Acórdão 00878/2024-2 - Plenário

Processos: 06978/2023-3, 01964/2021-6, 04263/2020-1
Classificação: Pedido de Reexame
UG: DER-ES - Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espirito Santo
Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha
Interessado: PEDRO TORRACA DAEMON, FABRICIO GUIMARAES DO PRADO, SORAIA SAICK OSORIO GIUBERTI, JOSE EDUARDO FERREIRA LEAL, LUIZ CESAR MARETTA COURA, JOEMAR BRUNO FRANCISCO ZAGOTO, DEPARTAMENTO DE EDIFICACOES E DE RODOVIAS DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO - DER-ES, JOSE EUSTAQUIO DE FREITAS
Recorrente: Membros do Ministério Público de Contas (HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA)
Procurador: FELIPE NASCIMENTO BERNABE (OAB: 14776-ES)

PEDIDO DE REEXAME – EM FACE DO ACÓRDÃO TC 00682/2023 (1ª Câmara) – NÃO PROVIMENTO – ARQUIVAR.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. INTRODUÇÃO

Tratam os autos de **Pedido de Reexame** interposto pelo **Ministério Público Especial de Contas**, subscrito pelo Procurador de Contas Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, em face do **Acórdão TC 00682/2023-5 – Primeira Câmara**, prolatado no **Processo TC 04263/2020-1** (Fiscalização / Auditoria – DER-ES - Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espirito Santo), com a seguinte deliberação:

> [...]
>
> **1. ACÓRDÃO TC-682/2023:**

Assinado por LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA 14/08/2024 17:09
Assinado por SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO 14/08/2024 17:37
Assinado por SEBASTIAO CARLOS RANNA DE MACEDO 14/08/2024 17:49
Assinado por ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR 14/08/2024 17:51
Assinado por LUCIANO VIEIRA 14/08/2024 18:37
Assinado por RODRIGO COELHO DO CARMO 14/08/2024 18:56
Assinado por RODRIGO FLAVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN 14/08/2024 20:12
Assinado por DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER 14/08/2024 20:23
Assinado por DAVI DINIZ DE CARVALHO 15/08/2024 07:39

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1. Afastar as irregularidades apontadas no Relatório de Auditoria Ordinária 9/2020, considerando que os responsáveis agiram de forma a se preservar o interesse público.

1.2. RECOMDENDAR ao DER-ES, na pessoa de seu Diretor-Presidente, anterior a execução dos serviços, de levantamento de quantitativos e relatório fotográfico de forma a registrar a situação do imóvel antes de iniciada a manutenção, exigindo-se a Anotação de Responsabilidade Técnica do profissional responsável pelo levantamento dos serviços a serem executados, bem como dar ciência da presente determinação à eventuais órgãos aderentes à Ata de Registro de Preços;

1.3. RECOMENDAR ao DER-ES, na pessoa do seu Diretor-Presidente, a observância, nos processos de medição de serviços, dos termos previstos na Norma de Procedimento – IOPES nº 4; sob pena de aplicação de multa, bem como dê ciência da presente determinação à eventuais órgãos aderentes à Ata de Registro de Preços;

1.4. Dar ciência ao MPC, na forma regimental;

1.5. Arquivar os presentes autos após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 28/07/2023 – 28ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente) e Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator).

4.2. Conselheira substituta: Márcia Jaccoud Freitas (em substituição).

(...)

O Recorrente requer o seguinte:

(...)

4 CONCLUSÃO

Ante os fatos e fundamentos colacionados, o Ministério Público de Contas requer seja CONHECIDO e PROVIDO o presente Recurso de Reconsideração ***(sic Pedido de Reexame)***, na forma dos arts. 152, I ***(sic II)*** e 164 ***(sic 166)*** da Lei Complementar nº. 621/2012, para:

4.1 REFORMAR o 788 - Acórdão 00682/2023-5 para manter a irregularidade “A1 (Q3) – Exigência ilegal de qualificação técnica”, e a irregularidade A8 (Q5) – Inabilitação indevida de licitante, com a consequente responsabilização, por ambas, de Fabrício Guimarães do Prado (líder de custos e orçamento do DER/ES, de 01.01.2020 a 31.10.2020), **José Eduardo Ferreira Leal** (diretor de obras e edificações do DER/ES, de 01.01.2020 a 31.10.2020), Luiz Cesar Maretta Coura (diretor presidente do DER/ES, de 01.01.2020 a 31.10.2020) e Soraia Saick Osório (gerente de orçamentos de edificações do DER/ES, de 01.01.2020 a 31.10.2020),

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

condenando-os ao pagamento de multa, na forma do art. 135, LOTCEES (cf. item 3.1, desta peça);

4.2 REFORMAR o 788 - Acórdão 00682/2023-5 para manter a irregularidade "A2 (Q6) – Ausência de critério de reajustamento de preços", com a consequente responsabilização de Pedro Torraca Daemon (Pregoeiro, de 01.01.2020 a 31.10.2020), Joemar Bruno Francisco Zagoto (Procurador da PGE/ES com atuação no DER/ES, de 01.01.2020 a 31.10.2020) e Luiz Cesar Maretta Coura (Diretor Presidente, de 01.01.2020 a 31.10.2020), condenando-os ao pagamento de multa, na forma do art. 135, LOTCEES (cf. item 3.2 desta peça);

4.3 REFORMAR o 788 - Acórdão 00682/2023-5 para manter a irregularidade "A6 (Q10) – Possível ocorrência de jogo de planilha durante a execução contratual", com a consequente responsabilização do senhor Pedro Torraca Daemon (Pregoeiro, de 01.01.2020 a 31.10.2020) e do senhor Luiz Cesar Maretta Coura (Diretor Presidente, de 01.01.2020 a 31.10.2020), condenando-os ao pagamento de multa, na forma do art. 135, LOTCEES. Além da responsabilização pessoal, pugna-se pela expedição de DETERMINAÇÃO para que o DER/ES acompanhe a manutenção do equilíbrio económico financeiro do contrato, mantendo-se o desconto obtido na licitação, bem como retroagindo os preços de eventuais serviços novos à data-base, durante toda a sua execução, dando ciência da presente determinação a eventuais órgãos aderentes à Ata de Registro de Preços (cf. item 3.3 desta peça);

4.4 REFORMAR o 788 - Acórdão 00682/2023-5 para manter a irregularidade "A3 (Q7) – Fragilidade nos procedimentos de solicitação dos serviços", de modo a DETERMINAR que o Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo – DER/ES e o senhor Luiz Cesar Maretta Coura assegurem a realização, antes da execução dos serviços, de levantamento de quantitativos e relatório fotográfico de forma a registrar a situação do imóvel antes de iniciada a manutenção, exigindo-se a Anotação de Responsabilidade Técnica do profissional responsável pelo levantamento dos serviços a serem executados, bem como dar ciência da presente determinação a eventuais órgãos aderentes à Ata de Registro de Preços (cf. item 3.4 desta peça);

4.5 REFORMAR o 788 - Acórdão 00682/2023-5 para manter a irregularidade "A4 (Q8) – Fragilidade nos procedimentos de medição de serviços", e DETERMINAR que o Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo – DER/ES e o senhor Luiz Cesar Maretta Coura assegurem a observância, nos processos de medição de serviços, dos termos previstos na Norma de Procedimento IOPES Nº 04, item 6.2, IV e V; sob pena de aplicação de multa, bem como dê ciência da presente determinação a eventuais órgãos aderentes à Ata de Registro de Preços (cf. item 3.4 desta Peça);

4.6 REFORMAR o 788 - Acórdão 00682/2023-5 para manter a irregularidade "A5 (Q9) – Ausência de procedimento para acompanhamento do percentual subcontratado", e DETERMINAR que o Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo – DER/ES e o senhor Luiz Cesar Maretta Coura tomem as providências que entender necessárias de forma a garantir o cumprimento das condições de subcontratação impostas no item 9 do Termo de Referência, anexo I do Edital, durante toda a execução contratual, dando ciência da presente determinação a eventuais órgãos aderentes à Ata de Registro de Preços (cf. item 3.5 desta Peça);

4.7 REFORMAR o 788 - Acórdão 00682/2023-5 para manter a irregularidade "A7 (Q11) – Possível utilização indevida da ata de manutenção predial para execução de reformas, obras novas ou ampliações", e DETERMINAR que o Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espírito Santo – DER/ES que utilização exclusiva das atas de registro de preços oriundas da licitação em análise para a realização de serviços de manutenção, nunca para a realização de reformas ou qualquer tipo de outras obras, bem como dê ciência da presente determinação a

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

> eventuais órgãos aderentes à Ata de Registro de Preços. A fim de dar cumprimento à presente determinação, sugere-se observar rigorosamente a exigência prevista no item 14 do Termo de referência, de declaração expressa por profissional habilitado, no Relatório de Inspeção, de que o serviço pretendido se trata exclusivamente de manutenção predial (cf. item 3.6 desta Peça);
>
> **4.8** sejam os recorridos notificados para, desejando, apresentar contrarrazões ao presente Recurso, na forma do art. 156 da LC nº 621/201243. – g.n.

Através da Decisão Monocrática nº 01573/2023-5 (evento 05), conheci o presente recurso e determinei a notificação dos senhores Fabrício Guimarães do Prado, Luiz Cesar Maretta Coura, Pedro Torraca Daemon, Joemar Bruno Francisco Zagoto e da senhora Soraia Saick Osório, para que apresentassem contrarrazões.

Os referidos gestores foram notificados e apresentaram resposta a retro decisão, constantes nas seguintes peças:

- ✓ Luiz Cesar Maretta Coura - Resposta de Comunicação 03211/2023-1 (evento 7);
- ✓ Fabrício Guimarães do Prado e Soraia Saick Osório - Petição Intercorrente 01031/2023-8 (evento 9);
- ✓ Pedro Torraca Daemon - Resposta de Comunicação 03222/2023-8.

Destaca-se que a Secretaria Geral das Sessões (Aba Histórico – evento 33) informou que o senhor Joemar Bruno Francisco Zagoto não apresentou contrarrazões.

Na sequência, os autos foram encaminhados à Área Técnica, que, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 00077/2024-6 (evento 15), opinou pelo conhecimento do recurso e pela notificação do Departamento de Edificações e de Rodovias do Estado do Espirito Santo – DER para apresentação de contrarrazões, o que foi anuído pela Decisão Monocrática 00200/2024 (evento 18), porém não houve manifestação da referida autarquia, conforme Despacho 10779/2024-5 (evento 23).

Com a remessa dos autos à área técnica, houve a produção da Instrução Técnica de Recurso 00312/2024 (evento 25) pelo Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, com a seguinte proposta de encaminhamento:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

> **6- CONCLUSÃO.**
>
> Diante do exposto nesta instrução técnica de recurso, opinamos pelo **CONHECIMENTO** do presente **PEDIDO DE REEXAME** interposto pelo MPC e, no mérito, pelo seu **PROVIMENTO PARCIAL**, com o fim de reformar o **ACÓRDÃO 682/2023**, para manter as irregularidades descritas nos **itens 2.1** (A8, Q5), **2.7** (A7, Q11) e **2.8** (A1, Q3) do Relatório de Auditoria 9/2020-7.
>
> Cumpre destacar que na irregularidade 2.7 (A7, Q11), o MPC pugnou para que fosse feita uma determinação (DETERMINAR que o DER/ES se atenha para que a "utilização exclusiva das atas de registro de preços oriundas da licitação em análise para a realização de **serviços de manutenção**, nunca para a realização de **reformas** ou qualquer tipo de outras **obras**, bem como dê ciência da presente determinação a eventuais órgãos aderentes à Ata de Registro de Preços").
>
> Assim, a fim de dar cumprimento à presente determinação, sugere-se observar rigorosamente a exigência prevista no item 14 do Termo de referência, de declaração expressa por profissional habilitado, no Relatório de Inspeção, de que o serviço pretendido se trata exclusivamente de manutenção predial.

Remetido o processo ao Ministério Público de Contas, foi elaborado o Parecer 2618/2024 (evento 28) da lavra do Procurador Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, divergindo parcialmente da Instrução Técnica acima, opinando pelo conhecimento e provimento nos termos da petição de recurso.

É o relatório. Passo a fundamentar.

V O T O

2. FUNDAMENTAÇÃO

De início, cabe ressaltar que já houve admissibilidade do presente recurso pela Decisão Monocrática nº 01573/2023-5, razão pela qual ratifico os termos nela constantes.

A presente fundamentação focará nos pontos de discordância com a Instrução Técnica de Recurso 0312/2024, haja vista que nos pontos de concordância utilizaremos as razões desta peça técnica como fundamentação.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

a) Exigência de qualificação técnica e inabilitação indevida de licitante.

Vejamos a análise da Instrução Técnica de Recurso 00312/2024 (que, inclusive, expõe as argumentações em sede de contrarrazões):

> **5.1- Exigência de qualificação técnica e inabilitação indevida de licitante.**
>
> **Item 2.1 (A8, Q5) e item 2.8 (A1, Q3) do Relatório de Auditoria 9/2020-7. Responsáveis Fabrício Guimarães do Prado, José Eduardo Ferreira Leal, Luiz Cesar Maretta Coura e Soraia Saick Osório.**
>
> Conforme já exposto, o MPC alega que a exigência de capacidade técnica operacional prevista no edital do Pregão Eletrônico 4/2020 (registro de preços) do DER resultou na restrição à concorrência e na inabilitação de licitante Soluções Serviços Terceirizados:
>
> > (...)
> > Em face de todo o exposto, é forçoso concluir que todos que tinham o dever de evitar a inserção dessa exigência, bem como de tomar as providências necessárias para que fosse removida, cometeram **erro grosseiro** ao se manterem inertes, pois deixaram de cumprir dever de diligência comezinho, esperado do homem médio, devendo, portanto, responder pessoalmente. O mesmo se aplica aos que concorreram para a **inabilitação indevida** de quem não atendia exigências que jamais deveriam ter sido formuladas.
>
> De início, observa-se ter razão o MPC: tomada a disciplina legal em sua literalidade, a compreensão seria pela **impossibilidade** da Administração estabelecer quaisquer quantitativos mínimos para fins de aferição e comprovação da qualificação técnica profissional.
>
> Entretanto, cabe destacar que essa conclusão, baseada na simples literalidade da Lei 8.666/1993, vem sendo relativizada pelo Tribunal de Contas da União: segundo essa linha de interpretação, a vedação não alcança a fixação de quantitativos relativos à experiência pregressa a ser avaliada para fins de aferição de sua qualificação técnica-profissional, mas impediria o estabelecimento de um número mínimo de atestados para gerar essa comprovação, conforme decisões recorrentes:
>
> > **Acórdão TCU 3.070/2013 – Plenário**
> > (...)
> > 9. A corroborar o entendimento que ora perfilho, julgo oportuno trazer à colação excerto do voto condutor do Acórdão nº 1214/2013-Plenário, que assim dispõe:
> > (...)
> > *71. No mesmo sentido foi proferido o Acórdão 3.390/2011 – 2ª Câmara, em que o Tribunal acolheu as justificativas apresentadas pelos responsáveis no tocante à exigência de quantidades mínimas em atestados de capacidade técnico-profissional. Também no Acórdão 2.939/2010 – Plenário, de minha relatoria, o Tribunal considerou improcedente representação movida por empresa que questionava, dentre outros aspectos, a exigência de quantitativos mínimos em atestados de capacidade técnico-profissional".*
> > (...)
> > ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:
> > (...)
> > 9.2. determinar à Centrais Elétricas de Rondônia S.A. (Ceron) que, em futuras licitações, **ao exigir quantitativos mínimos para fim de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes (art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93), apresente a devida motivação dessa decisão administrativa**, **evidenciando que a exigência é**

> **indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame**;

> **Acórdão TCU 534/2016**
> (…)
> 5. Como salientado pela instrução, este Tribunal evoluiu sua jurisprudência para admitir ser possível – e até mesmo imprescindível à garantia do cumprimento da obrigação – delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior do licitante quanto à capacidade técnico-operacional e técnico-profissional (acórdãos 1.214/2013 e 3.070/2013 do Plenário).
> 6- Assim, é compatível com o interesse público contratar empresas e profissionais com experiência comprovada na execução da obra que se irá executar. **A questão não é a exigência da comprovação de experiência anterior, mas a razoabilidade dos parâmetros estipulados.**

A jurisprudência deste TCEES caminha no mesmo sentido:

> **Acórdão TCE-ES 00237/2022-1 – Plenário**
> REPRESENTAÇÃO – LICITAÇÃO – CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL – RESPONSÁVEL TÉCNICO - CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL - IMPROCEDÊNCIA.
> 1 É regular 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.**
> 2 É irregular a indicação do mesmo profissional como responsável técnico por dois ou mais licitantes, caso, a partir da análise da situação concreta, se constate a ocorrência de conflito de interesses.
> 3 Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacidade técnico-operacional devem participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitida sua substituição por profissional de experiência equivalente ou superior.

No mesmo caminho, o STJ entendeu pela possibilidade da fixação de quantitativos mínimos desde que, de modo equivalente ao que se passa com a qualificação técnico-operacional, sejam assentados em **critérios razoáveis e demonstrem o mínimo indispensável para a aferição da capacidade do licitante** (RESP 466.286/SP – Segunda Turma – DJ de 20.10.2003):

> **PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – PREQUESTIONAMENTO – LICITAÇÃO – CAPACITAÇÃO TÉCNICA PROFISSIONAL – EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR ASSENTADA EM CRITÉRIO QUANTITATIVO – POSSIBILIDADE**.
> (...)
> 2. A melhor inteligência da norma ínsita no art. 30, § 1º, I (parte final), da Lei de Licitações orienta-se no sentido de permitir a inserção no edital de exigências de quantidades mínimas ou de prazos máximos **quando vinculadas ao objeto do contrato, estiveram assentadas em critérios razoáveis**." (STJ, Recurso Especial nº 466.286/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 07.10.2003.)

No mesmo sentido, o Parecer 01085-20 do TCM-BA:

> **TCM-BA**
> PROCESSO Nº 10230e20
> PARECER Nº 01085-20
> EMENTA: FIXAÇÃO DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS PARA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL, EM LICITAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA. VEDAÇÃO PELO § 1º, INCISO I, DO ART.30, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93. 1-Frise-se que, é vedada pelo §1º, inciso I, do art. 30, da Lei de Licitações e Contratos,

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

> a fixação de quantitativos mínimos para a demonstração de capacidade técnico-profissional. 2-De forma excepcional, com base na jurisprudência do TCU e do STJ, assim como na doutrina, é possível a fixação de quantidades mínimas para obras e serviços de engenharia, relativas às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto licitado, **desde que a Administração registre expressa e publicamente os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente, com base em estudos, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes para a melhor satisfação do interesse público**.

Ocorre, entretanto, que, no caso, a irregularidade não se circunscreve à exigência de qualificação, mas "à exigência de quantidade mínima de atestados simultâneos" (RAO 09/2020) e que "o DER/ES não poderia ter imposto aos **interessados que comprovassem a sua capacidade de executar, simultaneamente, cinco serviços**" (conforme o MPC) ou obras.

De fato, não se trata da comprovação de ter executado "apenas" cinco serviços ou obras simultaneamente como critério de qualificação técnica, já que, dependendo da quantidade de "lotes", no Edital, este mínimo alcança a **exigência de comprovação simultânea de 35 serviços** (para sete lotes, num critério de cinco serviços por lote):

> (...)
> 10.1- A licitante deverá comprovar a execução simultânea de um total de obras, sendo de pelo menos **5** (cinco) obras para 01 (hum) lote, **10** (dez) obras para 02 (dois) lotes, **15** (quinze) obras para 03 (três) lotes, **20** (vinte) obras para 04 lotes, 25 (vinte e cinco) obras para 05 lotes, **30** (trinta) para 06 (seis) lotes e **35** (trinta e cinco) para 07 (sete) lotes. Não será(ão) aceito(s) atestado(s) de execução de projeto, fiscalização, supervisão, gerenciamento, controle tecnológico ou assessoria técnica.

O RAO 09/2020 assim relatou a irregularidade, com destaque para a manifestação da PGE e Secont, que apontaram as mesmas irregularidades:

> **A1(Q3) - Exigência ilegal de qualificação técnica**
> (...)
> **2.1.3- Situação encontrada**
> (...)
> Destacamos no texto acima reproduzido o critério imposto quanto à **comprovação de quantidade mínima de execução simultânea de obras, sobre o qual não foi encontrada, entre os elementos constantes do edital, nenhuma justificativa para a sua adoção como exigência para qualificação técnica**.
> A possibilidade de exigência de qualificação técnica nos procedimentos licitatórios é definida no art. 30 da Lei 8.666/1993, devendo guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.
> Especificamente no que se refere a exigência de número mínimo de atestados, o Tribunal de Contas da União já se manifestou pela sua impossibilidade, conforme Acórdãos 1.341/2006, 2.143/2007, 1.557/2009, 534/2011, 1.695/2011, 737/2012 e 1.052/2012, todos do Plenário.
> Na presente contratação, a exigência torna-se ainda mais restritiva, haja vista que **o objeto licitado trata de mero serviço de manutenção, sequer referindo-se a obra**, situação em que a exigência de número mínimo de atestados foi considerada irregular nos referidos Acórdãos.
> Esse mesmo tema foi objeto de discussão no âmbito do próprio Poder Executivo, conforme trechos de manifestações dos órgãos de controle interno no processo administrativo da licitação, cujas peças encontram-se nos autos do processo TC 4263/2020-1.
> A análise da **Secont** consta da Manifestação Técnica – COEN/SECONT Nº 75/2019 (pç. 31, fls. 21-35 do processo eletrônico TCEES 4263/2020-1), da qual extrai-se o seguinte trecho:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

> No tocante às exigências para habilitação, em especial sobre a qualificação técnico-operacional, o item 1.3.1.2 do anexo VI do edital estabelece que a licitante deverá comprovar execução simultânea de um número de obras igual, pelo menos, a cinco vezes o número de lotes em que participa. Assim, para concorrer a apenas um lote, basta que o licitante comprove ter executado concomitantemente 05 obras, 10 obras para 2 lotes e assim sucessivamente, culminando com a exigência de 35 obras simultâneas para participar dos 7 lotes.
>
> Diante disso, **questiona-se a razoabilidade da qualificação técnica operacional exigida, recomendando-se apor aos autos justificativas consistentes para sua previsão no edital, sobretudo em garantia da ampla competitividade da licitação, princípio legal e amplamente consagrado pela jurisprudência**.

(...)

Nas justificativa para exigências de qualificação técnica, o DER-ES (pç. 45 do processo eletrônico TCEES 4263/2020-1) apresentou as seguintes informações:

> Devido a necessidade de atendimento de várias entidades e órgãos da Administração Pública Estadual, a licitante deverá comprovar a execução simultânea de um total de obras, sendo de pelo menos 5 (cinco) obras para 01 (hum) lote, 10 (dez) obras para 02 (dois) lotes, 15 (quinze) obras para 03 (três) lotes, 20 (vinte) obras para 04 (quatro) lotes, 25 (vinte e cinco) obras para 05 (cinco) lotes, 30 (trinta) obras para 06 (seis) lotes e 35 (trinta e cinco) obras para 07 (sete) lotes.
>
> A definição da exigência de comprovação de execução concomitante de, no mínimo, 05 (cinco) obras por lote se fundamenta na quantidade de órgãos e entidades demandantes dos serviços de manutenção em suas edificações.
>
> Em 06 (seis) lotes houve demanda de 06 (seis) órgãos e entidades, enquanto que em 01 (um) lote houve demanda de 05 (cinco) órgãos e entidades, **quantidade esta que adotamos visando à ampliação da competitividade**.
>
> Assim, pressupomos que cada um dos 05 (cinco) órgãos ou entidades participantes da Ata poderia solicitar, concomitantemente, manutenção, em no mínimo, 01 (uma) de suas edificações por vez, o que pode ser maior, em virtude das necessidades das demandantes. A empresa contratada deverá ter capacidade de atender, no mínimo, essa quantidade de demandas simultâneas.

Por outro lado, a **PGE** manifestou-se por meio do Parecer PGE nº 12/2020 (pç. 47 e 48 do processo eletrônico TCEES 4263/2020-1) de forma contrária a tal exigência, nos seguintes termos:

> Não se revela juridicamente adequado, dada a ausência de justificativa, a exigência de execução simultânea de obras, conforme previsto no item 1.3.1.2, pois além de não definir as parcelas de maior relevância, não corresponde à definição de quantitativo mínimo, não havendo sequer qualquer referência à dimensão das obras, o que se soma à já relatada impropriedade de corresponder a serviço diverso do objeto contratual, razão pela qual essa opção deve ser integralmente revisada (recomendação nº 17).

(...)

2.8.8- Conclusão do achado

Com base no exposto na análise da Questão de Auditoria 03, que menciona o posicionamento contrário tanto da SECONT quanto da PGE quanto à **exigência de comprovação de execução de 5 obras simultaneamente como critério de qualificação técnica**, e ainda baseado na análise dos julgamentos das propostas das empresas, concluímos pela **irregular inabilitação da empresa Soluções Serviços Terceirizados** EIRELI, que apresentou o menor preço para o Lote 6, configurando infringência ao art. 3º da Lei Federal 8666/1993.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

O Acórdão 682/2023 assim enfrentou a irregularidade, divergindo da área técnica e do MPC:

> **7.1- Srs. FABRICIO GUIMARÃES DO PRADO, JOSÉ EDUARDO FERREIRA LEAL e SORAIA SAICK OSÓRIO GIUBERT**
>
> - "**A1 (Q3) - Exigência ilegal de qualificação técnica" (item 2.1 do Relatório de Auditoria 9/2020-7)**
>
> (...)
> **Justificativas:**
> Os defendentes informam que as justificativas para a exigência da qualificação técnica foram definidas no Termo de Referência e no edital se encontram à folha 473 do Processo nº 86350323.
> Dizem os responsáveis em sua defesa que **a qualificação técnica exigida se deu em razão da natureza do objeto do contrato que se tratava de execução de serviços de manutenção predial**, envolvendo atividades como execução de reboco, pintura, retiradas, instalação de eletrodutos e cabos, instalações hidráulicas, entre outros serviços. Além disso, como o serviço seria executado em vários locais, a empresa deveria comprovar a expertise para a execução simultânea de um total de obras, **sendo de pelo menos 5 (cinco) obras para 01 (hum) lote, 10 (dez) obras para 02 (dois) lotes, 15 (quinze) obras para 03 (três) lotes, 20 (vinte) obras para 04 lotes, 25 (vinte e cinco) obras para 05 lotes, 30 (trinta) para 06 (seis) lotes e 35 (trinta e cinco) para 07 (sete) lotes**. A empresa contratada deverá ter capacidade de atender, no mínimo, essa quantidade de demandas simultâneas.
> Os defendentes alegam que a exigência estabelecida no item 10.1 do Termo de Referência diz respeito à apresentação de atestado(s) de responsabilidade técnica para comprovar a: (a) execução de manutenção em edificações e (b) execução de Instalações Elétricas de baixa tensão, e não comprovação de execução de obras, como afirmara a Equipe de Auditoria, e que a Comissão de Pregão recebeu atestados referentes à execução de serviços de manutenção predial e estes foram aceitos como válidos comprovados pelos atestados apresentados pela empresa apresentados e aceitos como válidos das licitantes TERRA FORTE EIRELI - ME e CR OBRAS DA CONSTRUÇÃO LTDA.
> Os atestados foram apresentados pelos defendentes conforme Anexo II do documento de defesa.
> Os defendentes alegam que a expressão "Execução de obras de manutenção, reforma, ampliação ou construção de edificações", nos termos detalhados no edital, trata-se de **mero erro formal**, e que não comprometeu a compreensão das licitantes do objeto da licitação.
> Os defendentes alegam que **a exigência de comprovação de execução simultânea foi a necessidade informada por órgãos ou entidades da Administração Pública Estadual**, que enviaram suas estimativas de serviços e respectivas quantidades que formaram as Planilhas de Quantidades da Ata de Registro de Preços (ARP) do Pregão nº 004/2020.
> E que o DER considerou a demanda dos serviços pelos órgãos que enviaram as planilhas para aderir a ata de registro de preços, **e estimou-se que a empresa vencedora executaria no mínimo 6 (...) frentes de serviços**.
> (...)
>
> - **A8 (Q5) - Inabilitação indevida de licitante (item 2.8 do Relatório de Auditoria 9/2020-7)**
>
> (...)
> Em sua defesa, os responsáveis argumentam que o DER-ES focou em avaliar se a empresa seria capaz de gerenciar a execução desses serviços nas condições requeridas pelo objeto do certame, ou seja, uma quantidade elevada de serviços em locais diferentes e simultaneamente, atendendo a

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

órgãos e entidades diferentes (no mínimo, cinco), em aproximadamente 1 (ano), referente a validade do registro de preços.
Em meu entendimento, tal exigência se fazia necessária uma vez que a empresa contratada deveria ser capaz de suportar a execução simultânea da quantidade de obras requeridas no edital. A licitação não atingiria seu resultado, de acordo com o princípio da eficiência, se resultasse na contratação de ema empresa que não tivesse capacidade técnica e operacional para a realização de obras em concomitância.
(...)
Se analisarmos a literalidade do art. 30, § 1º, I e II da lei 8666/93, como o fez a área técnica, e entendimento seria pela impossibilidade de a Administração estabelecer quantitativos mínimos para fins de aferição e comprovação da qualificação técnica profissional. Contudo, essa conclusão baseada na simples literalidade da Lei nº 8.666/93 vem sendo relativizada pelo Tribunal de Contas da União. No Acórdão nº 3.070/2013 – Plenário, por exemplo, essa questão foi objeto de análise, nos itens 64, 65 e 66 da decisão.
Ainda utilizando-me dos julgados do TCU, valo-me da compreensão do Acórdão TCU 019.452/2005-4, onde a questão em estudo foi debatida com maior profundidade:
(...)
Diante do exposto entendo que a melhor interpretação a ser dada ao art. 30, § 1º, I e II da lei 8666/93 é a que permite a exigência de quantidades mínimas ou prazos máximos relativamente à comprovação de qualificação técnico-profissional, devendo o administrador, diante de cada caso concreto, verificar a natureza do objeto a ser contratado e avaliar se a fixação dessa condição se mostra necessária para aferição da qualificação técnico-profissional, expondo as justificativas pata tal exigência de forma a se preservar a competitividade da licitação ao máximo possível, mas sem deixar de resguardar o interesse da Administração em contratar empresa que tenha efetivamente condições técnicas de executar o contrato satisfatoriamente.
(...)
7.2 - Sr. PEDRO TORRACA DAEMON
(...)
(...)
7.3 - Sr. LUIZ CESAR MARETTA COURA
(...)
O defendente alega que a justificativa de qualificação técnica para a exigência de execução simultânea de, ao menos, 5 obras, baseou-se nas informações enviadas ao DER-ES por órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, consubstanciadas nas estimativas de serviços e respectivas quantidades que formaram as Planilhas de Quantidades a Ata de Registro de Preços do Pregão 004/2020, conforme se observa do anexo III da defesa/justificativa 00082/2021-2.
Ainda que, ao exigir a comprovação de capacidade de execução de 05 serviços concomitantemente, o DER-ES realizou exigência mínima de licitação, porquanto se baseou em uma expectativa de demandas até mesmo abaixo da esperada.
E que, o DER-ES não se poderia deixar de estabelecer um mínimo de exigência de qualificação técnica dos interessados em participar do certame, sobretudo diante da vultuosidade do objeto contratual.
(...)
Pois bem. Passo a expor minhas razões de decidir.
Como já fundamentado no item 7.1 deste voto, **restou demonstrado que os gestores apontaram as justificativas necessárias para a exigência de qualificação técnica, visando resguarda o interesse público**, discordo do entendimento técnico e afasto a irregularidade do Sr. LUIZ CESAR MARETTA COURA.

Ora, como se observa, as justificativas apresentadas pelo DER em sua defesa original, quando citado, ao contrário do afirmado no Acórdão 682/2023 **não**

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

esclarecem nem as inconsistências apontadas previamente pela PGE (Parecer PGE nº 12/2020: “além de não definir as parcelas de maior relevância, não corresponde à definição de quantitativo mínimo, não havendo sequer qualquer referência à dimensão das obras, o que se soma à já relatada impropriedade de corresponder a serviço diverso do objeto contratual”), nem daquelas indicada pela **Secont** (Manifestação Técnica COEN/SECONT Nº 75/2019: “a razoabilidade da qualificação técnica operacional exigida”), nem mesmo a irregularidade apontada pela **RAO 09/2020** (não encontrou “entre os elementos constantes do edital, nenhuma justificativa para a sua adoção como exigência para qualificação técnica”).

Ou seja, nem antes, nem depois, nem agora, as justificativas do DER e os agentes responsabilizados para as regras editalícias do edital estabelecem **critérios objetivos** adequados para tais exigências, pois não se sabe, ainda no presente momento, quais “as parcelas de maior relevância” da “definição de quantitativo mínimo, não havendo sequer qualquer referência à dimensão das obras”, e ainda a referência à “impropriedade de corresponder a serviço diverso do objeto contratual”.

Assim, mesmo alertado pela PGE e Secont das inconsistências do edital, o DER manteve todas as condições restritivas ilegais, apresentando apenas justificativas genéricas e vagas, sem esclarecer objetivamente os critérios adotados.

Como afirmou o RAO 09/2020, a exigência torna-se ainda mais restritiva, haja vista que o objeto licitado trata de “mero serviço de manutenção”, sequer referindo-se a obra, em conformidade com as decisões do TCU indicadas (Acórdãos 1.341/2006, 2.143/2007, 1.557/2009, 534/2011, 1.695/2011, 737/2012 e 1.052/2012, todos do Plenário).

Neste sentido, divergimos do Acórdão 682/2023, que entendeu ter sido “ demonstrado que os gestores apontaram as justificativas necessárias para a exigência de qualificação técnica, visando resguarda o interesse público”: tal “demonstração” não ocorreu efetiva e objetivamente em qualquer das manifestações da defesa, o que configura, no caso, *error in judicando*, a indicar a necessidade de reforma do referido acórdão.

Veja-se, por exemplo, que o Acórdão 682/2023 fundamenta o seu entendimento no Acórdão TCU 019.452/2005-4.

Ocorre, entretanto, que não se observa nexo ou pertinência entre este acórdão e o caso em tela, pois o *decisium* do TCU refere-se à “capacitação técnico-profissional” e a serviços de “natureza predominantemente intelectual”, não a serviços de manutenção predial e não à exigência de qualificação técnica operacional:

> (...)
> Ainda utilizando-me dos julgados do TCU, valo-me da compreensão do Acórdão TCU 019.452/2005-4, onde a questão em estudo foi debatida com maior profundidade:
>
> > 6. A respeito da exigência de quantitativo mínimo em relação à referida **capacitação técnico-profissional**, observo que uma interpretação literal do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 leva à conclusão de ser vedada tal prática. Entretanto, é necessário aprofundar-se na exegese do referido dispositivo, extraindo-lhe sua verdadeira *mens legis* e confrontando-a com a exigência estabelecida em cada caso concreto, conforme o fez a Unidade Técnica, às fls. 54/55 do v.p.
> >
> > 7. Para valer-se do mencionado dispositivo legal, e exigir que as licitantes comprovem ter seu corpo técnico executado obra ou serviço de características semelhantes a que será contratada, as comissões de licitação, eventualmente, não disporão de outro meio tão eficiente e objetivo quanto a análise quantitativa de obras ou serviços outrora executados por esses profissionais, quanto mais no Certame em foco, cujo objeto – **prestação de serviços de consultoria e apoio** à Eletronorte, visando à atualização do processo de planejamento

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

estratégico para o ciclo 2006/2010 – é de natureza **predominantemente intelectual.**

A emenda do Acordão supracitado, deu-se da seguinte forma:

2. Não afronta o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 a exigência de atestados com quantitativo mínimo, para fins de comprovação de **capacitação técnico-profissional**, quando este quantitativo reflita características intrínsecas a cada contrato mencionado nos atestados e quando o objeto licitado for de natureza **predominantemente intelectual**, dificultando, por conseguinte, a aferição dessa capacitação.

Nas contrarrazões apresentadas pelos agentes responsabilizados, Fabrício Guimarães do Prado e Soraia Saick Osório (defesa conjunta) e Luiz Cesar Maretta Coura, como exposto, justificam que:

a) Que "a exigência de execução simultânea de obras em quantidades mínimas era **apenas** para comprovação de capacidade técnica operacional, e não profissional" e "a área técnica do TCE-ES e o MPC fizeram uma interpretação isolada de uma parte da exigência, sem considerar o contexto em que ela estava, ou seja, que buscava comprovar a experiência das licitantes na execução de manutenção predial (serviços)":

> (...)
> É fácil perceber que não se quis exigir a comprovação de execução de obras. Os licitantes entenderam isso, o pregoeiro e sua equipe de apoio entenderam isso, o Conselheiro Relator entendeu isso e a 1ª Câmara entendeu isso. A área técnica do TCE-ES e o MPC fizeram uma interpretação isolada de uma parte da exigência, sem considerar o contexto em que ela estava, ou seja, que buscava comprovar a experiência das licitantes na execução de manutenção predial (serviços).

A afirmação da defesa de que "a área técnica do TCE-ES e o MPC fizeram uma interpretação isolada de uma parte da exigência" não se mostra correta, pois se trata de análises técnicas amplas, competentes e adequadas e, ao contrário, equívoco há quando a defesa alega ter-se amparado em jurisprudência (no caso, a Súmula TCU 263), que não empresta fundamento ou corrobora suas conclusões.

Mais ainda, os setores e órgãos de controle interno (Secont, PGE) que fizeram a análise prévia do edital, apontaram a irregularidade (exigência restritiva de qualificação técnica), por meio das devidas manifestações técnicas e jurídicas, corroboradas por este TCE, mas descartadas pela defesa, que preferiu sustentar a tese da licitude do edital no silêncio ou omissão do pregoeiro, equipe e licitantes ao longo do certame.

Ocorre que, até o presente momento, mesmo com as oportunidades de esclarecimentos à disposição, não foram demonstrados, efetiva e objetivamente, os critérios adotados para a exigência restritiva, em qualquer das manifestações da defesa, que se limitam a justificativas genéricas.

b) Para a defesa, "o argumento defendido pelo MPC de que a expressão *obras* teria inibido a participação de mais licitantes, como o próprio órgão admitiu: nunca se saberá. (...) E isso porque essa é uma discussão meramente teórica e não tem valor prático".

Nesta tese, a defesa parece desconhecer que o edital é lei entre as partes e, no caso, não contém palavras inúteis, de forma que a alegação da defesa de que "nunca se saberá" resultaria em rebaixar as leis e editais a "meramente" pressupostos abstratos e desnecessário, "sem valor prático".

O descaso dos agentes na presente defesa, tanto em relação à necessidade de um edital preciso, objetivo e claro, assim como em relação às manifestações da PGE e Secont acerca da irregularidade (antes, portanto, da auditoria deste TC), que resultou na ausência de justificativas

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

para a adoção das recomendações a fim de evitar as regras restritivas no edital, demonstram ausência do interesse e *múnus público* dos envolvidos, o que ao menos não permite apontar a existência de boa-fé.

Rememore-se que as cláusulas restritivas são vedadas porque, a despeito de não se poder (normalmente) comprovar objetivamente a restrição de participação de mais concorrentes no certame, sem que haja os devidos recursos, basta o potencial de afetar a competitividade para que sejam legalmente vedadas.

c) Para a defesa, "a ausência de impugnações reforça que a exigência foi muito bem compreendida e aceita pelas licitantes". Que houve ampla participação: "participaram, ao menos, 15 empresas na concorrência de cada Lote, sendo alcançado o desconto médio de 37,22% na contratação", de forma que "a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos, não é desarrazoada".

Tais fatos, quando vistos pela ótica da própria defesa, resultariam em "nunca se saberá" se houve a restrição – mas, por simples lógica, uma vez que foram adotadas cláusulas restritivas que ao menos uma empresa (inabilitada) não pode cumprir, resulta na conclusão de que a competitividade do certame foi prejudicada, restringindo a concorrência.

Ademais, a ausência de impugnação e recursos contra o edital, assim como a quantidade de participantes, não podem ser adotados como prova irrefutável da qualidade do edital: ao contrário, parte considerável dos certames viciados tem por base a pulverização de participantes "laranjas" que, por definição, não questionam qualquer elemento do edital.

De qualquer forma, nas defesas apresentadas pelos agentes responsabilizados, como exposto, não foram apresentadas as justificativas adequadas e objetivas para a adoção das cláusulas restritivas e a insistência nelas, mesmo a partir das indicações da ilegalidade da PGE e Secont.

Por fim, também não se mostra razoável a justificativa dada pelos defendentes, de que "a definição de quantidade de 5 serviços concomitantes [para cada lote] foi baseada no fato de que, em cada lote, cinco ou seis órgãos ou entidades estaduais solicitaram participação na ata, enviando suas demandas para o DER-ES. Considerando que apenas o lote 3 havia 5 órgãos/entidades solicitantes, adotou-se esse número, por ser o menor", sendo que "o DER-ES foi conservador, não apenas por estimar 05 (...) frentes de serviços concomitantes (...) mas também por fazer essa estimativa admitindo que essas demandantes solicitariam manutenção em apenas 01 (...) edificação por vez em cada lote".

Ora, se, como quer a defesa, "a licitação aqui tratada refere-se a serviços comuns de engenharia, não sendo, por isso, a complexidade dos serviços o aspecto mais importante a ser avaliado a título de qualificação técnica operacional", tem-se claro testemunho de que não há critérios técnicos a serem aferidos, logo, não é razoável e não está em conformidade com o conjunto normativo pátrio a exigências contestadas.

Em nosso entendimento, e no mesmo sentido da Súmula TCU 263, a lei, sim, autoriza exigência de **capacitação técnica operacional**, e a ampliação interpretativa do art. 30 da Lei 8.666/1993 que o TCU oferece é que outras exigências podem ser adicionadas, conjuntamente, **desde que esteja evidente a "comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes [guarde] proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado**".

Entende-se, aqui, a necessidade de que seja apresentada "a devida motivação dessa decisão administrativa, evidenciando que a exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame" (Acórdão TCU 3.070/2013 – Plenário), o que se dá com a definição das "parcelas de maior relevância [e] não corresponde à definição de quantitativo mínimo, não havendo sequer qualquer referência à dimensão das obras" (Parecer PGE nº 12/2020).

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

Assim, “a questão não é a exigência da comprovação de experiência anterior, mas a razoabilidade dos parâmetros estipulados” (Acórdão TCU 534/2016), o que não se observa, no caso, ao contrário do que afirma a defesa, de que o DER-ES estabeleceu “exigências objetivas, compatíveis e pertinentes *em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação* para comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes”.

Não é verdade, uma vez que a própria PGE já havia questionado a ausência da definição das “parcelas de maior relevância”, da “definição de quantitativo mínimo, não havendo sequer qualquer referência à dimensão das obras”, e ainda a relativa à “impropriedade de corresponder a serviço diverso do objeto contratual”.

O argumento trazido pelos defendentes é tautológico: afirma que a “exigência de execução de 5 serviços de manutenção[1] era apenas para comprovação de **capacidade técnica operacional**” (embora tenha resultado na inabilitação de licitante), mas sem que tenham sido definidas as parcelas de maior relevância e seus respectivos quantitativos mínimos e sem citar as dimensões das obras (PGE).

Para a defesa, tais condições seriam “mais compatível com o caso concreto, já que as quantidades são estimadas” e, mais ainda, “explicou-se que é irrelevante fazer menção às dimensões das edificações para efeito de exigência de comprovação de capacidade técnica, uma vez que os serviços a serem executados, que podem variar muito em cada edificação, não guardam proporção nenhuma com as áreas das edificações”.

Ou seja, se as dimensões das *edificações* ou as *parcelas de maior relevância* são irrelevantes, *a contrario legis* (“devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”, Súmula TCU 263), para comprovar a capacidade técnica, irrelevante seria a própria exigência de execução de 5 a 35 serviços.

Enfim, como afirma a defesa, se “as quantidades são estimadas” e “os serviços a serem executados, [...] podem variar muito em cada edificação”, não há base objetiva para afirmar que a exigência da realização anterior de cinco obras concomitantes no prazo de um ano, por lote, são condições necessárias e indispensáveis para aferir a capacidade de cada licitante.

Lembrando que a **norma veda a exigência de quantitativos mínimos**, e que a interpretação alargada que lhe empresta o TCU não libera a referida exigência à qualquer justificativa, menos ainda subjetiva, como se observa no caso (Súmula TCU 263: ...*consigne expressa e publicamente os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado*).

Restou, portanto, configurada a característica restritiva da cláusula editalícia em debate, com a consequente inabilitação indevida de licitante, conforme argumentado pelo MPC no presente Pedido de Reexame.

A guisa de esclarecimentos, consta-se que as contrarrazões apresentadas por Luiz Cesar Maretta Coura são similares às dos agentes Fabrício Guimarães do Prado e Soraia Saick Osório, limitando-se à tese de que “o edital em análise seguiu as orientações e entendimentos do TCU, de caráter sumular (Súmula 263)”, quando restou evidente, conforme demonstramos, que tal afirmativa não corresponde aos fatos, pois a súmula citada exige – o que não ocorreu no presente caso e nem nas justificativas apresentadas – que se “consigne expressa e publicamente os motivos dessa exigência e demonstre, tecnicamente, que os

[1] A licitante deverá comprovar a execução simultânea de um total de obras, sendo de pelo menos 5 (cinco) obras para 01 (hum) lote, 10 (dez) obras para 02 (dois) lotes, 15 (quinze) obras para 03 (três) lotes, 20 (vinte) obras para 04 lotes, 25 (vinte e cinco) obras para 05 lotes, 30 (trinta) para 06 (seis) lotes e 35 (trinta e cinco) para 07 (sete) lotes.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

> parâmetros fixados são adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado".
>
> Ademais, cabe destacar que a empresa Soluções Serviços Terceirizados, que apresentou o menor preço para o Lote 6, foi inabilitada por conta das exigências ilegais e restritivas, mesmo tendo apresentado o quantitativo total de 8 Certidões de Acervo Técnico registradas no CREA-SP em nome de 2 profissionais.
>
> Pelo exposto, **entendemos caber razão ao MPC no presente Pedido de Reexame**, sendo oportuno a reforma do Acórdão 682/2023 para manter as irregularidades "exigência ilegal de qualificação técnica" e "inabilitação indevida de licitante" – itens **2.1** (A8, Q5) e **2.8** (A1, Q3) do Relatório de Auditoria 9/2020-7 – sob a responsabilidade de Fabrício Guimarães do Prado, Luiz Cesar Maretta Coura e Soraia Saick Osório, condenando-os ao pagamento de multa.

O cerne da presente irregularidade não estaria na exigência de comprovação de qualificação técnica, mas na imposição de quantidade mínima de atestados simultâneos, bem como na obrigação dos interessados comprovarem a capacidade de executar, simultaneamente, cinco serviços.

A SECONT (na Manifestação Técnica – COEN/SECONT Nº 75/2019 – peça 31, fls. 21-35 do processo eletrônico TCEES 4263/2020-1) exigiu justificativas para isso, mas não falou, a princípio, que seria ilegal por si só, sendo que o DER-ES (peça 45 do processo eletrônico TCEES 4263/2020) apresentou as seguintes fundamentações explicativas:

> Devido a necessidade de atendimento de várias entidades e órgãos da Administração Pública Estadual, a licitante deverá comprovar a execução simultânea de um total de obras, sendo de pelo menos 5 (cinco) obras para 01 (hum) lote, 10 (dez) obras para 02 (dois) lotes, 15 (quinze) obras para 03 (três) lotes, 20 (vinte) obras para 04 (quatro) lotes, 25 (vinte e cinco) obras para 05 (cinco) lotes, 30 (trinta) obras para 06 (seis) lotes e 35 (trinta e cinco) obras para 07 (sete) lotes.
> A definição da exigência de comprovação de execução concomitante de, no mínimo, 05 (cinco) obras por lote se fundamenta na quantidade de órgãos e entidades demandantes dos serviços de manutenção em suas edificações.
> Em 06 (seis) lotes houve demanda de 06 (seis) órgãos e entidades, enquanto que em 01 (um) lote houve demanda de 05 (cinco) órgãos e entidades, **quantidade esta que adotamos visando à ampliação da competitividade**.
> Assim, pressupomos que cada um dos 05 (cinco) órgãos ou entidades participantes da Ata poderia solicitar, concomitantemente, manutenção, em no mínimo, 01 (uma) de suas edificações por vez, o que pode ser maior, em virtude das necessidades das demandantes. A empresa contratada deverá ter capacidade de atender, no mínimo, essa quantidade de demandas simultâneas.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

Ou seja, por mais que a área técnica entenda que as justificativas apresentadas pelo DER-ES não foram suficientes para permitir a exigência, fato é que houve a exposição de uma razão que os responsáveis entenderam como razoável.

A Procuradoria-Geral do Estado, através do Parecer PGE nº 12/2020 (peça 47 e 48 do processo eletrônico TCEES 4263/2020), também se opôs à exigência licitatória em questão, mas pontou que isso foi em razão da ausência justificativa.

> Não se revela juridicamente adequado, **dada a ausência de justificativa**, a exigência de execução simultânea de obras, conforme previsto no item 1.3.1.2, pois além de não definir as parcelas de maior relevância, não corresponde à definição de quantitativo mínimo, não havendo sequer qualquer referência à dimensão das obras, o que se soma à já relatada impropriedade de corresponder a serviço diverso do objeto contratual, razão pela qual essa opção deve ser integralmente revisada (recomendação nº 17). (grifo nosso)

A partir do momento em que tal Parecer menciona que não é juridicamente adequado "dada a ausência de justificativa" está considerando que com a devida explicação o ato não seria contrário ao direito.

O Ministério Público, como recorrente, fundamenta que o art. 30, §1º, I da Lei 8.666/93 veda, em relação à capacidade técnica profissional, a exigência de quantidade mínima de atestados de responsabilidade técnica. Assim, não poderia haver a exigência de comprovação de que a licitante atuou, no mínimo, em cinco serviços de forma simultânea.

Acontece que o dispositivo legal que trata da proibição de quantitativo mínimo é referente à capacidade técnica profissional, sendo que no edital em exame foi exigida a capacidade técnica operacional.

O art. 30, §1º, I da Lei 8.666/93 trata da capacidade técnica profissional, enquanto a exigência em questão é de capacidade técnica operacional, conforme item 8 do Termo de Referência (anexo I do Edital):

> 10.1. Capacitação técnico-operacional:
>
> A empresa a ser contratada deve apresentar atestado(s) de responsabilidade técnica, devidamente reconhecido(s) por CREA ou CAU, onde conste(m)a sua Razão Social como empresa contratada para a execução de:
>
> a) Execução de manutenção em edificações;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

> a.1) Serão aceitos atestados referentes à execução de obras de reforma, ampliação ou construção de edificações;
>
> b) Execução de Instalações Elétricas de baixa tensão.
>
> **A licitante deverá comprovar a execução simultânea de um total de obras, sendo de pelo menos 5 (cinco) obras para 01 (hum) lote, 10 (dez) obras para 02 (dois) lotes, 15 (quinze) obras para 03 (três) lotes, 20 (vinte) obras para 04 lotes, 25 (vinte e cinco) obras para 05 lotes, 30 (trinta) para 06 (seis) lotes e 35 (trinta e cinco) para 07 (sete) lotes.**
>
> Não será(ão) aceito(s) atestado(s) de execução de projeto, fiscalização, supervisão, gerenciamento, controle tecnológico ou assessoria técnica.
>
> 10.2. Capacitação técnico-profissional:
>
> A empresa a ser contratada deve apresentar profissional(ais) detentor(es) de atestado(s) de responsabilidade técnica, devidamente reconhecido(s) por CREA ou CAU, onde conste(m) o(s) seu(s) nome(s) como responsável(eis) técnico(s) pela execução de obra com as seguintes características:
>
> a) Execução de manutenção em edificações;
>
> a.1) Serão aceitos atestados referentes à execução de obras de reforma, ampliação ou construção de edificações;
>
> b) Execução de Instalações Elétricas de baixa tensão.
>
> Não será(ão) aceito(s) atestado(s) de execução de projeto, fiscalização, supervisão, gerenciamento, controle tecnológico ou assessoria técnica.

Marçal Justen Filho defende que seria excessiva a interpretação de que a capacidade técnica operacional não poderia exigir quantitativos mínimos, exatamente em razão da lei 8.666/93, quando veda tal exigência, fazer referência à capacidade técnica profissional:

> Uma interpretação que se afigura excessiva é aquela de que a capacitação técnica operacional não pode envolver quantitativos mínimos, locais ou prazos máximos. Ou seja, admite-se a exigência de comprovação de experiência anterior, mas se proíbe que o edital condicione a experiência anterior relativamente a dados quantitativos, geográficos ou de natureza similar.
>
> Esse entendimento deriva da aplicação da parte final do inc. I do § 1.º, que explicitamente estabelece tal vedação. Ocorre que esse dispositivo disciplina específica e exclusivamente a capacitação técnica profissional. Ou seja, proíbe que a experiência anterior exigida dos profissionais seja restringida através de quantitativos, prazos e assim por diante. O inc. I do § 1.º não se refere nem atinge

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

> a disciplina da qualificação técnica operacional. Logo, dele apenas se podem extrair regras acerca da qualificação técnica profissional.[2]

A questão é saber se seria possível a exigência de quantitativo mínimo de atestados, o Tribunal de Contas da União, tratando de licitação de serviços de terceirização de mão-de-obra, possui entendimento de que isso seria uma medida excepcional que deverá estar justificada:

> Apesar do exposto acima, a jurisprudência predominante nesta Corte de Contas é no sentido de buscar aumentar a competitividade dos certames licitatórios de modo que a exigência de número mínimo de atestados técnicos é medida excepcional, que deve ser adotada exclusivamente quando a especificidade do objeto assim exigir e não houver comprometimento à competitividade do certame, com justificativas a constar no processo da licitação, sob pena de infringir os princípios que norteiam o procedimento licitatório. (v.g. Acórdãos 2.605/2016 e 134/2017, ambos do Plenário e 6.219/2016-2ª Câmara)" (Acórdão 505/2018, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes).

No caso concreto penso haver uma apresentação de justificativa quando os responsáveis fundamentam que a licitante deveria possuir capacidade de prestar, de forma simultânea, o serviço para vários órgãos do Estado. Este foi o entender do acórdão recorrido:

> Em meu entendimento, tal exigência se fazia necessária uma vez que a empresa contratada deveria ser capaz de suportar a execução simultânea da quantidade de obras requeridas no edital. A licitação não atingiria seu resultado, de acordo com o princípio da eficiência, se resultasse na contratação de ema empresa que não tivesse capacidade técnica e operacional para a realização de obras em concomitância.
>
> Daí a importância de ter-se um procedimento licitatório que gere a eficácia necessária para a contratação dos serviços.

Assim, considero presente uma justificativa para que tenha sido necessária a comprovação de que a licitante possuísse capacidade técnica operacional para prestação de serviços para vários órgãos ao mesmo tempo, de forma que, divergindo da área técnica, nego provimento ao recurso quanto a estes itens (Exigência de qualificação técnica e inabilitação indevida de licitante).

---

[2] JUSTEN FILHO, Marçal**. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 8.666/1993. 3. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [livro eletrônico]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

b) Possível utilização indevida da ata de manutenção predial para execução de reforma, obras novas ou ampliações

Neste item também apresento divergência em relação ao entendimento técnico. Mostra-se o exame da Instrução Técnica de Recurso 00312/2024:

> **Item 2.7 do Relatório de Auditoria 9/2020-7 (A7, Q11). Responsável: DER/ES.**
>
> A ITC 1314/2021 assim relatou a irregularidade:
>
> (...)
>
> **A7 (Q11). Possível utilização indevida da Ata de Manutenção Predial para execução de reformas, obras novas ou ampliações**
>
> A equipe técnica constatou que o registro de preços, por sua própria natureza, traz um potencial risco de utilização indevida para a realização de pequenas (ou até mesmo grandes) reformas ou obras.
>
> Da **Manifestação Técnica – COEN/SECONT** Nº 75/2019 (pç. 31, fls. 21-35 do processo eletrônico TCEES 4263/2020-1) extrai-se:
>
> > Vale lembrar que o emprego do **pregão eletrônico** para registro de preços, previsto no art. 11 da Lei nº 10.520, de 17 de junho de 2002, destina-se às compras e contratações de bens e serviços comuns, o que **não é o caso da realização de obras e reformas.**
>
> A equipe técnica concluiu tendo por objetivo mitigar o potencial desvirtuamento do objeto contratado, **propôs determinar ao jurisdicionado a utilização exclusiva das atas de registro de preços oriundas da licitação em análise para a realização de serviços de manutenção, eximindo-se de sua utilização para qualquer tipo de obra ou pequenas reformas.**
>
> O defendente alega que as menções ao vocábulo "obra", a seu turno, manifestam, sem muita dificuldade, a ocorrência de **mero erro** na redação do documento.
>
> Além do já exposto na preliminar, reforçamos que esse **"mero erro"** como se refere o defendente teve o potencial efetivo de afastar uma gama significativa de empresas do certame, não há elementos para concluir que a infringência às normas legais cometidas pela inclusão do termo **"obras"**, não tenha causado dano efetivo na contratação.
>
> Entende-se obrigatória a utilização exclusiva das atas de registro de preços oriundas da licitação em análise para a realização de serviços de manutenção, eximindo-se de sua utilização para realização de reformas ou qualquer tipo de outras obras, bem como que o DER-ES dê ciência da presente determinação à eventuais órgãos aderentes à Ata de Registro de Preços.

Cumpre salientar que o Acórdão 682/2023 não desenvolveu análise ou qualquer manifestação especificamente sobre a irregularidade.

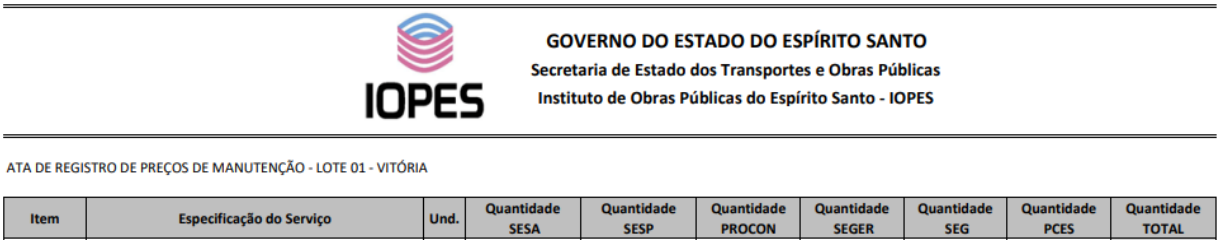
Como ressalta o MPC, "é demasiado problemático o fato de o Termo de Referência e o Edital indicarem que o objeto do certame era a "execução de obras de manutenção, reforma, ampliação ou construção de edificações", não sendo razoável que a defesa alegue "mero erro formal" ao incluir "obras" no objeto.

Como bem apontado pelo Parquet, "a utilização exclusiva das atas de registro de preços oriundas da licitação em análise para a realização de **serviços de manutenção**, nunca para a realização de **reformas** ou qualquer tipo de outras **obras".**

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

> Para a defesa, “a expressão foi utilizada para generalizar o *agrupamento de serviços de manutenção* em cada um dos *5 agrupamentos de serviços de manutenção*. É fácil perceber que não se quis exigir a comprovação de execução de obras”.
>
> Como se observa, as justificativas apresentadas, de forma geral, nas contrarrazões, limitam-se a alegações genéricas, sem fundamento técnico, cujo objetivo é relativizar as condutas irregulares, não as explicar.
>
> Neste sentido, afirmar que “é fácil perceber” que a justificativa de exigência de qualificação técnica no edital (“execução de **obras** de manutenção, reforma, ampliação ou construção de edificações”) não quis, de fato, “exigir a comprovação de execução de obras”, foge dos conceitos de razoabilidade e da boa-fé e, como afirmamos, busca relativizar e menoscabar as condutas irregulares, sem qualquer esclarecimento técnico ou jurídico.
>
> Sobre a presente irregularidade, entendemos ter razão o MPC no presente Pedido de Reexame, para manter a irregularidade **2.8** (A1, Q3).
>
> Em conclusão, opinamos pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Pedido de Reexame, com o fim de reformar o Acórdão 682/2023, para manter as irregularidades “exigência ilegal de qualificação técnica” e “inabilitação indevida de licitante” – **itens 2.1** (A8, Q5) e **2.8** (A1, Q3) e “possível utilização indevida da ata de manutenção predial para execução de reformas, obras novas ou ampliações” e **item 2.7** (A7, Q11) do Relatório de Auditoria 9/2020-7.

Ao analisar o Anexo III (planilha de quantidades) do Edital em questão (presente no link https://portalservicos.der.es.gov.br/Licitacao/Detalhes/9/84), constata-se uma série de serviços, sendo que está escrito neste documento: “ata de registro de preços para manutenção”. Vejamos o início deste documento.



GOVERNO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
Secretaria de Estado dos Transportes e Obras Públicas
Instituto de Obras Públicas do Espírito Santo - IOPES

ATA DE REGISTRO DE PREÇOS DE MANUTENÇÃO - LOTE 01 - VITÓRIA

Item	Especificação do Serviço	Und.	Quantidade SESA	Quantidade SESP	Quantidade PROCON	Quantidade SEGER	Quantidade SEG	Quantidade PCES	Quantidade TOTAL

Ao analisar o Edital e o Termo de Referência, também presente no link mencionado acima, constato ausência da expressão referente a serviços de execução de obras. Os responsáveis, em sede de contrarrazões, pontuam que essa menção estava apenas no documento “Justificativa de Qualificação Técnica” (documento este que sequer é anexo do Edital). Vejamos:

> Quanto à expressão “Execução de obras de manutenção, reforma, ampliação ou construção de edificações”, contida no documento Justificativa de Qualificação Técnica, esclarece-se, novamente, que não constava no Termo de Referência e no Edital nos itens, apenas no documento Justificativa de Qualificação Técnica. Conforme já esclarecido, este último documento citado nem sequer constava como

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

> anexo do edital, apenas no processo físico (folha 473 do Processo n° 86350323). Tanto é que a própria equipe de Auditoria do TCE-ES não encontrou a justificativa, conforme explicado no item III.1.1 do relatório de justificativas dos citados (documento "OFÍCIO N.º 0001/2021 – DER-ES/DIRED"). Segundo consta no Relatório de Auditoria nº 09/2020, "não foi encontrada, entre os elementos constantes do edital, nenhuma justificativa para a sua adoção como exigência para qualificação técnica."

Ora, o fato de a menção à execução de obra nem constar no Edital, mas apenas no documento acima, reforça que foi, de fato, um mero erro formal. Penso que para haver a imputação da presente responsabilidade deveria estar constando informações nos autos de utilização dos serviços das atas de registros para execução de obras ou reformas, o que não há.

A nomenclatura da irregularidade está como "Possível utilização indevida da ata de manutenção predial para execução de reforma, obras novas ou ampliações"; não havendo comprovação dessa utilização nas Atas (que, ressalta-se, já se encerraram), não há que se falar em irregularidade.

Como já ressaltado, o Edital e o Termo de Referência não fazem menção a serviços de obras, apenas o documento "Justificativa de Qualificação Técnica, conforme mostrado acima, o que reforça a argumentação de mero erro formal.

Entendo, assim, divergindo da área técnica, por não reformar o Acórdão recorrido quanto a este item.

Quanto aos demais pontos objeto de recurso pelo Ministério Público de Contas, acompanho a Instrução Técnica de Recurso 00312/2024 pelos seus próprios fundamentos, independentemente de transcrição integral, pela negativa de provimento, divergindo, assim, do Parecer 2618/2024 do Ministério Público de Contas.

3. DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, acompanhando parcialmente o entendimento da Área Técnica e divergindo do Ministério Público de Contas, **VOTO** para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

1. ACÓRDÃO TC-878/2024:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas em:

1.1. CONHECER o presente **Pedido de Reexame,** nos termos dos arts. 164 e 165 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012 (Lei Orgânica desta Corte de Contas) c/c art. 408 do Regimento Interno deste Tribunal;

1.2. No mérito, **NEGAR PROVIMENTO** ao presente **Pedido de Reexame**, mantendo incólume os termos do **Acórdão TC 00682/2023 (1ª Câmara)**;

1.3. DAR CIÊNCIA aos interessados, na forma regimental, **ARQUIVANDO-SE** após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 8/8/2024 - 40ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Rodrigo Coelho do Carmo e Davi Diniz de Carvalho.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO DAVI DINIZ DE CARVALHO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JÚNIOR

Secretário-geral das Sessões

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 58B55-BD146-1E412