

TC 014.382/2011-3

Tipo de processo: Relatório de Auditoria (Fiscobras 2011)

Unidade jurisdicionada: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) e Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos (Agesul)

Responsáveis: Wilson Cesar Parpinelli [CPF 704.735.011-04], Luiz Candido Escobar [CPF 498.135.108-97] e Consórcio CMT – EGESA [CNPJ 12.195.836/0001-78]

Interessado: Congresso Nacional

Advogado: Edmir Fonseca Rodrigues (OAB/MS 6.291), Cassius Marcelus da Cruz Bandeira (OAB/MS 12.907) e Wilson César Parpinelli (OAB/MS 10.409)

Pedido de sustentação oral: não há

Sumário: Convênio DIF/TT 137/2008. Construção do Contorno Ferroviário de Três Lagoas/MS. Contrato de Obra OV 181/2010. Quantitativos Inadequados em Planilha Orçamentária. Projeto Executivo Deficiente. Restrição à Competitividade no Certame Licitatório. Despacho Ministro Relator Determinando Oitivas e Audiências. Dilação de Prazo para Apresentação de Oitivas. Proposta de Recomendação ao Dnit. Proposta de determinação, recomendação e dar ciência à Agesul. Proposta de Aplicação de Multa aos Responsáveis

Proposta: de mérito

I. INTRODUÇÃO

1. Trata-se de análise de oitivas e audiências determinadas por despacho do Ministro-Relator (peça 45) ante os indícios de irregularidades apontados no relatório de levantamento de auditoria (peça 41) referente à construção do Contorno Ferroviário de Três Lagoas/MS (Contrato OV 181/2010, valor total R\$ 32.628.430,25).

2. O contrato corresponde à implantação de 12,37 km de linha férrea, contemplando obras de remoção de interferências, terraplenagem, drenagem, viadutos, passagem inferior, edificações, acesso rodoviário e pátio de manobras. Após o recebimento das obras, o contorno ferroviário fará parte da malha ferroviária concedida à ALL (América Latina Logística).

3. O contrato de obra OV 181/2010 (Agesul x Consórcio CMT-Egesa) conta com recursos federais oriundos do convênio (DIF/TT 137/2008) realizado entre o Governo do Estado do Mato

Grosso do Sul (Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos/Agessul) e o Dnit (Diretoria de Infraestrutura Ferroviária/DIF).

II. HISTÓRICO

4. O mencionado relatório de auditoria (Fiscobras 2011) apontou graves restrições à competitividade no certame de contratação da obra realizado pela conveniente Agessul, quantidades de serviços de engenharia indevidamente contratados, que representam potencial prejuízo ao erário de R\$ 1.307.567,27, e ainda a falta de mapeamento de jazida de areia e brita extraída agravado pelo uso exclusivo de materiais comercialmente adquiridos (mais oneroso para a Administração). Com isso, foram determinadas as audiências e oitivas dos envolvidos (peça 45).

5. Após autorização de dilação de prazo concedido pelo Relator (peça 71), o Dnit, a Agessul e o Consórcio CMT-Egesa apresentaram respostas às oitivas possibilitando-se a análise global das irregularidades identificadas no relatório de auditoria do TCU.

6. Preliminarmente ao exame técnico convém registrar a paralisação da obra ocorrida em 26 de março de 2012 por “conveniência do interesse público” conforme demonstrado no Diário Oficial do Estado por ordem da própria Agessul (peça 85). O último relatório mensal de acompanhamento da obra, encaminhado ao TCU, registra a execução financeira acumulada do contrato (64%) em janeiro de 2012 (peça 86).

III. EXAME TÉCNICO

7. Inicialmente serão analisadas as oitivas do Dnit (peça 78 e 80), da Agessul (peça 79) e do Consórcio CMT-Egesa (peça 65), organizadas por irregularidade e, posteriormente, serão efetuadas as análises das audiências dos responsáveis da Agessul pela restrição à competitividade na licitação que deu origem ao contrato de obra. A íntegra da planilha do contrato, contendo os serviços com quantidades questionadas, podem ser visualizadas (destaque em amarelo) no relatório de supervisão da obra (janeiro 2012) situado na peça 86, p. 28-52.

III.1 Quantidades de serviços de engenharia indevidamente contratadas, que representam potencial prejuízo ao erário de R\$ 1.307.567,27

8. Inicialmente cabe a transcrição do relatório de auditoria sobre as quantidades de serviços em excesso na planilha do contrato (peça 41):

3.1.2 - Situação encontrada:

Verificou-se a existência de quantitativos inadequados (a maior) na planilha orçamentária contratada em dissonância com o vistoriado em campo pela equipe de auditoria. Destacam-se os serviços de solda aluminotérmica, sublastro de solo estabilizado sem mistura, mobilização e desmobilização, manutenção do canteiro e transporte de material desnecessário.

III.1.1 Mobilização e Desmobilização (usina de asfalto e central de concreto)

9. Quanto ao serviço planilhado de mobilização/desmobilização da usina de asfalto e da central de concreto, a equipe do TCU registrou em relatório de auditoria:

MOBILIZAÇÃO E DESMOBILIZAÇÃO (10.2.1)

Entende-se desnecessário o pagamento de mobilização e desmobilização de usina de asfalto e central de concreto ao consórcio construtor pelo fato de não existirem os citados equipamentos de grande porte na obra. Ademais, a central de concreto e a usina de asfalto somente se justificariam quando da execução de obras de grande porte ou localizadas fora do perímetro urbano (o que não é o caso).

10. Quanto aos supracitados equipamentos não mobilizados na obra a empresa contratada informou (peça 65) que apresentou proposta de preços para o orçamento base e edital de licitação (2010) que previa a utilização de usina de asfalto e de central de concreto e, ao ser dada a ordem de

início de serviços para a obra (2011), verificou-se a impossibilidade na utilização dos referidos equipamentos industriais, preferindo adquirir concreto e mistura betuminosa no mercado local.

11. Defendendo ainda a permanência dos custos de mobilização e desmobilização no contrato, o Consórcio CMT-Egesa alegou que incorreu em custos adicionais de lucro de terceiros sobre produtos e dupla tributação e, por isso, tais custos seriam cobertos pelo item 10.2.1 de planilha "Mobilização e Desmobilização".

12. A Agesul (conveniente) alegou em sua resposta à oitiva (peça 79) que, após a contratação da obra, o consórcio construtor encontrou dificuldade na instalação da usina de asfalto e da central de concreto, optando pela aquisição dos produtos no mercado local. Informou ainda que não serão pagos os custos do referidos equipamentos industriais, o que acarretaria uma economia de R\$ 12.416,38 para o contrato.

13. O Dnit (concedente) alegou em sua resposta à oitiva (peça 78) que mesmo que no projeto, na planilha do edital e na proposta da do Consórcio CMT/Egesa tenha sido previsto a instalação de usina de concreto e de asfalto, as mesmas não foram instaladas e, portanto, não serão pagas gerando uma economia de R\$ 12.416,38.

Análise dos argumentos

14. O argumento da contratada sobre manter o item de planilha para cobrir custos de bitributação e lucro de terceiros é totalmente descabido, uma vez que tais custos encontram-se contemplados no BDI do contrato. Ademais, permitir a hipótese de pagamento de mobilização de usina de asfalto e central de concreto, suscitada pelo Consórcio, seria o mesmo que referendar a ocorrência de "química" entre os itens de planilha, além de configurar liquidação irregular da despesa infringindo o disposto nos artigos 62 e 63 da Lei 4.320 de 1964.

15. À exceção da contratada, verifica-se convergência nos argumentos do Dnit e da Agesul que reconhecem a inexistência de usina de asfalto e central de concreto na obra e a necessidade da supressão da planilha contratual, entretanto apresentam cálculo equivocado do estorno a ser realizado (R\$ 12.416,38), uma vez que retiraram os equipamentos (aquecedor, tanque, usina e central) sem considerar o percentual de BDI embutido na composição de preço unitária contratada. **O estorno contratual a ser realizado é de R\$ 31.670,78 (peça 87) em vez dos R\$ 12.416,38 alegados pelo Dnit e Agesul.** Dessa forma será necessária determinação à Agesul para que formalize o ajuste correto na avença e comprove ao TCU. A medida encontra guarida no art. 6º, inciso IX, alínea "f" c/c art. 7º, § 4º c/c art. 12, inciso III da Lei de Licitações.

16. Com isso, será proposto determinação à Agesul para que formalize o ajuste correto na avença e comprove ao TCU. A medida encontra guarida no art. 6º, inciso IX, alínea "f" c/c art. 7º, § 4º c/c art. 12, inciso III da Lei de Licitações.

III.1.2 Instalação e Manutenção do Canteiro (usina de asfalto e central de concreto)

17. Quanto ao item de planilha referente ao serviço de instalação e manutenção de canteiro que contemplava áreas inexistentes de usina de asfalto e central de concreto a equipe do TCU registrou no relatório de auditoria (peça 41):

INSTALAÇÃO E MANUTENÇÃO DO CANTEIRO (10.1.1)

Da mesma forma, reputa-se desnecessário o pagamento de manutenção da usina de asfalto e da central de concreto ao consórcio construtor, pelo fato de não existirem (e de não ser necessário) os referidos equipamentos conforme acima justificado.

A retirada da manutenção da usina de asfalto e da central de concreto da planilha do consórcio construtor representará a economia de R\$ 75.161,35 para a Administração (...)

18. Quanto à medição e o pagamento por manutenção de áreas em canteiro de obras referente à usina de asfalto e central de concreto não instaladas o Consórcio CMT-Egesa informou (peça 65) que os fornecedores locais de asfalto e concreto repassam esses valores ao preço dos produtos e, por isso, esse item de planilha deve ser mantido para cobrir os custos incorridos pelo Consórcio.

19. A Agesul (peça 79) e o Dnit (peça 78) alegaram em resposta à oitiva que de fato não existem as referidas instalações e por isso não serão efetuados pagamentos à contratada nesse item de planilha, gerando uma economia para o contrato de R\$ 75.162,25. Afirmou ainda o Dnit que irá solicitar à Agesul a adequação da planilha do contrato suprimindo os itens indevidos.

Análise dos argumentos

20. O argumento da contratada sobre manter o item de planilha para cobrir custos de terceiros é totalmente descabido, uma vez que tais custos encontram-se contemplados no BDI do contrato. Ademais, permitir a hipótese suscitada pelo Consórcio seria o mesmo que referendar a ocorrência de "química" entre os itens de planilha, além de configurar liquidação irregular da despesa infringindo o disposto nos artigos 62 e 63 da lei 4.320 de 1964.

21. À exceção da contratada, verifica-se convergência nos argumentos do Dnit e da Agesul que reconhecem a inexistência de usina de asfalto e central de concreto na obra. Assumiram a impertinência no pagamento de manutenção de instalações industriais (usina de asfalto e central de concreto) que totalizam R\$ 75.162,25, mas não apresentaram a formalização desse ajuste no contrato. Dessa forma será necessária determinação à Agesul para que formalize o ajuste/estorno correto na avença e comprove ao TCU. A medida encontra guarida no art. 6º, inciso IX, alínea "f" c/c art. 7º, § 4º c/c art. 12, inciso III da Lei de Licitações.

22. Com isso, será proposto determinação à Agesul para que formalize o ajuste/estorno correto na avença e comprove ao TCU a providência adotada. A medida encontra guarida no art. 6º, inciso IX, alínea "f" c/c art. 7º, § 4º c/c art. 12, inciso III da Lei de Licitações.

III.1.3 Transporte de material desnecessário

23. Quanto aos itens de planilha referentes ao transporte rodoviário de trilhos, dormentes e acessórios de fixação a serem fornecidos pelo Dnit a equipe do TCU registrou em relatório de auditoria:

TRANSPORTE DE MATERIAL (4.1.4.1, 4.1.4.3 e 4.1.4.5)

Continuando o feito, compreende-se desnecessária a existência dos serviços referentes à carga, transporte e descarga de trilhos, dormentes e acessórios de fixação a partir de Jupia até o canteiro de obras, já que o fornecimento desses insumos se dará diretamente no canteiro de obras e não em Jupia (bairro de Três Lagoas situado às margens do rio Paraná e oposto ao canteiro de obras).

(...) Ocorre que, os próprios contratos de fornecimentos desses produtos (trilhos, dormentes e acessórios de fixação), já prevêm a entrega dos materiais no canteiro de obras (ver peça edital 259-2010-Dnit), o que demonstra a necessidade de apenas um tipo de transporte, qual seja a partir do canteiro de obras até as frentes de serviço.

Por este motivo, faz-se necessária a retirada dos serviços referentes à carga, transporte e descarga de trilhos (4.1.4.1), dormentes (4.1.4.5) e acessórios de fixação (4.1.4.3) a partir de Jupia, o que representará a economia de R\$ 218.439,05 para a Administração.

24. Quanto ao serviço de transporte rodoviário de produtos industriais a serem fornecidos pelo Dnit (trilhos, dormentes e acessórios de fixação) o Consórcio CMT-Egesa informou (peça 65) que apresentou proposta de preços para o orçamento base e edital de licitação que previa o

transporte rodoviário de Jupuí até o canteiro de obras e por isso não teria incorrido na irregularidade suscitada.

25. Defendeu ainda a permanência dos itens de planilha que contemplam o fornecimento de transporte rodoviário de trilhos, dormentes e acessórios de fixação alegando que o material ferroviário ainda não teria sido completamente fornecido pelo Dnit e caso a autarquia não entregue no canteiro de obras o transporte rodoviário pode ser realizado pelo Consórcio CMT-Egesa.

26. A Agesul (conveniente) alegou em sua resposta à oitiva (peça 79) que estava previsto inicialmente no projeto o fornecimento de trilhos, dormentes e acessórios pela própria contratada da obra, entretanto em face da natureza industrial desses produtos o Dnit licitou e forneceu em separado esses produtos. Alegou ainda que teria sido definido junto ao Dnit que o transporte e a aplicação desses produtos ficaram a cargo da empresa contratada. Por fim, justificou que apesar de esses transportes constarem em planilha por trechos Jupuí-canteiro e canteiro-obra somente será medido e pago a quantidade efetivamente transportada pelo Consórcio.

27. O Dnit alegou (peça 78 e 80) que foi inicialmente prevista a entrega dos produtos industriais no pátio da Unidade Local do Dnit e em Jupuí. Contudo, no edital de compra dos dormentes (259/2010), foi prevista a entrega no canteiro do Consórcio CMT-Egesa, o que trouxe uma economia para o empreendimento. Informou ainda que está terminando o edital de compra de trilhos e acessórios de fixação e tão logo a questão da entrega esteja decidida, irá solicitar que seja retirada da planilha do Contrato OV. 181/2010 os custos de transporte dos trilhos e acessórios já que deve ser realizado pelo próprio fornecedor a ser contratado. Por fim, ressaltou que tão logo a questão da entrega esteja decidida, o Dnit irá solicitar à Agesul a retirada da planilha do contrato os custos dos transportes questionados.

Análise dos argumentos

28. O concedente, o conveniente e o Consórcio manifestam-se no sentido de aguardar a definição do edital de trilhos e acessórios de fixação quando do fornecimento de material ferroviário para o contorno de Três Lagoas/MS. O referido aguardo seria até a definição do transporte rodoviário dos produtos, caso a entrega seja feita em Jupuí (pátio da unidade local do Dnit).

29. Ocorre que os dormentes de madeira já foram entregues no canteiro de obras (2011) do Consórcio CMT-Egesa, conforme se verifica no relatório fotográfico da peça 41 (p.38) e nas condições estabelecidas em edital 259/2010 (peça 32, p.20) e, mesmo assim, a Agesul e o Dnit ainda não providenciaram a retirada do serviço de transporte rodoviário do contrato que, no caso dos dormentes (item 4.1.4.5), representa R\$ 138.498,18 (peça 35, p.5 e peça 86, p.34).

30. Devido à comprovada fragilidade da fiscalização da obra, a existência de item de planilha que não corresponde a nenhum serviço da obra, como no caso do transporte dos dormentes entre Jupuí até o canteiro de obras (dormentes já entregues pelo fornecedor, mas o item de transporte permanece no contrato) é um risco para o Erário, até pela potencial ocorrência de "química" entre os serviços contratados defendido pela construtora.

31. Com isso, será proposto determinação à Agesul para que formalize a supressão do contrato dos serviços de transporte não utilizados (4.1.4.1, 4.1.4.3 e 4.1.4.5) e comprove ao TCU a providência adotada. A medida encontra guarida no art. 6º, inciso IX, alínea "f" c/c art. 7º, § 4º c/c art. 12, inciso III da Lei de Licitações.

III.1.4 Atividades auxiliares desnecessárias na composição de sublastro

32. Quanto ao serviço denominado de "sublastro" que possui em sua composição (CPU) atividades auxiliares desnecessárias a equipe do TCU registrou no relatório de auditoria (peça 41):

SUBLASTRO SOLO ESTABILIZADO GRANUL. S/ MISTURA (4.1.1.2 e 4.2.1.2)

Da mesma forma, entende-se desnecessária a inserção de quantidades das atividades auxiliares como a limpeza de camada vegetal (1 A 01 100 01), expurgo de jazida (1 A 01 105 01), escavação e carga de material de jazida (1 A 01 120 01), previstas na composição sublastro solo estabilizado granulometricamente sem mistura.

Verificou-se que a Agesul e o consórcio construtor utilizaram-se, na prática, da composição de reforço do subleito do Sicro2 (5 S 02 100 00) para execução do sublastro, já que foi usado arenito, ou seja, solo do tipo A-2-4 proveniente da própria compensação longitudinal de corte e aterro proveniente da terraplenagem do contorno ferroviário (ver detalhes na peça Sublastro e fotografias na peça Relatório mensal de supervisão).

(...) Por isso, a inserção de atividades auxiliares na composição do sublastro representa duplicidade na medição da limpeza, expurgo, escavação e transporte de material da jazida, uma vez que estes serviços já foram considerados quando da realização dos serviços de terraplenagem (item 2) da planilha orçamentária (ver peça Relatório mensal de supervisão).

33. Quanto aos serviços auxiliares indevidamente inseridos na composição de preço unitário (CPU) do serviço de sublastro o Consórcio CMT-Egesa informou (peça 65) que apresentou proposta de preços para o orçamento base e edital de licitação que já previa tais composições auxiliares (limpeza, expurgo, escavação e carga de material de jazida). Confirmou ainda o Consórcio que na realização do serviço de sublastro buscou material proveniente do alargamento de cortes da obra (estacas 495 a 544) e que tais serviços foram precedidos dos referidos serviços auxiliares presentes na composição para o serviço de sublastro.

34. A Agesul (conveniente) alegou em sua resposta à oitiva (peça 79) que o material utilizado de fato foi proveniente dos cortes de projeto (estacas 495 a 544), entretanto foi necessário extrair material de fora da seção transversal de terraplenagem e por isso teria sido necessária a utilização dos serviços auxiliares de expurgo, escavação e carga de material de sublastro. Mesmo assim, o órgão estadual assumiu a duplicidade para o serviço auxiliar de limpeza (serviço de terraplenagem e serviço auxiliar na CPU do sublastro). Por fim, a Agesul informou que corrigiu a composição de sublastro apresentando-a na peça 79, p.23-26. (suprimiu apenas serviço auxiliar de limpeza, mantendo na composição serviços auxiliares de expurgo, escavação, carga e transporte).

35. O Dnit (peça 78) apenas referendou os argumentos da Agesul, ou seja, confirmou apenas a duplicidade de medição para o serviço de limpeza, já que são itens de planilha presentes nos serviços de terraplenagem e não devem ser considerados novamente nas composições auxiliares de sublastro, uma vez que não há de se falar em jazida de sublastro, pois o material é proveniente dos mesmos cortes de projeto. Por fim, alegou que solicitará à Agesul providenciar a devida adequação na planilha de preços do contrato e promover os devidos estornos nas medições dos valores pagos indevidamente.

Análise dos argumentos

36. A manifestação do Consórcio, da Agesul e do Dnit, de que foi necessário utilizar-se de material de fora da seção transversal (alargamento de corte) e por isso seriam necessários os serviços auxiliares de escavação, carga e transporte na composição do sublastro não merece prosperar, pois tais serviços já estão contemplados nos serviços de terraplenagem (ver item 2.1.10 e item 2.1.11, peça 89). Ademais, a CPU apresentada pela Agesul (peça 79, p.23-26) é insuficiente para corrigir a irregularidade apontada (só retirou serviço auxiliar de limpeza), já que permanecem embutidas na composição de sublastro: expurgo, escavação, carga e transporte de material de jazida. Todos esses serviços auxiliares já foram remunerados na operação de terraplenagem e encontram-se explicitadas nas composições do contrato (peça 88 e 89).

37. Os serviços auxiliares presentes na CPU de sublastro questionados no relatório de auditoria (peça 90, p.1) referem-se à limpeza de jazida, expurgo de jazida, escavação, carga e transporte de material de jazida; entretanto **não existe jazida de sublastro fora da faixa de**

domínio da obra, já que o projeto especificou que deve ser utilizado material abundante e disponível proveniente dos próprios cortes dos serviços de terraplenagem, cuja planilha já contempla limpeza (item 2.1.1 e 2.1.2, peça 88), expurgo (item 2.1.1 e 2.1.2, peça 88), escavação, carga e transporte de material (item 2.1.10 e 2.1.11, peça 89).

38. A peça 89 demonstra que a CPU de terraplenagem do contrato remunera escavação, carga e transporte de material de sublastro, e a peça 90, p.2 corrige a CPU de modo a serem retiradas as atividades auxiliares do serviço de sublastro, assim como o respectivo estorno a ser realizado. Cotejando-se as peças 89, 90, p.1 e 90, p.2 é possível evidenciar a duplicidade dos serviços auxiliares. Com a correção, o preço unitário do serviço de sublastro passa de R\$ 17,95 (contrato) para R\$ 5,28 (proposta de repactuação). Essa diferença corresponde a uma economia de R\$ 361.918,55, considerando o volume total de sublastro a ser executado de 28.565 m³ (item de planilha 4.1.1.2 e 4.2.1.2).

39. Com isso, mantém-se a irregularidade suscitada concluindo-se pela determinação à Agesul para que formalize a supressão/estorno do contrato dos serviços auxiliares dos itens de planilha 4.1.1.2 e 4.2.1.2 e comprove ao TCU a providência adotada.

40. A supressão representará a economia de R\$ 361.918,55 para o contrato. A medida guarda coerência com o comando previsto no art. 6º, inciso IX, alínea "f" c/c art. 7º, § 4º da lei de licitações. **A peça 90, p.2 demonstra a CPU corrigida de modo a se realizar os estornos.**

III.1.5 Excesso de quantitativo de solda aluminotérmica em planilha

41. Quanto ao serviço denominado de "solda aluminotérmica" a equipe do TCU registrou no relatório de auditoria (peça 41):

SOLDA ALUMINOTÉRMICA (4.1.2.7)

O quantitativo da planilha orçamentária para solda aluminotérmica (2.062) não condiz com a metodologia executiva prevista em projeto. Ademais, não estão previstas quantidades de soldas elétricas no contrato, também em dissonância do projeto (ver peça Relatório do Projeto).

Inicialmente cabe expor que a equipe constatou o descumprimento da metodologia do serviço de solda de trilhos prevista no projeto, uma vez que o orçamento base da licitação (item 4.1.2.7) previu a utilização exclusiva de solda aluminotérmica (mais onerosa e de pior qualidade que a solda elétrica) ao invés de se utilizar de processo híbrido de solda, ou seja, formação do trilho longo soldado (TLS) de 360m e, posteriormente, realizar a soldagem aluminotérmica juntando os TLS de modo a formar um trilho contínuo. Tal fato ocasionou aumento injustificado de quantitativo de solda aluminotérmica em planilha orçamentária (2.062 unidades em vez de 69 unidades).

Em suma, adotou-se metodologia antieconômica (163,63%) com a adoção exclusiva de solda aluminotérmica de 12m em 12m contrariando o previsto em projeto.

42. Quanto ao excesso de soldas aluminotérmicas que ocasiona processo executivo mais oneroso para o contrato, o Consórcio CMT-Egesa informou (peça 65) que apresentou proposta de preços para o orçamento base e edital de licitação que previa apenas soldagem de trilhos por aluminotermia, não contemplando soldagem elétrica. Alegou ainda a contratada que caso seja necessária implementação de soldagem elétrica, em substituição a grande parte dos quantitativos de solda aluminotérmica, não há dificuldade de prestar o serviço novo, entretanto será necessária apresentação de preço novo.

43. A Agesul alegou em sua resposta à oitiva (peça 79) que será executada soldagem elétrica na formação do Trilho Longo Soldado, conforme inicialmente previsto em projeto. Informou ainda que para o novo processo de solda (mais barato e de melhor acabamento) foi elaborada composição nova (peça 79, p.28) trazendo uma economia de R\$ 93.717,90.

44. O Dnit (peça 78) alegou que o relatório de auditoria trouxe o preço unitário de R\$ 301,50 para a soldagem elétrica, mas não apresentou a data base e nem a composição da solda. Reconheceu ainda a autarquia vantagem na adoção do projeto híbrido composto por soldas aluminotérmicas (a cada 360m) e soldagem elétrica (a cada 12m) conforme determinação do projeto e apontamento da equipe de auditoria do TCU. Por fim, salientou que o Consórcio CMT-Egesa apresentou proposta de preço de R\$ 392,30/solda elétrica, ocasionando economia de R\$ 93.717,90 para o contrato.

Análise dos argumentos

45. A manifestação do Consórcio, da Agesul e do Dnit de que será adotado processo híbrido na soldagem de trilhos (solda aluminotérmica a cada 360m e solda elétrica a cada 12m) confirmou que o projeto da obra e as boas práticas da engenharia ferroviária serão seguidas, além de acarretar economia para o contrato já que a solda elétrica é mais barata que a solda aluminotérmica. Mesmo assim, cabe resaltar que a medida só foi adotada após o registro no relatório de auditoria do TCU.

46. Quanto ao novo serviço (solda elétrica), apresentado pelo Consórcio construtor, ressalta-se que o preço unitário 30% superior (R\$ 392,30) ao preço de referência adotado no relatório de auditoria (R\$ 301,50). Ressalta-se que o preço de referência adotado pelo TCU baseou-se na CPU do próprio Dnit/DIF, que se utiliza da metodologia Sicro2 e data base março de 2009 que é a mesma da planilha do contrato (ver peça 30).

47. Com isso, mantém-se a irregularidade suscitada concluindo-se pela proposta de determinação à Agesul para que formalize o ajuste de contrato com base no preço referencial (DIF/Sicro2, peça 30) e comprove ao TCU a providência adotada.

48. O ajuste correto (solda aluminotérmica a cada 360m e solda elétrica a cada 12m com preço de referência Sicro2) representará a economia de R\$ 560.387,16 para o contrato. A medida guarda coerência com o comando previsto no art. 6º, inciso IX, alínea f c/c art. 7º, § 4º da lei de licitações.

III.2 Deficiência no levantamento de jazidas não comerciais - brita (fase de projeto)

49. Inicialmente convém reproduzir o teor do relatório de auditoria sobre a falta de mapeamento de jazidas não comerciais no entorno da obra (peça 41):

3.2.2 - Situação encontrada:

Foi verificada a ausência de levantamento de jazidas comerciais e de mapeamento das não comerciais da região da obra objeto do contrato OV 181/2010, impossibilitando a adequada avaliação dos custos da obra, em desacordo com o art. 7º c/c art. 6º, inciso IX, alínea f, e inciso X, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. (...)

SITUAÇÃO DA OBRA DO CONTORNO FERROVIÁRIO DE TRÊS LAGOAS

No relatório do projeto obra, são indicadas no item 4.5.2, com o título de "Estudos de Jazidas", apenas fontes de materiais comerciais, ou seja, não foram contempladas outras alternativas na região, tais como jazidas não comerciais mais próximas à obra, que resultariam em custos menores de aquisição e de transporte.

(...) A primeira evidência é o próprio levantamento realizado pela equipe de auditoria em campo. Nesse levantamento, verificou-se abundância de pedra e areia na região, em contraponto ao descrito no relatório do projeto item 4.5.2 "... devido a escassez de materiais pétreos na região e da dificuldade de licenciamento ambiental para exploração, estão sendo indicadas as fontes comerciais de materiais...".

A segunda e mais importante evidência, é o resultado da consulta ao Sistema de Informações Geográficas da Mineração (Sigmine), do Departamento Nacional de Produção Mineral

(DNPM), no qual se observou que há quantidade considerável de requerimentos de pesquisa para a lavra de areia e de brita na região do Contorno Ferroviário de Três Lagoas.

50. O relatório de auditoria alertou ainda para a determinação contida no Acórdão 268/2003 - TCU - Plenário, itens 9.2.1.1 e 9.2.1.2, ocasião em que foi determinado ao Dnit que, antes da abertura de processo licitatório para contratação de manutenção/conservação, restauração e construção rodoviária, realize estudos de viabilidade técnico-econômica, contemplando o levantamento das jazidas comerciais e o mapeamento das jazidas não comerciais da região de realização das obras.

51. Também foi abordado no relatório de auditoria (peça 41, p.18) a possibilidade jurídica do bloqueio das jazidas (propriedade da União) mesmo em fase de "autorização de pesquisa", hipótese que encontra respaldo em pareceres da procuradoria jurídica do DNPM, na Constituição Federal e no Código das Minas (Decreto-lei 227, de 28 de fevereiro de 1967).

52. Quanto às deficiências no levantamento de jazidas de pedra, o Consórcio alegou (peça 65) que optou exclusivamente pela brita comercial por conta da indicação do projeto.

53. Quanto às deficiências apontadas em relatório de auditoria quanto ao levantamento de jazidas de pedra e a possibilidade de realização do bloqueio minerário, a Agesul alegou (peça 79) que os procedimentos necessários para a realização do referido bloqueio irão custar mais caro à Administração do que se adquirir a brita para lastro diretamente no mercado. Informou ainda que a opção pela brita produzida deveria ser feita na fase de projeto para não incorrer em custos adicionais caso haja paralisação da obra.

54. A Agesul (peça 79, p.6) também apresentou diversas justificativas para a não realização do bloqueio de jazida de pedra na fase de pesquisa: demora no procedimento administrativo, custos de indenização pela pesquisa do proprietário, disputas judiciais, dispêndios com desapropriação, dispêndios com nova pesquisa da área, necessidade de elaboração de projeto de supressão vegetal, licenciamento ambiental para exploração, taxa de compensação ambiental, dispêndios com desmatamento e decapagem da área a ser produzida a brita, além da necessidade de recuperação da área a ser degradada.

55. Por fim, a Agesul apresentou um custo final para a realização do bloqueio de jazida em aproximadamente R\$ 390.000,00 (peça 79, p.7) e concluiu que ao diluir esse custo no metro cúbico da brita a ser produzida o preço unitário do material constaria em R\$ 38,21, em contraponto aos R\$ 43,00 da planilha contratada. Dessa forma, o órgão estadual confirma que irá proceder o bloqueio minerário para possibilitar a produção de brita em jazida não comercial e, posteriormente, autorizará a extração ao Consórcio construtor.

56. O Dnit em sua manifestação (peça 78,p.5) informou que a Agesul teria solicitado prazo para operacionalizar o procedimento de bloqueio minerário. Entretanto, salientou que a distância média de transporte (DMT) estimada no relatório de auditoria não será concretizada devido a apropriação de outra distância que praticamente coincide com a DMT prevista para a brita comercial (13,5 km).

Análise dos argumentos

57. Inicialmente convém registrar a grande quantidade de pedra britada que é necessária para atender uma obra ferroviária, especialmente na fase de implantação da superestrutura (lastro, dormentes, trilhos e fixação) que é representada em planilha pelo serviço de "Lastreamento de Linha" (item 4.1.3.3 e item 4.2.3.3). Nesse serviço, a "brita 3" (utilizada para o lastro ferroviário) é o insumo responsável por tornar esse serviço entre os itens de planilha mais relevantes do contrato de obra (aproximadamente 10%).

58. Outros tipos de material pétreo (brita 0, brita 1 e brita 2) também são insumos importantes na composição de concretos para confecção de obras de arte especial e obras de arte correntes, mas nem foram computados nos 10% supracitados. Por esse motivo, a potencial adoção de materiais produzidos como a pedra britada merece atenção especial do TCU, em especial, a possibilidade jurídica do bloqueio de jazidas previsto no Código de Minas. Essa possibilidade encontra-se na alçada do administrador público que, no caso em tela, é representado pelo Dnit e Agesul.

59. Com essa consideração, a equipe de auditoria do TCU apontou no relatório de auditoria (peça 41, p.16) a necessidade e a relevância financeira do adequado levantamento de jazidas próximas ao local da obra na fase de projeto. Nesse mesmo sentido já foi prolatada determinação do TCU ao Dnit (Acórdão 268/2003 - TCU - Plenário, itens 9.2.1.1 e 9.2.1.2) para que observe antes da abertura de procedimento licitatório de obras rodoviárias o suporte dos projetos em estudos de viabilidade que contemplem o levantamento de jazidas comerciais e não comerciais na região de realização das obras. O despacho do supervisor da fiscalização (peça 42) atenta para a necessidade de se estender aquela determinação às obras ferroviárias pelo alto consumo de pedra britada (brita 3).

60. A Agesul demonstrou em suas alegações (peça 79, p.55-61) esforços no sentido de estudar novas jazidas não comerciais e de "bloquear jazidas em fase de pesquisa" já que são bens originalmente da União (art. 20, inciso IX da Constituição Federal), além de reconhecer a necessidade de substituição contratual da brita comercial pela "brita produzida", especialmente no serviço de lastreamento de linha. Apesar do contrato estar vigente, encontra-se paralisado desde abril de 2012 (peça 85). Dessa forma, registre-se momento e prazo oportuno em se realizar os estudos de jazidas que não foram feitos adequadamente na fase de projeto da obra.

61. Entretanto, a Agesul equivocou-se ao apresentar uma série de custos (peça 79, p.7) que poderão ser repassados ao contrato de obra, já que o insumo brita extraída deve ser pago conforme referência estabelecida no próprio Sicro2 (1 A 01 200 01 – brita produzida em central de britagem de 80m³/h). A composição final corrigida a ser repactuada no serviço de lastreamento de linha do contrato OV 181/2010 encontra-se na peça 91. Os eventuais custos adicionais decorrentes do bloqueio de jazidas deverão ser arcados pela própria Agesul e/ou Dnit que são os entes públicos responsáveis por operacionalizar o bloqueio de jazidas.

62. Em suma, cabe demonstrar a diferença financeira da utilização de uma jazida de brita para lastro não comercial (brita produzida), em contraste com a premissa do orçamento-base da licitação, de uma jazida comercial (Pedreira CGR Ltda). No orçamento base foi estimado o preço do serviço "Lastreamento de Linha" em R\$ 98,32 por metro cúbico (com DMT de 14,34 km), resultando em um valor global para o serviço de R\$ 2.884.699,95 (29.339 m³ de lastro).

63. Cotejando-se os mesmos 29.339 m³ de brita necessários para lastreamento da linha, utilizando-se da distância média de transporte (DMT) apropriada pelo Dnit de 13,5 km (peça 78, p.5) e admitindo-se a utilização de material a ser britado (brita produzida código Sicro 2 - 1 A 01 200 01) admitida pelo Dnit, Agesul e DNPM, o novo preço unitário de referência para o serviço de "Lastreamento de Linha" seria reduzido de R\$ 98,32 (R\$ 2.884.699,95) para R\$ 69,62 (R\$ 2.042.581,18) por metro cúbico, o que representa uma diferença no serviço de R\$ 842.118,77 em desfavor do Erário. A planilha corrigida pelo TCU (DMT 13,5 km e adoção 1 A 01 200 01) encontra-se na peça 91.

64. Com isso, necessário se faz propor determinação à Agesul para que apresente ao TCU os referidos estudos complementares de jazidas decorrentes do bloqueio minerário citado em sua oitiva, e os consequentes ajustes do insumo brita 3 produzida no serviço de lastreamento de linha (item 4.1.3.3 e item 4.2.3.3) da planilha do contrato de obras OV 181/2010, consoante metodologia Sicro 2 (1 A 01 200 01) e composição de preço unitário na peça 91.

65. Devido à quantidade de obras ferroviárias em fase de estudo e/ou projeto na Diretoria de Infraestrutura Ferroviária do Dnit (DIF/Dnit) verificada no sítio eletrônico da autarquia (<http://www.dnit.gov.br/ferrovias/contratos-e-convenios/contratos-vigentes>), faz-se necessário e oportuno recomendar ao Dnit para que assegure a realização de estudos de viabilidade técnico-econômica sobre o levantamento das jazidas comerciais e o mapeamento das jazidas não comerciais da região de realização da obra quando da aprovação de projetos ferroviários sobre sua alçada (rebaixamento de linha férrea, contornos ferroviários e assemelhados), utilizando-se sempre que for viável dos instrumentos legais previstos no Código de Minas referente ao bloqueio mineral de jazidas (peça 79, p.57-61). A medida visa estender os benefícios potenciais reconhecidos pela autarquia na construção do Contorno Ferroviário de Três Lagoas/MS aos demais contornos ferroviários em fase de estudo e/ou projeto.

III.3 Restrição à competitividade da licitação

66. Inicialmente convém reproduzir o teor do achado de auditoria referente às restrições verificadas no certame de licitação da obra (peça 41):

3.3.2 - Situação encontrada:

Verificou-se no exame da concorrência 02/2010-CLO/AGESUL, referente ao contrato de obra OV 181/2010, a existência de diversas cláusulas que restringem a competitividade do procedimento licitatório como: falta de clareza no aviso da licitação; indisponibilidade dos elementos que compõe o projeto básico para os licitantes; cobrança de valor indevido para aquisição do edital (R\$ 500,00); exigência de atestado de visita ao local das obras; qualificação técnica abusiva na demonstração de implantação ferroviária (100%) e exigência impositiva de apresentação de propostas por intermédio de programa gerador fornecido em CD pela própria Agesul.

III.3.1 Audiência de responsável (Luiz Cândido Escobar - Coordenador de Licitação de Obras da Agesul)

67. O Coordenador de Licitações da Agesul foi instado a se manifestar em sede de audiência pela seguinte conduta:

elaborar o edital de concorrência 02/2010-CLO/AGESUL, referente ao contrato de obra OV 181/2010, contendo diversas cláusulas que restringiram a competitividade do certame, tais como:

- (b.1) falta de clareza no aviso da licitação;
- (b.2) indisponibilidade dos elementos que compõe o Projeto Básico para os licitantes;
- (b.3) cobrança de valor indevido para aquisição do edital (R\$ 500,00);
- (b.4) exigência de atestado de visita ao local das obras;
- (b.5) qualificação técnica abusiva na demonstração de implantação ferroviária (100%);
- (b.6) exigência de apresentação de propostas por intermédio de programa gerador fornecido em CD pela própria Agesul (conforme item 3.3 do relatório de auditoria);

68. Informou, em suas razões (peça 61), sobre a fase interna da licitação na Agesul, relatando que existem muitos trâmites e que antes de chegar à coordenação de licitação e obras, repartição que chefia, a minuta do edital passa pela procuradoria jurídica da entidade para deflagração da fase externa do certame. Alegou ainda que a função do coordenador da repartição, ao concluir a minuta do edital, é orientar e coordenar o preenchimento do edital não tendo responsabilidade pela definição de regras ou conteúdo da minuta do edital. Justificou também que sua assinatura no instrumento convocatório é consequência da imposição prevista na Lei de Licitações, §1º do art. 40.

69. Sobre a *"falta de clareza no aviso da licitação"* alegou o Coordenador de Licitação de Obras (peça 61) que é a primeira vez que um órgão fiscalizador questiona o referido aviso (peça 36). Cita ainda o art. 21 da lei de licitações que obriga o licitante a apresentar apenas o resumo do edital e que o dispositivo não especifica quais elementos devem compor o resumo. Afirmar ainda o referido Coordenador que os avisos lançados pela Agesul contém modalidade, tipo, núcleo do objeto e indicação do local, data e horário da sessão de julgamento das propostas. Por fim, informa que 18 (dezoito) empresas teriam adquirido o edital e com isso restaria demonstrada a competitividade do certame (peça 29).

70. Quanto à *"indisponibilidade dos elementos que compõe o Projeto Básico para os licitantes"* alegou o Coordenador de Licitações da Agesul que quando do momento da retirada do edital foi fornecida a documentação referente a cronograma, planilha do orçamento base e projeto básico. Alegou ainda que a informação contida na última lauda do edital (75 folhas numericamente ordenadas) não seria suficiente para conclusão de que o edital não teria mais nenhum elemento constitutivo como cronograma, orçamento e projetos. Também alegou que se a omissão de documentos tivesse ocorrido às empresas construtoras não aceitariam com passividade tal situação.

71. Quanto à *"cobrança de valor indevido para aquisição do edital (R\$ 500,00)"* alegou o Coordenador que o valor da cobrança não se refere apenas aos custos de reprodução gráfica do edital, mas também aos custos com cópias dos projetos, além de gastos adicionais com publicação na imprensa oficial e jornais de grande circulação e que, muitas vezes, esse dispêndio não seria suficiente para cobrir os custos do certame. Cita ainda que a Agesul chega a despender entre R\$ 1.300,00 a R\$ 5.700,00 por mês com publicação na Imprensa Nacional. Por fim, alega que muito embora a Agesul tenha firme entendimento no sentido de o art. 32, §5º, da Lei de Licitações não se refere apenas aos custos de reprodução gráfica do edital engendrará esforços para adotar a interpretação jurisprudencial do TCU. Quanto ao fato de não existir outra forma de se obter informações sobre o certame, nem mesmo no endereço eletrônico do órgão estadual <http://www.agesul.ms.gov.br/>, o Coordenador de licitações não se manifestou.

72. Quanto à *"exigência de atestado de visita ao local das obras"* alegou o Coordenador da Agesul que a jurisprudência do TCU citada no relatório de auditoria (peça 41) não se aplica ao caso concreto e que os referidos Acórdãos não guardam pertinência com o edital de licitação das obras do Contorno Ferroviário de Três Lagoas/MS. Citou ainda doutrina de Alexandre Mazza no sentido de que a jurisprudência não tem força de norma cogente de lei, e conclui o raciocínio de que somente possui força de lei quando devidamente sumulada pelo STF, no caso de sumula vinculante prevista no art. 103-A da Constituição Federal.

73. Cita ainda o voto condutor do Acórdão 2.150/2008-TCU-Plenário extraindo que *"(...)para os casos onde haja a imprescindibilidade da visita, evite reunir os licitantes em data e horário marcados capaz de dar-lhes conhecimento prévio acerca do universo de concorrentes."* Alega (peça 61) que a visita técnica seria de fato necessária a fim de dirimir eventuais dúvidas das licitantes acerca dos projetos e demais elementos que compõe o edital. Além disso, alega que apenas a declaração da licitante de que conhece o local da obra seria insuficiente já que poderia estar revestida de inverdades, fato esse que poderia comprometer a execução da obra.

74. Conclui que é mais razoável considerar impositiva a visita das obras do que expor a Administração a problemas na execução do contrato, e que o objetivo principal da licitação não seria garantir a competitividade, mas sim encontrar a melhor proposta para que a Administração atenda ao interesse público. **Por fim, registra que em futuros editais irá manter a obrigatoriedade na visitação**, mas retirar a possibilidade de ser realizada em data única.

75. Quanto à *"qualificação técnica abusiva na demonstração de implantação ferroviária (100%)"* alegou o Coordenador de Licitações da Agesul que houve um aviso de esclarecimento,

durante o certame, reduzindo-se a apresentação de atestados para a necessidade de implantação ferroviária para 50% e que, com isso, o novo aviso estaria alinhado à jurisprudência do TCU.

76. Quanto à "exigência de apresentação de propostas por intermédio de programa gerador fornecido em CD pela própria Agesul" alegou o Coordenador de Licitações que não infringiu nenhum dispositivo da Lei de Licitações e que os referidos Acórdãos, citados no relatório de auditoria (peça 41, p.23), não se relacionam com o objeto em comento.

77. Quanto ao registro no relatório de auditoria de que "o software gerador da proposta de preços trata-se de mais uma imposição da Agesul que pode causar dificuldade ao possível interessado em participar do certame..." alegou o Coordenador de Licitações que não há nenhuma infração ao princípio da isonomia entre os licitantes uma vez que os interessados no certame que adquiriram o edital também recebem o CD com o software gerador de propostas.

78. Justificou ainda a importância de o referido software ser adotado pela Agesul com o intuito de facilitar a elaboração de propostas (licitante) e a correção das planilhas de preços (comissão de licitação), especialmente quando ultrapassarem valores determinados pelo orçamento base da licitação. Conclui ainda que um dispositivo que auxilia a licitante a elaborar as propostas não pode ser considerado restritivo pelo TCU. Demonstra ainda imagens da tela do computador sobre o que seria o passo a passo na utilização do software de geração de propostas da Agesul (peça 61, p.21-28).

Análise dos argumentos

79. Inicialmente cabe registrar que a Agesul possui 2 (dois) órgãos de assessoramento: a Coordenadoria de Licitação e a Procuradoria Jurídica, ambas ligadas diretamente ao Diretor-Presidente da entidade. O Decreto estadual 13.129, de 2 de março de 2011 descreve a atribuição do Coordenador de Licitação (peça 37):

Art. 13. A Coordenadoria de Licitação é um órgão de assessoramento, diretamente subordinado ao Diretor-Presidente, com as seguintes atribuições:

I - preparar e executar todos os atos formais exigidos no procedimento licitatório para obras e serviços de engenharia e necessários às atividades da AGESUL;

80. Apesar de o servidor ter alegado que não tem responsabilidade pela definição de regras e nem conteúdo do edital, sua atribuição é intrínseca ao cargo que ocupa conforme demonstrado no próprio decreto e atribuição prevista na Lei de Licitações, §1º do art. 40. Com o registro do Regimento Interno da AGESUL, não resta dúvida sobre as atribuições do Coordenador de Licitações, passando-se a analisar se a sua conduta (ter elaborado edital com cláusulas restritivas) proporcionou a restrição à competitividade do certame.

81. A seguir transcreve-se o inteiro teor do aviso de licitação da Agesul extraído da publicação do Diário Oficial do Estado do Mato Grosso do Sul de 25 de fevereiro de 2010 (peça 36):

AGÊNCIA ESTADUAL DE GESTÃO DE EMPREENDIMENTOS

AVISO DE LANÇAMENTO DE LICITAÇÃO

A AGÊNCIA ESTADUAL DE GESTÃO DE EMPREENDIMENTOS – AGESUL, através da Coordenadoria de Licitações de Obras, comunica aos interessados que, conforme autorizado pelo seu Diretor Presidente, fará realizar a licitação abaixo, do tipo MENOR PREÇO, nos termos da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993 e demais alterações em vigor.

CONCORRÊNCIA nº: 002/2010-CLO/AGESUL

Processo nº: 19/102.864/2009

Objeto: CONSTRUÇÃO DO CONTORNO FERROVIÁRIO DE TRÊS LAGOAS, TRECHO: BAURU (SP) – CAMPO GRANDE (MS), EXTENSÃO DE 12,400 KM, MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS (MS).

Abertura: Dia trinta e um de março de dois mil e dez, às 09h, Av. Desembargador José Nunes da Cunha, s/n, Bloco 14, Parque dos Poderes - Campo Grande-MS, onde, também, estará disponível o edital e seus anexos.

Campo Grande (MS), 24 de fevereiro de 2010.

LUIZ CÂNDIDO ESCOBAR

Coordenadoria de Licitação de Obras

AGESUL

82. Conforme se observa da simples leitura não é possível ter conhecimento sobre o custo de aquisição do edital (R\$ 500,00) e nem a forma de se obtê-los, mas tão-somente o local em que estará "disponível". Também não consta a informação sobre sítio eletrônico e nem o valor global do objeto licitado (R\$ 32.628.430,25). A lei de licitações em seu artigo 21 de fato não define o conteúdo do "resumo" do edital, entretanto é razoável inferir do homem-médio (no caso, do Coordenador de Licitações-médio) que não estão disponíveis informações relevantes sobre o objeto licitado, ainda mais quando se objetiva garantir efetiva publicidade ao certame. Resenha de jurisprudência do TCU: "Os atos convocatórios devem ser redigidos com clareza e precisão, sem obscuridades, inconsistências ou contradições".

83. Outro fato restritivo, também apontado no relatório de auditoria, é o "preço de aquisição" do edital em R\$ 500,00 (peça 31, p. 10), ou seja, para obtenção de informações adicionais ao aviso de licitação deve ser pago essa quantia. Ainda assim, após dificultosa tarefa de se ter acesso ao texto completo do edital o licitante interessado pode desconhecer o conteúdo e os anexos do mesmo, já que o instrumento não traz em seu corpo informações sobre projeto, planilha, cronogramas a exemplo de "a planilha da obra encontra-se no anexo II" ou o "o cronograma no anexo III". Ainda sim, não é possível afirmar que os licitantes que adquiriram o referido edital não teriam acesso aos projetos e planilhas, mas, no mínimo, essa informação poderia constar de maneira transparente no texto. É o que se espera do homem-médio com a atribuição de Coordenador de Licitações. (subitem 9.1.8 do Acórdão 2715/2008-TCU-Plenário: "abstenha-se de exigir dos interessados, pela aquisição do edital, valores que exorbitem o efetivo custo de reprodução gráfica do instrumento convocatório, em atendimento ao disposto no art. 32, § 5º, da Lei 8.666/1993")

84. Outra condição restritiva presente no edital (peça 31, p. 10), relativa à exigência de visitas técnicas agendadas em duas datas pré-definidas, no qual deve comparecer responsável técnico do quadro permanente da empresa interessada na licitação. Nessas datas, segundo o Coordenador, são dadas instruções sobre o objeto da obra e dirimidas eventuais dúvidas das licitantes acerca dos projetos e demais elementos que compõem o edital. Conforme supracitado essas alegações não podem prosperar, já que não se pode "exigir" a visita, ainda mais de alguém "do quadro permanente" da empresa, a exemplo da jurisprudência exposta pelo item 9.7.5 do Acórdão 2.150/2008-TCU-Plenário.

85. Recente deliberação dessa Corte resume a problemática em se exigir atestado de visita prévia ao local das obras licitadas, assim como define essa exigência como "excepcional", além de orientar a substituição do atestado de visita por declaração formal de conhecimento das peculiaridades da obra (trecho do voto condutor do Acórdão 1.842/2013-TCU-Plenário):

(...) a jurisprudência deste Tribunal tem se posicionado no sentido de que a vistoria ao local da obra só pode ser demandada da licitante se for imprescindível para caracterização do objeto, uma vez que pode representar um custo adicional desnecessário para as licitantes, o que viola o disposto no art. 3º, caput e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 (acórdão 1.808/2011 - Plenário, entre outros). Mesmo que seja indispensável a avaliação do local de execução antes da formulação das propostas, o edital de licitação deve prever a possibilidade de substituição da vistoria por declaração formal assinada pelo responsável técnico acerca do conhecimento pleno das condições e peculiaridades da obra.

26. Nessa linha de raciocínio, a exigência de vistoria prévia ao local da obra, embora pertença à esfera de discricionariedade do gestor, deve estar previamente fundamentada na demonstração das peculiaridades do objeto, de modo a justificar a necessidade de adoção de procedimento que deveria ser excepcional, por restritivo à participação de potenciais licitantes. Além disso, a data e horário para a vistoria não devem ser simultâneos para os diversos interessados (acórdão 534/2011 - Plenário, dentre vários outros), na forma verificada no edital em vértice, sob o risco de que o conhecimento prévio acerca do universo de concorrentes comprometa a concorrência no certame.

86. Ademais, com a confirmação do Coordenador de Licitações de que a Agesul continuará exigindo atestado de visita técnica, torna-se necessário dar ciência à Agesul que a exigência de visita prévia ao local da obra pelo engenheiro responsável pela sua execução em datas pré-definidas, sem a demonstração da imprescindibilidade da visita, infringe o disposto no art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e no art. 30, inciso III, da Lei nº 8.666/1993.

87. Quanto ao quantitativo de atestado para qualificação técnica na implantação ferroviária (100 %), demonstrou que o novo aviso de licitação reduziu, posteriormente, para 50% a exigência de atestado (peça 61, p.29). Com isso, restou justificado o cumprimento da lei nesse quesito.

88. No que se refere à indisponibilidade para os licitantes dos elementos que compõe o Projeto Básico, apesar de o Coordenador da Agesul informar que foram fornecidos cronogramas, planilhas e projetos, não foi comprovado nos autos a disponibilidade desses elementos, uma vez que o edital continha em sua última folha a descrição de 75 laudas e nenhum anexo (peça 31, p.75). Com isso, importante propor recomendação à Agesul, com fundamento no art. 250, inciso IV, do Regimento Interno do TCU que, ao licitar obras contendo recursos federais, publique o edital em seu sítio eletrônico acompanhado de todos os documentos que o compõe de modo a ampliar a publicidade e a transparência no certame, evitando-se dúvidas e eventuais questionamentos quanto ao acesso a esses documentos por parte dos licitantes.

89. Também se defendeu a legalidade do uso de programa gerador de propostas da Agência Estadual, consubstanciado em *software* de elaboração de propostas fornecido pela própria entidade. Entretanto, essa exigência não encontra guarida na exclusividade prevista no art. 27 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Ademais, verificou-se que o *software* gerador da proposta de preços trata-se de mais uma imposição da Agesul que pode causar dificuldade ao possível interessado em participar do certame, uma vez que se não tiver adquirido o edital (acompanhado do *software* gerador de propostas da Agesul) não poderá apresentar sua proposta consoante instrumento convocatório. Com isso será proposto dar ciência à Agesul que a imposição de apresentação de proposta de preço gerada por *software* fornecido pela Agesul infringe o disposto no art. 27 da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.

90. Mesmo com todas as restrições supracitadas o Coordenador de Licitações alega que não houve prejuízo para o certame já que 18 empresas teriam adquirido o edital. Além de não ter comprovado nos autos as 18 aquisições de edital, tem-se a evidência em ata (peça 29, p.2) de que apenas 2 (dois) consórcios, das 18 (dezoito) empresas que supostamente adquiriram o edital de licitação, compareceram na sessão pública ocorrida no dia 19 de abril de 2010. Dessa forma, após desclassificação da proposta de preços do único consórcio concorrente, a contratada apresentou proposta de preço com 2% de desconto em relação ao orçamento base da licitação e foi declarada vencedora do certame (peça 29, p.47).

91. Conclui-se assim que a conduta do Coordenador de Licitações da Agesul, na elaboração do edital da concorrência 02/2010-CLO/AGESUL, referente ao contrato de obra OVN. 181/2010, foi causa relevante da baixa competitividade verificada na contratação da obra por conta de: falta de clareza no aviso de licitação; indisponibilidade dos elementos que compõe o Projeto Básico para os licitantes; cobrança de valor indevido para aquisição do edital (R\$ 500,00); exigência impositiva de

atestado de visita ao local das obras; exigência de apresentação de propostas por intermédio de programa gerador fornecido em CD pela própria Agesul.

92. Com todas as restrições editalícias, apontadas no relatório de auditoria (peça 41), confirmadas após análise das razões de justificativas, e considerando as atribuições do Sr. Coordenador de Licitações previstas no Decreto estadual 13.129, de 2 de março de 2011 (peça 37) e considerando que apenas 1 (uma) empresa apresentou proposta de preço válida, consideram-se rejeitadas as suas razões e será proposta multa por grave infração à norma legal (infringência ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, c/c art. 27 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993), fundamentada no inciso II do art. 58 da lei 8.443/1992.

III.3.2 Audiência de responsável (Wilson Cesar Parpinelli – Parecerista Jurídico da Agesul)

93. O Parecerista Jurídico da Agesul foi instado a se manifestar em sede de audiência pela seguinte conduta:

Elaborar o parecer (manifestação insuficiente) Agesul/PJUR-WCP 03-001-2010, que recomendou a aprovação do edital de concorrência 02/2010-CLO/AGESUL, referente ao contrato de obra OV 181/2010, contendo diversas cláusulas que restringiram a competitividade do certame, tais como:

(b.1) falta de clareza no aviso da licitação;

(b.2) indisponibilidade dos elementos que compõe o Projeto Básico para os licitantes;

(b.3) cobrança de valor indevido para aquisição do edital (R\$ 500,00);

(b.4) exigência de atestado de visita ao local das obras;

(b.5) qualificação técnica abusiva na demonstração de implantação ferroviária (100%);

(b.6) exigência de apresentação de propostas por intermédio de programa gerador fornecido em CD pela própria Agesul (conforme item 3.3 do relatório de auditoria);

94. Alegou inicialmente em suas razões (peça 60) sobre a impossibilidade de se responsabilizar o parecerista jurídico em licitações, citou doutrina no sentido de que é o parecer não é ato administrativo, sendo meramente opinativo não vinculando necessariamente o administrador público na tomada de decisão, especialmente quando alicerçado em lição de doutrina e jurisprudência sobre o assunto. Invocou ainda o art. 133 da Constituição Federal sobre o exercício da profissão do advogado no sentido de que seria imune de responsabilização no exercício da função de advogado.

95. Quanto à *"falta de clareza no aviso da licitação"* o Parecerista Jurídico trouxe em suas razões (peça 60) os mesmos argumentos supracitados do Coordenador de Licitações, ou seja, que é a primeira vez que um órgão fiscalizador questiona o aviso de licitação; que o art. 21 da lei de licitações que obriga o licitante a apresentar apenas o resumo do edital e que o dispositivo não especifica quais elementos devem compor o resumo, que os avisos lançados pela Agesul contém modalidade, tipo, núcleo do objeto e indicação do local, data e horário da sessão de julgamento das propostas; que 18 (dezoito) empresas teriam adquirido o edital e com isso restaria demonstrada a competitividade do certame.

96. Quanto à *"indisponibilidade dos elementos que compõe o Projeto Básico para os licitantes"* o Parecerista Jurídico trouxe em suas razões (peça 60) os mesmos argumentos supracitados do Coordenador de Licitações, ou seja, que no momento da retirada do edital foi fornecida a documentação referente a cronograma, planilha do orçamento base e projeto básico; que a informação contida na última lauda do edital (75 folhas numericamente ordenadas) não seria suficiente para conclusão de que o edital não teria mais nenhum elemento constitutivo como cronograma, orçamento e projetos; e que se a omissão de documentos tivesse ocorrido as empresas construtoras não aceitariam com passividade tal situação.

97. Quanto à "*cobrança de valor indevido para aquisição do edital (R\$ 500,00)*" o Parecerista Jurídico trouxe em suas razões (peça 60) os mesmos argumentos supracitados do Coordenador de licitações, ou seja, que o valor da cobrança não se refere apenas aos custos de reprodução gráfica do edital, mas também aos custos com cópias dos projetos, além de gastos adicionais com publicação na imprensa oficial e jornais de grande circulação e que, muitas vezes, esse dispêndio não seria suficiente para cobrir os custos do certame; que a Agesul chega a despendar por mês entre R\$ 1300,00 a R\$ 5.700,00 por mês com publicação na Imprensa Nacional; que muito embora a Agesul tenha firme entendimento no sentido de o art. 32, §5º, da Lei de Licitações não se refere apenas aos custos de reprodução gráfica do edital e engendrará esforços para adotar interpretação jurisprudencial do TCU. Quanto ao fato de não existir outra forma de se obter informações sobre o certame, nem mesmo no endereço eletrônico do órgão estadual <http://www.agesul.ms.gov.br/>, o Parecerista Jurídico também não se manifestou.

98. Quanto à "*exigência de atestado de visita ao local das obras*" o Parecerista Jurídico trouxe em suas razões (peça 60) os mesmos argumentos supracitados do Coordenador de licitações, ou seja, que a jurisprudência do TCU citada no relatório de auditoria (peça 41) não se aplica ao caso concreto e que os referidos Acórdãos não guardam pertinência com o edital de licitação das obras do Contorno Ferroviário de Três Lagoas/MS; que a jurisprudência não tem força de norma cogente de lei, e conclui o raciocínio de que somente possui força de lei quando devidamente sumulada pelo STF, no caso de sumula vinculante prevista no art. 103-A da Constituição Federal; que a visita técnica seria de fato necessária a fim de dirimir eventuais dúvidas das licitantes acerca dos projetos e demais elementos que compõem o edital; que apenas a declaração da licitante de que conhece o local da obra seria insuficiente já que poderia estar revestida de inverdades, fato esse que poderia comprometer a execução da obra; que seria mais razoável considerar impositiva a visita das obras do que expor a Administração a problemas na execução do contrato; que o objetivo principal da Licitação não seria garantir a competitividade, mas sim encontrar a melhor proposta para que a Administração atenda ao interesse público; e que em futuros editais irá manter a obrigatoriedade na visita, mas retirar a possibilidade de ser realizada em data única.

99. Quanto à "*qualificação técnica abusiva na demonstração de implantação ferroviária (100%)*" o Parecerista Jurídico trouxe em suas razões (peça 60) os mesmos argumentos supracitados do Coordenador de licitações, ou seja, que houve um aviso de esclarecimento, durante o certame, reduzindo-se a apresentação de atestados para a necessidade de implantação ferroviária para 50% e que, com isso, o novo aviso estaria alinhado à Jurisprudência do TCU.

100. Quanto à "*exigência de apresentação de propostas por intermédio de programa gerador fornecido em CD pela própria Agesul*" o Parecerista Jurídico trouxe em suas razões (peça 60) os mesmos argumentos supracitados do Coordenador de licitações, ou seja, que não infringiu nenhum dispositivo da Lei de Licitações e que os referidos Acórdãos, citados no relatório de auditoria (peça 41, p.23), não se relacionam com o objeto em comento; que não há nenhuma infração ao princípio da isonomia entre os licitantes uma vez que os interessados no certame que adquiriram o edital também recebem o CD com o software gerador de propostas; que o referido software é adotado pela Agesul com o intuito de facilitar a elaboração de propostas (licitante) e a correção das planilhas de preços (comissão de licitação), especialmente quando ultrapassarem valores determinados pelo orçamento base da licitação; que um instrumento que auxilia o licitante a elaborar as propostas não pode ser considerado restritivo pelo TCU. Por fim, também apresenta imagens da tela do computador sobre o que seria o passo a passo na utilização do software de geração de propostas da Agesul (peça 60, p.23-30).

Análise dos argumentos

101. Inicialmente convém registrar que o Parecer emitido pela Procuradoria Jurídica da Agesul (manifestação omissa) encontra-se na peça 34. Ademais, cabe registrar que a Agesul possui

2 (dois) órgãos de assessoramento: a Coordenadoria de Licitação e a Procuradoria Jurídica, ambas ligadas diretamente ao Diretor-Presidente da entidade. O Decreto estadual 13.129, de 2 de março de 2011 descreve a atribuição da Procuradoria Jurídica da Agesul (peça 37, p.4):

Art. 12. A Procuradoria Jurídica, em conjunto com a Coordenadoria Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado, é um órgão de assessoramento diretamente subordinado ao Diretor-Presidente, com as seguintes atribuições:

(...)

VI - elaborar e analisar os pareceres e as minutas de editais de licitação e seus respectivos contratos a serem firmados.

102. Apesar de o advogado da Agesul ter alegado sobre a impossibilidade de se responsabilizar o parecerista jurídico em licitações, e que o parecer jurídico não é ato administrativo, cabe ressaltar que o assessor jurídico que emite pareceres sobre atos administrativos está sujeito à responsabilização perante o TCU, apesar de não praticar diretamente atos de gestão de recursos públicos. Afinal, **uma vez acatado, o parecer passa a integrar o ato administrativo como sua fundamentação e sujeita-se, portanto, ao Controle Externo exercido pelo Tribunal de Contas.**

103. Ademais, essa Corte de Contas tem decidido que a natureza opinativa e não vinculante do parecer não exclui, por si só, a responsabilidade do parecerista que pugna pela prática de ato ilícito. Nesse sentido o Tribunal já imputou responsabilidade por parecer com fundamentação insuficiente (manifestação omissa) quando exarou o Acórdão 994/2006-TCU-Plenário.

104. Sobre a falta de clareza no aviso da licitação, o Parecerista Jurídico trouxe em suas razões (peça 60) os mesmos argumentos supracitados do Coordenador de licitações e, da mesma forma, não conseguiu justificar o custo de aquisição do edital (R\$ 500,00) e nem a forma de se obtê-los. Também não justificou a informação sobre obtenção de edital em sítio eletrônico e nem como o licitante interessado poderia tomar conhecimento sobre o valor global do objeto licitado (R\$ 32.628.430,25), se o aviso da licitação não traz essa informação. A Lei de Licitações em seu artigo 21 de fato não define o conteúdo do "resumo" do edital, entretanto é razoável inferir do homem-médio (no caso, do Parecerista Jurídico-médio) que não estão disponíveis informações relevantes sobre o objeto licitado, ainda mais quando se objetiva garantir efetiva publicidade do certame. Resenha de jurisprudência do TCU: "Os atos convocatórios devem ser redigidos com clareza e precisão, sem obscuridades, inconsistências ou contradições".

105. Outro fato restritivo, também apontado no relatório de auditoria (peça 41) e não esclarecido nas razões de justificativa (peça 60), é o "preço de aquisição" do edital em R\$ 500,00 (peça 31, p. 10), ou seja, para obtenção de informações adicionais ao referido aviso de licitação deve ser pago a quantia. Ainda assim, após dificultosa tarefa de se ter acesso ao texto completo do edital o licitante interessado pode desconhecer o conteúdo e os anexos do mesmo, já que o instrumento não traz em seu corpo informações sobre projeto, planilha, cronogramas a exemplo de "a planilha da obra encontra-se no anexo II" ou o "o cronograma no anexo III". Ainda sim, não é possível afirmar que os licitantes que adquiriram o referido edital não tiveram acesso aos projetos e planilhas, mas, no mínimo, essa informação poderia constar de maneira transparente no texto. É o que se espera numa atuação diligente do Parecerista Jurídico. (Subitem 9.1.8 do Acórdão 2715/2008-TCU-Plenário: "abstenha-se de exigir dos interessados, pela aquisição do edital, valores que exorbitem o efetivo custo de reprodução gráfica do instrumento convocatório, em atendimento ao disposto no art. 32, § 5º, da Lei 8.666/1993")

106. Outra condição restritiva aprovada pela mesma assessoria jurídica da Agesul presente no edital (peça 31, p. 10), relativa à exigência de visitas técnicas agendadas em duas datas pré-definidas, no qual deve comparecer responsável técnico do quadro permanente da empresa interessada na licitação. Nessas datas, segundo o Parecerista Jurídico, são dadas instruções sobre o

objeto da obra e dirimidas eventuais dúvidas das licitantes acerca dos projetos e demais elementos que compõe o edital. Conforme supracitado essas alegações não podem prosperar, já que não se pode "exigir" a visita, ainda mais "do quadro permanente" da empresa, a exemplo da jurisprudência extraída do comando do item 9.7.5 do Acórdão 2.150/2008-TCU-Plenário.

107. Conforme já foi reproduzido na análise dos argumentos do Coordenador de Licitações, deliberação dessa Corte resume a problemática em se exigir atestado de visita prévia ao local das obras licitadas, assim como define essa exigência como "excepcional", além de orientar a substituição do atestado de visita por declaração formal de conhecimento das peculiaridades da obra (trecho do voto condutor do Acórdão 1.842/2013-TCU-Plenário). Com isso, reitera-se a necessidade de dar ciência à Agesul que a exigência de visita prévia ao local da obra pelo engenheiro responsável pela sua execução em datas pré-definidas, sem a demonstração da imprescindibilidade da visita, infringe o disposto no art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e no art. 30, inciso III, da Lei nº 8.666/1993.

108. Quanto ao quantitativo de atestado para qualificação técnica na implantação ferroviária (100 %), demonstrou que o novo aviso de licitação reduziu, posteriormente, para 50% a exigência de atestado (peça 61, p.29). Com isso, restou justificado o cumprimento da lei nesse quesito.

109. No que se refere à indisponibilidade para os licitantes dos elementos que compõe o Projeto Básico, apesar de o Parecerista Jurídico da Agesul informar que foram fornecidos cronogramas, planilhas e projetos, não foi comprovado nos autos a disponibilidade desses elementos, uma vez que o edital continha em sua última folha a descrição de 75 laudas e nenhum anexo (peça 31, p.75). Com isso, importante reiterar a proposição de recomendação à Agesul, com fundamento no art. 250, inciso IV, do Regimento Interno do TCU que, ao licitar obras contendo recursos federais, publique o edital em seu sítio eletrônico acompanhado de todos os documentos que o compõe de modo a ampliar a publicidade e a transparência no certame, evitando-se dúvidas e eventuais questionamentos quanto ao acesso a esses documentos por parte dos licitantes.

110. Da mesma maneira que o Coordenador de Licitações, o Parecerista Jurídico da Agesul defendeu a legalidade do uso de programa gerador de propostas da Agência Estadual, consubstanciado em software de elaboração de propostas fornecidos pela própria entidade. Alegou que o referido software é adotado pela Agesul com o intuito de facilitar a elaboração de propostas (licitante). Com isso reitera-se a proposição de dar ciência à Agesul que a imposição de apresentação de proposta de preço gerada por *software* fornecido pela Agesul infringe o disposto no art. 27 da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.

111. Mesmo com todas as restrições supracitadas o Parecerista Jurídico da Agesul alega que não houve prejuízo para o certame já que 18 empresas teriam adquirido o edital. Além de não ter comprovado nos autos as 18 aquisições de edital, tem-se a evidência em ata (peça 29, p.2) de que apenas 2 (dois) consórcios, das 18 (dezoito) empresas que supostamente adquiriram o edital de licitação, compareceram na sessão pública ocorrida no dia 19 de abril de 2010. Dessa forma, após desclassificação da proposta de preços do único consórcio concorrente, a contratada apresentou proposta de preço com 2% de desconto em relação ao orçamento base da licitação e foi declarada vencedora do certame (peça 29, p.47).

112. Por fim, com o intuito de demonstrar a insuficiência (omissão) transcreve-se o inteiro teor do Parecer PJUR – WCP n. 3 – 001/2010 (peça 34):

Por força do disposto no parágrafo único do **art. 38** da Lei Federal n. 8.666/93, esta Procuradoria Jurídica analisou a Minuta de Concorrência, do tipo "menor preço" de conformidade com a supracitada Lei e demais legislações complementares, na forma e condições fixadas na referida Minuta, bem como minuta do respectivo instrumento contratual.



Referido procedimento tem por objeto a seleção da melhor proposta para execução das obras de construção do Contorno Ferroviário de Três Lagoas/MS, conforme abaixo discriminado:

FERROVIA: EF-265

TRECHO BAURU/SP – CAMPO GRANDE/MS

EXTENSÃO: 12,4 KM

Consta na Minuta do Edital de Concorrência Pública que o prazo total para execução da obra será de 300 (trezentos) dias consecutivos, contados a partir da data de recebimento da Ordem de Início de Serviços (OIS), que será expedida após a assinatura do Contrato.

Da análise das condições jurídicas estabelecidas na minuta do Edital, bem como na minuta do Contrato constantes do processo em análise, entendo que os documentos sob análise estarão aptos à continuidade das providências pertinentes, opinando, ante as condições jurídicas estabelecidas no Edital, pelo prosseguimento do certame, nos termos da norma legal supracitada, submetendo ao conhecimento da Autoridade competente.

Alertamos, também, para a obrigatória observância dos prazos de publicação estabelecidos no **artigo 21**, e seus parágrafos, assim como da identificação do Edital com os dados exigidos no **artigo 40**, ambos da Lei Federal n. 8.666/93.

É o nosso parecer, s.j.m.g

Campo Grande/MS, 24 de fevereiro de 2010 (grifou-se)

113. Pode-se depreender dos trechos grifados que houve aprovação das condições jurídicas estabelecidas na minuta do edital. Também é possível correlacionar os artigos da Lei de Licitações citados no referido Parecer com as cláusulas restritivas presentes no edital de concorrência 02/2010-CLO/AGESUL que originou o contrato de obra OV 181/2010.

114. No art. 38 identifica-se a obrigatoriedade de manifestação da área jurídica do órgão licitante no inciso VI. Com isso, depreende-se que a ação do dirigente necessita de respaldo jurídico para aprovação de minuta de edital. Já no art. 21, o parecerista jurídico chama atenção para os prazos legais. Nesses pontos não houve questionamento pela equipe de auditoria do TCU.

115. No artigo 40 da Lei de Licitações, citado no referido parecer jurídico, é possível identificar o conteúdo obrigatório que deveria ter sido trazido para o instrumento convocatório (peça 31), mas não foi. Cotejando-se os incisos do art. 40 com edital de concorrência 02/2010-CLO/AGESUL é possível detalhar (negrito) a omissão referendada pelo Parecerista da Agesul com vistas à continuidade do certame:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico **(com a falta de clareza no aviso da licitação e a falta de informação no texto do edital não é possível conhecer os elementos que compõe o Projeto Básico do objeto licitado);**

(...)

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas **(a exclusividade a que se refere o artigo 27 não permite a criação de condições adicionais de habilitação, a exemplo da indevida apresentação de propostas por intermédio de programa gerador fornecido em CD pela própria Agesul).**

(...)

§ 2o Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos **(com a falta de clareza no aviso da licitação e a falta de informação no texto do edital não é possível conhecer os elementos que compõe o Projeto Básico do objeto licitado);**

(...) (GRIFOU-SE);

116. Conclui-se assim que a conduta do Parecerista Jurídico da Agesul, na elaboração do edital da concorrência 02/2010-CLO/AGESUL, referente ao contrato de obra OV N. 181/2010, foi causa relevante da baixa competitividade verificada na contratação da obra por conta de: falta de clareza no aviso da licitação; indisponibilidade dos elementos que compõe o Projeto Básico para os licitantes; cobrança de valor indevido para aquisição do edital (R\$ 500,00); exigência de atestado de visita ao local das obras; exigência de apresentação de propostas por intermédio de programa gerador fornecido em CD pela própria Agesul.

117. Com todas as restrições editalícias, apontadas no relatório de auditoria (peça 41), confirmadas após análise das razões de justificativas, e considerando as atribuições do Parecerista Jurídico da Agesul previstas no Decreto estadual 13.129, de 2 de março de 2011 (peça 37) e considerando que apenas 1 (uma) empresa apresentou proposta de preço válida consideram-se rejeitadas as suas justificativas, uma vez que o parecer exarado (peça 34) no edital da concorrência 02/2010-CLO/AGESUL passa a integrar o ato administrativo como sua fundamentação e, por isso, será proposta a aplicação de multa por grave infração à norma legal (infringência ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, c/c art. 27 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993), fundamentada no inciso II do art. 58 da lei 8.443/1992.

IV. CONCLUSÃO

118. A Agesul e o Dnit foram instados a se manifestar em sede de oitiva por conta da existência de quantitativos inadequados (a maior) na planilha orçamentária contratada em dissonância com o vistoriado em campo pela equipe de auditoria. Também se manifestaram a respeito da ausência de levantamento de jazidas comerciais e de mapeamento das não comerciais na região da obra objeto do contrato OV 181/2010, impossibilitando a adequada avaliação dos custos da obra.

119. Da análise das oitivas conclui-se que concedente e conveniente iniciaram a tomada de providências com vistas a sanear as irregularidades apontadas no relatório da equipe de auditoria do TCU. Mesmo assim, não comprovaram a formalização dos ajustes no contrato OV 181/2010 (peça 78, 79 e 80). Com isso, necessário propor determinação para que Agesul comprove ao TCU a formalização dos ajustes na planilha de quantidades do contrato OV 181/2010.

120. Considerando que o contrato encontra-se paralisado desde abril de 2012 (peça 85), registre-se momento e prazo oportuno para que o TCU assine prazo para que a Agesul formalize os estudos de jazidas citados em oitiva ajustando o insumo brita 3 produzida no serviço de lastreamento de linha da planilha do contrato de obras OV 181/2010.

121. No mesmo sentido, será proposto recomendação ao Dnit para que assegure a realização de estudos de viabilidade técnico-econômica sobre o levantamento das jazidas comerciais e o mapeamento das jazidas não comerciais da região de realização da obra quando da aprovação de projetos ferroviários sobre sua alçada (rebaixamento de linha férrea, contornos ferroviários e assemelhados), utilizando-se sempre que for viável dos instrumentos legais previstos no Código de Minas referente ao bloqueio mineral de jazidas (peça 79, p.57-61).

122. Quanto as restrições editalícias verificadas no certame de licitação das obras foi proposto cientificar a Agesul a respeito da infringência ao dispositivos legais no que se refere a

imposição de visita prévia ao local da obra pelo engenheiro responsável pela sua execução e a obrigação de apresentação de proposta de preço gerada por *software* fornecido pela própria Agesul.

123. Com o intuito de aperfeiçoar a governança da Agesul e incrementar a transparência e publicidade também foi proposto recomendação para que, sempre que licitar obras contendo recursos federais, disponibilize o instrumento convocatório em seu sítio eletrônico acompanhado de todos os documentos que o compõe (projetos, planilhas, softwares, etc.) de modo a ampliar a publicidade e a transparência no certame, evitando-se dúvidas e eventuais questionamentos quanto ao acesso dos documentos por parte dos licitantes

124. Quanto às audiências determinadas por despacho do Relator (peça 45) no que se refere às inúmeras restrições à competitividade encontradas no edital de concorrência 02/2010-CLO/AGESUL (contrato de obra OV 181/2010), rejeitam-se as razões de justificativas apresentadas nas peças 60 e 61. Com isso, será proposta aplicação de pena de multa aos responsáveis com fundamento no inciso II do art. 58 da lei 8.443/1992.

IV. ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS, BENEFÍCIOS E IMPACTO NAS CONTAS

125. Considerando a instauração do inquérito civil público 1.21.002.000117/2012-30 por parte do Ministério Público Federal e as solicitações de informações feitas ao TCU em 2013 e apenas nesse processo (TC 033.462/2013-2 e TC 033.858/2013-6) necessário se faz o encaminhamento do Acórdão, Relatório e Voto que o Tribunal vier a adotar para a Procuradoria da República em Três Lagoas.

126. No que se refere aos benefícios desse processo pode-se registrar o aperfeiçoamento da gestão pública dos recursos federais por parte da Agesul, especialmente no que se refere a publicidade e transparência do instrumento convocatório e documentos que o compõe, assim como benefícios financeiros potenciais em favor do Erário decorrentes dos ajustes de planilha a serem formalizados totalizando R\$ 2.009.755,69 (R\$ 31.670,78 – mobilização e desmobilização; R\$ 75.162,25 – usina e central; R\$ 138.498,18 – transporte desnecessário; R\$ 361.918,55 – sublastro sem serviços auxiliares; R\$ 560.387,16 – soldas conforme projeto e R\$ 842.118,77 referente ao lastreamento de linha realizado com brita produzida. Também cabe o registro de benefício referente às propostas de multa aos gestores da convenente responsável pelas irregularidades suscitadas.

127. Quanto ao impacto nas contas do Dnit, registre-se que o presente processo não tem o condão de impactar o Dnit (jurisdicionado), uma vez que as irregularidades e providências envolvem a ação de agentes públicos do convenente estadual (Agesul).

V. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

128. Ante todo o exposto, somos pelo encaminhamento dos autos ao Gabinete do Ministro Relator, propondo:

128.1. Rejeitar as razões de justificativa do Coordenador de Licitação de Obras da Agesul: Luiz Cândido Escobar (CPF 498.135.108-97), aplicando-lhe a pena de multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443 /1992, regulamentada pelo art. 268, inciso II, do RITCU, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor, por ter elaborado o edital de concorrência 02/2010-CLO/AGESUL, referente ao contrato de obra OV 181/2010, contendo cláusulas que restringiram a competitividade do certame infringindo o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, c/c art. 27 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, tais como: falta de clareza no aviso da licitação; indisponibilidade dos elementos que compõe o Projeto Básico para os licitantes; cobrança de valor indevido para aquisição do edital (R\$ 500,00); exigência de atestado de

visita ao local das obras; exigência de apresentação de propostas por intermédio de programa gerador fornecido em CD pela própria Agesul;

128.2. Rejeitar as razões de justificativa do Parecerista Jurídico da Agesul: Wilson Cesar Parpinelli (CPF 704.735.011-04), aplicando-lhe a pena de multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443 /1992, regulamentada pelo art. 268, inciso II, do RITCU, fixando-lhe o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da notificação, para que comprove, perante o Tribunal, o recolhimento da dívida ao Tesouro Nacional, atualizada monetariamente desde a data do acórdão até a do efetivo recolhimento, se for paga após o vencimento, na forma da legislação em vigor, por elaborar o parecer (manifestação insuficiente) Agesul/PJUR-WCP 03-001-2010, que recomendou a aprovação do edital de concorrência 02/2010-CLO/AGESUL, referente ao contrato de obra OV 181/2010, contendo diversas cláusulas que restringiram a competitividade do certame, tais como: falta de clareza no aviso da licitação; indisponibilidade dos elementos que compõe o Projeto Básico para os licitantes; cobrança de valor indevido para aquisição do edital (R\$ 500,00); exigência de atestado de visita ao local das obras; exigência de apresentação de propostas por intermédio de programa gerador fornecido em CD pela própria Agesul;

128.3 Determinar à Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos (CNPJ 15.457.856/0001-68), com fundamento no art. 43, inciso I, da lei 8.443/1992, que comprove ao TCU, no prazo de 90 dias, a contar da ciência:

128.3.1 a realização de estudos complementares de jazidas decorrentes do bloqueio minerário citado em oitiva, e a consequente formalização dos ajustes de planilha referentes ao insumo brita 3 produzida no serviço de lastreamento de linha (item 4.1.3.3 e item 4.2.3.3) da planilha do contrato de obras OV 181/2010, consoante metodologia Sicro 2 (1 A 01 200 01);

128.3.2 a formalização dos ajustes na planilha do contrato OV 181/2010 no que se refere à supressão de item (10.2.1) de mobilização e desmobilização de usina de asfalto e central de concreto; supressão de item (10.1.1) de instalação e manutenção de usina de asfalto e central de concreto; supressão de itens (4.1.4.1, 4.1.4.3 e 4.1.4.5) de transportes não utilizados; supressão de serviços auxiliares na composição do serviço de sublastro do item 4.1.1.2 e 4.2.1.2; inclusão contratual de item de solda aluminotérmica com base em preço referencial DIF/Sicro2 de modo a viabilizar metodologia híbrida (mais econômica) de soldagem de trilhos prevista em projeto;

128.4. Recomendar à Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos (CNPJ 15.457.856/0001-68), com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU que, ao licitar obras contendo recursos federais, disponibilize o instrumento convocatório em seu sítio eletrônico acompanhado de todos os documentos que o compõe (projetos, planilhas, softwares, etc.) de modo a ampliar a publicidade e a transparência no certame, evitando-se dúvidas e eventuais questionamentos quanto ao acesso dos documentos por parte dos licitantes;

128.5 Dar ciência à Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos (CNPJ 15.457.856/0001-68) que:

128.5.1 a exigência de visita prévia ao local da obra pelo engenheiro responsável pela sua execução em datas pré-definidas, sem a demonstração da imprescindibilidade da visita, infringe o disposto no art. 3º, caput, e § 1º, inciso I, e no art. 30, inciso III, da Lei nº 8.666/1993;

128.5.2 a imposição de apresentação de proposta de preço gerada por *software* fornecido pela Agesul infringe o disposto no art. 27 da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993;

128.6 Recomendar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), CNPJ 04.892.707/0001-00, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU que assegure a realização de estudos de viabilidade técnico-econômica sobre o levantamento das jazidas comerciais e o mapeamento das jazidas não comerciais da região de realização da obra quando da aprovação de projetos ferroviários sobre sua alçada (rebaixamento de linha férrea, contornos



ferroviários e assemelhados), utilizando-se sempre que for viável dos instrumentos legais previstos no Código de Minas referente ao bloqueio mineral de jazidas;

128.7 Encaminhar cópia do Acórdão, Relatório e Voto que o Tribunal vier a adotar à Diretoria de Infraestrutura Ferroviária do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DIF/Dnit), à Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos (Agesul), à Secretaria de Controle Externo do TCU no estado do Mato Grosso do Sul, à Procuradoria da República em Três Lagoas e aos responsáveis no processo;

128.8 Autorizar o monitoramento das determinações propostas nos subitens anteriores na forma do art. 4º, inciso I da Portaria Segecex 27/2009;

128.9 Autorizar o encerramento dos presentes autos na forma do art. 40, inciso III da Resolução TCU n. 191 de 21 de junho de 2006 c/c art. 169, III, do RITCU.

À consideração superior.

SecobHidroferrovia - 3ª Diretoria Técnica, 30 de abril de 2014.

Reinaldo Cano de Mello
AUFC – Matrícula 8.554-5