TC 012.594/2013-0
Tipo: Representação (com pedido de medida cautelar)
Unidade jurisdicionada: Secretaria de Governo do Distrito Federal.
Representante: FMG Construções e incorporações LTDA – ME, CNPJ 05.243.015/0001-02
Representado: Secretaria de Educação do Distrito Federal – Governo do Distrito Federal.
Advogado: Nerylton Thiago Lopes Pereira, OAB/DF 24.749 e Willington Raminez Barreto, OAB/DF 37.262; peça 3
Proposta: diligência.

INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de representação a respeito de possíveis irregularidades ocorridas nas Concorrências 02, 08, 09, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28,29 e 30/2012, promovidas pela Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal, relacionadas à contratação de empresas especializadas para construção de Centros de Educação da Primeira Infância (CEPI).

2. A FMG Construções e Incorporações LTDA – ME insurge-se contra sua inabilitação nos referidos certames. Cumpre destacar que a competência do TCU no caso em análise decorre da utilização de recursos federais no financiamento de tais empreendimentos, repassados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), por meio de Termo de Compromisso.

3. A representante aponta ocorrência de ilegalidade em sua inabilitação. Segundo ela, a Comissão de Licitação decidiu eliminá-la do certame por entender que o Atestado de Capacidade Técnica apresentado não comprovaria a execução de serviços de instalação de gás canalizado. Tal serviço, conforme argumenta a empresa, seria parcela de menor relevância, incapaz de gerar a inabilitação de qualquer licitante. Ressalta ter demonstrado experiência técnica ao apresentar atestado descrevendo, de forma pormenorizada, a execução de serviços em estaca, armadura, forma, concreto, cobertura, estrutura e instalações. O valor envolvido no item para o qual foi inabilitada representaria menos de 0,01% do valor orçado para a obra, razão pela qual entende que houve afronta ao art. 30 da Lei de Licitações e Contratos, ao enunciado de Súmula 263 do Tribunal de Contas da União, bem como ao inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

4. Prossegue aduzindo que a sua eliminação do certame retirou "da Administração Pública a possibilidade de realizar uma contratação mais econômica e eficiente". Levanta suspeitas quanto à idoneidade das licitações e apresenta o Relatório Geral de Abertura de Proposta de Preço contemplando todas as Concorrências impugnadas, alegando ter ficado "latente que não se efetivou qualquer Concorrência, [...], foi efetivado a distribuição das obras". Faz a consolidação dos valores envolvidos nas concorrências questionadas e conclui que o total das contratações apresenta desconto de 3,69% em relação ao estimado, percentual que estaria muito aquém do desconto praticado no mercado.

5. Solicita a concessão de medida liminar para suspender o ato da Comissão de Licitação e que seja determinada a abertura e análise de suas propostas, declarando-se a nulidade de todos os atos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50040559.

posteriores às inabilitações, bem como dos contratos administrativos eventualmente assinados, paralisando-se as obras já iniciadas. No mérito, requer a confirmação das medidas pleiteadas em sede cautelar.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

6. Inicialmente, deve-se registrar que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes do art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

7. Além disso, a representante possui legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no inciso VII do art. 237 do RI/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

8. Dessa forma, a representação poderá ser apurada, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo RI/TCU.

EXAME TÉCNICO

9. Em suma, questiona-se tão somente a inabilitação do representante decorrente da não comprovação de experiência técnica na instalação de gás canalizado, item que não teria relevância nem valor significativo que justificasse a sua inserção dentre os itens para os quais foram solicitadas comprovações de qualificação técnica.

10. O edital da Concorrência 16/2012-SE solicita a comprovação de execução de instalações em quantitativo mínimo de 605,96 m² (Peça 2, p. 44), correspondente a 50% do serviço a ser executado na obra. Ocorre que esse item abrange instalações "hidrosanitárias, elétricas, gás canalizado, telefonia, rede estruturada, ventilação mecânica, ar condicionado central, SPI e SPDA". De fato, em análise preliminar, houve rigor excessivo na inabilitação da empresa representante, principalmente à luz da Súmula 263 do TCU:

> 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.

11. Nota-se que a relevância e o valor significativo são requisitos que devem estar, cumulativamente, presentes nos itens para os quais se exige comprovação de capacidade técnico-operacional. Se o dado apontado pelo representante está correto, o serviço para o qual a comprovação de capacitação técnica não foi apresentada representa apenas 0,01% do valor total da obra, o que caracterizaria a irregularidade da exigência. Como os autos não contêm elementos suficientes para formação de convicção, torna-se necessário encaminhar diligência ao ente promotor da licitação para que apresente justificativas para o mencionado indício de irregularidade.

12. Ainda sobre o tema, ressaltamos que, em análise do edital (Concorrência 16/2012-SE) empreendida nesse primeiro momento, detectou-se que o subitem 3.1.1.2.2.1 (Peça 2, p. 44) prevê a comprovação de execução dos quantitativos mínimos de cada item de qualificação técnica por meio de apenas um atestado, o que vai contra ao que o TCU tem decidido de forma recorrente. Consta da Jurisprudência Sistematizada deste Tribunal o entendimento de que "é vedada a imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação de qualificação técnica, salvo se a natureza da obra ou do serviço assim o exigir, devendo, nesse caso, a pertinência e a necessidade estarem justificadas em estudos técnicos nos autos do processo". Embasam tal

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50040559.

entendimento, dentre inúmeros outros precedentes, os Acórdãos TCU 2.882/2008-Plenário, 342/2012-Plenário e 3.638/2008-2ª Câmara. Dessa forma, parece-nos necessário solicitar ao gestor que também se pronuncie a respeito.

13. Ante a parca documentação acostada aos autos, não há elementos suficientes para caracterizar a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requisitos indispensáveis à concessão de medida cautelar. Nesse momento, mostra-se necessário encaminhar diligência à Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal para que apresente informações e documentos necessários à continuidade do presente feito.

14. Informações prestadas informalmente pela área responsável pelas licitações da Secretaria da Educação do DF informam que, além das licitações listadas na Representação, existem pelo menos outras 17 semelhantes realizadas já no ano de 2013. Considerando a possibilidade de os editais utilizados nesses certames seguirem um padrão, é bem provável que eventuais irregularidades constatadas nas licitações impugnadas estejam reproduzidas nas licitações mais recentes. É conveniente, então, expandir o escopo deste processo com vistas a abranger também tais certames.

15. O suposto dano ao erário apontado pelo representante não veio acompanhado de elementos que o demonstrassem. A empresa FMG Construções e Incorporações Ltda – ME sustenta ter havido sobrepreço com base apenas na alegação de que a média dos descontos obtidos no conjunto das licitações estaria muito abaixo do desconto usualmente praticado no mercado. Aqui, cabe destacar que a Resolução/CD/FNDE 13/2012, que estabelece os critérios para as transferências de recursos a municípios, estados e ao Distrito Federal, a título de apoio financeiro, para construção de unidades de educação infantil, disciplina o tema em seu art. 5º, inciso III, alínea 'g':

> Art. 5º. Aos agentes cabem as seguintes responsabilidades:
> [...]
> III. aos municípios, estados e ao Distrito Federal:
> [...]
> g. realizar licitações para as contratações necessárias à execução da(s) obra(s), obedecendo a legislação vigente observando que os preços unitários de materiais e serviços utilizados não sejam superiores à mediana daqueles constantes do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI, mantido pela Caixa Econômica Federal;

16. Note que os preços unitários de materiais e serviços devem ter por limite a mediana dos preços constantes do Sinapi. Por essa razão, a análise relativa ao sobrepreço deverá seguir os parâmetros estabelecidos na Resolução e no Termo de Compromisso assinado entre o FNDE e o Distrito Federal. Cabe, dessa forma, solicitar à Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal que apresente informações quanto à sua observância nos procedimentos licitatório realizados e em andamento, encaminhando a documentação comprobatória.

17. Devemos salientar que as contratações em questão envolvem materialidade relevante, pois, considerando a existência de pelo menos 40 licitações para contratação de Centros de Educação da Primeira Infância e que o valor médio contratado nas 23 concorrências realizadas no ano de 2012 foi superior a R$ 2,6 milhões, os recursos envolvidos devem superar a cifra de R$ 100 milhões.

18. Na peça 4, a empresa FMG Construções e Incorporações Ltda. – ME (representante) formulou pedido de ingresso nos autos na condição de interessada.

19. Se por um lado os atos da administração podem, eventualmente, causar algum prejuízo à esfera de interesses privados de licitantes, por outro, nem sempre as representações decorrem de um prejuízo sofrido pessoal e especificamente pelo representante, em função de irregularidades no âmbito da Administração Pública. Bem por isso que o § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/1993 dispõe ser permitido ao licitante ou contratado, ou mesmo a qualquer pessoa física ou jurídica que não concorra ao objeto licitado, representar ao TCU a respeito de irregularidades na aplicação daquela lei.

20. Nos termos do art. 2º da Resolução TCU 36/1995, o pleito de ingresso no processo como

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50040559.

interessado somente pode ser deferido se for demonstrada possibilidade de lesão a direito subjetivo próprio em virtude de decisão a ser exarada por esta Corte ou outra razão legítima para intervir:

> § 2º Interessado é aquele que, em qualquer etapa do processo, seja assim reconhecido pelo Relator ou pelo Tribunal, em virtude da possibilidade de ter direito subjetivo próprio prejudicado pela decisão a ser exarada pelo Tribunal ou da existência de outra razão legítima para intervir no processo. *(NR) (Resolução nº 213, de 6/8/2008, BTCU nº 30/2008)*

21. Nesse sentido, o Tribunal decidiu no Acórdão 773/2004-Plenário, seguido pelo Acórdão 2323/2006-Plenário, que:

> "1. O representante não deve ser considerado, automaticamente, parte processual, devendo, para obter essa condição, formular pedido de ingresso nos autos como interessado e comprovar razão legítima para intervir no processo, inclusive na fase recursal, na hipótese de pretender a reforma de decisão anterior da Corte no processo por ele provocado."

22. A empresa FMG Construções e Incorporações Ltda. – ME não demonstra no pedido, de forma clara e objetiva, qual direito subjetivo próprio pré-existente poderia vir a ser prejudicado por deliberação proveniente desta Corte ou outra razão legítima para intervir no processo. Uma mera expectativa de contratação da representante por parte da Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal caso sejam reconhecidas irregularidades nas licitações não se afigura direito subjetivo próprio ou razão legítima para intervir no processo, até porque há a possibilidade de o Tribunal determinar a anulação do certame.

23. A representação não se presta a funcionar como instância recursal, em que o licitante vem defender seus interesses contra a Administração, após ter recebido negativa de provimento em seus recursos administrativos. A representação de que trata o art. 113, § 1º da Lei 8.666/1993 é instrumento de controle social da higidez dos certames licitatórios, cuja boa consecução é de interesse público.

24. O Tribunal de Contas da União aprecia a representação objetivamente, examinando fatos e condutas impugnadas de ilegais pelo representante, e não como uma lide, uma disputa entre partes, entre o representante e a Administração, em defesa de seus interesses próprios, atribuição do Poder Judiciário.

25. Nesse ínterim, o papel do representante é o de fornecer os elementos para que o Tribunal dê início à sua ação de controle externo, investigue a ocorrência de irregularidades e, se for o caso, determine as ações corretivas e apene os responsáveis. Iniciado o processo, o Tribunal assume total controle sobre a condução das investigações e prescinde de qualquer outra movimentação processual do representante.

26. Assim, entendemos que o pedido de ingresso nos autos como interessada feito pela empresa deve ser indeferido.

CONCLUSÃO

27. O documento constante da peça 1 deve ser conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno/TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

28. No que tange ao requerimento de medida cautelar, ante a ausência de elementos suficientes para a formação de juízo quanto ao cabimento, entende-se necessária a realização de diligência junto à Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal com vistas à obtenção de informações/documentos acerca dos fatos destacados na presente instrução.

29. No tocante ao pedido de ingresso da empresa FMG Construções e Incorporações Ltda. - ME nos autos como interessada, entende-se que tal pedido deve ser negado, ante a falta de razão legítima para intervir no processo ou direito subjetivo próprio prejudicado por eventual decisão do TCU.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50040559.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

a) conhecer da presente representação, uma vez satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993;

b) indeferir o pedido de suspensão cautelar das Concorrências 02, 08, 09, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28,29 e 30/2012, promovidas pela Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal, formulado pela empresa FMG Construções e Incorporações Ltda. – ME, ante a ausência dos pressupostos necessários à sua concessão;

c) realizar diligência, com fundamento no art. 157 do RI/TCU, à Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal, para que, no prazo de 15 dias, encaminhe os seguintes elementos, relativos às Concorrências 02, 08, 09, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28,29 e 30/2012, e 01, 03, 04, 05, 06, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 e 19/2013, e, caso existam, a outras em andamento com o mesmo objeto, destinadas à contratação de empresas especializadas para construção de Centros de Educação da Primeira Infância (CEPI), preferencialmente em meio eletrônico:

c.1) justificativa para a exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional em item sem relevância e valor significativo, consistente na comprovação de experiência anterior na prestação de serviço de instalação de gás canalizado, prevista no item 3.1.1.2.1 dos editais;

c.2) justificativa para a vedação ao somatório de atestados para comprovação de execução dos quantitativos mínimos para cada item de qualificação técnica, prevista no subitem 3.1.1.2.2.1 dos editais;

c.3) informações acerca da observância à regra contida na alínea 'g' do inciso III do art. 5º da Resolução/CD/FNDE 13, de 8 de junho de 2012, ou seja, se os preços unitários de materiais e serviços licitados tiveram por limite superior a mediana daqueles constantes do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), encaminhando documentação comprobatória;

c.4) cópia de eventuais impugnações aos editais quanto aos subitens 3.1.1.2.1 e 3.1.1.2.2, acompanhadas das respectivas análises promovidas pela promotora da licitação;

c.5) cópia das atas de habilitação e julgamento das propostas de preços, informando, em caso de inabilitação de licitante ou desclassificação de proposta, as respectivas justificativas técnicas;

c.6) cópia de eventuais recursos apresentados no decorrer da licitação, acompanhada das respectivas análises promovidas pela promotora da licitação;

c.7) planilha contendo o orçamento detalhado dos itens para os quais se exigiu comprovação de qualificação técnica, especialmente em relação ao item Instalações (hidrosanitárias, elétricas, gás canalizado, telefonia, rede estruturada, ventilação mecânica, ar condicional central, SPI e SPDA), indicando, em termos percentuais, a participação de cada item em relação ao valor total do objeto;

c.8) informações a respeito de eventuais contratos firmados, indicando o nível de execução de cada um deles, por meio de relatório de execução físico-financeira;

c.9) confirmação se o item 3.1 (Qualificação técnica) e respectivos subitens do edital da Concorrência 16/2012 foram reproduzidos nos instrumentos convocatórios dos demais certames listados;

c.10 outras informações que julgar cabíveis quanto à matéria ora tratada;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50040559.

c.11) indicação de interlocutor com conhecimento acerca dos processos licitatórios objeto dessa Representação, bem como do Termo de Compromisso por meio do qual foi acertada a transferência dos recursos federais destinados às referidas contratações, firmado entre o FNDE e a Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal, informando nome, cargo, telefones e e-mail de contato;

d) realizar diligência, com fundamento no art. 157 do RI/TCU, ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, solicitando informações sobre eventuais processos ou fiscalizações relacionadas às **Concorrências** 02, 08, 09, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28,29 e 30/2012, e 01, 03, 04, 05, 06, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 e 19/2013, e, caso existam, outras em andamento com o mesmo objeto, promovidas pela Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal, destinadas à contratação de empresas especializadas para construção de Centros de Educação da Primeira Infância (CEPI);

e) seja autorizada a realização de inspeção na Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal, com o objetivo de analisar, *in loco*, a documentação relativa aos processos licitatórios listados na presente Representação, caso necessário;

f) indeferir o pedido de ingresso nos autos como interessada formulado pela empresa FMG Construções e Incorporações Ltda. - ME;

g) encaminhar cópia da representação, bem como da presente instrução à Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal e ao Tribunal de Contas do Distrito Federal.

À consideração superior.

Selog/3ª DT, em 17 de maio de 2013.

(Assinado eletronicamente)
Ricardo Kasutoshi Uema
AUFC – Mat. 5692-8

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 50040559.