

GRUPO II – CLASSE VI – 2ª Câmara

TC-000.773/2005-6

Natureza: Representação.

Entidade: Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN.

Interessada: Egel Locação de Veículos Ltda.

SUMÁRIO: Representação formulada por licitante informando acerca de irregularidades em procedimento licitatório. Restrição ao caráter competitivo da licitação. Audiência. Conhecimento. Procedência. Determinações.

RELATÓRIO

Trata-se da Representação formulada pela empresa Egel Locação de Veículos Ltda. (fls. 01/111), com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, acerca de supostas irregularidades praticadas pela Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN na condução do Pregão n. 30/2004 (Menor Preço Global), objetivando contratar empresa especializada na prestação de serviços de transporte de pessoas, documentos e materiais de pequeno volume, para atender às necessidades de serviço da sede da entidade no Rio de Janeiro.

2. A representante considera injusta a sua inabilitação no pregão realizado pela CNEN e, assim, solicita análise por parte desta Corte de Contas. Após ter apresentado o melhor preço no pregão, a empresa segunda colocada – Brasília Empresa de Serviços Técnicos Ltda. – interpôs recurso junto à CNEN apontando o descumprimento pela Egel de três itens do edital relativos à qualificação técnica da licitante, quais sejam:

a) subitem 3.1 (fls. 6 e 61), tendo em vista que a visita realizada pela licitante Egel se deu pelo seu preposto e não pelo seu representante técnico como previa o referido subitem do edital;

b) alínea “a” do subitem 9.2 (fls. 10 e 61), uma vez que no objeto social da Egel não consta a atividade de transporte de pessoal; e

c) alínea “b” do subitem 9.2 (fls. 10 e 61), pois a Egel não apresentou o mínimo exigido de 3 (três) atestados de capacidade técnica que comprovassem o desempenho de atividades pertinentes e compatíveis em características com o teor do objeto licitado.

3. O pregoeiro acatou o recurso e inabilitou a empresa primeira colocada.

4. Ao examinar os documentos acostados aos autos, o analista da Secex/RJ, “considerando a não-seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, não tendo sido julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade e do julgamento objetivo, tendo-se incluído e tolerado no edital cláusulas e condições que comprometeram, restringiram e frustraram o seu caráter competitivo, estabelecendo exigências impertinentes e irrelevantes para a escolha da melhor proposta para a execução do objeto licitado”, propôs a realização de audiência do pregoeiro e determinações à entidade.

5. A Diretora da Secex/RJ, por sua vez, considerando os argumentos aduzidos pelo analista, sugeriu a adoção das seguintes medidas (fls. 176/177):

“1. ouvir em audiência, com fundamento no art. 43, II, da Lei n. 8.443/1992, o Sr. Alexandre Pereira Machado (CPF: 839.757.137-04), pregoeiro responsável pela formalização do edital do Pregão n. 30/2004, pelo julgamento, análise do recurso interposto pela Brasília Empresa de Serviços Técnicos Ltda. e adjudicação do objeto da

licitação à licitante classificada em 2º lugar, para que apresente razões de justificativa quanto:

a) à inclusão, no edital do Pregão n. 30/2004, de cláusulas e condições que comprometeram, restringiram e frustraram o caráter competitivo do Pregão, estabelecendo exigências impertinentes e irrelevantes para a escolha da melhor proposta para execução do objeto licitado e dando ensejo para que se escolhesse proposta que não a de 'Menor Preço', R\$ 84.792,30 superior ao lance da Egel Locação de Veículos Ltda. (Lei n. 8.666/1993, art. 3º, **caput** e § 1º), estendendo de forma prejudicial à competição as exigências não previstas no art. 30, e nos seus incisos I, II e III, c/c § 1º, inciso I, e §§ 3º, 4º e 5º do Estatuto das Licitações;

b) à não-utilização, quando do julgamento do recurso interposto pela Brasília Empresa de Serviços Técnicos Ltda., da faculdade prevista no subitem 15.7 do Edital do Pregão n. 30/2004, de promover diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo;

c) ao descumprimento dos subitens 15.8 e 15.9, desse mesmo Edital, que alertavam sobre o fato de que o não-atendimento de exigências formais e não-essenciais não implicaria no afastamento da licitante, desde que fossem possíveis as aferições das suas qualificações e as exatas compreensões da sua proposta, durante a realização da sessão pública do Pregão, e de que as normas que disciplinam o pregão seriam sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados;

d) à não-observância aos princípios básicos da legalidade e do julgamento objetivo, restringindo e frustrando, dessa forma, o caráter competitivo, além de contribuir para a adjudicação do certame à licitante segunda colocada (recorrente), cujo lance foi R\$ 84.792,30 superior ao lance da Egel Locação de Veículos Ltda., acatando exigências impertinentes e irrelevantes para a escolha da melhor proposta para execução do objeto licitado (Lei n. 8.666/1993, art. 3º, **caput** e § 1º);

2. ouvir em audiência, com fundamento no art. 43, II, da Lei n. 8.443/1992, o Sr. Ailton Fernando Dias, ordenador de despesa, para que apresente razões de justificativa quanto a não-observância aos princípios básicos da legalidade e do julgamento objetivo, haja vista que homologou a adjudicação do processo licitatório, Pregão n. 30/2004, à licitante segunda colocada, Brasília Empresa de Serviços Técnicos Ltda. (recorrente), cuja proposta foi R\$ 84.792,30 superior à da Egel Locação de Veículos Ltda., não habilitada em face de exigências impertinentes e irrelevantes, que restringiram e frustraram o caráter competitivo para a escolha da melhor proposta para execução do objeto licitado (Lei n. 8.666/1993, art. 3º, **caput** e § 1º);

3. diligenciar a CNEN para que encaminhe a esta Secretaria de Controle Externo informações/elementos sobre o Contrato n. 48/2004, quais sejam:

a) cópia autenticada das guias de recolhimento do FGTS e do INSS quitadas e a apresentação da folha de pagamento quitada dos empregados colocados à disposição da Autarquia, com base no art. 31 da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pelo art. 23 da Lei n. 9.711/1998;

b) justificativa para a emissão das ordens bancárias, 2005OB900358, 2005OB900980, 2005OB901520 9 (fls.166/168), todas relativas à nota de empenho 2005NE 900108 (fls. 164), para o CNPJ nº 004.20323/0002-15 (filial, fl. 172) e não para o de n. 004.20323/0001-34 (matriz, fls. 172), que representa o número do cadastro na Receita Federal da firma vencedora do Pregão n. 30/2004, Brasília Empresa de Serviços Técnicos Ltda.;

c) obtenção, junto à Brasília Empresa de Serviços Técnicos Ltda., de informações a respeito da centralização das arrecadações das contribuições do INSS e do FGTS, se na filial (CNPJ n. 004.20323/0002-15) ou matriz (CNPJ n. 004.20323/0001-34).”

6. Realizadas as audiências e a diligência propostas pela Diretora da Secex/RJ (fls. 178/254), o analista instruiu novamente o feito, em síntese, da seguinte forma (fls. 255/268):

“II. Análise do atendimento da diligência e das audiências

(...)

II.2. Em resposta à audiência (fl. 177) promovida por esta Secretaria, por meio do Ofício n. 946/2005, de 14/07/2005, à fl. 190, o responsável tomou ciência do aludido ofício, conforme documentos à fl. 190, e apresentou, tempestivamente, suas razões de justificativa, de acordo com os documentos às fls. 246/254.

2.1. Responsável: Ailton Fernando Dias (CPF n. 839.757.137-040) Endereço: Rua Pereira da Silva, 421/101, Laranjeiras - Rio de Janeiro (RJ). CEP: 22.221-140

2.2. Irregularidade: não-observância aos princípios básicos da legalidade e do julgamento objetivo, haja vista que homologou a adjudicação do processo licitatório, Pregão n. 30/2004, à licitante segunda colocada, Brasília Empresa de Serviços Técnicos Ltda. (recorrente), cuja proposta foi R\$ 84.792,30 superior à da Egel - Locação de Veículos Ltda., não-habilitada em face de exigências impertinentes e irrelevantes, que restringiram e frustraram o caráter competitivo para a escolha da melhor proposta para a execução do objeto licitado.

2.3. Norma Infringida: Lei n. 8.666/1993, art. 3º, **caput** e § 1º.

2.4. Justificativas Apresentadas:

Em síntese, destacou (fl. 247) que o Edital foi: elaborado pelo Pregoeiro e sua Equipe de Apoio, designados pela Portaria n. 51, de 28/09/2004, do Coordenador-Geral de Infra-Estrutura da CNEN; analisado e aprovado pela Procuradoria Federal da CNEN, em 30/09/2004, sem ressalva quanto à existência de exigências impertinentes e irrelevantes, razões essas que lhe deram segurança para aprovar o Edital e autorizar a realização da licitação.

Destaca ainda que, após a publicação do Edital, nenhum interessado manifestou interesse em impugná-lo (fls. 247/248).

Acrescenta que após o julgamento do recurso, favorável à Brasília Empresa de Serviços Técnicos Ltda., interposto contra a decisão inicial da Comissão de Licitação, em favor da Egel Locação de Veículos Ltda., houve comunicação do resultado às quatro licitantes participantes do Pregão, sem que houvesse interesse em recorrer da nova decisão (fls. 248).

Sustenta ainda que, tendo em vista que o Pregoeiro afirmou ter ouvido, mesmo que informalmente, o Procurador-Chefe da Procuradoria Federal da CNEN, quando da análise e conseqüente julgamento que culminaram na inabilitação da licitante Egel, e ainda que o Chefe da Divisão de Materiais e o Coordenador-Geral de Infra-Estrutura tiveram ciência e aprovaram a referida decisão, ‘não havia razões para considerar a hipótese de não homologar a licitação, uma vez que o cumprimento dos rituais jurídico e administrativo foi satisfatório, e nada apontava para a existência de impropriedade’.

2.5. Análise/fundamentação:

(...)

No caso em análise, há duas fases distintas em que se focalizam as questões pelas quais o Gestor foi chamado a apresentar razões de justificativas:

a) sua responsabilidade pela homologação do pregão, no que tange à inclusão no edital de exigência impertinente e irrelevante, que restringiu e frustrou o caráter competitivo para a escolha da melhor proposta (a visita deverá ser realizada pelo responsável técnico da empresa que participará da licitação); e

b) sua responsabilidade pela homologação do pregão em que o Pregoeiro, após verificar ‘a regularidade da documentação dos licitantes melhores classificados’ (fl. 34)

e ter julgado a Egel Locação de Veículos Ltda. como 'Aceito e Habilitado com Recurso', abre prazo para recurso, cujo julgamento (fls. 60/61) veio a favorecer a Brasília Empresa de Serviços Técnicos Ltda.

As razões apresentadas pelo Diretor de Gestão Institucional sinalizam que o ato de homologação da adjudicação do procedimento do Pregão n. 30/2004 se deu sob o amparo de atos praticados pelos agentes da administração incumbidos de tarefas específicas, sendo a competência do responsável restrita à supervisão, suportada por atos praticados por outros agentes, de forma que até receber a audiência do TCU não teria tomado conhecimento de possível irregularidade ocorrida no procedimento, sendo justificável que adjudicasse o resultado, sem que tivesse ficado caracterizada culpa por possível irregularidade que tenha porventura ocorrido, haja vista não serem evidentes os indícios trazidos quando da análise da presente representação.

No que tange à sua responsabilidade apontada na letra 'a' (homologação do pregão em que se incluiu no edital exigência impertinente e irrelevante, que restringiu e frustrou o caráter competitivo para a escolha da melhor proposta para execução do objeto), entendem-se razoáveis as justificativas apresentadas, porquanto a simples inclusão da exigência não se reveste necessariamente de uma ilegalidade, desde que comprovada a sua relevância, preferencialmente ao ser incluída no edital.

Como, até o momento da homologação do pregão, não houve qualquer reclamação sobre tal exigência, tendo sido o edital aprovado pelas instâncias anteriores, o Gestor não teria condições materiais de perceber irregularidade na inserção feita.

Diferentemente, não se pode considerar livre de responsabilidade o Gestor quanto à questão apontada na letra 'b', tendo em vista que o ato de homologação inclui os procedimentos realizados pelo Pregoeiro referentes ao julgamento do recurso da licitante Brasília, que veio a afastar a licitante Egel, inicialmente considerada vencedora.

Ao corroborar o resultado do julgamento do recurso, o Gestor passou a ser responsável solidário pelos atos praticados pelo Pregoeiro nesta fase do procedimento. Nesse momento, o Gestor teve oportunidade de tomar conhecimento do julgamento do recurso produzido pelo Pregoeiro (fls. 60/61), tendo se solidarizado com seus fundamentos, passando a ser também responsável pelas conseqüências da decisão.

Ressalte-se que, em suas razões de justificativa, o Diretor de Gestão Institucional usa, como um dos argumentos para corroborar o resultado do julgamento do recurso da lavra do Pregoeiro, o fato de que este teria registrado no seu relatório final do pregão que 'depois de ouvir informalmente o Sr. Procurador-Chefe da Procuradoria Federal, (grifo nosso) decidiu pelo seu deferimento (...)' (fl. 248, item 9 c/c fl. 249, item 11).

Dessa forma, o Gestor assumiu solidariamente com o Pregoeiro, sem respaldo eficaz de oitiva do Setor Jurídico, a responsabilidade pelo julgamento do recurso do pregão, e, apesar de a Egel não recorrer da decisão que lhe foi desfavorável, não a impediu de usar outra forma de recurso, que Jessé Torres chama de 'recurso de representação', prevista na CRFB, art. 74, § 2º, c/c a Lei n. 8.666/1993, art. 113, § 1º e no Regimento Interno do TCU, art. 237, inciso VII.

Além de homologar o procedimento licitatório, o Gestor trouxe, em suas razões de justificativa, considerações sobre o mérito do julgamento do recurso do pregão, que concretizam a sua concordância com o desfecho dado pelo Pregoeiro, reforçando a sua responsabilidade solidária, em resumo, da seguinte forma:

a) Quanto ao não-comparecimento do Responsável Técnico devidamente registrado no órgão competente, quando da visita às instalações da CNEN, destaca (fl. 249):

'é conveniente salientar que a empresa Egel está sediada na cidade de Fortaleza e dos 16 atestados de capacidade técnica apresentados, 15 são de empresas e órgãos

públicos do Estado do Ceará e um se refere a um serviço prestado do Estado de Pernambuco, sendo, portanto, de grande interesse que o responsável técnico fizesse a visita às instalações da CNEN, e não um preposto.’

Ora, aceitar uma justificativa dessa, que tenta explicar a inclusão de exigência no Edital no sentido de que a visita às instalações da CNEN deveria se dar pelo Representante Técnico e não por um preposto da licitante, pelo fato de a licitante só apresentar ‘atestados de capacidade técnica’ de empresas e órgãos públicos de outros estados da federação, é insustentável. Não tem nenhuma lógica temporal, porquanto tais atestados somente seriam apresentados e o preposto compareceria ao local da prestação dos serviços posteriormente; dessa forma, não há como a CNEN inserir cláusula no Edital para se resguardar de algo que ela ainda não tinha conhecimento.

Primeiro, porque não aparenta legitimidade supor que a CNEN previamente sabia da possibilidade de ocorrer tal peculiaridade e, dessa forma, para se precaver, incluiu exigência ‘impertinente e irrelevante’ com a expectativa de que, aqueles como a Egel não tivessem atestados de empresas e órgãos públicos sediados no Estado do Rio de Janeiro fossem obrigados a enviar seu Representante Técnico à CNEN, porquanto estaria aqui consubstanciado ato tendente a dificultar o acesso da representante ao procedimento licitatório.

Segundo, porque a própria exigência da presença, à Sede da CNEN, de um Representante Técnico não se comprovou, nos autos, ser exigência razoável. Se o objeto do Pregão fosse, por exemplo, serviços de manutenção em reatores nucleares, seria razoável que se incluísse cláusula sobre a necessidade de que o Representante Técnico (quicá: um profissional com experiência na área de Energia Nuclear) comparecesse ao local da realização dos serviços (Usina Nuclear), para conhecer detalhes do serviço, muito embora o Edital devesse apresentar elementos bastante detalhados sobre tais serviços a serem contratados. Frágil a pretensão de se comprovar razoável que uma licitante, mesmo que tenha sede no próprio estado em que se dá o Pregão, seja obrigada a mandar seu Representante Técnico à sede da CNEN para que se possa assegurar que os ‘serviços de transporte de pessoas, documentos e/ou materiais de pequeno volume para atender às necessidades de serviços da Sede da CNEN, para os demais órgãos da CNEN e para viagens’, pudessem ser executados; porquanto somente seria coerente se essa visita tivesse o objetivo de fazer com que todos os interessados percorressem todos os trajetos possíveis de se realizar, para que não houvesse qualquer dúvida quanto ao seu cumprimento.

Por fim, qual a garantia de que o Representante Técnico, com formação em Administração, seria o único competente para atestar a capacidade da licitante de realizar esse tipo de serviço?

b) Quanto à exclusão da representante pelo fato de o seu contrato social não contemplar transporte de pessoas, destaca apenas (fls. 249/250) que:

‘o objeto do Pregão é ‘Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de transporte de pessoas, documentos e/ou materiais de pequeno volume para atender as necessidades de serviço da Sede da CNEN.’

A instrução de fls. 152/155, que propiciou a audiência do responsável, já se posicionou, com fundamento na doutrina, sobre o preciosismo da exigência que não visa ao interesse público.

Ora, se a CNEN necessitasse transportar pessoas ou bens especiais, que exigissem peculiaridades na prestação dos serviços, seria justificável o rigor na verificação da capacidade técnica da licitante, a partir da análise do detalhamento do seu contrato social. Por exemplo, se necessitasse transportar material radioativo ou pessoas com

limitações físicas, seria razoável que se exigisse comprovação de que o contrato social contemplasse essa particularidade.

Ocorre que, mesmo assim, se a licitante comprovasse dispor de veículos e pessoal capacitado para a prestação e já haver realizado serviços dessa natureza, poderia isso suprir a exigência da comprovação da capacidade técnica, mesmo que expressamente não constasse do seu contrato social.

Com muito mais razão, não é suficientemente claro que uma empresa locadora de veículos não seja capacitada para realizar serviço de ‘transporte de pessoas’. Ora, a regra é a locação de veículos servir ao transporte de pessoas.

Além disso, registre-se que às fls. 85/87, consta a ‘Certidão de Registro de Comprovação de Aptidão’ emitido pelo Conselho Regional de Administração - CRA/CE, em favor da Egel Locação de Veículos Ltda., de 21/09/2004, consignando a sua capacitação técnico-profissional na locação de veículos, inclusive ‘para transporte de pessoal’.

(...)

c) Quanto aos ‘Atestados de Capacidade Técnica’, destaca que ‘os atestados de capacidade técnica apresentados não diziam respeito, clara e inequivocamente, à totalidade do objeto licitado (serviços de locação de veículos difere semântica e praticamente de serviços de transporte de pessoas); pareceram apropriadas e justas ao Administrador, por terem sido objeto de análise acurada e isenta pelas instâncias jurídica e administrativa responsáveis e por respeitarem aos princípios da transparência e da isonomia.’

Consoante já destacado na instrução de fls. 155/158, a exclusão da representante, neste particular, seria pelo fato de que:

c.1. Os atestados apresentados pela empresa Egel não estavam de acordo com a letra do edital, devidamente registrados na entidade profissional competente (CRA), conforme disposto no parágrafo primeiro do artigo 30 da Lei n. 8.666/1993; e

c.2. A empresa Egel não teria apresentado os atestados na qualidade e na quantidade exigidos pelo edital.

Conforme já fundamentado (fls. 155/157), esses atestados exigidos, que se apoiam no § 3º do art. 30 da Lei n. 8.666/1993, tratam-se de certidões ou atestados de serviços similares, de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior ao exigido pelo objeto do serviço a ser contratado, que venham à comprovar a aptidão da licitante.

(...)

Tem-se portanto, às fls. 85/87, a comprovação da capacidade técnica genérica da representante, emitido em 21/09/2004, pelo Conselho Regional de Administração – CRA/CE, mediante ‘certidão de registro de comprovação de aptidão’, para execução dos serviços relacionados à locação de veículos e comprovante de capacidade técnica específica para locação de veículo para ‘transporte de pessoal’, consoante registro constante da supracitada certidão (fls.85/86) e dos documentos às fls. 90, 99 e 100 (atestados esses que comprovam o ‘transporte de funcionários e prepostos’, sendo estes principais componentes do universo denominado ‘transporte de pessoas’).

A rigor, constata-se, no cotejo entre os diversos atestados de capacidade técnica (fls. 88/103), que dos 3 (três) atestados que se referem especificamente ao ‘transporte de funcionários’ (pessoas), considerado pela CNEN como o de maior relevância, constantes das fls. 90, 99 e 100, apenas 2 (dois) deles constam da ‘certidão de registro de comprovação da aptidão’ emitido pelo CRA: o de fl. 90, emitido pela Secretaria de Turismo do Ceará, que se encontra no registro de fl. 86 e o de fl. 100, emitido pela Fundação de Meteorologia e Recursos Hídricos do Ceará, que se encontra no registro de

fl. 85. Portanto, não consta registro no documento de fls. 85/87 do atestado constante à fl. 99, emitido pela Escola de Saúde Pública do Ceará.

O Pregoeiro não diligenciou (subitem 15.7 do Edital, fl. 12) no sentido de esclarecer com a licitante Egel porque o atestado de fl. 99 não estaria registrado no CRA, visando à ‘ampliação da disputa entre os interessados, sem comprometimento da segurança do futuro contrato’ (subitem 15.9 do edital, fl. 12), especialmente considerando que se tratava de licitante que apresentou menor lance.

Além disso, a Egel apresentou também outros 5 (cinco) atestados, devidamente registrados no CRA, cujas descrições são implicitamente coerentes com a exigência do objeto quanto à atividade predominante de transporte de pessoas, haja vista as características dos veículos disponibilizados, que comprovam a sua capacidade técnica para a prestação predominante do serviço objeto do pregão.

(...)

Assim sendo, entende-se não afastada a responsabilidade solidária do Sr. Ailton Fernando Dias (CPF n. 839.757.137-040), pelas irregularidades cometidas pelo Pregoeiro, haja vista não lograr apresentar razões de justificativa suficientes para justificar o mérito das questões que promoveram o afastamento da licitante mais bem colocada na proposta de preços do Pregão n. 30/2004, em face de exigências impertinentes e irrelevantes, que restringiram e frustraram o caráter competitivo para a escolha da melhor proposta para a execução do objeto licitado, em decorrência do julgamento de recurso interposto contra a decisão inicial que era favorável à representante.

2.6. Norma Infringida: Lei n. 8.666/1993, art. 3º, **caput** e § 1º.

11.3. Em resposta à audiência (fls. 160/161 e 176/177) promovida por esta Secretaria, por meio do Ofício n. 946/2005, de 14/07/2005, à fl. 190, o responsável (Alexandre Pereira Machado – CPF n. 839.757.137-04, representado por Guiomar Praun – CPF n. 838.408.507-20, fls. 200/204), tomou ciência do aludido ofício, conforme documento à fl. 190 e apresentou, tempestivamente, suas razões de justificativa, de acordo com os documentos às fls. 246/254.

3.1. Irregularidade:

Inclusão, no edital do Pregão n. 30/2004, de cláusulas e condições que comprometeram, restringiram e frustraram o caráter competitivo do Pregão, estabelecendo exigências impertinentes e irrelevantes para a escolha da melhor proposta de execução do objeto licitado e dando ensejo para que se escolhesse proposta que não a de ‘Menor Preço’, R\$ 84.792,30 superior ao lance da Egel Locação de Veículos Ltda. (Lei n. 8.666/1993, art. 3º, **caput** e § 1º), estendendo de forma prejudicial à competição as exigências não previstas no art. 30, e nos seus incisos I, II e III, c/c §1º, inciso I, e §§ 3º, 4º e 5º do Estatuto das Licitações.

3.1.1. Justificativas Apresentadas:

Nas razões de justificativas apresentadas relativamente à irregularidade do item 3.1 do Edital no sentido de que ‘a visita deverá ser realizada pelo responsável técnico da empresa que participará da licitação’, o responsável destaca (fl. 222) que ‘pretendeu-se, com a mencionada exigência, o pleno conhecimento, por parte da licitante, das condições locais para que esta pudesse atestar suas condições de cumprir com o objeto licitado’.

(...)

3.1.2. Análise/fundamentação:

O responsável não apresentou razões suficientes para exigir, no Edital, que a visita à CNEN, a fim de se conhecer o local, deveria ser feita pelo responsável técnico, mas o Edital não foi contestado pelas demais instâncias. Em decorrência, a exigência feita no

Edital (cujo autor foi o Pregoeiro), com base na exigência contida na letra desta cláusula, além da interpretação feita em outras duas pelo Pregoeiro, quando do julgamento do recurso, contribuiu para o cometimento das irregularidades que serão tratadas nos itens 3.2, 3.3 e 3.4., viciando o julgamento do Pregão.

Entende-se que, para cada caso concreto, a Administração deve fundamentar reforços ao que a norma estipula, ou seja, se a lei não estipula quem deve ser o agente da licitante que deve se apresentar e receber documentação relativa à 'comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação' (Lei n. 8.666/1993, art. 30, inciso III), então a exigência necessita ser fundamentada. Senão, se mostrará desnecessária.

No caso em análise, não se apresenta 'à toda evidência', que será o responsável técnico o mais competente para fazer 'o juízo de valor a respeito das condições de a empresa a cumprir o pactuado através do contrato administrativo a ser firmado com a Administração Pública'. Primeiro, porque não ficou evidenciado que o responsável técnico seja detentor de conhecimento de outras condições, além das exclusivamente operacionais, para emitir juízo de valor sobre as condições da empresa de cumprir o contrato. Segundo, porque a cláusula 3 do Edital (fl. 6) registra que somente haveria 'visita à Sede da CNEN' e não aos diversos percursos e pontos por onde se realizariam os serviços. Portanto, pouco evidente que o responsável técnico não pudesse ser substituído pelo preposto da licitante, inclusive por não se tratar de um serviço de alta complexidade que exigisse a presença de um especialista.

Dessa forma, entendem-se aceitáveis os argumentos utilizados de que se pretendeu apenas reforçar o cumprimento do art. 30 da Lei n. 8.666/1993 (fl. 222), para justificar a sua 'boa-fé' em inserir tal exigência. Contudo, não se comprovou razoável, fazendo com que, ao julgar o recurso, o Pregoeiro (que foi o próprio responsável pela inserção) exigisse o cumprimento literal da exigência acrescida, prejudicando a recorrente e o interesse público.

Quanto à sua responsabilidade pela inserção no edital de cláusula exorbitante, entendem-se razoáveis as justificativas, respaldado que foi seu ato pelas instâncias consultivas e revisoras, sem prejuízo, entretanto, que se promovam determinações à CNEN para não permitir, nos editais, exigências que não se justifiquem razoavelmente.

3.2. Irregularidade:

Não-utilização, quando do julgamento do recurso interposto pela Brasília Empresa de Serviços Técnicos Ltda., da faculdade prevista no subitem 15.7 do Edital do Pregão n. 30/2004, para promover diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo.

3.2.1. Justificativas Apresentadas:

Quanto às razões de justificativa apresentadas relativamente à irregularidade 3.2, alega o responsável, em síntese, que (fl. 223):

'O disposto no subitem 15.7 era justamente promover diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, o que ocorreu quando da interposição do recurso da empresa BEST contra a aceitação dos atestados da capacidade técnica, sendo concluído pela retificação quanto à habilitação da Egel, com sua conseqüente inabilitação.'

3.3. Irregularidade:

Descumprimento dos subitens 15.8 e 15.9 desse mesmo Edital, que alertava sobre o fato de que o desatendimento de exigências formais e não essenciais não implicaria no afastamento da licitante, desde que fossem possíveis as aferições das suas qualificações e as exatas compreensões da sua proposta, durante a realização da sessão pública do

Pregão, e que as normas que disciplinam o pregão seriam sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados.

3.3.1. Justificativas Apresentadas:

No que tange à irregularidade 3.3, assevera o responsável (fl. 224):

‘Não ocorreu descumprimento dos subitens 15.8 e 15.9, pois não restou dúvida de que a licitante Egel, face à documentação apresentada, não atendia o objeto licitado. Logo, não se tratava de desatendimento de exigências formais e não essenciais porventura existentes no Edital de licitação. Vale dizer, face à referida documentação, restou flagrante a incompatibilidade do objeto social ‘locação de veículos’ com o objeto da licitação em tela ‘transporte de pessoas’.

3.4. Irregularidade:

Não-observância aos princípios básicos da legalidade e do julgamento objetivo, restringindo e frustrando, dessa forma, o caráter competitivo, além de contribuir para a adjudicação do certame à licitante segundo colocada (recorrente), cujo lance foi R\$ 84.792,30 superior ao lance da Egel - Locação de Veículos Ltda., acatando exigências impertinentes e irrelevantes para a escolha da melhor proposta para execução do objeto licitado (Lei n. 8.666/1993, art. 3º, **caput** e § 1º);

3.4.1. Justificativas Apresentadas:

Quanto à irregularidade 3.3, em resumo, destaca o responsável (fl. 224):

‘Não há o que comparar entre uma proposta inabilitada, por não atender às exigências editalícias, e outra, que em seu conteúdo atenderia os anseios da administração, no que concerne à execução dos serviços, os ditames do Edital.’

3.5. Análise/fundamentação referente às razões de justificativa sobre as irregularidades relacionadas nos itens 3.2, 3.3 e 3.4 (Razões de justificativa rejeitadas. Ato antieconômico. Multa.)

A faculdade prevista na cláusula 15.7 do Edital (fl. 12), de poder promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, é uma providência salutar. Serve para auxiliar a comissão de licitação (no caso, o Pregoeiro) a se precaver do risco de apego à redação do Edital e do risco de ser obrigado a seguir a literalidade com suporte no princípio ‘da vinculação ao instrumento convocatório’ contido na cabeça do art. 3º da Lei n. 8.666/1993 e descuidar de outros princípios constitucionais não menos importantes como os da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.

O § 1º do art. 3º da Lei n. 8.666/1993 veda aos agentes públicos, dentre outras, admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, ou ainda de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Verifica-se, diante do exposto:

Quanto à inabilitação da representante, tendo em vista não ter cumprido a exigência de ‘a visita deverá ser realizada pelo responsável técnico da empresa que participará da licitação’, e sim pelo preposto constituído nos autos para responder pelos interesses da licitante (fl. 61).

Não se comprovou justificada essa exigência mas, independente disso, apesar de existente no Edital, o Pregoeiro não apenas poderia, mas deveria utilizar as prerrogativas que lhe permitiriam promover diligência para esclarecer a instrução do seu julgamento (subitem 15.7 do Edital), evitando-se afastar a licitante porque não atendeu à exigência literal. Ou seja, no caso, consoante consta da própria defesa (fl. 223), o Pregoeiro usou a prerrogativa do subitem 15.7 do Edital, todavia apenas para acatar os argumentos apresentados pela recorrente, mas não para julgar a questão buscando

esclarecer toda a extensão. Será que o preposto da licitante tinha capacidade para representar o ‘responsável técnico’ na visita, além das atribuições de representar a empresa?

Essa resposta não foi respondida pelo Pregoeiro em seu julgamento. Eis o teor do julgamento do ponto (fls. 61):

‘Item 3.1 do Edital: A visita técnica teve como objetivo que a interessada pudesse tirar todas as dúvidas porventura existentes, relativas à prestação dos serviços e condições locais. Ela deveria ser realizada pelo responsável técnico da licitante, pessoa essa competente para assumir tal responsabilidade, com isso, não podendo a contratada argumentar, sob qualquer hipótese, desconhecimento de condições a serem cumpridas.

Ocorre que a visita realizada pela licitante Egel não foi através do seu Responsável Técnico, e sim, através de um preposto. Primeiramente, poderia o Pregoeiro considerar tal fato como impeditivo, porém, visando obter a melhor proposta, poderia considerar o motivo da exigência da visita ser realizada pelo Responsável Técnico e, através de diligência, verificar se o preposto da licitante que realizou a visita possui qualificação suficiente que permita ao Pregoeiro aceitá-lo para efeito do atendimento à exigência editalícia.’

Não há nos autos comprovantes de que o Pregoeiro realizou a diligência, portanto não usou da prerrogativa que o edital lhe franqueava para fazer com que os princípios constitucionais pudessem ser exercidos, atendo-se à literalidade da exigência do ato convocatório.

a) Quanto à inabilitação do representante, tendo em vista que no objeto social da Egel não consta a atividade de ‘transporte de pessoal’ (fl. 41).

Consta do julgamento que o Pregoeiro promoveu relativa diligência ao verificar os exatos termos do contrato social da representante e constatar que ela somente poderia locar veículos, mas que esta locação não poderia ser com o objetivo de transportar pessoas e assim mesmo considerou razoável o argumento para desclassificar a proposta. Transcreve-se o conteúdo do fundamento do julgamento:

‘A exigência contida no referido item prende-se ao fato de que uma licitante somente pode prestar serviços que estejam contemplados no seu Objeto Social. Em outras palavras, um ‘açougue’ somente poderá vender ‘carne’, a menos que o seu Objeto Social permita comercializar outros tipos de mercadoria. Nesse sentido, a licitante apresentou o seu Contrato Social, cuja Cláusula IV contém o Objeto Social. Verificou-se no referido Objeto Social a possibilidade de locação de veículos, de máquinas e de coleta, entrega e transporte terrestre de documentos e/ou materiais. Nesse sentido, entendo, s. m. j, que a licitante não pode prestar os serviços ora licitados.’

A analogia usada pelo Pregoeiro entre a atividade praticada pelo ‘açougue’ e a ‘locadora de veículos’ poderia ter sido utilizada em favor da representante, bastaria o Pregoeiro verificar que se um estabelecimento do tipo ‘açougue’ pressupõe ter como objeto social vender carne, independente de que necessite se deter aos vários tipos de animais abatíveis e aos diversos tipos de corte, enquanto que um estabelecimento do tipo ‘locadora de veículos’ pressupõe ter como objeto social disponibilizar veículos para ‘transporte de pessoas’ e/ou ‘transporte de bens’. Além disso, como já destacado na instrução de fls. 152/155 e no item 2.5., letra ‘b’, consoante ensinamentos, respectivamente, de Marçal Justen e Jessé Torres:

‘O problema do objeto social compatível com a natureza da atividade prevista no contrato se relaciona com qualificação técnica. Se uma pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, a ausência de previsão dessa mesma atividade em seu objeto social não poderia ser empecilho à sua

habilitação. Impedimento existiria apenas quando uma lei específica exigisse que o desempenho de atividade determinada fosse privativo de alguma categoria de sociedade.

Comprova-se a capacidade técnica genérica pelo registro profissional do licitante, na entidade encarregada de exercer o respectivo controle do exercício profissional, a exemplo do Crea, da OAR, do CRM, do Corecon e do Creci. A capacidade técnica específica é comprovada com a apresentação de certidão que assegure ter o licitante realizado a contento objeto da mesma natureza do licitado.’

Como já sinalizado, se o transporte a ser feito se revestisse de características peculiares que reclamasse especialização do prestador dos serviços, seria razoável se exigir que ele comprovasse ‘capacitação técnico-profissional’ para a execução do objeto.

Se o Pregoeiro tivesse recorrido a diligências para consultar a consultoria jurídica ou entidade de classe tal como o Conselho Federal de Administração, para respaldar sua decisão de excluir licitante que, embora tenha provado mediante seu contrato social que locava veículos, não o fazia expressamente com o objetivo de ‘transportar pessoas’, possivelmente contribuiria para interpretar as normas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, sem com isso comprometer a segurança do contrato. Como se pode observar no documento de fls. 85/87, o Conselho Regional de Administração - CRA/CE, certificou a capacitação genérica, técnico-profissional da representante, para locação de veículos e os atestados de capacidade técnica constantes das folhas 90, 99 e 100 comprovam a capacidade técnica específica para o ‘transporte de pessoas’, portanto, desarrazoadas as razões de justificativa apresentadas.

b) Quanto à inabilitação do representante pelo descumprimento da alínea ‘b’ do subitem 9.2, tendo em vista que a Egel não apresentou o mínimo exigido de 3 (três) atestados de capacidade técnica que comprovassem que desempenhara atividades pertinentes e compatíveis com o teor do objeto licitado, o responsável não inova (fl. 223) em relação ao que registrou no julgamento do recurso que alijou a representante (fls. 61):

‘A exigência contida no referido item tem por objeto verificar se a licitante possui experiência e capacidade suficientes para contratar o objeto pretendido. Nesse sentido, observando-se mais detalhadamente os Atestados de Capacidade Técnica apresentados pela licitante, podemos observar que nenhum deles diz respeito diretamente ao objeto licitado, pois nenhum dos atestados é de transporte de pessoas, característica principal do objeto, até porque, caso o fosse, estaria em desconformidade com o Objeto Social da licitante, caracterizando, dessa forma, que essa estaria exercendo atividades incompatíveis com o permitido.’

Constata-se, conforme já ressaltado pela instrução de fls. 155/159, no item 2.5., letra ‘c’ que, além dos demais atestados de prestação de serviços de locação de veículos que pelas características dos veículos disponibilizados se tratavam genericamente daqueles destinados à ‘transporte de pessoas’ e na leitura dos documentos de fls. 90, 99 e 100, apresentados como ‘atestados de capacidade técnica’, tem-se claramente que foram prestados ‘serviços de locação de veículos para transporte de funcionários e prepostos’ de 3 (três) distintas pessoas jurídicas de direito público.

Dessa forma, tem-se o cumprimento do mínimo de 3 (três) atestados de capacidade técnica ‘específica’ exatamente com uma das características predominantes ‘de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação’ (transporte de pessoas), além de outros (fls. 88/89, 91/98, 101/103) dotados de evidências que sinalizam a realização de serviços de características equivalentes aos demais pormenores do objeto do Pregão (transporte de documentos e/ou materiais de pequeno volume), corroborados pela certificação genérica da ‘capacitação técnico-profissional’ da representante, para

prestar ‘serviço de locação de transporte de pessoas, documentos e/ou materiais de pequeno volume’, expedida em 21/09/2004, pelo Conselho Regional de Administração – CRA/CE.”

Por fim, o analista da Secex/RJ alvitra o encaminhamento abaixo discriminado (fl. 268):

“1. Com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 e art. 237, inciso VII, do Regimento Interno, conhecer da presente Representação, por preencher os requisitos de admissibilidade aplicáveis à espécie, para, no mérito, considerá-la procedente;

2. Aplicar, com fulcro na Lei n. 8.443/1992, art. 43, inciso II, parágrafo único e o art. 58, inciso III c/c o Regimento Interno/TCU, art. 250, inciso IV, § 2º, e 268, inciso III, multa aos Senhores Ailton Fernando Dias (CPF n. 839.757.137-040) e Alexandre Pereira Machado (CPF n. 839.757.137-04), por ato de gestão antieconômico não justificado, no julgamento do Pregão n. 030/2004 (Processo CNEN n. 1.193/2004), que resultou na inabilitação de licitante que ofertara lance R\$ 65.310,70 inferior à licitante recorrente declarada vencedora;

3. Determinar o apensamento destes autos às contas da Comissão Nacional de Energia Nuclear- CNEN relativas ao exercício de 2004, com fulcro na Lei n. 8.443/1992, art. 43, inciso II, parágrafo único e o art. 58, inciso III c/c o Regimento Interno/TCU, art. 250, inciso IV, § 2º, para adoção das seguintes determinações, com vistas à não contrariedade da Lei n. 8.666/1993, art. 3º e respectivo § 1º, inciso I:

3.1. quando do lançamento de novo(s) edital(is) de Pregão, consigne expressamente, no processo licitatório, nos casos de exigir que a visita ao local da realização dos serviços seja realizada pelo responsável técnico da empresa que participará da licitação, os motivos da exigência, demonstrando, tecnicamente, que a exigência estabelecida é necessária, pertinente e indispensável à correta execução do objeto licitado, de forma a evidenciar que a demanda não constitui restrição ao caráter competitivo do certame;

3.2. oriente as comissões responsáveis pelos procedimentos de julgamento de propostas e de recursos que possam vir a preterir proposta de preços inicialmente vencedora sem contestação quanto aos preços ofertados, para que se cerquem dos cuidados necessários para evitar atos que contrariem os princípios básicos da legalidade e do julgamento objetivo ou que venham a restringir e frustrar o caráter competitivo da licitação, promovendo diligência tendente a fundamentar sua decisão e oriente as comissões para que consignem nos autos parecer técnico e jurídico competentes sobre a legitimidade e legalidade da decisão a ser submetida à autoridade homologante;

4. Remeter cópia do presente Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentarem, à representante.”

8. Considerando os argumentos apresentados na instrução do analista, a Diretora e o Secretário da Unidade Técnica endossam, em parte, sua proposta, sugerindo o seguinte encaminhamento (fls. 269/271):

“1. conhecer da presente representação, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 235 e 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la procedente, haja vista ter-se verificado, no Pregão n. 30/2004 (Processo CNEN n. 1193/2004), realizado pela Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, a não-observância aos princípios básicos da legalidade e do julgamento objetivo, propiciando a adjudicação à licitante segunda colocada, cuja proposta foi R\$ 84.792,30 superior à da representante, não habilitada em face de exigências impertinentes e irrelevantes, que restringiram e frustraram o caráter competitivo na

escolha da melhor proposta para execução do objeto licitado (Lei n. 8.666/1993, art. 3º, **caput** e § 1º);

2. acolher, em parte, as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Ailton Fernando Dias, quanto à não-observância aos princípios básicos da legalidade e do julgamento objetivo, haja vista que homologou a adjudicação do processo licitatório, Pregão n. 30/2004, à licitante segunda colocada, Brasília Empresa de Serviços Técnicos Ltda. (recorrente), cuja proposta foi R\$ 84.792,30 superior à da Egel Locação de Veículos Ltda., não-habilitada em face de exigências impertinentes e irrelevantes, que restringiram e frustraram o caráter competitivo para a escolha da melhor proposta para execução do objeto licitado (Lei n. 8.666/1993, art. 3º, **caput** e § 1º);

3. rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Alexandre Pereira Machado (CPF n. 839.757.137-04), quanto às seguintes ressalvas:

a) não-utilização, quando do julgamento do recurso interposto pela Brasília Empresa de Serviços Técnicos Ltda., da faculdade prevista no subitem 15.7 do Edital do Pregão n. 30/2004, de promover diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo;

b) o descumprimento dos subitens 15.8 e 15.9 desse mesmo Edital, que alertavam sobre o fato de que o desatendimento de exigências formais e não-essenciais, não implicaria o afastamento da licitante, desde que fosse possível a aferição das suas qualificações e as exatas compreensões da sua proposta, durante a realização da sessão pública do Pregão e de que as normas que disciplinam o pregão seriam sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados;

c) a não-observância dos princípios básicos da legalidade e do julgamento objetivo, restringindo e frustrando, dessa forma, o caráter competitivo, além de contribuir para a adjudicação do certame à licitante segundo colocada (recorrente), cujo lance foi R\$ 84.792,30 superior ao lance da Egel Locação de Veículos Ltda., acatando exigências impertinentes e irrelevantes na escolha da melhor proposta para execução do objeto licitado (Lei n. 8.666/1993, art. 3º, **caput** e § 1º);

4. aplicar, individualmente, multa, com fundamento no art. 58, inciso III, da Lei n. 8.443/1992 c/c art. 250, inciso IV, § 2º, e 268, inciso III, do Regimento Interno/TCU, aos Srs. Ailton Fernando Dias (CPF n. 839.757.137-040) e Alexandre Pereira Machado (CPF n. 839.757.137-04), fixando-lhes o prazo de 15 (quinze) dias, a partir da notificação, para que comprovem, perante este Tribunal (art. 165, III, alínea 'a', do Regimento Interno), o recolhimento do referido valor aos cofres do Tesouro Nacional, acrescido de atualização monetária, contada a partir do dia seguinte ao término do prazo fixado, até a data do efetivo pagamento;

5. autorizar, desde logo, com fulcro no art. 28, inciso I, da Lei n. 8.443/1992, o desconto integral ou parcelado das dívidas nos salários dos responsáveis, nos termos da legislação pertinente, ou a cobrança judicial, conforme inciso II do mesmo dispositivo, na impossibilidade do desconto, caso não atendidas as notificações;

6. determinar à CNEN que:

a) consigne, expressamente, nos próximos editais, o motivo de exigir-se visita, pelo responsável técnico da empresa que participará da licitação, ao local da realização dos serviços, demonstrando, tecnicamente, que a exigência é necessária, pertinente e indispensável à correta execução do objeto licitado, de forma que a demanda não constitua restrição ao caráter competitivo do certame;

b) oriente as comissões responsáveis pelos procedimentos de julgamento de propostas e de recursos, para que promovam diligências a fim de fundamentarem suas decisões e consignem nos processos administrativos os pareceres técnicos e jurídicos competentes sobre a legitimidade e legalidade da decisão a ser submetida à autoridade

homologante, de modo a evitar a ocorrência de atos que contrariem os princípios básicos da legalidade e do julgamento objetivo e que venham a restringir e a frustrar o caráter competitivo da licitação;

7. juntar estes autos às contas da Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN relativas ao exercício de 2004, TC n. 012.784/2005-2 , para exame em conjunto e em confronto pela 6ª SECEX;

8. alertar a administração da CNEN e os Procuradores Autárquicos sobre a responsabilidade de atuação do parecerista jurídico, doutrina e jurisprudência do TCU sobre a matéria, e a relativa inviolabilidade do advogado no exercício profissional, entendimentos provenientes do julgado do Supremo Tribunal Federal no mandado de segurança n. 24.073-3/DF e do Acórdão n. 226/2004 – Plenário;

9. dar ciência da deliberação que vier a ser proferida ao representante.”

9. Estando os autos em meu gabinete, foram juntados os elementos constantes das folhas 280/284, referentes a novas razões de justificativa apresentadas pelo Sr. Ailton Fernando Dias (fl. 285).

É o Relatório.

PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Examina-se nestes autos Representação formulada pela empresa Egel Locação de Veículos Ltda., com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, acerca de supostas irregularidades praticadas pela Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN, na condução do Pregão n. 30/2004 (Menor Preço Global), objetivando contratar empresa especializada na prestação de serviços de transporte de pessoas, documentos e materiais de pequeno volume, para atender às necessidades de serviço da sede da entidade no Rio de Janeiro.

2. A representante considera injusta sua inabilitação no pregão e solicita análise desta Corte de Contas. Após ter apresentado o melhor preço no pregão, a empresa segunda colocada – Brasília Empresa de Serviços Técnicos Ltda. – interpôs recurso junto à CNEN apontando o descumprimento pela Egel de três itens do edital relativos à sua qualificação técnica: realização de visita à sede da CNEN por preposto e não pelo representante técnico; não-contemplação no objeto social da possibilidade de transporte de pessoal; e não-apresentação do mínimo de três atestados.

3. Ao proceder à análise do feito, a Secex/RJ promoveu audiência do pregoeiro, Sr. Alexandre Pereira Machado, para que apresentasse razões de justificativa quanto: à inclusão no edital de cláusulas e condições que comprometeram o caráter competitivo do Pregão, dando ensejo para que se escolhesse uma proposta com preço superior à da primeira colocada; à não-utilização da sua faculdade para promover diligências e esclarecer as obscuridades; ao descumprimento de itens do edital que alertavam sobre o fato de que o não-atendimento de exigências formais não implicaria necessariamente no afastamento da licitante; à não-observância aos princípios básicos da legalidade e do julgamento objetivo.

4. Além do pregoeiro, ouviu-se em audiência o ordenador de despesas da CNEN, Sr. Ailton Fernando Dias, para que se justificasse quanto à não-observância dos princípios básicos da legalidade e do julgamento objetivo, haja vista que homologou o procedimento licitatório, mesmo em face de exigências que frustraram o caráter competitivo para a escolha da melhor proposta.

5. A partir das razões de justificativa remetidas pelos servidores da CNEN, foi possível um exame aprofundado pela Secex/RJ, parcialmente transcrito no Relatório precedente.

6. Em síntese, o Sr. Ailton Fernando Dias (Ordenador de Despesas) destaca que o edital foi elaborado pelo Pregoeiro e sua Equipe de Apoio e aprovado pela Procuradoria Federal da entidade, sem que houvesse nenhuma ressalva quanto à existência de exigências impertinentes e irrelevantes, razões estas que lhe deram segurança para aprovar o edital e autorizar a realização da licitação. Ressalta ainda que, após a publicação do Edital, nenhum interessado manifestou interesse em impugná-lo.

7. Assim, sustenta que não havia “razões para considerar a hipótese de não homologar a licitação, uma vez que o cumprimento dos rituais jurídico e administrativo foi satisfatório e nada apontava para a existência de impropriedade”.

8. O Sr. Alexandre Pereira Machado, por sua vez, alega, em essência, que, a exigência da visita do responsável técnico visava ao pleno conhecimento pela licitante das condições locais para que esta pudesse atestar suas condições de cumprir com o objeto licitado. Em segundo lugar, argumenta que o contrato social da Egel não contemplava o serviço licitado, ou seja, contratação de empresa especializada na prestação de serviços de transporte de pessoas, documentos e/ou materiais de pequeno volume. Quanto à questão dos atestados de capacidade técnica, salienta que a Egel apresentou dezesseis, mas que todos tratavam de locação de veículos, enquanto que o objeto da licitação era transporte de pessoas.

9. Examinando-se os autos, nota-se que a empresa Egel foi inabilitada “por não atender aos itens 3.1 ('a visita deverá ser realizada pelo responsável técnico da empresa que participará da licitação.'), 9.2 'a' ('apresentar documento, tal como certificado ou contrato social, que comprove sua aptidão em executar o objeto ora licitado.') e 9.2 'b' ('apresentar no mínimo 3 (três) Atestados de Capacidade Técnica, expedidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da licitante, que comprove que essa desempenhou ou está desempenhando atividades pertinentes e compatíveis em características e quantidades com o objeto desta licitação, devidamente registrados na entidade profissional competente (CRA), conforme disposto no parágrafo primeiro do art. 30 da Lei n. 8.666/1993.') do Edital.”

10. Com relação ao primeiro aspecto considerado na inabilitação da Egel (item 3.1 do edital), entendo que a CNEN não agiu de maneira adequada. Não me parece essencial e indispensável que, para se contratar uma empresa prestadora de serviços de transporte de pessoas, documentos e/ou materiais de pequeno volume, seja obrigatória a visita do representante técnico à entidade contratante. Tratando-se de um serviço de baixa complexidade técnica, o preposto, devidamente autorizado pela licitante a realizar a visita, poderia perfeitamente identificar as condições do local em que seriam realizados os serviços.

11. No que tange à questão de o objeto social ser incompatível com a atividade de transporte de pessoas, verifico uma preocupação exacerbada por parte dos gestores ao adotar a decisão de inabilitar a empresa. A administração procurou contratar uma prestadora de serviços devidamente habilitada para o exercício dos serviços terceirizados e, ao constatar que o objeto social da empresa Egel, na época da licitação, era "locação de veículos; locação de equipamentos; coleta, entrega e transporte terrestre de documentos e/ou materias", vislumbrou que não estava incluída a possibilidade do transporte de pessoas.

12. De fato, não está expressamente consignado no contrato social o serviço de transporte de pessoas almejado pela CNEN. Porém, constam dos autos três atestados

de capacidade técnica apresentados pela Egel que comprovam a prestação dos serviços desejados para três distintas pessoas jurídicas de direito público. (fls. 90, 99 e 100)

13. Se uma empresa apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, não seria razoável exigir que ela tenha detalhado o seu objeto social a ponto de prever expressamente todas as subatividades complementares à atividade principal.

14. Quanto à não-apresentação do mínimo exigido de três atestados de capacidade técnica, mais uma vez mostra-se imprópria a decisão do pregoeiro e a conseqüente homologação pelo ordenador de despesas. Esta questão já foi examinada por este Tribunal em diversas assentadas, sendo o entendimento predominante no sentido de não se permitir a exigência de um número mínimo de atestados (Decisões ns. 134/1998 e 192/1998, ambas do Plenário, e Acórdão n. 124/2002 – Plenário) .

15. A Lei de Licitações estabelece diretrizes, limitações e exigências relativas ao conteúdo dos atestados de comprovação de aptidão, mas silencia no tocante à quantidade de documentos necessários para se fazer tal prova. Ao fazer uma interpretação sistêmica dos normativos acerca do assunto, este Tribunal tem entendido que uma imposição dessa espécie somente poderia ser admitida se claramente explicitada no texto legal.

16. Nesse contexto, pode-se dizer que o estabelecimento de uma quantidade mínima de atestados fere o preceito constitucional da isonomia, porque desigualta injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica. Não se pode inferir que um licitante detentor de um atestado de aptidão é menos capaz do que o licitante que dispõe de dois.

17. Isto porque a capacidade técnica de realizar o objeto existe, independentemente do número de vezes que tenha sido exercitada, ou não existe. Garantida a capacitação por meio de um atestado, não vejo como a administração exigir algo a mais sem exorbitar as limitações constitucionais.

18. Em que pesem as falhas apontadas nos parágrafos anteriores, impende salientar que, de acordo com os documentos acostados aos autos, não observo má-fé dos responsáveis, mas apenas falta de visão sistêmica da Lei n. 8.666/1993, o que proporcionou a interpretação literal do edital e da própria Lei de Licitações.

19. Dessa forma, entendo que, para este caso concreto, não se deve aplicar multa aos gestores. A expedição de determinações à entidade para que atente quanto às questões discutidas seria medida mais apropriada e educativa, na medida em que evitará a reincidência dos fatos, sob o risco de apenação dos responsáveis.

20. Destarte, considero oportuna a expedição das determinações sugeridas no parágrafo oito do Relatório precedente, adicionando-se, ainda, uma determinação acerca da vedação para se exigir um número mínimo de atestados.

Nessas condições, manifesto-me por que seja adotado o Acórdão que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 14 de março de 2006.

MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator

ACÓRDÃO Nº 571/2006 - TCU - 2ª CÂMARA

1. Processo n. TC-000.773/2005-6
2. Grupo II; Classe de Assunto: VI – Representação.

3. Interessada: Egel Locação de Veículos Ltda.
4. Entidade: Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN.
5. Relator: Auditor Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secex/RJ.
8. Advogados constituídos nos autos: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada pela empresa Egel Locação de Veículos Ltda., acerca de supostas irregularidades praticadas pela Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN na condução do Pregão n. 30/2004, objetivando contratar empresa especializada na prestação de serviços de transporte de pessoas, documentos e materiais de pequeno volume, para atender às necessidades de serviço da sede da entidade no Rio de Janeiro.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. determinar à CNEN que:

9.2.1. consigne de forma expressa, nos próximos editais, o motivo de exigir-se visita, ao local da realização dos serviços, do responsável técnico da empresa que participará da licitação, demonstrando, tecnicamente, que a exigência é necessária, pertinente e indispensável à correta execução do objeto licitado, de forma que a demanda não constitua restrição ao caráter competitivo do certame;

9.2.2. oriente as comissões responsáveis pelos procedimentos de julgamento de propostas e de recursos para que promovam diligências a fim de fundamentarem suas decisões e consignem nos processos administrativos os pareceres técnicos e jurídicos competentes acerca da legitimidade e legalidade da decisão a ser submetida à autoridade homologante, de modo a evitar a ocorrência de atos que contrariem os princípios básicos da legalidade e do julgamento objetivo e que venham a restringir e a frustrar o caráter competitivo da licitação;

9.2.3. oriente as comissões responsáveis pela elaboração dos editais de licitação acerca da vedação para se exigir um número mínimo de atestados de capacidade técnica, bastando que a empresa licitante comprove que já realizou o tipo de serviço desejado em pelo menos uma ocasião;

9.3. dar ciência ao representante desta deliberação.

9.4. apensar o processo às contas da CNEN, exercício de 2004.

10. Ata nº 7/2006 – 2ª Câmara

11. Data da Sessão: 14/3/2006 – Extraordinária

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0571-07/06-2

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (Presidente), Ubiratan Aguiar e Benjamin Zymler.

13.2. Auditor convocado: Lincoln Magalhães da Rocha.

13.3. Auditor presente: Marcos Bemquerer Costa (Relator).

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Presidente

MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator

Fui presente:

MARIA ALZIRA FERREIRA
Subprocuradora-Geral