3.4. Para a comprovação exigida no item 9.3.2, alínea “a”, a comprovação deverá se dar em um único atestado, não sendo permitida a somatória somente para esse item.

A partir da leitura conjugada do subitem transcrito, entendo que não merece acolhida a irresignação da denunciante a propósito de possível ausência de qualificação técnico-profissional. É dizer, a essência do certame deve ser em prol de ampliar a participação, e não de restringir, de modo que atinja o maior número possível de interessados, entretanto, prevendo condições mínimas para garantir a execução do objeto.

E, consoante afirmaram os defendentes, foram “8 (oito) propostas comerciais, sendo a classificada em primeiro lugar a que apresentou um desconto do preço de referência da ordem de R\$ 552.000,00 (quinhentos e cinquenta e dois mil reais) de 45,65%”. Para mais, conforme análise jurídica do certame pelo parecerista da entidade, as proponentes cumpriram os requisitos editalícios.

Nessas circunstâncias, por entender que as exigências denunciadas não se mostraram desarrazoadas, porquanto guardaram relação com o objeto e suas características, conforme previsto no edital, e porque estão em consonância com as disposições insertas no art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993, julgo improcedente o apontamento de irregularidade examinado neste tópico.

1.2. Ausência de determinação das parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto licitado

A denunciante alegou que a exigência de comprovação de capacidade técnica deve estar adstrita às parcelas do objeto de maior relevância técnica e de valor mais significativo. E, no tocante ao edital denunciado, apontou que as parcelas de maior relevância e valor não foram indicadas, sendo que a entidade licitante não demonstrou esse dado. Ao fazer remissão à matriz de risco da licitação, frisou:

Ou seja, a administração reconhece que os requisitos de qualificação técnica devem se limitar às parcelas de maior relevância, entretanto não as indica. E, ao construir a cláusula relacionada à qualificação técnica dos licitantes, incluiu serviços de baixíssima relevância, exigiu a comprovação de pouca experiência quanto aos

relevantes e deixou de fora a comprovação de experiência prévia na execução de atividades essenciais para o sucesso do projeto.

A título ilustrativo, a propósito dos objetos de baixa relevância, ressaltou a exigência de atestados relacionados a “serviços de projeto e implantação (execução) de Iluminação Cênica”. Nesse contexto, afirmou que, embora o quantitativo do parque atual seja de 11.122 pontos, os pontos cênicos se limitam a 170. Em seguida, realçou:

É, portanto, indefensável que o referido serviço seja considerado parcela de maior relevância e valor a justificar a exigência de atestados de capacidade técnica, de modo que o Edital, neste ponto, contraria a legislação e a jurisprudência dominante.

Contraditoriamente, conforme visto, apesar de exigências desnecessárias e relacionadas a serviços de pouca relevância, o Edital, simultaneamente, **negligência os quantitativos mínimos quanto aos serviços que, efetivamente, compõem o núcleo central do futuro contrato.**

Já foi dito que o parque atual possui o quantitativo de 11.122 pontos. Entretanto, até o final da concessão o número total de pontos **alcançará 13.972 pontos**, considerando a demanda reprimida e o crescimento vegetativo, tudo conforme previsto no instrumento convocatório e na minuta contratual.

Ainda assim, o Edital somente exige que as empresas comprovem o “gerenciamento de parque de iluminação pública”, “serviços de reforma, ampliação, modernização” e “cadastro georreferenciado” de **3.000 pontos**, ou seja, **apenas 21% (aproximadamente)** do quantitativo total máximo estimado para o contrato ao longo da vigência, colocando em risco o sucesso do empreendimento, já que permite a participação de empresas aventureiras sem expertise em projetos da envergadura do ora licitado.

Outro ponto aventado pela denunciante, nos apontamentos pertinentes à capacidade técnica, foi a ausência de inclusão do serviço de telegestão no rol dos requisitos a serem comprovados pelos licitantes, o que, em suas razões, elevaria “ainda mais o risco de uma seleção adversa baseado quase que exclusivamente no menor preço”.

Os responsáveis pela licitação apresentaram seus argumentos (peça nº 27 do SGAP), nos quais assentaram:

Desta feita, não procede a afirmação do denunciante no sentido de que o Edital não indica as parcelas de maior relevância para fins de habilitação.

Bem ao contrário, D. Corte de Contas, o Edital as indica e destaca de forma bastante clara no subitem 9.3.

E os critérios guardam coerência com o escopo proposto. Note-se que o objeto licitado é o de gestão de um parque de iluminação pública com a obrigação de investimento e equipamentos novos com a tecnologia LED.

Para tanto, é necessário que o licitante saiba (i) gerenciar um parque de iluminação pública, (ii) tenha já realizado serviços de reforma, modernização e manutenção de um parque, (iii) saiba cadastrar, com tecnologia de georreferenciamento, os equipamentos de iluminação pública, (iv) tenha intimidade com a atividade de projetar e implantar equipamentos de iluminação cênica e, finalmente, (v) tenha capacidade de elaborar projetos executivos luminotécnicos de iluminação pública com o que há de mais moderno no mercado.

Todas estas atividades inerentes e **fundamentais** para se ter certeza de que o futuro contratado sabe, de fato, executar o objeto proposto.

Tratamento especificamente da exigência de experiência prévia em projetos cênicos (reclamado pontualmente pelo denunciante) é de se dizer que temos no contrato previstas 170 (cento e setenta) intervenções em locais que exigem a elaboração de projeto e

implantação de iluminação cênica, o que não se confunde com 170 (cento e setenta) equipamentos de iluminação cênica.

Um único local de iluminação cênica pode conter de 10 a 100 equipamentos de iluminação (a depender do local, suas características de iluminação, etc), de sorte que a expertise em planejar tais intervenções é sim relevante e de fundamental importância.

E ainda mais. No caso de iluminação cênica, diversos fatores **distintos** da iluminação pública tradicional entram em questão, tais como destaque de obras públicas, eventuais interferências com monumentos, praças, adequação de pontos escuros, destaques de edificações, dentre outros, que muito se distanciam da expertise de planejar e implantar os pontos de iluminação pública tradicionais em postes da rede de distribuição de energia.

O conhecimento necessário para elaborar um projeto de iluminação cênica é bastante distinto do conhecimento que cerca a atividade de planejar a iluminação de vias públicas. Até mesmo as normas técnicas aplicáveis são distintas.

Enquanto uma atividade reclama planejamento de impacto visual, destaque de monumentos ou pontos turísticos, outro preocupa-se com um fluxo luminoso uniforme, coerente com o movimento da via e tráfego de pedestres, e tem por objetivo maior a segurança viária.

São, em sua, atividades diferentes dentro do mesmo universo: Iluminação da Cidade.

A exigência do subitem “d”, portanto, não é sem causa, conforme levemente acusa o denunciante que, aparentemente, não tem atuação no setor de Iluminação Pública, e justifica-se pela sua complexidade peculiar frente ao todo do contrato.

No que pertine ao serviço de telegestão, os responsáveis anotaram que esse serviço, em geral, é prestado por particulares especializados contratados pelos operadores do parque de iluminação pública, mediante oferta de *hardware* quanto de *software*. Diante disso, esclareceram que possível exigência de *expertise* prévia no edital, nesse sentido, não traria qualquer vantagem em relação à qualidade dos potenciais licitantes, e, por outro lado, ensejaria limitação substancial aos operadores que já atuam no mercado, pois podem contratar tais atividades com terceiros, sem nenhum prejuízo ou risco para a Administração Pública.

A Unidade Técnica, à peça nº 35 do SGAP, sustentou o que segue:

Não se sabe ao certo quantas luminárias em média seriam utilizadas em cada um dos 139 locais indicados, mas assumindo-se que cada um deles receba uma média 5 luminárias ter-se-ia um total de 695 pontos de luz.

Conforme o trecho retro citado do edital, o mesmo prevê um total inicial aproximado de 11.122 pontos regulares, mais 5% a título de extensão da rede, mais um crescimento vegetativo estimado em 2.263 pontos e mais 557 pontos “a serem indicados pelo poder concedente”. No somatório ter-se-ia aproximadamente 14.500 pontos de iluminação regulares.

Com base nestes valores, o número estimado de 695 pontos de iluminação cênica corresponderia a menos de 5% do valor do valor total do contrato.

Consequentemente, na visão dessa área técnica, da maneira como foi trazida a exigência de experiência prévia em iluminação cênica, seria de fato restritiva à competitividade do certame.

Ora, da forma como se apresenta a demanda no edital, uma empresa com grande experiência em projetos de iluminação pública e tecnicamente capaz de fornecer à população um serviço de elevada qualidade e tarifas módicas, seria afastada da presente concorrência caso não tivesse experiência prévia em iluminação cênica, o que conforme demonstrado, se constitui em parcela inexpressiva do valor total da contratação.

Com base no exposto, considera-se que a denúncia é (...) Procedente em relação à necessidade de se retirar a comprovação de experiência prévia em iluminação cênica (subitem 4.1.3).

Diversamente, a Unidade Técnica considerou improcedentes os argumentos apresentados na denúncia, relativamente à qualificação técnica sobre experiência em telegestão.

Depois de reexaminar as justificativas dos defendentes à peça nº 39 do SGAP, a Unidade Técnica, no relatório de peça nº 45 do SGAP, afirmou que:

(...) foi apontado pela análise técnica que a não comprovação de experiência prévia em iluminação cênica, não deveria resultar na eliminação de empresas proponentes que não fossem capazes de demonstrá-la.

Isso porque entendeu-se que a exigência de experiência prévia em iluminação cênica, por não ser o objeto central do projeto e possuir reduzida materialidade, no contexto da licitação em análise, prejudicaria de forma injustificada a competição.

Não obstante, o consórcio vencedor, apresentou na fase de habilitação de propostas, a comprovação de que possuía tal experiência prévia. Consequentemente o apontamento referente ao item 1, não se aplica ao presente caso.

Demais empresas proponentes, classificadas abaixo da vencedora, tampouco apresentaram quaisquer questionamentos em relação a esse tema conforme se depreende da publicação constante no Diário Oficial da União de 24 de agosto de 2021.

O Ministério Público junto ao Tribunal, por seu turno, à peça nº 48 do SGAP, assentou:

18. Verifica-se no sítio eletrônico do Consórcio Público para Gestão Integrada², na aba “RESULTADO DE JULGAMENTO HABILITAÇÃO”, que “não houve recursos administrativos referentes à fase de habilitação da Concorrência Pública n. 08/2021”, não havendo, portanto, qualquer questionamento expresso acerca da ilegalidade da alínea “d” do Subitem 9.3.2, do item 9.3 do Edital.

19. Portanto, considerando que não há nos autos notícia de que alguma licitante tenha sido inabilitada por descumprimento da regra estabelecida na alínea “d” do Subitem 9.3.2 do Item 9.3 do Edital da Concorrência Pública n. 04/2021, este *Parquet* entende que basta que seja expedida recomendação ao Consórcio Público para Gestão Integrada (CPGI) para que não incorra na mesma irregularidade nos próximos procedimentos licitatórios a serem deflagrados pelo Consórcio.

Quanto à definição das parcelas de maior relevância para comprovação da capacidade técnica dos licitantes, sobretudo a de natureza técnico-operacional, transcrevo o Enunciado da Súmula nº 263 do TCU, *in verbis*:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

De fato, o TCU tem decidido que a comprovação da capacidade técnico-profissional está jungida à demonstração de que as exigências devem se limitar às parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo. Nesse sentido, Acórdãos 433/2004 – Pleno, 1635/2007 – Pleno e 1636/2007 – Pleno.

Sobre a matéria, Marçal Justen Filho esclarece:

O que se exige, no entanto, é que a identificação das parcelas de maior relevância técnica e valor significativo sejam explicitamente indicadas pela Administração, de modo

motivado. Essa motivação, tal como exposto, comporta pleno controle externo, especialmente para verificar os efeitos nocivos à competição. (...)

A lei alude a parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo. Não se trata de requisitos cumulativos, mas é mais evidente a configuração de hipótese quando tal cumulação ocorre. Quando não ocorrer, caberá à Administração justificar a razão da escolha, apontando motivos de ordem técnica que conduzem à necessidade da escolha realizada. (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 504).

Com efeito, na definição das parcelas de maior relevância técnica, é essencial identificar a parte ou a cota do objeto licitado que apresenta preponderância técnica em relação à totalidade, de maneira que devem ser evidenciados os itens de complexidade mais relevante ou elevada que denotam o aspecto peculiar da obra ou do serviço. E, quanto à aferição do valor significativo do objeto, deve-se promover o cotejo entre o valor da parcela identificada para a demonstração da experiência licitante e o total do objeto. Nesse contexto, cabe ao órgão licitante especificar, de maneira fundamentada, as parcelas de maior relevância e de valor significativo do objeto da licitação e, assim, obter, para qualificação técnica, efetivo meio de comprovação da experiência anterior do proponente, visando à satisfatória e regular execução do objeto contratual.

Nessa esteira, tendo em vista que, nas alíneas “a” a “e” do subitem 9.3.2 do edital, foram especificadas as atividades com a finalidade de comprovar o vínculo de pertinência entre o requisito da experiência e o objeto licitado, entendo, com arrimo nas manifestações da Unidade Técnica e do *Parquet* de Contas, que não houve a irregularidade suscitada pela denunciante. Complemento, com amparo na documentação acostada ao feito, que o vencedor foi capaz de comprovar experiência prévia, e ainda que nenhum dos outros sete participantes apresentou recurso administrativo referente à fase de habilitação.

Pelo exposto, julgo improcedente o fato denunciando e examinado neste item.

2. Exigência de certidão passada pela instância judicial competente para licitante em recuperação judicial

Na peça exordial, foi sustentado pela peticionária que o inciso IV do subitem 6.1.1 do edital, ao exigir dos potenciais licitantes que apresentem plano de recuperação judicial homologado, foi incompleto, considerando que deveria “exigir certidão emitida pela instância judicial competente afirmando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório”. Nesse sentido, prescreveu:

Fácil notar que o Edital está em desacordo com a jurisprudência. Para a Corte, não basta um mero plano de recuperação aprovado e homologado pelo juízo, como previsto no instrumento convocatório.

Para que a administração tenha maior segurança quanto à exequibilidade da proposta de uma recuperanda, impõe-se, em verdade, que a empresa apresente uma certidão bastante específica, emitida pelo juízo da recuperação, indicando que a interessada possui aptidão econômica e financeira para executar o objeto contratual.

Nos esclarecimentos encartados ao feito (peça nº 27 do SGAP), os responsáveis pela licitação sustentaram, especialmente:

Note-se que a permissão de participação de empresas em situação de recuperação judicial não altera a necessidade de que esta atenda a todos os demais critérios do edital, incluindo-se a higidez financeira, apresentação de garantias de proposta e de contrato, bem como de aporte de capital social precedente à assinatura do contrato de concessão.

Ora, uma certidão eventualmente emitida pelo Juízo encarregado da recuperação da empresa não altera a necessidade de que a mesma demonstre atender à todas estas exigências do Edital, tornando-se assim mero momento burocrático que pode impedir uma empresa apta de participar do certame.

A previsão do Edital de apresentação do plano de recuperação judicial homologado não é, portanto, suficiente para que o licitante em recuperação judicial se habilite. É, em realidade, documento que abre caminho para que suas demais credenciais sejam avaliadas, **e tal avaliação deve ser dar em igualdade de condições com todos os demais licitantes, em atenção ao princípio da isonomia.**

O que se conclui é que o denunciante, ao lugar de querer facilitar a habilitação de tais empresas, quer dificultá-la, com a criação de uma exigência que não está estampada na lei e cujo cumprimento representa inclusão de burocracia desnecessária, motivo pela qual deve ser o pedido formulado, afastado.

A Unidade Técnica, na peça nº 35 do SGAP, assentou:

Entende-se que a interpretação dos Tribunais de Contas citados procura se adequar à lei de recuperação judicial ao mesmo tempo que resguarda os princípios licitatórios e o interesse público, uma vez que buscam assegurar que proponentes em recuperação estarão de fato aptas a prestar um serviço adequado à população.

Nota-se que a colocação trazida pela denúncia é pertinente, mesmo porque, na eventualidade de uma empresa em recuperação judicial apresentar proposta vencedora, as outras participantes poderiam em tese se valer da jurisprudência das Cortes de Contas para judicializar a presente concorrência pública, trazendo potenciais atrasos ao andamento da licitação.

Muito embora entenda-se que a argumentação trazida pela defesa seja procedente, considera-se excessivamente gravoso opinar para suspensão da licitação conforme deseja a mesma.

Desta feita, entende-se como solução mais razoável que se comunique ao órgão licitante para que se adeque as exigências jurisprudências de maior rigor na apresentação de certidões de empresas proponentes em recuperação judicial.

Em novos esclarecimentos de peça nº 39 do SGAP, os defendentes aduziram que “nenhuma licitante ou empresa reunida em consórcio que teve seu envelope de habilitação aberto se encontrava em recuperação judicial, que fosse preciso a realização de ser exigida certidão emitida por juízo competente”.

Instada, novamente, a se manifestar, a Unidade Técnica, no relatório acostado à peça nº 45 do SGAP, sublinhou:

Finalmente, no que diz respeito ao item 3, cumpre informar que as empresas constituintes do consórcio vencedor do certame, não se encontram atualmente em recuperação judicial.

Assim, o apontamento que afirmava haver a necessidade de se apresentar documentação suplementar para empresas vencedoras em recuperação judicial, simplesmente não se aplica ao presente caso.

Sobre o apontamento examinado, o Ministério Público junto ao Tribunal (peça nº 48 do SGAP) concluiu:

28. Portanto, o Consórcio agiu acertadamente em permitir a participação de empresas em recuperação judicial. Todavia, da análise do item 6.1.1, IV, do edital, verifica-se que a apresentação tão somente do plano de recuperação judicial não constitui critério suficiente para atestar as condições de participação de eventuais empresas em concordata. Para tal fim, também deve ser apresentada certidão de aptidão econômica emitida pelo juízo da recuperação.

29. Cabe ressaltar que nenhuma das empresas participantes da Concorrência Pública nº 04/2021 se encontra em recuperação judicial, o que dispensa a apresentação da documentação do item 6.1.1, IV.

30. Diante do exposto, este *Parquet* de Contas opina pela expedição de recomendação aos responsáveis para que, nos próximos procedimentos licitatórios, inclua a apresentação de certidão de aptidão econômica, emitida pelo juízo da recuperação, como condição de participação de empresas que estejam passando por essa fase de reorganização econômica.

Efetivamente, o edital da Concorrência Pública nº 04/2021 estatuiu:

6.1.1. Não poderão participar desta LICITAÇÃO, isoladamente ou em CONSÓRCIO, direta ou indiretamente:

(...)

iv) Pessoas jurídicas em processos de falência ou recuperação judicial, exceto que apresentem plano de recuperação judicial homologado.

Extrai-se do inciso III do art. 27 da Lei nº 8.666, de 1993, que o licitante deve demonstrar sua idoneidade econômica e financeira para suportar os ônus econômicos do contrato administrativo, nos seguintes termos:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

III - qualificação econômico-financeira;

Já o inciso II do art. 31 do referido diploma legal prevê:

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

(...)

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

Verifica-se que não há referência no dispositivo transcrito à recuperação judicial ou extrajudicial, que são institutos que não se confundem com a antiga concordata.

Parte significativa da doutrina sustenta que deve ser aplicada a mesma vedação da concordata à recuperação judicial, criada com a Lei nº 11.105, de 2005, já que haveria presunção de insolvência do empresário em recuperação.

Necessário destacar, contudo, que a jurisprudência vem permitindo a participação no certame de licitante que estaria com seu plano de recuperação devidamente aprovado em assembleia. Nesse sentido, cito o julgamento realizado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na Medida Cautelar nº 23.499/RS, conforme excerto que merece ser transcrito:

Em que pese os ponderáveis argumentos postos no bem lançado parecer do MP, assim mesmo considero viável a declaração judicial da possibilidade de a empresa em recuperação judicial participar de licitações, no sentido de afirmar que, nos termos do plano de recuperação judicial aprovado em assembleia, não há qualquer restrição a esse respeito.

Registro que o TCU também entende ser possível a participação em licitações de licitantes que, a despeito de estar em processo de recuperação judicial e não poderem apresentar certidão negativa, se amparem em certidão passada pela instância judicial competente, na qual se certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente para participar de procedimento licitatório, nos termos da Lei nº 8.666, de 1993.

Esse entendimento está consolidado no Acórdão nº 8.271/2011, da Segunda Câmara do TCU, sob relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, no qual foi consignada a seguinte recomendação:

Dar ciência à Superintendência Regional do SNIT do Espírito Santo que, em suas licitações, é possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei nº 8.666/93.

Em julgamento mais recente, realizado na sessão telepresencial de 13/5/2020, o Plenário do TCU proferiu o Acórdão nº 1201/2020, sob relatoria do Ministro Vital do Rêgo, em que ratificou o entendimento pela possibilidade de participação de licitante em recuperação judicial nas licitações públicas. Confira-se a ementa desse acórdão:

Licitação. Qualificação econômico-financeira. Exigência. Habilitação de licitante. Recuperação judicial. Admite-se a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente afirmando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório.

Nesse sentido, vale transcrever, ainda, trechos das decisões nº 3987.989.15-9 e 4033.989.15-3, prolatadas pelo Tribunal de Contas de São Paulo (TCE/SP) sobre a matéria:

[...] Deste modo, a empresa que obteve a concessão da Recuperação Judicial não está, de antemão, inapta para ser contratada, podendo assumir riscos e compromissos nos limites previstos no seu Plano de Recuperação que, diferentemente da concordata, possui maior flexibilidade na sua negociação junto aos credores.

Todavia, a mera existência de plano de recuperação judicial, por si só, não garante a capacidade da empresa em executar as obrigações contratuais, até porque o descumprimento de qualquer obrigação estabelecida no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência (art. 61, §1º). [...]

[...] Importante frisar que a apresentação da certidão de concessão de recuperação judicial não suprime a obrigação de a empresa comprovar todos os quesitos requeridos no certame, inclusive econômico-financeiros, pois necessário conferir igual tratamento a todas as licitantes, perante o princípio da isonomia.

Tal tese também foi encampada pela Auditoria Geral da União no Parecer nº 04/2015, que versa sobre a possibilidade de participação em licitações de empresas em processos de recuperação judicial, do qual extraio e transcrevo os seguintes trechos:

67. Quando a empresa está com sua recuperação deferida, é plausível que haja viabilidade econômico-financeira, em particular se houver previsão no plano da participação da empresa em contratações públicas.

(...)

69. Percebe-se que a exigência de certidão negativa de recuperação judicial é ainda exigível por força do art. 31, II, da Lei 8.666, de 1993, porém a certidão positiva não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira.

(...)

72. Dessa forma, é possível a participação em licitações de empresas com recuperação judicial concedida na forma do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, sendo exigível a demonstração da capacidade econômico-financeira da licitante para suportar os ônus da contratação.

Na redação conferida ao inciso IV do subitem 6.1.1 do edital, a participação de pessoas jurídicas em processo de falência ou recuperação judicial ficou condicionada apenas à apresentação do plano de recuperação judicial homologado. Percebe-se, portanto, que o ato convocatório, nesse particular, deixou de contemplar que potencial licitante deveria requerer, ao Juízo no qual tramita o processo de recuperação, certidão que atestasse a sua capacidade econômica e financeira para participar na licitação, de modo a, consequentemente, resguardar a execução do futuro contrato.

Não obstante, diante das particularidades do caso em exame, no qual nenhum participante estava qualificado na situação jurídica delineada, eximindo-se, portanto, a comprovação da documentação indicada no inciso IV do subitem 6.1.1 do edital, em consonância com o *Parquet* de Contas, deixo de responsabilizar os agentes públicos.

Recomendo ao Presidente do Consórcio Público para Gestão Integrada - CPGI e ao responsável pelo setor de licitação que, nos futuros editais de licitações promovidas pelo CPGI, façam constar, na cláusula pertinente à participação de pessoas jurídicas em processo de falência ou recuperação judicial, a necessidade de apresentação do plano de recuperação judicial homologado, bem como da certidão passada pela instância judicial competente, em que conste que a interessada está apta – econômica e financeiramente – a participar de procedimento licitatório.

3. Ausência de clareza quanto à abrangência territorial das certidões de regularidade fiscal

Outro apontamento apresentado pela denunciante consistiu na possível falta de clareza da disposição consolidada no subitem 9.2.3 do edital, referente à comprovação de regularidade fiscal por parte dos licitantes, pois não se especificou a abrangência territorial das certidões e não se esclareceu o fato de os tributos apresentarem relação com o objeto do contrato.

Nesse contexto, arguiu que “**o Edital precisa ser readequado**, para que a cláusula 9.4.3 imponha aos licitantes o dever de apresentar certidões fiscais **negativas quanto aos tributos relacionados ao objeto do contrato** e, ainda, exclusivamente quanto ao município responsável pela licitação, em detrimento do **município que é sede da empresa**”.

Nos esclarecimentos encartados ao feito (peça nº 27 do SGAP), os agentes públicos municipais anotaram que as exigências de regularidade fiscal insertas no instrumento convocatório decorrem de transcrição de texto legal, especificamente o inciso III do art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993. Além disso, sustentaram que a decisão judicial informada pela denunciante - REsp nº 809262/RJ, “ao lugar de dar prestígio à denúncia, termina por confirmar a correção do Edital”. Nesse sentido, consignaram que a mencionada decisão considerou correto o edital nela examinado, ao “exigir a certidão relativa à sede da empresa e, também, de sua filial que irá executar o contrato proposto”.

À peça nº 35 do SGAP, a Unidade Técnica entendeu que o subitem 9.2.2 do edital foi claro ao exigir “que as certidões de inscrição se correlacionem com o objeto contrato bem como a comprovação de regularidade fiscal do domicílio da proponente”. E, contrariamente aos argumentos subscritos pela denunciante, concluiu pela compatibilidade das exigências editalícias com as regras legais.

Pois bem. Do inciso III do art. 29 da Lei nº 8.666, de 1993, depreende-se que a documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em “prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei”.

A propósito da questão, os subitens 9.2 e 9.3 do edital denunciado previram:

9.2. Regularidade fiscal e trabalhista (conforme o caso):

9.2.1. Prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ).

9.2.2. Prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do LICITANTE, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual.

9.2.3. Prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, em vigor, do domicílio ou sede do LICITANTE, ou outra equivalente, na forma da lei.

Examinadas as disposições acima transcritas em cotejo com a legislação de regência, entendo, em conformidade com o estudo apresentado pela Unidade Técnica, que o edital não denotou dúvidas em relação à delimitação territorial das certidões e à identificação da comprovação da inscrição do licitante pertinente ao objeto do contrato, de modo que não prospera a alegação formulada pela denunciante.

4. Vedação de somatório de atestados

A denunciante também revelou irresignação em face da vedação ao somatório de atestados prevista no subitem 9.3.4 do edital, segundo o qual a comprovação da exigência insculpida na alínea “a” do subitem 9.3.2 “deverá se dar em um único atestado, não sendo permitida a somatória somente para esse item”.

Pontuou que o TCU, em tese, admite vedação ao somatório de atestados, em se tratando de execução sucessiva de objetos de pequena dimensão, porquanto não estaria clara a capacidade de a proponente executar um projeto de dimensões maiores. Contudo, salientou que o TCU “ressalva que este tipo de restrição não pode ser aplicado quando os atestados envolvem serviços prestados de maneira concomitante”. E, por isso, pugnou pela revisão do edital, de forma a aclarar a possibilidade da soma de atestados nos casos de serviços prestados de forma concomitante, incluídos os requisitos da alínea “a” do subitem 9.3.2.

De maneira a esclarecer o apontamento denunciado, os agentes públicos (peça nº 27 do SGAP) aduziram que o edital permitiu, para todos os requisitos de habilitação, a possibilidade de soma de atestados, menos para a demonstração de gestão de um parque de iluminação pública. Para tanto, aduziram o seguinte:

Isto porque, no caso da exigência do subitem “a”, não se está a exigir a gestão de 3.000 (três mil) pontos de iluminação pública (solução em que a tese da impugnante poderia ao menos ser considerada) mas sim a gestão **de um parque** com 3.000 (três mil) pontos, o que é coisa substancialmente diferente.

Melhor explicando. A exigência técnica aqui não é de quantidade, mas sim de determinada dimensão.

A quantidade, para sermos francos, é unitária. A gestão de um único parque bastará para a admissão da concorrente. Contudo, o parque deve ter um volume de equipamentos mínimo coerente com o Edital (e vale dizer, aquele número de pontos que a própria denunciante reclama, Ilustríssima Corte de Contas, em momento anterior ser muito pequeno).

Colocando-se em forma de exemplo, é o mesmo que requerer a habilitação de um proponente para a execução de **um** único reservatório de água com capacidade para conter 3.000m³ (três mil metros cúbicos) de água, e permitir-se que ele se habilite demonstrado “expertise” de ter executado 100 (cem) unidades com capacidade para armazenar 30m³ (trinta metros cúbicos).

Veja-se que a quantidade aqui é UM, uma represa de ao menos 3.000 m³. O número “3.000” representa a **qualidade** do equipamento.

Ora, é simples notarmos que quem constrói 100 (cem) reservatórios com capacidade para 30m³ não reúne, necessariamente, a capacidade para construir um 100 (cem) vezes maior.

No caso deste Edital, o que se deseja é contratar uma empresa que tenha gerenciado um parque com, ao menos, 3.000 (três mil) pontos de Iluminação Pública (pouco mais de 21% do tamanho do parque a ser assumido, lembremos).

Se um licitante houver administrado 10 (dez) parques de 300 (trezentos) pontos cada, terá uma qualidade de operação muito aquém da necessária para um parque substancialmente maior. Ainda que tenha feito a gestão concomitantemente.

Isto porque, um único parque de 3.000 (três mil) pontos exige o dimensionamento de equipes de monitoramento, de resposta, implantação, de projetos, de atendimento de *call center*, dentre outros, muito mais robusta do que 10 (dez) de 300 (trezentos).

Parques de Iluminação menores podem permitir, até mesmo, monitoramento visual da situação das luminárias, uso de equipamentos de substituição mais simples, teleatendimento local, etc, ao passo que um parque maior reclamará soluções integradas, monitoramento remoto e mesmo sistema de teleatendimento com dimensionamento substancialmente maior.

Cuidam-se, portanto, de experiências diferentes. Uma coisa é administrar um parque com 3.000 (três mil) pontos, outra administrar 10 (dez) com 300 (trezentos) cada.

O que o edital procura selecionar um licitante que já tenha operado, ao menos, um parque com ao menos 3.000 (três mil) pontos, demonstrando assim uma qualidade do serviço atestado, e não quantidade de serviços. E a exigência é, neste sentir, bastante razoável.

No relatório correspondente à peça nº 35 do SGAP, a Unidade Técnica afirmou que a jurisprudência apresentada pela denunciante não se compatibiliza com o caso examinado, pois diz respeito a serviços de terceirização de mão de obra. Além disso, assentou que o monitoramento de única central de 3000 pontos de luz diverge do monitoramento individual de um somatório de 10 contratos cada qual com 300 pontos. Na sequência, ao analisar as peculiaridades da licitação, concluiu:

Ora, se o edital de licitação exige das empresas proponentes uma experiência prévia na gestão de iluminação pública de 3.000 luminárias, isto é, aproximadamente 55% do valor a ser efetivamente monitorado no presente contrato, entende-se que o mesmo está garantindo um nível de qualificação técnica que simultaneamente comprova a habilitação e também não se mostra excessivamente restritivo à competição do certame. Gravosa seria a situação na qual o ente público exigisse uma experiência, por exemplo, de 10.000 pontos de monitoramento.

Assim, conforme exigido pelo edital, mesmo empresas porte ligeiramente menor poderiam participar do certame o que teria o condão de garantir maior concorrência entre participantes e, em tese, favorecer a escolha que melhor atenda ao interesse público.

Entende-se, assim, que a denúncia neste ponto é improcedente.

Na mesma linha, o *Parquet* de Contas afirmou (peça nº 48 do SGAP):

36. A legalidade da vedação da somatória de atestados depende da natureza do objeto, ou seja, se este pode ser caracterizado por unidade ou se é indissociável. Ainda, deve ser observado se a referida restrição se amolda à razoabilidade do certame, de modo a garantir maior concorrência e, conseqüentemente, a satisfação do interesse público.

(...)

38. A Sra. Rute Fernandes Novaes, presidente da Comissão Especial de Licitação do CPGI, argumentou, em resposta à impugnação, que o edital não exige a gestão de três mil pontos de iluminação pública, mas sim a gestão de um parque com três mil pontos. Nesse

sentido, aduz que a referida exigência técnica diz respeito à dimensão do objeto, e não à quantidade, o que justifica a referida vedação.

39. Nesse ínterim, verifica-se que não assiste razão aos argumentos da denunciante, uma vez que o gerenciamento de um parque de grandes dimensões enfrenta desafios logísticos distintos do gerenciamento de vários parques de dimensões menores.

Relativamente ao ponto analisado, foi previsto no edital da Concorrência Pública nº 04/2021:

9.3. Qualificação técnica:

(...)

9.3.2. Certidão(ões) de Acervo Técnico – CAT(s), emitida(s) pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA, em nome da LICITANTE, devidamente acompanhado(s) do(s) Atestado(s) de Responsabilidade Técnica, de forma a comprovar os serviços abaixo indicados:

a) Gerenciamento de parque de ILUMINAÇÃO PÚBLICA ou equivalente com no mínimo 3.000 pontos de iluminação pública;

(...)

9.3.4. Para a comprovação exigida no item 9.3.2, alínea “a”, a comprovação deverá se dar em um único atestado, não sendo permitida a somatória somente para esse item.

Retomando a análise pertinente à capacidade técnico-operacional, é manifesto que ela diz respeito à capacidade operativa da pessoa jurídica, porquanto busca demonstrar que a licitante, como unidade jurídica e econômica, celebrou e executou, em momento anterior, contrato cujo objeto era similar àquele pretendido pelo licitante. Por meio da capacidade técnico-operacional, pretende-se avaliar a aptidão da pessoa jurídica de agregar, entre outros elementos, mão de obra, equipamentos e materiais para assegurar o pleno adimplemento das obrigações a serem pactuadas. Para tanto, é recorrente, nos instrumentos licitatórios, a exigência de apresentação de atestados e comprovantes aptos a demonstrar a experiência do licitante em projetos similares anteriores.

Os atestados revelam a experiência anterior do licitante na execução de objetos semelhantes ao licitado, em características, quantidades e prazos. A lógica que baseia a qualificação técnica envolve presunção de capacidade. Com base nisso, em um primeiro momento, seria possível entender que, quanto maior o grau de exigências, maior a presunção de que aqueles que as cumprem são capazes de executar as obrigações contratuais e, conseqüentemente, maior será a segurança para a Administração de promover a contratação pretendida.

Entretanto, o rigor exagerado na fixação de exigências dessa natureza pode restringir a competitividade do certame, pois, quanto maior for o nível das exigências, a tendência é que seja menor o número de licitantes apto a cumpri-las.

No que concerne à forma de apresentação dos atestados, se por meio de documento único ou por meio da soma de vários deles, cabe à licitante avaliar, segundo as especificidades do objeto licitado, a forma que melhor permita apurar a capacidade do proponente de executar as atividades contratadas, devendo a opção administrativa ser acompanhada da devida justificativa técnica.

Com vistas a ampliar a competitividade, a regra é aceitar o somatório de atestados para fins de qualificação técnica. Nesse sentido, é o entendimento do TCU, cuja jurisprudência pacífica considera possível o somatório de atestados, independentemente de previsão editalícia (TCU: Acórdão nº 1.983/2014-Plenário; Acórdão nº 1.231/2012-Plenário e; Acórdão nº 1.890/2006-Plenário).

Esse entendimento geral, contudo, não afasta a possibilidade de que a restrição à soma de atestados ocorra quando o objeto licitado assim exigir. A esse respeito, o TCU manifestou-se mediante o Acórdão nº 2.150/2008 – Plenário:

[...]

16. Sob essa ótica, entendo que admitir a simples soma de atestados não se mostra o procedimento mais adequado para se aferir a capacidade técnico operacional das licitantes. Isso porque se uma empresa apresenta sucessivos contratos com determinados postos de trabalho, ela demonstra ter expertise para executar somente os quantitativos referentes a cada contrato e não ao somatório de todos. Em outras palavras, a demanda por estrutura administrativa dessa empresa está limitada aos serviços exigidos simultaneamente, não havendo que se falar em duplicação dessa capacidade operacional apenas porque determinado objeto executado em um exercício é novamente executado no exercício seguinte.

17. Em suma, não há porque, e aqui divirjo pontualmente da unidade técnica, supor que a execução sucessiva de objetos de pequena dimensão capacite a empresa automaticamente para a execução de objetos maiores. De forma exemplificativa, a execução sucessiva de dez contratos referentes a dez postos de trabalho cada não necessariamente capacita a empresa para a execução de contratos abrangendo cem postos de trabalho.

Vale, ainda, transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, no Acórdão nº 2.088/2004 – Plenário:

Com relação à proibição da soma de quantitativos de contratos distintos, não vislumbro prejuízo. É usual o estabelecimento de limites, com o intuito de evitar que a adição de quantitativos irrisórios venha a amparar experiência inexistente no *curriculum* do licitante. Apenas excepcionalmente, em razão da natureza dos serviços, tal medida poderia ser restritiva.

Portanto, em determinados casos, é possível restringir o somatório de atestados para efeito de comprovação da qualificação técnica.

Sobre o tema analisado, transcrevo comentários de Adilson Dallari:

O porte da infra-estrutura empresarial é que vai determinar qual volume de obras uma empresa pode suportar.

Entretanto, do ponto de vista da capacidade técnico-operacional, a soma das parcelas não é igual ao produto. Dizendo melhor: uma empresa apta para realizar diversas obras pequenas, nem por isso está capacitada para enfrentar uma grande obra, de porte equivalente à somatória do volume das diversas pequenas obras.

São diferentes os meios para comprovar aptidão para executar diversas obras simultaneamente, dos meios necessários para enfrentar uma obra de porte considerável.

A complexidade técnico-operacional de uma grande obra é muito maior. Tal complexidade cresce em progressão geométrica.

Um eventual erro cometido em uma das pequenas obras não compromete as demais, mas o erro cometido no desenvolvimento de uma obra de grande vulto pode comprometer todo o trabalho.

Portanto, para demonstrar efetiva capacidade técnico-operacional para executar uma determinada obra, é perfeitamente razoável exigir comprovação de já haver executado anteriormente um outro contrato assemelhado.

Cabe repetir; quem geriu diversos pequenos contratos não evidencia capacidade técnico-operacional para levar a bom termo um grande contrato. São realidades distintas.

O que a Constituição autoriza e determina ao legislador que exija não é a comprovação de uma qualificação técnica (tanto profissional quanto operacional) necessária para garantir a fiel execução de uma determinada obra que é posta por meio de uma determinada e específica licitação. (*Aspectos Jurídicos da Licitação*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 152-153.)

Examinada a matéria em cotejo com as circunstâncias do caso concreto, entendo que a entidade licitante apresentou de forma satisfatória os motivos que ensejaram a regra inserta no 9.3.4, ao restringir a comprovação do “Gerenciamento de parque de ILUMINAÇÃO PÚBLICA ou equivalente com no mínimo 3.000 pontos de iluminação pública”, a um só atestado.

Destarte, por considerar justificada a exigência de comprovação de aptidão de desempenho técnico da licitante, nos termos delineados no edital, na linha do exame promovido pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público junto ao Tribunal, julgo improcedente este item da denúncia.

5. Garantia de proposta excessiva

Sobre o fato salientado, a denunciante, depois de informar que o valor estimado do contrato corresponde a R\$ 165.000.000,00 (cento e sessenta e cinco milhões de reais), assentou que a garantia de proposta seria excessiva e dissociada do valor dos investimentos a serem realizados.

Além disso, destacou que as Cortes de Contas “vêm reconhecendo que **a utilização desse valor como base de cálculo das garantias de propostas representa restrição indevida à competição por inflar artificialmente o tamanho das garantias a serem prestadas**, devendo ser adotado, para fins de fixação do valor da garantia de proposta, **o valor estimado dos investimentos e não o valor estimado da soma das contraprestações** (...).

Nessa perspectiva, pleiteou a modificação do edital para que o valor da garantia de proposta fosse reduzido para 1% (um por cento) do valor estimado dos investimentos (CAPEX do Projeto), e não do valor estimado das receitas com contraprestação a serem obtidas pela contratada.

Na manifestação encartada à peça nº 27 do SGAP, os agentes públicos responsáveis registraram que os critérios fixados no edital sobre a garantia das propostas estavam dentro dos limites legais, tendo reforçado que tal exigência revela solução adequada para assegurar que os participantes estejam efetivamente comprometidos com suas propostas. Ademais, explicaram que “o custo da garantia para empresas atuantes no setor é bastante acessível, não representando o valor proposto pelo Edital nenhum impedimento maior à efetiva participação de qualquer potencial licitante, tanto que nenhum reclamo neste sentido foi apresentado”.

A Unidade Técnica, por seu turno, afirmou que a escolha pela estipulação da garantia da proposta em 1% (um por cento) do valor total das contraprestações, ou seja, do valor do contrato, está em consonância com a legislação que disciplina as concessões públicas e com a prática dos contratos de concessão administrativas e patrocinadas. Anotou, também, que a disponibilização das garantias de proposta não teria o condão de prejudicar a operacionalização do sistema a ser implementado, e, ao final, concluiu pela improcedência da denúncia.

De igual modo, para o Ministério Público junto ao Tribunal, a garantia exigida no edital atendeu aos ditames legais e não se revelou abusiva, de maneira que o apontamento denunciado foi por ele considerado improcedente.

Sabe-se que a garantia de proposta, também denominada garantia de participação, corresponde à garantia, eventualmente fixada nos editais de licitação pública, exigida dos interessados como condição para participação no certame. Seu objetivo é assegurar a consistência da proposta econômica oferecida pelo licitante, buscando-se, com isso, inibir a participação daqueles que não têm condições de dar atendimento às obrigações estipuladas pela Administração Pública.

O art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, dispõe que a documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á: (I) ao balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta; (II) à certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física; e (III) à garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no *caput* e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação (art. 31).

A propósito do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, tem-se que, a critério da autoridade competente, desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. E, segundo o parágrafo primeiro, o contratado poderá optar por uma das seguintes modalidades: I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; II - seguro-garantia; e III - fiança bancária.

Do exposto, depreende-se que poderá ser exigida a prestação de garantia pelo licitante na contratação de obra, como verificado na concorrência ora analisada, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado da contratação.

In casu, o item 4 do edital estabeleceu que o contrato “tem o valor global estimado em R\$165.000.000,00 (cento e sessenta e cinco milhões de reais), que corresponde a soma do valor previsto para contraprestações ao longo de todo o CONTRATO”. E, relativamente à proposta de preços, o instrumento convocatório assim dispôs:

8.15. A GARANTIA DA PROPOSTA poderá, por opção da LICITANTE, ser prestada por meio das seguintes modalidades:

- (i) Caução em dinheiro
- (ii) Títulos da Dívida Pública Federal;
- (iii) Seguro-garantia; ou
- (iv) Fiança bancária.

8.15.1. Em garantia ao cumprimento das obrigações relativas à participação na LICITAÇÃO, a LICITANTE deverá prestar GARANTIA DE PROPOSTA no valor correspondente a 1% (um por cento) do valor estimado para o CONTRATO.

Da simples leitura das disposições editalícias acima transcritas, percebe-se que a limitação prevista na legislação de regência para a exigência de garantia da proposta, bem como as modalidades para sua prestação foram devidamente observadas, não havendo irregularidade no edital da Concorrência Pública nº 04/2021, de maneira que, na linha da informação da Unidade Técnica e do parecer do *Parquet* de Contas, julgo improcedente o apontamento denunciado e examinado neste tópico.

6. Erro material na redação do edital

A denunciante sustentou, na exordial, haver erro material no edital, ao afirmar que “a redação ‘pula’ do item 14.11 diretamente para o item 16.1.1.1, que por sua vez faz referência às letras ‘c’ e ‘e’ da ‘subcláusula anterior’, algo inexistente no documento”.

Com o objetivo de elucidar o fato narrado, os agentes públicos, nos esclarecimentos apresentados à peça nº 27 do SGAP, sustentaram que o erro material era “facilmente compreensível que deveria ser apontado em mero pedido de esclarecimento, que o denunciante assim não o fez”. Além disso, apontaram que a Comissão Especial de Licitações informou, no endereço eletrônico da entidade, qual seria a leitura correta dos itens, “**sem gerar nenhum impacto na formulação das propostas ou ilegalidade no processo** (documento n. 3)”. E, ainda, assentaram que, “muito embora se reconheça que o Edital continha erro material nos subitens 14.11 e 16.1.1.1., o fato é que não há qualquer dificuldade para se compreender o que o Contrato propõe, bastando a resposta em caráter de esclarecimento ao edital para sanar o tema, o que desde já se fez em 24 (vinte e quatro) horas após a impugnação do denunciante ter chegado ao conhecimento da Administração”.

Conforme informou a Unidade Técnica, à peça nº 35 do SGAP, em busca realizada sítio eletrônico da entidade licitante, foi possível encontrar nota de esclarecimento em relação aos erros de grafia apontados. Todavia, sugeriu a apresentação de errata do edital, de maneira a dar publicidade à retificação no endereço eletrônico.

Na sequência, depois de analisar a documentação acostada aos autos pelos agentes públicos, a Unidade Técnica concluiu pela elucidação do ponto de forma satisfatória, pelo que entendeu sanado o apontamento (peça nº 45 do SGAP).

A seu turno, o Ministério Público junto ao Tribunal (peça nº 48 do SGAP), a partir da resposta ao esclarecimento apresentado pela licitante, em conformidade com o inciso VIII do art. 40 da Lei nº 8.666, de 1993, considerou a questão sanada.

Com efeito, examinada a documentação que instrui os autos e os esclarecimentos apresentados pelos agentes responsáveis, não vislumbro prejuízos ao certame no fato delatado pela denunciante, porquanto, a despeito do erro de redação apontado na exordial, tal fato não maculou o procedimento, tampouco inviabilizou a disputa. Para mais, à vista dos esclarecimentos encartados ao feito, percebe-se que a entidade licitante agiu com zelo e pontualidade na elucidação do questionamento formulado.

De igual modo, no tocante ao aditamento contido na peça nº 29 do SGAP, no qual a denunciante demonstrou sua irrisignação em relação à disponibilização, feita a apenas dois dias úteis antes da sessão pública, da “publicação de **nada menos que 4 (quatro) lotes de esclarecimentos distintos, representando 28 (vinte e oito) questões/respostas relativas ao Edital e seus anexos**”, o que, supostamente, teria impossibilitado a formulação das propostas, entendo que não houve, nos autos, a comprovação de que a situação narrada pela denunciante tenha prejudicado a regularidade do certame, comprovada a partir da ampla participação dos proponentes.

Pelo exposto, afasto a irregularidade subscrita pela denunciante, nesse particular.

III – DECISÃO

Diante do exposto na fundamentação, julgo parcialmente procedentes os apontamentos de irregularidades apresentados por Betria Engenharia Ltda., em face do Processo Licitatório nº 08/2021, referente à Concorrência Pública nº 04/2021, promovida pelo Consórcio Público para Gestão Integrada - CPGI, porquanto o inciso IV do subitem 6.1.1 do edital, referente à

participação de pessoas jurídicas em processo de falência ou recuperação judicial, a despeito de ter previsto o plano de recuperação judicial homologado, deixou de contemplar a necessidade de apresentação de certidão passada pela instância judicial competente, em que fosse certificado que a interessada está apta econômica e financeiramente para participar de procedimento licitatório.

Não obstante, diante das particularidades do caso examinado, deixo de responsabilizar os agentes públicos, conforme exame empreendido no item 2 da fundamentação do voto.

Recomendo ao Presidente do Consórcio Público para Gestão Integrada - CPGI e ao responsável pelo setor de licitação que, nos futuros editais de licitação, façam constar, na cláusula pertinente à participação de pessoas jurídicas em processo de falência ou recuperação judicial, além da exigência do plano de recuperação judicial homologado, deve constar a necessidade de apresentação de certidão passada pela instância judicial competente certificando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório.

Cumpram-se as disposições regimentais pertinentes e, transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos.

kl/saf

