

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 021.717/2013-3

Natureza: Representação.

Entidade: Secretaria de Infraestrutura do Estado do Ceará – Seinfra/CE.

Responsável: Fernando Antonio Costa de Oliveira (CPF 230.572.893-04), Presidente da Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará – CCC.

Representante: Promessa de Consórcio MGC-Mercurius Gel Cidade (Consórcio).

Interessados: Mercurius Engenharia S/A – Mesa (CNPJ 07.510.485/0001-02); Goetze Lobato Engenharia Ltda – Gel (CNPJ 89.952.709/0001-9); Construtora Cidade Ltda.- Cidade (CNPJ 92.943.398/0001-18); Promessa de Consórcio MGC-Mercurius Gel Cidade (Consórcio); Construtora OAS S.A. (CNPJ 14.310.577/0001-04); Construtora Norberto Odebrecht S/A (CNPJ 15.502.288/0001-82)

Representação legal: Luiz Fernando Pereira, OAB/PR 22.076; Fernando Vernalha Guimarães (OAB/PR 20.738); Silvio Felipe Guidi, OAB/PR 36.503 e outros, representando a empresa Goetze Lobato Engenharia Ltda. (peça 14); Antônio Carlos de Cerqueira Silva (CPF 123.053.595-00), representando a Construtora OAS S.A. (peça 42); João Geraldo Piquet Carneiro (OAB/DF 800-A), Arthur Lima Guedes (OAB/DF 18.073) e outros, representando a Construtora OAS S.A. (peça 43); Adriano Chaves Jucá Rolim (OAB/BA 11.320); Adriano Sá de Seixas Maia (OAB/BA 14.561) e outros, representando a Construtora Norberto Odebrecht S/A (peça 46).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CAUTELAR. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NA CONDUÇÃO DE CONCORRÊNCIA. INABILITAÇÃO DO CONSÓRCIO REPRESENTANTE POR AUSÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DE ENGENHEIRO. INCLUSÃO NO EDITAL DE OBRA NÃO CONTEMPLADA NO OBJETO DA LICITAÇÃO. ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES DA LICITAÇÃO SEM QUE OS DEMAIS LICITANTES TIVESSEM DIREITO A USUFRUIR DESSA MUDANÇA. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. INSUBSISTÊNCIA DA CAUTELAR. CONHECIMENTO E PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO E OS ATOS SUBSEQUENTES. NÃO APLICAÇÃO DE MULTA AO GESTOR RESPONSÁVEL. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a última instrução elaborada pela Secex/CE (peça 93), a qual teve anuência do seu corpo diretivo (peça 94):

“INTRODUÇÃO

1. *Trata-se da análise da nova documentação acostada aos autos pela Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará (peças 84 e 86) e atualização das instruções às peças 73 e 74, determinadas pelo Despacho à peça 91 deste processo.*

HISTÓRICO

2. *O presente processo teve origem em Representação, com pedido de cautelar, formulada pelas empresas Mercurius Engenharia S/A – Mesa (CNPJ 07.510.485/0001-02), Goetze Lobato Engenharia Ltda – GEL (CNPJ 89.952.709/0001- 9), Construtora Cidade Ltda.- Cidade (CNPJ 92.943.398/0001-18) e Promessa de Consórcio MGC-Mercurius GEL Cidade (Consórcio), acerca de possíveis irregularidades praticadas no âmbito do Edital de Concorrência 20130003/Seinfra/CCC, do Governo do Estado do Ceará (peça 1).*

3. *Referida licitação teve como objeto a seleção de empresa ou consórcio de empresas para a prestação de serviços de Manutenção e Conservação Estrutural e Rodoviária do Sistema Viário de Interseção e Acessos de Vias Urbanas à CE- 040, incluindo a Ponte Estaiada sobre o Rio Cocó, bem como os serviços de Operação, Manutenção, Conservação e Exploração do Mirante, a serem precedidas das obras de Construção e Implantação das Melhorias do Sistema Viário de Mobilidade Urbana de Fortaleza e Mirante (Projeto de Melhoria do Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros). A fonte de recursos prevista no item 8.8 do edital, destinada ao pagamento das despesas com os aportes públicos e com as contraprestações pecuniárias, correrão por conta de dotações orçamentárias específicas alocadas na Seinfra 08100001.26.782.003.14777.01 - fonte: Tesouro Estadual e convênio com o Governo Federal (peça 12).*

4. *Segundo a Representante, a irregularidade no citado procedimento licitatório se deveu ao fato de a mesma ter sido inabilitada do mencionado certame após recurso interposto pelas demais licitantes, alegando que o Engenheiro Luiz Fernando Cordeiro (indicado pela empresa GEL para responder tecnicamente perante o Governo do Ceará) tem contrato apenas de experiência com a referida empresa. A Comissão Central de Concorrência - CCC considerou que o vínculo existente entre o profissional e a GEL não era suficiente para demonstrar que este profissional está inserido no quadro permanente da empresa, o que, segundo a CCC, feriu o art. 30 da Lei 8666/1993, ocasionando a inabilitação da mesma (peça 2, p. 7-8).*

5. *A Representante arguiu também que o ato da CCC que inabilitou o Consórcio não foi submetido à autoridade superior, configurando usurpação de competência, tendo em vista que o julgamento dos recursos manejados em face da habilitação deve ser feito pela autoridade superior, **in casu**, o Secretário da Infraestrutura do Estado do Ceará, conforme o art. 109, §4 da Lei 8666/1993.*

6. *Quanto à admissibilidade da presente representação, foi observado, na instrução à peça 7, que a mesma 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.*

7. *Na primeira instrução à peça 7, foi proposta a oitiva prévia do Sr. Fernando Antonio Costa de Oliveira, Presidente da Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará, para que se pudesse analisar, com maior profundidade, a existência do requisito do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, bem como solicitar informações acerca de eventual risco à administração ou ao interesse público em caso de adoção da medida cautelar, na forma requerida pelo representante.*

8. *Após a realização da oitiva retromencionada, em instrução à peça 17 foi proposto: cautelarmente, que a Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará suspendesse a Concorrência 20130003/Seinfra/CCC e os atos dela decorrentes, particularmente no que se refere à contratação e aos pagamentos ao consórcio vencedor; as oitivas das Empresas Construtora OAS S/A e Construtora Marquise S/A para que as mesmas, caso quisessem, apresentassem manifestações sobre os fatos apontados na presente representação; diligência à CCC para que a mesma encaminhasse a este TCU os documentos referentes à habilitação das empresas componentes de todos os consórcios competidores na Concorrência 20130003/Seinfra/CCC, assim como as propostas de preço, estas últimas no caso de já se terem tornado públicas e também informações sobre a origem, o montante e a*

aplicação de recursos federais na referida obra; além da audiência do Sr. Fernando Antonio Costa de Oliveira, Presidente da CCC, acerca da inabilitação do Consórcio MGC da Concorrência 20130003/Seinfra/CCC, contrariando o disposto no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8666/93 e jurisprudência do TCU.

9. Em relação à medida cautelar pleiteada, o Exmo. Sr. Ministro-Relator à época, em Despacho à peça 18, entendeu, em juízo de cognição sumária, que naquele momento não existia o perigo da demora, já que o certame se encontrava suspenso por liminar concedida pela Justiça do Estado do Ceará, em sede de mandado de segurança impetrado pelas empresas ora representantes, não havendo, portanto, perigo na demora hábil para se suspender aquilo que já se encontrava judicialmente suspenso. Em relação às outras propostas, o Ministro-Relator acatou as mesmas, tendo sido efetivadas as oitivas das licitantes, além da diligência e da audiência propostas, objetos da presente análise.

10. Depois de analisadas as oitivas, a diligência e a audiência referidas no parágrafo anterior, em instrução à peça 58, foi proposto, dentre outros, o conhecimento da presente representação, com o provimento do seu mérito; que fosse determinado, cautelarmente, nos termos do art. 276, **caput**, do Regimento Interno/TCU, à Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará, que suspendesse a Concorrência 20130003/Seinfra/CCC e os atos dela decorrentes; e que fossem rejeitadas as razões de justificativa do Sr. Fernando Antonio Costa de Oliveira, Presidente da Comissão Central de Concorrência, e fosse determinado à Comissão Central de Concorrência do Estado do Ceará que anulasse o ato que inabilitou o Consórcio formado pelas Empresas Mercurius Engenharia S/A – Mesa (CNPJ 07.510.485/0001-02), Goetze Lobato Engenharia Ltda – GEL (CNPJ 89.952.709/0001- 9), Construtora Cidade Ltda.- Cidade (CNPJ 92.943.398/0001-18), com a consequente anulação de todos os atos posteriores, e que, se fosse do interesse da administração, que o processo licitatório prosseguisse, com a inclusão do referido consórcio como licitante habilitado.

11. A proposta contida na peça 58 deste processo, e mencionada no parágrafo anterior, foi baseada no fato de que o consórcio representante foi considerado capaz de realizar a obra objeto da Concorrência 20130003/Seinfra/CCC, de acordo com a análise efetivada pela própria Seinfra e pela Comissão Central de Concorrência (peça 2, p. 16-23), e inabilitar referido consórcio por considerar que um contrato de experiência não poderia comprovar que um empregado faz parte do quadro permanente de uma empresa licitante seria ir contra a Jurisprudência desta Casa e contra o interesse público contido na Lei 8666/1993, qual seja, buscar sempre a proposta mais vantajosa para a Administração.

12. Dissentindo da proposta contida na peça 58, em pronunciamento à peça 59, o Secretário–Substituto da Secex/CE propôs, dentre outros, conhecer da presente Representação, nos termos dos arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666, de 1993 para, no mérito, negar-lhe provimento.

13. A proposta contida na peça 59 deste processo foi baseada no fato de que as declarações obrigatórias exigidas pelo item 10.6 do edital, firmadas pelo Engenheiro Luiz Fernando Cordeiro, ora como responsável técnico (peça 13, p. 30), ora como Diretor/Representante legal da empresa consorciada (peça 13, p. 31), podiam ser consideradas nulas, uma vez que foram firmadas por quem não detinha competência para subscrevê-las, além de que as aludidas declarações continham informações que não se coadunavam com os poderes conferidos ao mencionado engenheiro, além de afrontarem outros princípios que regem as licitações.

14. Considerando que constava dos presentes autos cópia do Edital da Concorrência nº 20130003/Seinfra/CCC e que o mesmo trazia cláusula com a obrigação de o vencedor do certame realizar a construção de prédio em troca do atual centro administrativo do governo cearense, especificando esse negócio jurídico como ‘dação em pagamento’ (glossário e itens 1.1.3 e 1.1.3.1 do edital) e que a obra de construção do novo centro administrativo não constava especificamente do objeto da referida concorrência, antes de decidir o mérito da presente representação, por intermédio do Acórdão 3203/2013 – TCU – Plenário (peça 65), foi proposta a audiência do Sr. Fernando Antonio

Costa de Oliveira, presidente da Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará, bem como a oitiva da Secretaria de Infraestrutura do Estado do Ceará, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento da notificação, apresentassem justificativas acerca da inclusão no edital da Concorrência nº 20130003/Seinfra/CCC de obra não contemplada no objeto do referido certame (construção de prédio em troca do atual centro administrativo do governo cearense), com violação à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ante a ofensa ao princípio do parcelamento do objeto com fuga ao devido procedimento licitatório.

15. *Depois de analisadas a audiência e a oitiva determinadas pelo Acórdão 3203/2013–TCU–Plenário, em instrução à peça 73 foi proposto, dentre outros, conhecer da presente Representação, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c com o art. 237, VII, do Regimento Interno do TCU, e considerá-la prejudicada, por perda de objeto, além do acolhimento das razões de justificativa apresentadas pelo Presidente da Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará, Senhor Fernando Antônio Costa de Oliveira, relativamente à inclusão da obra do Edifício Sede da PGE no Edital de Concorrência 20130003/Seinfra/CCC.*

16. *A proposta contida na peça 73 deste processo e mencionada no parágrafo anterior foi baseada no fato de que diante da publicação do resultado do julgamento da Concorrência 20130003/Seinfra/CCC (peça 72), entendeu-se que a representação estava prejudicada, ante a perda de seu objeto. Já em relação ao acolhimento das razões de justificativa apresentadas pelo Presidente da Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará, a proposta foi baseada no fato de a modelagem de licitação adotada pelo Poder Público Estadual, com a inclusão da construção da nova sede da PGE na qualidade de obrigação acessória do parceiro privado, partiu da necessidade de compatibilização com o cronograma de execução das obras objeto da Parceria Público-Privada, medida essa que visou evitar o descompasso de execução entre a implementação da PPP e a entrega do imóvel, com ocorrência de eventuais custos de realocação e interrupção na prestação dos serviços públicos.*

17. *Dissentindo da proposta contida na peça 73, unicamente no tocante a considerar prejudicada a presente representação em razão de o Estado ter divulgado o resultado do certame, em pronunciamento à peça 74, o Secretário da Secex/CE propôs, em relação a esse item, conhecer da presente Representação, nos termos dos arts. 235 e 237 do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666, de 1993 para, no mérito, negar-lhe provimento.*

18. *Em 2/5/2013 foram trazidas aos autos novas informações pela Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará (peças 84). Em 8/9/2014 foram trazidas outras informações pela Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará (peças 86).*

19. *Em 8/10/2014, o Exmo. Sr. Ministro Relator André Luís de Carvalho declarou a sua suspeição para atuar no presente processo (peça 87).*

20. *Em 14/10/2014 foi realizado o sorteio do novo Relator, tendo sido sorteado o Ministro Aroldo Cedraz (peça 89). Tendo em vista a redistribuição automática dos processos da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, que assumiu a presidência do TCU, o presente processo foi distribuído para o Ministro Augusto Nardes.*

21. *Considerando a necessidade de sanear o presente processo e tendo em vista as novas informações trazidas aos autos pela Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará (peças 84 e 86), por intermédio do Despacho à peça 91 foi determinado o encaminhamento dos presentes autos à Secex/CE com vistas à análise da nova documentação acostada aos autos pela Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará (peças 84 e 86) e atualização das instruções às peças 73 e 74, que são os objetos da presente instrução.*

EXAME TÉCNICO

22. *Em relação às novas informações trazidas aos autos pela Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará, constante da peça 84 deste processo, vemos que a mesma corresponde à resposta a um questionamento de um licitante, que perguntou qual o valor financeiro*

do aporte público para a obra em questão. Segundo consta da resposta da Comissão Central de Concorrência – CCC, o valor financeiro do aporte público para a obra será de R\$ 288.071.554,35.

23. Em relação à peça 86, vemos que a mesma contém cópias de documentos enviados pelo Presidente da Comissão Central de Concorrência – CCC e Procurador Geral do Estado do Ceará, Sr. Fernando Antônio Costa de Oliveira.

24. Mencionados documentos correspondem à Resolução 1899/2014, do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, por meio da qual referido Tribunal resolveu: ‘revogar a medida cautelar concedida no Despacho Singular 1280/2014 e homologada pela Resolução 0494/2014, autorizando a homologação e adjudicação da Concorrência Pública Nacional 20130003/Seinfra/CCC - Parceria Público-Privada da Ponte Estaiada); Outrossim, determinar à Seinfra que adeque o contrato (Anexo 3 do Edital) e o Termo de Dação em Pagamento do imóvel (Anexo 10-A do Edital) no sentido de excluir qualquer menção ou condição alusiva à entrega do Edifício Sede da PGE (novo imóvel), bem como que altere a Cláusula Segunda do mencionado termo, majorando a avaliação do imóvel de R\$ 83.480.000,00 para R\$ 93.480.000,00; Ademais, determinar à Seinfra que encaminhe a esta Corte o Contrato e o Termo de Dação em Pagamento do imóvel com as devidas alterações e assinaturas do poder concedente e da concessionária, para que sejam analisados pela Comissão Especial de Acompanhamento e Fiscalização de Obras e Grande Porte deste Tribunal (peça 86, p. 4-9).

25. Além da Resolução 1899/2014 (peça 86, p. 4-9) mencionada no parágrafo anterior, consta da peça 86 o Termo de Homologação da Concorrência Pública Nacional 20130003/Seinfra/CCC (peça 86, p. 10), o Contrato 004/2014/Seinfra (peça 86, p. 11-51) dela decorrente e sua publicação (peça 86, p. 52).

26. Vale salientar que a Resolução 1899/2014 do Tribunal de Contas do Estado do Ceará foi aprovada mediante voto de desempate do Presidente daquela Corte de Contas.

27. Em relação ao mérito do presente processo, vemos que os fatos constantes dos documentos trazidos aos autos, incluídos na peça 86, dizem respeito à audiência realizada por este TCU, mencionada nos parágrafos 14 a 17 desta instrução.

28. Vemos que o ponto crucial da presente representação repousa no questionamento se um contrato de experiência pode comprovar que um empregado faz parte do quadro permanente de uma empresa licitante, afim de atendimento ao art.30 da Lei 8666/1993.

29. Conforme vimos, há vários julgamentos desta Corte de Contas no sentido de considerar que a expressão ‘quadro permanente’ não implica que o profissional deva necessariamente integrar os quadros da empresa licitante, como empregado ou como sócio. Segundo o Voto do Ministro-Relator do Acórdão 1097/2007 - Plenário, não é necessária a presença de vínculo empregatício para comprovação de que o profissional integra o quadro permanente da sociedade. Em muitos casos, é suficiente a comprovação da existência de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum.

30. Da leitura do Acórdão citado no parágrafo anterior, vê-se claramente que o Ministro-Relator enfatizou não ser necessária a presença de vínculo empregatício para comprovar que o profissional integra o quadro permanente da empresa. A suficiência da comprovação da existência de um contrato de prestação de serviços é citada apenas como exemplo que ocorre em muitos casos, mas em nenhum momento ela exclui o contrato de experiência, pois se não é necessária a presença de vínculo empregatício, um contrato de experiência já seria suficiente para a comprovação.

31. Podemos citar também como exemplo o Acórdão TCU 1417/2008 – Plenário, que firmou entendimento de que na expressão ‘quadro permanente’ importa essencialmente que o profissional esteja disponível para desempenhar seus serviços no momento da execução de um possível contrato. Outras decisões desta Corte de Contas entendem que não se pode conceber que as empresas licitantes sejam obrigadas a manter profissionais de alta qualificação, sob vínculo empregatício, apenas para participar da licitação (Acórdãos 2.297/2005, 361/2006 e 291/2007, todos do Plenário).

32. Essa orientação, como bem diz o TCU, impede que as licitantes sejam obrigadas a manter profissionais de alta qualificação, sob vínculo empregatício, apenas para participar da licitação, pois

a interpretação ampliativa e rigorosa da exigência de vínculo trabalhista se configuraria como uma modalidade de distorção (Acórdão 3390/2011 – TCU – Segunda Câmara).

33. Outro ponto que mereceu destaque na presente representação, conforme vemos na instrução à peça 59, diz respeito ao fato de que as declarações obrigatórias exigidas pelo item 10.6 do edital, firmadas pelo Engenheiro Luiz Fernando Cordeiro, ora como responsável técnico (peça 13, p. 30), ora como Diretor/Representante legal da empresa consorciada (peça 13, p. 31), podiam ser consideradas nulas, uma vez que foram firmadas por quem não detinha competência para subscrevê-las, além de que as aludidas declarações continham informações que não se coadunavam com os poderes conferidos ao mencionado engenheiro, além de afrontarem outros princípios que regem as licitações.

34. Vemos à peça 13, p. 31, um Termo de Anuência em que consta a assinatura do Sr. Luiz Fernando Cordeiro como Diretor/Representante da empresa GEL. Mencionado documento foi emitido apenas para atender ao subitem 10.6.1 (d) do edital. O documento, ademais, trata de uma expressa anuência do responsável técnico à utilização de seu nome em documentos técnicos, não havendo sentido em ser assinado por alguém que não o próprio. Em nenhum outro documento nos presentes autos o signatário assina com tal qualificação. Ao contrário, lê-se, por exemplo, nos documentos na peça 2, p.39, 50 e 71 que quem assina pelo Consórcio MGC é o Senhor Paulo Fernando Billes Gotze, representante legal da empresa GEL.

35. Vemos também à peça 13, p. 30 que o Engenheiro Luiz Fernando assinou documento comprometendo-se como responsável técnico da obra a ser realizada, em caso de sucesso do Consórcio MGC na licitação. Consideramos que exigir a inscrição do engenheiro como responsável técnico pela empresa antes do certame representaria excessivo formalismo, e como tal prejudicial ao próprio certame, pois referida inscrição pode ser realizada a qualquer momento, o que ocorreu em 4/9/2013 (peça 54, p. 11).

36. A própria Comissão Central de Concorrência, em reunião realizada em 21/6/2013 (peça 2, p. 5), declarou habilitado o consórcio representante (Mercurius Engenharia S/A – Mesa (CNPJ 07.510.485/0001-02), Goetze Lobato Engenharia Ltda – GEL (CNPJ 89.952.709/0001- 9) e Construtora Cidade Ltda.- Cidade (CNPJ 92.943.398/0001-18). Ou seja, a própria Comissão Central de Concorrência aceitou os documentos apresentados pelo representante.

37. Somente após a interposição de recurso contra a habilitação da representante, é que a Comissão Central de Concorrência levantou esse questionamento sobre o Engenheiro Luiz Fernando Cordeiro ter assinado documentos ora como responsável técnico ora como Diretor/Representante legal da empresa consorciada. Vale salientar que nos recursos interpostos pelo Consórcio Ponte Estaiada OAS–Marquise e pelo Consórcio Nova Fortaleza (Construtora Queiroz Galvão e Construtora Norberto Odebrecht), contra o representante, não constava referido questionamento, conforme vemos à peça 2, p. 14-15.

38. Vê-se também que no parecer da Comissão Central de Concorrência, que analisou os recursos impetrados pelos Consórcios Ponte Estaiada OAS–Marquise e Nova Fortaleza, o fato do Engenheiro Luiz Fernando Cordeiro ter assinado documentos ora como responsável técnico ora como Diretor/Representante legal da empresa consorciada se mostrava de regularidade duvidosa (peça 2, p. 27). Vemos no referido parecer que o fato causador da inabilitação da representante foi a alegação do Engenheiro Luiz Fernando Cordeiro (indicado pela empresa GEL para responder tecnicamente perante o Governo do Ceará) ter contrato apenas de experiência com a referida empresa e que referido contrato não era suficiente para demonstrar que este profissional está inserido no quadro permanente da empresa, o que, segundo a CCC, feriu o art. 30 da Lei 8666/1993, ocasionando a inabilitação da representante.

39. Entendemos, portanto, que não cabe aceitar que se justifique a inabilitação do representante por esse mero formalismo, que já foi regularizado em 4/9/2013, conforme descrito no parágrafo 35 desta instrução.

40. *Em uma obra com aporte público de R\$ 288.071.554,35, a administração não poderia jamais deixar de buscar a proposta mais vantajosa. Desclassificar um licitante, com argumentos frágeis e contra a jurisprudência deste TCU, seria ir contrário ao interesse público.*

41. *Vemos no parecer da Comissão Central de Concorrência, quando da análise do recurso impetrado pelos Consórcios Ponte Estaiada OAS–Marquise e Nova Fortaleza, que o representante tem capacidade para a execução da obra (peça 2, p. 23), tendo o mesmo sido desclassificado pelo fato de o Engenheiro Luiz Fernando Cordeiro ter contrato apenas de experiência com a referida empresa e que referido contrato não era suficiente para demonstrar que este profissional está inserido no quadro permanente da mesma. Ou seja, o representante, com condições de executar a obra, foi desclassificado por um fato que não encontra amparo na jurisprudência do TCU.*

42. *Vemos também que a Resolução 1899/2014 (peça 86, p. 4-9), do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, alterou o Anexo 3 do Edital (o Contrato) e o Anexo 10-A do Edital (Termo de Dação em Pagamento do Imóvel), ou seja, as condições da licitação foram alteradas, sem que os demais licitantes tivessem direito em usufruir dessas alterações.*

43. *Com essas alterações no edital em comento, vê-se que a Concorrência 20130003/Seinfra/CCC está eivada de vício, devendo a Comissão Central de Concorrência anular o referido edital e, com base no §2º, do art. 49 da Lei 8.666/1993, anular também o Contrato 004/2014/Seinfra.*

44. *Com essa nova redação determinada pelo Tribunal de Contas do Ceará a anexos do edital, demais licitantes poderão oferecer propostas mais vantajosas para o Estado do Ceará e em uma obra com aporte público de R\$ 288.071.554,35, a administração não pode jamais deixar de buscar a proposta mais vantajosa.*

45. *Vemos à peça 92, o espelho do Contrato 004/2014/Seinfra, firmado entre o Estado do Ceará, representado pela Seinfra, e o Consórcio Ponte Estaiada OAS-Marquise Infraestrutura S.A (peça 86, p. 11-44), referente à execução da obra em comento. Vê-se que apesar de o contrato para a execução da obra já ter sido assinado em 21/8/2014, até o momento nenhum valor foi empenhado e, conseqüentemente, nenhum valor foi pago. Assim, a anulação do contrato não causaria nenhum dano reverso.*

46. *Vimos que na Concorrência 20130003/Seinfra/CCC, o Consórcio formado pelas Empresas Mercurius Engenharia S/A – Mesa (CNPJ 07.510.485/0001-02), Goetze Lobato Engenharia Ltda – GEL (CNPJ 89.952.709/0001- 9), Construtora Cidade Ltda.- Cidade (CNPJ 92.943.398/0001-18) foi inabilitado contra a Jurisprudência deste TCU e, além disso, e o que é mais grave, vimos que a Resolução 1899/2014 (peça 86, p. 4-9), do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, alterou anexos do edital, ou seja, as condições da licitação foram alteradas, desfigurando o objeto originalmente licitado, sem que os demais licitantes tivessem direito em usufruir dessas alterações e o Estado do Ceará deixou de buscar proposta mais vantajosa para a execução da obra em comento.*

47. *Nota-se, portanto, que a Concorrência 20130003/Seinfra/CCC está eivada de vício, devendo este TCU, com fulcro no art.45 da Lei 8.443/1992, assinar prazo para que a Comissão Central de Concorrência anule o referido edital e, com base no §2º, do art. 49 da Lei 8.666/1993, anule o Contrato 004/2014/Seinfra, uma vez que não há dano reverso, realizando, se for do seu interesse, novo procedimento licitatório, já incluído no mesmo as modificações determinadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará, inseridas na Resolução 1899/2014 (peça 86, p. 4-9).*

48. *O caso em tela assemelha-se ao julgado no Acórdão 608/2008 - TCU – Plenário (TC – 029.772/2007-3), da lavra do Ministro-Relator Benjamin Zymler, em que foi fixado prazo para anulação de Concorrência Pública e do contrato decorrente em função de inúmeras irregularidades e também de exigência de comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico de nível superior com a empresa licitante, uma vez que extrapola as exigências de qualificação técnico-profissional, definidas no art. 30, inciso II e § 1º, da Lei 8.666/93, **verbis**:*

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação efetuada por unidade técnica em vista da constatação de irregularidades em licitação conduzida pela Prefeitura Municipal de Várzea Grande-MT (Concorrência Pública 02/2007), com recursos do PAC e tendo por objeto a

recuperação e melhorias de infra-estrutura urbanas diversas no município em referência, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no art. 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, conhecer da presente representação, para no mérito, considerá-la procedente;

9.2. fixar, com fulcro no inc. IX do art. 71 da Constituição Federal c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno desta Corte, o prazo de 15 (quinze) dias para que a Prefeitura Municipal de Várzea Grande/MT adote, nos que diz respeito às obras suportadas com recursos da União (conjunto habitacional e sistemas de abastecimento de água e de esgoto sanitário), as providências necessárias com vistas à anulação da Concorrência Pública 002/2007 e do Contrato nº 102/2007, firmado com a empresa Três Irmãos Engenharia Ltda.;

9.3. determinar à Prefeitura Municipal de Várzea Grande, que, no caso de nova licitação para as obras em comento, bem como nas demais licitações envolvendo recursos federais:

...

9.3.4. abstenha-se de exigir comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico de nível superior com a empresa licitante, uma vez que extrapola as exigências de qualificação técnico-profissional, definidas no art. 30, inciso II e § 1º, da Lei 8.666/93;

...

9.5. encaminhar cópia da decisão, acompanhada do relatório e voto que a fundamentam, ao Ministério Público Estadual, à Procuradoria da República no Estado de Mato Grosso, à Caixa Econômica Federal (CEF), ao Ministério das Cidades, à Câmara de Vereadores do Município de Várzea Grande/MT e ao Tribunal de Conta do Estado do Mato Grosso;

...

9.7. determinar à Secex/MT que:

...

9.7.2. monitore as providências a serem adotadas pelo Município de Várzea Grande/MT, tanto em relação à anulação da Concorrência 2/2007, quanto ao cumprimento das determinações deste Acórdão na hipótese de realização de novo procedimento licitatório.

CONCLUSÃO

49. Esta instrução analisou a nova documentação acostada aos autos pela Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará (peças 84 e 86) e atualizou as instruções às peças 73 e 74, que tratam do mérito da presente representação.

50. Vimos que a peça 84 deste processo contém resposta da Comissão Central de Concorrência – CCC a um questionamento de um licitante, informando-o que o valor financeiro do aporte público para a obra será de R\$ 288.071.554,35.

51. Vimos que a peça 86 deste processo, enviada também pela Comissão Central de Concorrência – CCC, contém cópia da Resolução 1899/2014 (peça 86, p. 4-9) do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, o Termo de Homologação da Concorrência Pública Nacional 20130003/Seinfra/CCC (peça 86, p. 10), o Contrato 004/2014/Seinfra (peça 86, p. 11-51) dela decorrente e sua publicação (peça 86, p. 52).

52. Vimos que os fatos constantes dos documentos trazidos aos autos, incluídos na peça 86, dizem respeito à audiência realizada por este TCU, mencionada nos parágrafos 14 a 17 desta instrução.

53. Na análise realizada nos parágrafos 22 a 47 desta instrução, vê-se que a Concorrência 20130003/Seinfra/CCC está eivada de vício, devendo este TCU, com fulcro no art.45 da Lei 8.443/1992, assinar prazo para que a Comissão Central de Concorrência anule o referido edital e, com base no §2º, do art. 49 da Lei 8.666/1993, anule o Contrato 004/2014/Seinfra, realizando, se for do seu interesse, novo procedimento licitatório, já incluído no mesmo as modificações determinadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará, inseridas na Resolução 1899/2014 (peça 86, p. 4-9).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

54. Ante o exposto, submetemos os autos à consideração superior com proposta de:

a) conhecer da presente Representação, nos termos dos art. 237 do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 para, no mérito, considerá-la procedente;

b) fixar, com fulcro no inc. IX do art. 71 da Constituição Federal c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno desta Corte, o prazo de 15 (quinze) dias para que a Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará adote, no que diz respeito às obras suportadas com recursos da União, as providências necessárias com vistas à anulação da Concorrência 20130003/Seinfra/CCC e, com base no §2º, do art. 49 da Lei 8.666/1993, também para anulação do Contrato 004/2014/Seinfra;

c) determinar à Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará, que, no caso de nova licitação para as obras em comento:

c.1) abstenha-se de exigir comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico de nível superior com a empresa licitante, uma vez que extrapola as exigências de qualificação técnico-profissional, definidas no art. 30, inciso II e § 1º, da Lei 8.666/93;

c.2) inclua no Edital as modificações determinadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará, inseridas na Resolução 1899/2014;

d) comunicar ao Representante e ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará a decisão que vier a ser adotada nestes autos;

e) determinar à Secex/CE que monitore as providências a serem adotadas pelo Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará, tanto em relação à anulação da Concorrência 20130003/Seinfra/CCC e do Contrato 004/2014/Seinfra, quanto ao cumprimento das determinações deste Acórdão na hipótese de realização de novo procedimento licitatório”.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se de representação com pedido de cautelar formulada pelas empresas Mercurius Engenharia S/A – Mesa (CNPJ 07.510.485/0001-02), Goetze Lobato Engenharia Ltda – Gel (CNPJ 89.952.709/0001-9), Construtora Cidade Ltda. – Cidade (CNPJ 92.943.398/0001-18) e Promessa de Consórcio MGC-Mercurius Gel Cidade acerca de possíveis irregularidades praticadas no âmbito da Concorrência 20130003/SEINFRA/CCC do Governo do Estado do Ceará.

2. Tal concorrência, do tipo técnica e preço – Parceria Público Privada (PPP), na modalidade de concessão administrativa – tem como objeto a seleção de empresa ou consórcio de empresas para a prestação de serviços de manutenção e conservação estrutural e rodoviária do Sistema Viário de Interseção e acessos de vias urbanas à CE-040, incluindo a Ponte Estaiada sobre o Rio Cocó, bem como os serviços de operação, manutenção, conservação e exploração do Mirante, a serem precedidos das obras de construção e implantação das melhorias do sistema viário de mobilidade urbana de Fortaleza e Mirante (Projeto de Melhoria do Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros de Fortaleza). Assim, na análise das questões afetas ao certame de contratação de parceria público-privada, disciplinado pela Lei 11.079/2004, em especial no seu art. 12, a jurisprudência definida por este Tribunal na aplicação da Lei 8.666/1993 será de grande valia para elucidar as questões suscitadas nos presentes autos.

3. De acordo com os subitens 8.8 e 8.9 do edital da concorrência, os aportes públicos previstos para as obras totalizavam R\$ 338.071.554,35, tendo como fontes de recursos o Tesouro Estadual e um convênio com o Governo Federal (peça 4, p. 31). Desse valor, o Ministério das Cidades fez o enquadramento do projeto no Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, o que garantiria R\$ 259.000.000,00 oriundos do Orçamento Geral da União – OGU (peça 58, p. 3).

4. Em apertada síntese, o consórcio representante noticiou as supostas irregularidades no mencionado processo licitatório:

a) sua inabilitação do certame em razão de o engenheiro indicado para responder tecnicamente perante o Governo do Ceará não possuir vínculo com o consórcio, pois não pertencia ao quadro permanente de uma das empresas, em desacordo com o art. 30 da Lei nº 8.666/1993;

b) modificação da decisão de habilitação dos concorrentes pela Comissão Central de Concorrências do Governo do Estado do Ceará (CCC) sem submissão à autoridade hierarquicamente superior, em afronta aos artigos 94 e 109 da Lei de Licitações. Essa decisão foi tomada após serem impetrados recursos administrativos pelos outros participantes do certame.

5. O histórico deste processo no âmbito do TCU encontra-se detalhado nos subitens 6 a 20 do relatório que antecede este voto, onde é possível verificar que há entendimentos divergentes no âmbito da Secretaria de Controle Externo no Estado do Ceará (Secex/CE) a respeito dos vários pontos controversos identificados no processo licitatório ora em análise.

6. Com o objetivo de obter dados atualizados a respeito do status do certame e de examinar novas informações trazidas aos autos pela CCC (peças 84 e 86), o processo foi encaminhado novamente para a Secex/CE, que efetivou as análises requeridas (peça 93).

7. No que se refere ao status do processo licitatório, este havia sido suspenso, primeiramente, em razão de liminar concedida pela Justiça do Estado do Ceará, revogada ainda em 2013 (peças 18, 47 e 48), e, no segundo momento, por cautelar concedida pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará, posteriormente revogada pela Resolução nº 1.899/2014 daquela Corte, que autorizou a homologação e a adjudicação da Concorrência Pública 20130003/Seinfra/CCC (peça 86, p. 5/9).

8. No dia 23 de julho de 2014, a Secretaria da Infraestrutura do Estado do Ceará (Seinfra/CE) homologou o processo licitatório (peça 86, p. 10) e no dia 21 de agosto de 2014, assinou o contrato da Parceria Público Privada (peça 86, p. 11/52). Apesar disso, de acordo com as informações constantes dos autos, até a data dessa última instrução da unidade técnica, nenhum valor havia sido empenhado ou pago.

9. Feito esse breve apanhado do processo no âmbito do TCU e do status atual da Concorrência 20130003/SEINFRA/CCC, passo a decidir conforme considerações a seguir.
10. Primeiramente, conforme análise inicial da unidade técnica (peça 1), a matéria é de competência do TCU, tendo em vista a previsão de transferência de recursos federais do Programa de Aceleração do Crescimento para o concessionário vencedor da licitação, no montante de R\$ 259 milhões.
11. Quanto à admissibilidade da presente representação, conforme instrução à peça 7, esta poderia ser apurada nos termos do art. 113, §1º, da Lei nº 8.666/1993 e do art. 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU.
12. No que se refere ao pedido de suspensão cautelar, com as informações já trazidas aos autos, é possível formular proposta de mérito de maneira a não ser necessário o pronunciamento quanto aos fundamentos da medida acautelatória, em conformidade com o art. 276, § 6º, do RI/TCU.
13. No mérito, estou de acordo com as últimas manifestações uniformes da unidade técnica, constante das peças 93 e 94, conforme considerações a seguir.
14. O primeiro indício de irregularidade apontado pelo consórcio representante refere-se à sua inabilitação do certame em razão da inexistência de vínculo empregatício entre o engenheiro civil Luiz Fernando Cordeiro e a empresa Goetze Lobato Engenharia Ltda., pertencente ao consórcio.
15. Cabe ressaltar, primeiramente, que a Comissão Central de Concorrência, em reunião realizada em 21/6/2013 (peça 2, p.5), havia incluído o consórcio representante na lista dos habilitados, indicando que tal comissão havia aceitado todos os documentos apresentados, inclusive, os referentes ao profissional acima mencionado.
16. No entanto, após a interposição dos recursos pelos consórcios Ponte Estaiada OASMARQUISE (Construtoras OAS e Marquise – atual vencedor do certame) e Nova Fortaleza (Construtoras Queiroz Galvão e Norberto Odebrecht), a Comissão decidiu por inabilitar o Consórcio MGC (peça 2, p. 11/28).
17. O principal argumento utilizado pela Comissão Central de Concorrência para a inabilitação do consórcio representante foi que, à época do certame, o engenheiro Luiz Fernando Cordeiro não pertencia ao quadro permanente da empresa Goetze Lobato Engenharia Ltda., pois vinculava-se à ela somente por um contrato de experiência (peça 13, p. 13/24), não caracterizando, assim, ter um vínculo empregatício com esta.
18. Há vários julgamentos desta Corte de Contas no sentido de considerar que a expressão “quadro permanente” não implica que o profissional deva necessariamente integrar os quadros da empresa competidora como empregado ou como sócio. Segundo o Voto do Ministro-Relator do Acórdão 1097/2007 – Plenário, Min. Valmir Campelo, *“não é necessária a presença de vínculo empregatício para comprovação de que o profissional integra o quadro permanente da sociedade. Em muitos casos, é suficiente a comprovação da existência de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum”*.
19. Além disso, a jurisprudência dominante nesta Corte é no sentido de que a exigência de que as empresas concorrentes possuam vínculo empregatício com o profissional técnico qualificado por meio de carteira de trabalho assinada mostra-se excessiva e limitadora à participação de eventuais interessados no certame, uma vez que o essencial para a Administração é que o profissional esteja em condições de efetivamente desempenhar seus serviços no momento da execução de um possível contrato. (v.g. Acórdãos nºs 1.390/2010, 3.148/2014, 3.291/2014 e 1.447/2015, todos do Plenário).
20. Ressalte-se ainda que neste caso concreto a empresa Goetze Lobato Engenharia Ltda. registrou o engenheiro Luiz Fernando Cordeiro como responsável técnico em 4/9/2013, conforme documento à peça 54 p. 11.
21. Outro argumento para a inabilitação foram as assinaturas firmadas pelo mencionado engenheiro, ora como responsável técnico (peça 13, p. 30), ora como Diretor/Representante legal da empresa consorciada (peça 13, p. 31).

22. Entendo que a análise da unidade técnica constante dos subitens 34 e 35 da peça 93, abaixo, ajuda no deslinde da questão:
34. Vemos à peça 13, p. 31, um Termo de Anuência em que consta a assinatura do Sr. Luiz Fernando Cordeiro como Diretor/Representante da empresa GEL. Mencionado documento foi emitido apenas para atender ao subitem 10.6.1 (d) do edital. O documento, ademais, trata de uma expressa anuência do responsável técnico à utilização de seu nome em documentos técnicos, não havendo sentido em ser assinado por alguém que não o próprio. Em nenhum outro documento nos presentes autos o signatário assina com tal qualificação. Ao contrário, lê-se, por exemplo, nos documentos na peça 2, p.39, 50 e 71 que quem assina pelo Consórcio MGC é o Senhor Paulo Fernando Billes Gotze, representante legal da empresa GEL.
35. Vemos também à peça 13, p. 30 que o Engenheiro Luiz Fernando assinou documento comprometendo-se como responsável técnico da obra a ser realizada, em caso de sucesso do Consórcio MGC na licitação. Consideramos que exigir a inscrição do engenheiro como responsável técnico pela empresa antes do certame representaria excessivo formalismo, e como tal prejudicial ao próprio certame, pois referida inscrição pode ser realizada a qualquer momento, o que ocorreu em 4/9/2013 (peça 54, p. 11).
23. Um erro formal em um documento não pode ser considerado insanável, mormente quando se verifica que, de fato, o signatário não atua como dirigente da empresa, mas, sim, como responsável técnico, havendo provas, nesse sentido, já que as empresas ora representantes juntaram aos autos do processo de licitação a “Certidão de Registro de Pessoa Jurídica” fornecida pelo Crea/PR (fls. 10/11 da Peça nº 54), indicando que o engenheiro Luiz Fernando Cordeiro figurava como responsável técnico da empresa GEL – Goetze Lobato Engenharia Ltda.
24. Além disso, deve ser sopesado que o afastamento do consórcio no referido certame, em virtude dessa pequena falha formal, não contribui para a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração pública, até mesmo porque, com o afastamento, se reduziu o número de propostas válidas na licitação.
25. Desse modo, considerando que foram detectadas falhas meramente formais no documento original apresentado à comissão de licitação, não se mostra razoável a declaração de nulidade do referido documento, em respeito ao princípio da razoabilidade.
26. Em consonância com a última análise da unidade técnica (peças 93 e 94), a inabilitação do consórcio representante afrontou a jurisprudência pacífica do TCU e os princípios que regem as licitações.
27. No que se refere ao segundo indício levantado, referente ao não julgamento do recurso administrativo pela instância superior, apesar de a unidade técnica não ter se pronunciado expressamente a respeito dessa questão, tenho as seguintes observações a fazer.
28. Consta do subitem 21.3 do edital da licitação (peça 4, p. 63):
21.3. A COMISSÃO CENTRAL DE CONCORRÊNCIAS caso não reconsidere sua decisão, após a interposição do recurso, deverá encaminhar os recursos e as respectivas impugnações à Secretaria da Infraestrutura do Estado do Ceará - SEINFRA, acompanhado das informações necessárias à decisão superior. (Grifei)
29. Tal subitem do edital está em conformidade com o art. 109, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, que prevê expressamente:
O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade. (Grifei)
30. Neste caso concreto, a CCC enviou à Secretaria da Infraestrutura do Estado do Ceará os recursos interpostos, a qual realizou a análise técnica dos argumentos das recorrentes (peça 2, p. 13/16) e chegou à seguinte conclusão:
Os recursos apresentados pelas Licitantes, sintetizados no item 4 e a análise dos recursos processada e descrita no item 5, nos permitem informar que relativo aos atestados apresentados em consórcio é mantida a decisão de habilitação das licitantes participantes do certame, já em relação à validade do contrato de experiência, segue dúvida à CCC/PGE para posicionamento. (Grifei)

31. Ante a dúvida da Seinfra/CE, a Comissão Central de Concorrência, presidida pelo Procurador-Geral do Estado, deu provimento ao recurso interposto pelo Consórcio Nova Fortaleza (Construtora Queiroz Galvão S.A. e Construtora Norberto Odebrecht S.A.), em 24/7/2013 (peça 2, p. 28).
32. De acordo com o edital e com a Lei de Licitações, ficou transparente que a Seinfra/CE seria a unidade responsável pela decisão do recurso. No entanto, essa unidade somente reencaminhou a solução à Comissão Central de Concorrência, que havia praticado o ato recorrido e também decidiu sobre o recurso.
33. Ante o exposto, verifica-se que a CCC descumpriu a regra prevista no subitem 21.3 do edital e o previsto no art. 109, § 4º, da Lei de Licitações, conforme apontado pelo consórcio representante.
34. O então relator deste processo, Min. André Luís de Carvalho, à peça 65, apontou outro indício de irregularidade no certame, qual seja, a inclusão no edital de obra não contemplada no objeto da licitação (construção de prédio em troca do atual centro administrativo do governo cearense, negócio jurídico especificado no edital como “dação em pagamento”), ante a ofensa ao princípio do parcelamento do objeto, com fuga ao devido procedimento licitatório.
35. Em razão desse novo ponto levantado, o Plenário desta Corte, por intermédio do Acórdão nº 3.203/2013, determinou a audiência do Presidente da CCC e a oitiva da Seinfra.
36. Na análise das respostas apresentadas (peça 73), a assessora da Secex/CE concluiu pela validade das cláusulas editalícias em questão, considerando correta a modelagem de licitação adotada pelo poder público estadual, com a inclusão da construção do novo prédio que abrigará a sede da Procuradoria-Geral do Estado, visto que essa obra caracterizaria uma obrigação acessória do parceiro privado, sem a integração do seu valor na equação econômico-financeira formulada para a PPP.
37. Já o Secretário da Secex/CE entendeu que essa questão referente à dação em pagamento seria uma questão interna do Estado do Ceará, uma vez que a União arcaria estritamente com os custos relacionados à mobilidade urbana (peça 74).
38. Antes de me posicionar a respeito do mérito desse ponto, é cabível esclarecer os cálculos dos aportes públicos ao vencedor do certame.
39. De acordo com os autos (peça 73, p. 5/6), o total de recursos públicos que seriam transferidos ao concessionário vencedor seria de R\$ 338 milhões, sendo R\$ 259 milhões de recursos federais do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), R\$ 29 milhões de recursos estaduais e R\$ 50 milhões da operação denominada “dação em pagamento”.
40. Essa última operação consistia na transferência do Governo do Estado do Ceará para o consórcio vencedor da propriedade do imóvel onde hoje se situa o Centro Administrativo Bárbara de Alencar (bem público), avaliado pela Caixa Econômica Federal em R\$ 83.480.000,00.
41. Para se chegar no valor de R\$ 50 milhões previsto no edital, o consórcio vencedor teria a obrigação de construir um edifício onde ficaria a nova sede da Procuradoria-Geral do Estado ao custo de R\$ 33.480.000,00 (R\$ 83.480.000,00 - R\$ 50.000.000,00).
42. Com as devidas vênias, deixo de acolher o entendimento do dirigente da Secex/CE (peça 74), uma vez que o aporte de recursos da União previsto para o pagamento da concessionária corresponde a 76,6% do montante da concessão e não consta dos autos nenhuma indicação de que os recursos federais seriam utilizados unicamente para as obras de mobilidade urbana.
43. Além disso, cada modalidade de recurso não tem uma destinação específica, em linguagem popular: “o dinheiro não é carimbado”, de maneira que qualquer alteração no montante de uma modalidade influencia no valor das outras modalidades.
44. Também não consinto com a manifestação da assessora da unidade técnica quanto a esse ponto (peça 73) de que a operação denominada “dação em pagamento” fosse apenas uma obrigação acessória do licitante vencedor e que o parcelamento do objeto neste caso seria benéfico para o andamento do certame.

45. Identifico no mencionado procedimento violação aos princípios e às normas regentes das licitações, com fuga ao dever de se realizar o devido processo licitatório para a construção de obra pública estranha ao objeto da PPP, neste caso, o novo prédio da Procuradoria-Geral do Estado.
46. Com efeito, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.079/2004, a parceria público-privada consiste em contrato administrativo de concessão de serviço público que pode ser empreendida na modalidade patrocinada, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, ou na modalidade administrativa, quando a administração pública for a usuária direta ou indireta do serviço público, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.
47. Ocorre que, mesmo nesse contexto, não se pode descuidar do objeto do futuro contrato, não se mostrando razoável permitir a inclusão de obras claramente estranhas ao objeto da concessão de PPP, a exemplo do que ocorre no presente caso concreto, em que se pretende incluir a construção de um prédio no bojo de uma PPP destinada à prestação de serviços de manutenção e conservação estrutural e rodoviária de sistema viário estadual, com a construção de uma ponte estaiada e de um mirante.
48. Por conseguinte, entendo que a construção de tal obra no âmbito da aludida PPP, destinada à prestação de serviços de manutenção rodoviária, ofende ao princípio do parcelamento do objeto, além de trazer dificuldades adicionais para a devida definição dos custos unitários e total do empreendimento.
49. Na análise dos últimos documentos trazidos aos autos pela CCC, a unidade técnica, em entendimento uniforme (peças 93 e 94), levantou um novo indício de irregularidade decorrente da continuidade do certame, qual seja, a alteração das condições da licitação sem que os demais licitantes tivessem direito a usufruir dessa mudança, restringindo, assim, o seu caráter competitivo.
50. A Resolução nº 1.899/2014 do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, de 22 de julho de 2014 (peça 86, p 4/9), que revogou a medida cautelar daquele órgão, que suspendia tal licitação, também trouxe expressamente determinação à Seinfra/CE para que fossem alterados os Anexos 3 (Minuta do Contrato) e 10-A (Termo da Dação em Pagamento) do Edital da Concorrência *“no sentido de excluir qualquer menção ou condição alusiva à entrega do Edifício Sede da PGE (novo imóvel), bem como que altere a Cláusula Segunda do mencionado termo, majorando a avaliação do imóvel (terreno do centro administrativo) de R\$ 83.480.000,00 para R\$ 93.480.000,00.”*
51. Em obediência a tal mandamento, a Seinfra/CE e a CCC alteraram os anexos acima mencionados e deram continuidade ao certame com sua homologação, em 23/7/2014 (peça 86, p. 10) e com a assinatura do Contrato 004/2014/Seinfra, firmado com o Consórcio Ponte Estaiada OAS-MARQUISE (integrado pela Construtora OAS S.A. e a Construtora MARQUISE S.A.), em 21/8/2014 (peça 86, p.11/51).
52. Verifico, assim, que houve alterações no Edital da Concorrência 20130003/Seinfra/CCC, desfigurando o objeto e as condições de pagamento originais, sem que os demais participantes tivessem oportunidade de apresentar novas propostas em consonância com tais modificações.
53. A Súmula 177 desta Corte de Contas prevê expressamente:
“A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação (...)” (Grifei).
54. Além disso, a jurisprudência pacífica deste Tribunal é no sentido de que Devem ser reabertos os prazos estabelecidos em edital sempre que modificadas as condições de formulação das propostas, quer por acréscimo, alteração ou supressão de cláusulas diretamente no edital, quer pela divulgação de retificação ou interpretação que possa alterar a percepção dos potenciais interessados acerca de comandos contidos no instrumento convocatório e seus anexos. (v.g Acórdãos nºs 157/2012, 2.174/2012, 2.561/2013, todos do Plenário).
55. Nestas condições, entendo que as alterações promovidas no edital, sem a reabertura do prazo inicialmente estabelecido e sem a devida publicidade, restringiram o caráter competitivo do

certame, em desacordo com a jurisprudência pacífica deste Tribunal e com o art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/1993.

56. Cabe destacar que na peça 10 (instrução da unidade técnica), esta Corte solicitou esclarecimentos à Seinfra/CE e, na peça 18 (despacho do então Ministro Relator, Min. Subst. André Luís de Carvalho), este Tribunal requereu esclarecimentos à Seinfra/CE e às empresas pertencentes aos consórcios interessados nesta licitação a respeito das duas primeiras irregularidades acima mencionadas e que foram objeto desta representação: (i) inabilitação do consórcio representante em decorrência da exigência na capacitação técnico-profissional de profissional no quadro permanente do licitante no momento da licitação; e (ii) decisão da mesma instância a respeito do recurso interposto pelo consórcio representante, quando o correto seria pela instância superior.

57. Além disso, por intermédio do Acórdão nº 3.203/2013-TCU-Plenário, este Tribunal promoveu a oitiva da Secretaria de Infraestrutura do Estado do Ceará a respeito da terceira irregularidade, qual seja, a inclusão no edital de obra não contemplada no objeto da licitação (construção de prédio em troca do atual centro administrativo do governo cearense, negócio jurídico especificado no edital como “dação em pagamento”). Contudo, conforme destaquei no subitem 50 acima, o TCE/CE, por intermédio da Resolução nº 1.899/2014 determinou a exclusão de qualquer menção ou condição alusiva à entrega do Edifício Sede da PGE (novo imóvel) de maneira a sanar essa irregularidade.

58. Por outro lado, tendo em vista que a última irregularidade – alterações no Edital da Concorrência sem que os demais participantes tivessem oportunidade de apresentar novas propostas – foi identificada pela unidade técnica na análise das novas informações trazidas aos autos pela CCC (peças 84, 86 e 93), em obediência ao princípio da razoável duração do processo, não se realizou oitiva dos interessados quanto a esse ponto.

59. Nessas condições, verifico que foi atendido o prescrito no inciso V, do art. 250 do Regimento Interno do TCU quanto as duas primeiras irregularidades, em atendimento aos princípios do contraditório e ampla defesa. Tais irregularidades, a meu sentir, já são suficientes para que o Tribunal adote a medida a seguir exposta.

60. Ante o exposto e tendo em vista que até a data da última instrução da unidade técnica não havia sido pago nenhum montante de recurso federal, em consonância com os últimos entendimentos uniformes da unidade técnica (peças 93 e 94), proponho que esta Corte fixe um prazo para a Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará com vistas à anulação da Concorrência 20130003/Seinfra/CCC e de todos os atos subsequentes, em conformidade com o art. 71, inciso IX, da Constituição Federal c/c o art. 45 da Lei nº 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno do TCU em decorrência das duas irregularidades apontadas pelo consórcio representante.

61. Ante as razões expendidas, a presente representação deve ser considerada, no mérito, procedente, de maneira que a concessão da cautelar pleiteada mostra-se, no presente momento, prejudicada.

62. Apesar de o Presidente da Comissão Central de Concorrências não ter elidido os indícios de irregularidades referentes à inabilitação do consórcio representante e à inclusão, no edital, de obra não contemplada no objeto da licitação, sobre os quais aquele responsável foi ouvido em audiência (peças 18 e 65), entendo não ser cabível a aplicação de multa a este gestor, uma vez que não pode ser verificada conduta culposa (**stricto sensu**) ou dolosa desse responsável.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 3 de agosto de 2016.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES



Relator

ACÓRDÃO Nº 1988/2016 – TCU – Plenário

1. Processo: TC 021.717/2013-3.
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Representação (com pedido de medida cautelar).
3. Interessados/Representante/Responsável:
 - 3.1. Interessados: Mercurius Engenharia S/A – Mesa (CNPJ 07.510.485/0001-02); Goetze Lobato Engenharia Ltda – Gel (CNPJ 89.952.709/0001-9); Construtora Cidade Ltda. – Cidade (CNPJ 92.943.398/0001-18); Promessa de Consórcio MGC-Mercurius Gel Cidade (Consórcio); Construtora OAS S.A. (CNPJ 14.310.577/0001-04); Construtora Norberto Odebrecht S/A (CNPJ 15.502.288/0001-82).
 - 3.2. Representante: Promessa de Consórcio MGC-Mercurius Gel Cidade (Consórcio).
 - 3.3. Responsável: Fernando Antonio Costa de Oliveira (CPF 230.572.893-04), Presidente da Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará – CCC
4. Entidade: Secretaria de Infraestrutura do Estado do Ceará – Seinfra/CE.
5. Relator: Ministro Augusto Nardes.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade: Secretaria de Controle Externo no Estado do Ceará (Secex/CE).
8. Representação legal: Luiz Fernando Pereira, OAB/PR 22.076; Fernando Vernalha Guimarães (OAB/PR 20.738); Silvio Felipe Guidi, OAB/PR 36.503 e outros, representando a empresa Goetze Lobato Engenharia Ltda. (peça 14); Antônio Carlos de Cerqueira Silva (CPF 123.053.595-00), representando a Construtora OAS S.A (peça 42); João Geraldo Piquet Carneiro (OAB/DF 800-A), Arthur Lima Guedes (OAB/DF 18.073) e outros, representando a Construtora OAS S.A. (peça 43); Adriano Chaves Jucá Rolim (OAB/BA 11.320); Adriano Sá de Seixas Maia (OAB/BA 14.561) e outros, representando a Construtora Norberto Odebrecht S/A (peça 46).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação com pedido de cautelar, formulada pelas empresas Mercurius Engenharia S/A – Mesa (CNPJ 07.510.485/0001-02), Goetze Lobato Engenharia Ltda – GEL (CNPJ 89.952.709/0001- 9), Construtora Cidade Ltda. – Cidade (CNPJ 92.943.398/0001-18) e Promessa de Consórcio MGC-Mercurius GEL Cidade (Consórcio), em razão de possíveis irregularidades praticadas no âmbito do Edital de Concorrência 20130003/Seinfra/CCC, do Governo do Estado do Ceará, cujo objeto era a seleção de empresa ou consórcio de empresas para a prestação de serviços de Manutenção e Conservação Estrutural e Rodoviária do Sistema Viário de Interseção e Acessos de Vias Urbanas à CE- 040,

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

9.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, para no mérito, considerá-la procedente;

9.2. fixar, com fulcro no inc. IX do art. 71 da Constituição Federal c/c o art. 45 da Lei nº 8.443/1992 e com o art. 251 do Regimento Interno desta Corte, o prazo de 15 (quinze) dias para que a Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará adote, no que diz respeito às obras suportadas com recursos da União, as providências necessárias com vistas à anulação da Concorrência 20130003/Seinfra/CCC e, com base no §2º, do art. 49 da Lei nº 8.666/1993, também à anulação do Contrato 004/2014/Seinfra, firmado com o CONSORCIO PONTE ESTAIADA OAS-MARQUISE (integrado pela Construtora OAS S. A. e a Construtora MARQUISE S.A.), em decorrência das irregularidades objeto desta representação: (i) inabilitação do consórcio representante em decorrência da exigência na capacitação técnico-profissional de profissional no quadro permanente do licitante no momento da licitação, em afronta à jurisprudência desta Corte; e (ii) decisão da mesma instância a respeito do recurso interposto pelo consórcio representante, quando o correto seria pela instância

superior, em desacordo com o subitem 21.3 do edital e o previsto no art. 109, § 4º, da Lei de Licitações;

9.3. determinar à Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará que, no caso de nova licitação para as obras em comento:

9.3.1. abstenha-se de exigir comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico de nível superior com a empresa licitante, uma vez que extrapola as exigências de qualificação técnico-profissional, definidas no art. 30, inciso II e § 1º, da Lei nº 8.666/1993;

9.3.2. inclua no edital as modificações determinadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará, inseridas na Resolução 1899/2014;

9.4. dar ciência desta deliberação, bem como do relatório e voto que a fundamentam, aos interessados, à Comissão Central de Concorrências do Estado do Ceará; à Secretaria de Infraestrutura do Ceará, aos interessados e ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

10. Ata nº 30/2016 – Plenário.

11. Data da Sessão: 3/8/2016 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1988-30/16-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes (Relator), Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro e Bruno Dantas.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
AUGUSTO NARDES
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral