



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO PAIVA MARTINS – A.3

Proc.:
27.531/16-e

Processo nº: 27.531/16-e

Jurisdicionada: Departamento de Estradas de Rodagem do DF – DER/DF

Assunto: Representação

Órgão Técnico: Secretaria de Acompanhamento

MP: Procurador MARCOS FELIPE PINHEIRO LIMA

Publicação: Pauta dispensada (Res. 161/2003, art. 1º, inciso VI)

Ementa: Representação, com pedido de cautelar, formulada pela empresa Somateq Construções e Comércio Eireli EPP acerca de possível irregularidade no Edital de Concorrência nº 003/2016, elaborado pelo Departamento de Estradas de Rodagem do DF – DER/DF (valor de R\$ 1.768.415,24, abertura em 19.9.2016). Conhecimento da exordial, sem o deferimento da cautelar, concessão de prazo ao jurisdicionado para apresentar esclarecimentos e determinação para que objeto seja adjudicado/homologado somente após ulterior deliberação da Corte (Decisão nº 4.608/16-CPM). Remessa de documentos. PARECERES CONVERGENTES, com acréscimo. A Instrução considera procedente a Representação e sugere novas determinações. O Ministério Público aquiesce à proposta do Corpo Técnico, com acréscimo de determinar ao DER/DF a anulação do certame e a abstenção, de em futuras licitações, solicitar declaração ou atestado de capacidade técnica exigindo que a licitante possua usina de asfalto instalada. Na Sessão realizada em 24.11.2016, VOTEI de acordo com o douto **Parquet**. VISTA DOS AUTOS deferida ao Conselheiro INÁCIO MAGALHÃES FILHO (Decisão nº 5.985/16-CPM). O nobre Revisor, divergindo deste Relator, VOTA pela improcedência da exordial e continuidade do certame. Distribuição antecipada dos votos (de vista e do Relator). Prosseguimento do julgamento iniciado na S. O. nº 4915, de 24.11.2016. Revendo meu posicionamento, VOTO, de acordo com o 2º Revisor, Conselheiro RENATO RAINHA, pelo provimento parcial da Representação e para considerar a exigência de usina própria de asfalto ou termo de compromisso de terceiro que a possua como condição apenas para assinatura do contrato.



RELATÓRIO

Na S.O. de 24.11.2016 submeti à apreciação deste egrégio Plenário o Voto constante do e-doc 41FEF5EA, o qual faço transcrever:

“9. Nesta fase analisa-se o mérito da Representação formulada pela empresa Somateq Construções e Comércio Eireli EPP acerca de possível irregularidade no Edital de Concorrência nº 003/16, lançado pelo Departamento de Estradas de Rodagem do DF - DER/DF¹, visando à contratação de empresa para a execução das obras de construção e sinalização da ciclovia (Lago Oeste) na DF-001 (EPCT), SRF 001EDF0590, no subtrecho compreendido entre a interseção com a rodovia DF-003/DF-001, km 131,8 até o Posto Policial no km 119,3 (e-doc C18B824B-c).

10. A representante apontou ilegalidade no item 3.4.3.5 do Edital, o qual estabelece como condição para qualificação técnica a declaração do licitante de que dispõe de usina de asfalto em conformidade com a legislação em vigor e com capacidade para atender aos volumes necessários para conclusão da obra ou, caso não tenha usina própria, declaração de empresa que assuma esse compromisso nos mesmos termos.

11. Afirmou, ainda, que a cláusula edilícia é desarrazoada para fins de garantia da execução contratual, por violar limitações impostas pelo art. 30 da Lei nº 8.666/93 e restringir o caráter competitivo do certame.

12. Na Sessão de 13.9.2016, a Corte conheceu da exordial, sem deferir a cautelar pleiteada, concedeu prazo ao jurisdicionado para apresentar esclarecimentos e condicionou a homologação/adjudicação do objeto à ulterior deliberação Plenária (Decisão nº 4.608/16-CPM, e-doc AE4BFCE8).

*13. Em atenção ao **decisum**, o DER/DF encaminhou o Ofício nº 1043/2016-DG e anexos (e-doc 90B4DFCB).*

14. O Corpo Técnico, após examinar o expediente enviado e colacionar acórdãos do TCU sobre a matéria, concluiu que a cláusula em questão é abusiva e restringiu o caráter competitivo do certame. Por tal razão, sugere a procedência da Representação e determinação ao jurisdicionado para que adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei.

15. O Ministério Público aquiesce integralmente à proposta da Instrução, com acréscimo de se determinar ao DER/DF a anulação da Concorrência nº 3/2016 e de que em futuras licitações abstenha-se de solicitar declaração ou atestado de capacidade técnica exigindo que a participante possua usina de asfalto instalada.

¹ A abertura estava prevista para o dia 19.9.2016, às 10h. O valor do certame é de R\$ 1.768.415,24.



16. *Passa-se à análise.*

17. *Como bem fundamentado pelos Pareceres, o TCU já firmou entendimento de que a exigência contida na cláusula 3.4.3.5, na fase de habilitação, restringe à competitividade do certame, em violação ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e ao art. 3º, caput, § 1º, inciso I e art. 30, § 6º, da Lei nº 8.666/93 (Acórdão nº 669/2015 – TCU – Plenário).*

18. *O DER/DF em seus esclarecimentos não conseguiu explicar a imprescindibilidade deste item editalício e, em consulta ao site do órgão⁵, observou-se que, de fato, houve prejuízo à concorrência, visto que três empresas foram inabilitadas: Central Engenharia Ltda., Penta Engenharia Ltda. e HI Terraplenagem Ltda.*

19. *Dessa forma, verificada a abusividade do referido item e a restrição na competição, não resta outra alternativa, senão a anulação do certame, como propôs o Ministério Público e como já alertado em meu Voto anterior, “a contratação fundada em certame que ofende aos princípios da licitação poderá ser considerada nula”.*

Com estes esclarecimentos, de acordo com os Pareceres e a ressalva do Ministério Público junto à Corte, VOTO no sentido de que o Tribunal:

I. considere, no mérito, procedente a Representação;

II. conceda ao DER/DF, diante da irregularidade evidenciada, o prazo de 15 (quinze) dias para que adote as providências necessárias ao exato cumprimento da Lei, com fulcro no art. 1º, inciso X, da Lei Complementar nº 1/94, promovendo a anulação da Concorrência nº 3/2016;

III. determine a jurisdicionada que nos próximos certames, com objetos análogos a este, abstenha-se de, na fase de habilitação, exigir que a licitante possua usina de asfalto instalada, por afrontar o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e ao art. 3º, caput, § 1º, inciso I e art. 30, § 6º, da Lei 8.666/93.”

2. Naquela assentada, o Tribunal, acolhendo solicitação formulada pelo Conselheiro INÁCIO MAGALHÃES FILHO, deferiu-lhe vista dos autos (Decisão nº 5.985/16-CPM, e-doc D3F2D044).

3. O digno Revisor apresentou seu Voto-Vista (e-doc 49ED48CB) com o seguinte teor:

“Preliminarmente, lembro que, nesta fase, examina-se o mérito de

⁵

http://www.der.df.gov.br/transparencia-publica/licitacoes/concorrencias/item/download/2136_b7c764320624b076dc1a47b01edb41d8.html



representação que questiona a legalidade da exigência para habilitação técnica contida no item 3.4.3.5 do edital da Concorrência n.º 003/2016-DER/DF, que assim dispõe:

“3.4.3.5. - declaração da licitante de que tem Usina de Asfalto para a aplicação das misturas betuminosas usinadas a quente, licenciada em conformidade com a legislação ambiental (CONAMA) em vigor e que se compromete a disponibilizar os volumes necessários a conclusão da obra, no período de vigência do contrato. Caso a licitante não disponha de usina de asfalto própria, deverá apresentar declaração de empresa que tenha a Usina de Asfalto, licenciada em conformidade com a legislação ambiental (CONAMA) em vigor, na qual conste o compromisso de processamento e de fabricação das misturas usinadas a quente previstas, bem como a garantia de disponibilizar os volumes necessários para a conclusão da obra no período contratual”

Observo que a unidade instrutiva considerou procedente a exordial, por entender que a referida exigência restringe o caráter competitivo do certame, por ofensa ao art. 3º, § 1º, inciso I, e art. 30, § 6º, da Lei n.º 8.666/1993.

Ressalte-se que o corpo instrutivo se valeu, também, de jurisprudência do TCU sobre a matéria, a exemplo dos Acórdãos n.ºs 669/2015, 2.008/2011, 1.339/2010, 2.150/2008, 1.227/2008, 983/2008 e 800/2008, todos do Plenário, em que aquela Corte combateu exigências editalícias, na fase de habilitação, relativas à propriedade e localização de usina de asfalto, bem como as relacionadas a carta de compromisso de fornecimento firmado entre o licitante e empresa proprietária de usina.

Diante disso, a Seacomp/TCDF sugeriu ao Tribunal, com fulcro no art. 45 da Lei Complementar n.º 01/1994, determinar à jurisdicionada que adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, tendo em vista a ilegalidade do contido na cláusula 3.4.3.5 do edital, informando a esta Corte, no prazo de 30 (trinta) dias, as medidas adotadas.

O MPjTCDF, convergiu, em essência, com a área instrutiva, ressaltando que as informações apresentadas pelo DER/DF não foram suficientes para justificar a exigência editalícia em análise.

O d. Procurador Marcos Felipe Pinheiro Lima afirmou, ainda, que o conteúdo do item 3.4.3.5 do edital da Concorrência n.º 3/2016-DER/DF “macula a gênese do processo licitatório, na medida em que desvirtua a realidade fática para o possível mercado concorrencial na ocasião de sua publicação”.

Desse modo, o douto Parquet opinou pela procedência da representação, por fixação de prazo para que a jurisdicionada anule o certame, em razão de sua ilegalidade, e por determinação ao DER/DF para que se abstenha de exigir, em futuras licitações de



objetos análogos, que os licitantes possuam usina de asfalto instalada.

O n. Relator do feito, Conselheiro Paiva Martins, acolhendo os pareceres, votou no sentido de que o Tribunal conceda prazo de 15 (quinze) dias para que a jurisdicionada adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, com fulcro no art. 1º, inciso X, da Lei Complementar n.º 1/94, promovendo a anulação da Concorrência n.º 3/2016, e para que a Corte determine ao DER/DF que abstenha-se de, na fase de habilitação, exigir que as licitantes possuam usina de asfalto instalada, por afrontar o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e ao art. 3º, caput, § 1º, inciso I e art. 30, § 6º, da Lei 8.666/93.

Após compulsar os autos, entendo, com as vênias de estilo, que o feito merece encaminhamento diverso neste momento, pelos motivos que exporei na sequência.

Inicialmente, faz-se necessário ressaltar que, a despeito dos argumentos aduzidos pelos órgãos instrutivo e ministerial, a matéria ora em debate não encontra juízo jurisprudencial uniforme no TCU e nem no âmbito desta Corte de Contas.

Lembro que, neste Tribunal, o Processo n.º 15.950/2007 cuidou de “Estudos especiais acerca da exigência relacionada à usina de asfalto, constante em editais de licitação da NOVACAP e DER/DF”.

*Na oportunidade, o Plenário, por maioria, acolhendo o voto do Revisor, Conselheiro **Manoel de Andrade**, que foi seguido pelos Conselheiros Paulo César de Ávila e Silva, Marli Vinhadeli e **Anilcéia Machado**, decidiu por considerar regular exigências editalícias relacionadas a usinas de asfalto nos editais de licitação cujos objetos incluem obras de pavimentação asfáltica (Decisão n.º 51/2009 – e-DOC E3BA6ECF-e).*

De igual forma, no bojo do Processo n.º 11.406/2016-e, examinou-se a Concorrência n.º 01/2016-DER/DF, lançada também pelo DER/DF, que tinha exatamente a mesma condicionante para habilitação que ora se analisa, tendo este Tribunal deixado de apontar qualquer ilegalidade, autorizando o prosseguimento da licitação mediante a Decisão n.º 5.069/2016 (e-DOC 154006D4-e).

Na mesma linha, recentemente, a 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União, seguindo o entendimento da unidade técnica daquela Corte de Contas Federal, entendeu que é legal a exigência, para fins de qualificação técnica, de comprovação de propriedade de usina de asfalto legalmente licenciada ou de termo de compromisso de fornecimento de CBUQ de empresa proprietária de usina que detêm regularidade ambiental, nos termos do Acórdão n.º 6.047/2015-TCU-2ª Câmara.

Por considerar válido para esclarecer o encaminhamento que irei propor, transcrevo trecho do voto condutor do mencionado decism:



“11. A mencionada exigência não feriu o caráter competitivo do certame, uma vez que teve por objetivo garantir o cumprimento da obrigação, ou seja, dar certeza à Administração de que o serviço seria executado. Pergunto: de que adiantaria viabilizar a participação de outros interessados – com o infundado receio de ferir o caráter competitivo do certame – para, depois, por falta da garantia estabelecida no Termo de Compromisso, correr-se o risco de o serviço não poder ser realizado, ser realizado com atrasos, ou, mais grave ainda, ser realizado com desrespeito ao meio ambiente, cujo dever de preservá-lo, para ‘as presentes e futuras gerações’, é imposto tanto ao Poder Público, quanto à coletividade (art. 225 da Constituição Federal)?”

*12. **Entendo, ainda, que as exigências editalícias não só não feriram o § 6º do art. 30 da Lei.º 8.666/93 (objeto de questionamento no acórdão recorrido), como, na verdade, vieram ao encontro da pretensão legal.** É que a regularidade ambiental – requerida de forma indistinta de todos os licitantes – pode ser vista como uma necessidade essencial para que o objeto da licitação seja executado sem o comprometimento ambiental” (grifos acrescidos).*

Nessa esteira de raciocínio, tenho que a exigência inserta no item 3.4.3.5 do edital da Concorrência n.º 003/2016-DER/DF busca tão somente a comprovação da capacidade operativa dos licitantes que pretendem contratar com a Administração Pública em fornecer a massa asfáltica necessária para a execução dos serviços com qualidade, e nas quantidades e prazos estabelecidos, requerendo, desde a fase de habilitação, que todos os interessados assumam postura ambiental adequada.

Isso porque o prazo necessário para instalação de nova usina de asfalto por empresa que não a possua ou que se recuse a ajustar termo de compromisso de fornecimento expedido por proprietário de usina, somado ao tempo requerido para a regularização ambiental do empreendimento junto aos órgãos competentes, pode inviabilizar a execução tempestiva do objeto, em flagrante prejuízo ao interesse público, consubstanciado na disponibilização do bem – no caso, a obra – para a sociedade de forma segura, célere e ambientalmente sustentável.

Trata-se, portanto, de resguardar o Poder Público de contratar com empresa técnica e operacionalmente incapaz, assegurando, simultaneamente, que a legislação ambiental seja cumprida.

Adicionalmente, constatei, em consulta realizada no sítio eletrônico do DER/DF, que a empresa classificada em primeiro lugar na Concorrência n.º 03/2016-DER/DF apresentou desconto superior a 33% em relação ao valor referencial da licitação.

Assim, verifico que, no presente caso, o referido condicionante editalício não foi capaz de comprometer a obtenção de proposta vantajosa para a Administração, reforçando o meu entendimento



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO PAIVA MARTINS – A.3

Proc.:
27.531/16-e

quanto à sua pertinência, devendo, portanto, o Tribunal considerar improcedente a exordial e autorizar a continuidade do certame.

Diante do exposto, com as devidas vênias aos que pensam em contrário, VOTO no sentido de que o eg. Plenário:

I. tome conhecimento:

a) do Ofício n.º 1043/2016-DG e respectivos anexos (e-DOC 90B4DFCB-c);

b) da Informação n.º 191/2016-3ª Diacomp (e-DOC F22B1BCC-e);

c) do Parecer n.º 1.098/2016-ML (e-DOC 93E77D8E-e);

II. considere, no mérito, improcedente a exordial;

III. dê ciência da decisão que vier a ser proferida à sociedade empresária Representante;

IV. autorize:

a) o DER/DF a dar continuidade à Concorrência n.º 03/2016-DER/DF;

b) o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento – Seacomp/TCDF, para fins de arquivamento.”

4. Em que pese o entendimento das **Câmaras do Tribunal de Contas da União** não ser uniforme no sentido de que fere o caráter competitivo a exigência de a licitante ter usina própria de asfalto ou apresentar termo de compromisso de terceiro, observa-se que o e. **Plenário daquela Casa** tem sido firme quanto à questão, conforme os julgados trazidos pela Instrução².

² ACÓRDÃO Nº 669/2015 – TCU – Plenário: “9.3. determinar à Seinfra/AL que, caso opte por lançar nova licitação visando a execução do aludido objeto, adote as providências necessárias para **evitar a ocorrência** identificada no item 7 do Quadro 01 do Número VI do Edital da Concorrência 27/2014, consistente na exigência de que “A empresa licitante deverá dispor de usina de asfalto a quente com licença de operação fornecida pelo órgão ambiental (Instituto de Meio Ambiente de Alagoas - IMA - AL), ou termo de compromisso de fornecimento de CBUQ firmado pelo licitante com a usina fornecedora, acompanhada de respectiva licença de operação fornecida pelo mesmo órgão”, por **constituir infração ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e ao art. 3º, caput, § 1º, inciso I, e art. 30, § 6º, da Lei 8.666/1993;**

ACÓRDÃO Nº 1339/2010 – TCU, Plenário: “REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NA CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 3/2010 - SEMARH/RN. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA RESTRITIVA À COMPETITIVIDADE DO CERTAME. OITIVA PRÉVIA DA ENTIDADE. PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A ANULAÇÃO DO CERTAME. 1. As exigências de qualificação técnica devem estar limitadas aos itens de valor significativo e de maior relevância, os quais precisam ser indicados no edital com clareza e fundamentadamente, a fim de se evitarem restrições indevidas à competitividade do certame, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e dos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 30,



5. Neste ponto, importante trazer à colação trecho do Acórdão nº 702/2015 – TCU – Plenário, **in verbis**:

“6.10.2. Análise:

*6.10.2.1. Preliminarmente, para que não restem dúvidas acerca da ilegalidade cometida, transcreve-se trecho do Acórdão 800/2008-TCU-Plenário, bastante elucidativo no que concerne à caracterização de que o ato de manter a restrição ao caráter competitivo do certame constituiu ilícito, **in verbis**:*

1. Fixa-se prazo para anular a licitação quando os vícios apurados comprometem o caráter competitivo do certame e representam grave infringência a dispositivos legais.

2. Exigir-se comprovação da qualificação técnica para itens da obra que não se afiguram como sendo de maior relevância e valor significativo, além de restringir a competitividade do certame, afronta os ditames contidos no art. 30 da Lei 8.666/1993.

3. É ilegal exigir a comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico de nível superior com a empresa licitante na data da licitação.

*4. **Restringe o caráter competitivo do certame a inclusão de cláusula exigindo, na fase de habilitação, que a empresa licitante já possua usina de asfalto instalada, ou, em caso negativo, que apresente declaração de terceiros detentores de usina, ainda mais quando é fixado limite máximo de distância para sua instalação.***

5. Inexiste fundamento legal para se exigir, com vistas à habilitação da licitante, que a visita técnica seja realizada por um engenheiro responsável técnico, detentor de vínculo empregatício com a empresa licitante.” (grifamos)

6. Inobstante, o Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre o tema, conforme o REsp 622.717/RJ, cuja ementa

§§ 1º e 2º, da Lei n. 8.666/1993. 2. Conforme a jurisprudência desta Corte, **restringe o caráter competitivo do certame a inclusão de cláusula exigindo, na fase de habilitação, que a empresa licitante já possua usina de asfalto instalada, ou, em caso negativo, que apresente declarações de terceiros detentores de usina.** 3. Verificada a inclusão de cláusula restritiva ao caráter competitivo do procedimento licitatório, deve a entidade proceder às medidas necessárias com vistas à sua anulação, em prazo fixado por este Tribunal.”

ACÓRDÃO Nº 2150/2008 – TCU – Plenário: “9.7.7. abstenha-se de inserir em seus instrumentos convocatórios termos de compromisso de fornecimento de CBUQ firmado pela licitante com a usina fornecedora, acompanhada da respectiva licença de operação, na falta de usina própria, por ser **contrária à Lei 8.666/93, em seu art. 3º, § 1º, inciso I e art. 30, § 6º;**”

ACÓRDÃO Nº 1227/2008 – TCU – Plenário: “9.4. determinar à Secretaria de Saneamento da Prefeitura do Recife que, nos processos licitatórios futuros que envolvam recursos federais, abstenha-se de exigir propriedade e localização prévia de usinas de Concreto Betuminoso Usinado à Quente; “



encontra-se assim redigida.

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO (LEI 1.533/51, ART. 1º).

CERCEAMENTO DE DEFESA. NECESSÁRIO REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. LICITAÇÃO.

RESTRIÇÃO EDITALÍCIA RELATIVA À LOCALIZAÇÃO DE INSTALAÇÕES DOS LICITANTES. ILEGALIDADE (LEI 8.666/93, ART. 30, § 6º). PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E IMPESSOALIDADE. DOUTRINA. PRECEDENTES.

1. O julgamento da alegada violação do art. 1º da Lei 1.533/51 – para se verificar a existência ou não de direito líquido e certo amparado por ação mandamental –, bem como a análise da necessidade de perícia técnica e, conseqüentemente, da ocorrência de cerceamento de defesa, pressupõem, necessariamente, o reexame do contexto fático-probatório, atividade cognitiva vedada nesta instância especial (Súmula 7/STJ).

2. No ordenamento jurídico em vigor, a contratação de obras, serviços, compras e alienações, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e entidades da administração pública indireta, está subordinada ao princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação pública, no escopo de assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes e a seleção da proposta mais vantajosa (CF/88, art. 37, XXI; Lei 8.666/93, arts. 1º, 2º e 3º).

3. A Lei 8.666/93, na seção que trata da habilitação dos licitantes interessados, veda exigências relativas à propriedade e localização prévia de instalações, máquinas, equipamentos e pessoal técnico (art. 30, § 6º). O fundamento dessa vedação repousa nos princípios da isonomia e da impessoalidade.

4. A restrição editalícia (exigência de disponibilidade de usina de asfalto localizada no raio de até 80 km do centro geométrico da obra) é manifestamente ilegal porque frustra o caráter competitivo do certame, ou seja, restringe a disputa às empresas situadas nas mediações da obra.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 622.717/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/09/2006, DJ 05/10/2006, p. 239) - Grifamos

7. Quanto ao andamento dado por esta Corte de Contas no



Processo nº 15.950/07³, destacado pelo nobre Conselheiro INÁCIO MAGALHÃES FILHO, o Tribunal **restringiu-se a analisar à exigência referente à distância da Usina de Asfalto instalada**, conforme se depreende do Voto de Desempate do então Presidente Conselheiro ÁVILA E SILVA:

“Os presentes autos foram autuados em cumprimento da determinação contida na Decisão nº 1.893/2007, fls. 17/18, com o intuito de realizar novos estudos a respeito das exigências relacionadas à usina de asfalto que as jurisdicionadas Novacap e DER-DF têm incluído nos editais de licitação, cujos objetos incluem serviços/obras de pavimentação asfáltica.

Na Sessão Ordinária nº 81, de 11 de dezembro de 2008, o Conselheiro Relator Jorge Caetano, acolhendo integralmente os termos e sugestões do órgão instrutivo votou no sentido de que este Plenário: I – tome conhecimento dos documentos acostados às fls. 19/209; II – considere que a exigência de propriedade ou declaração solidária de proprietário de usina de asfalto, ambientalmente licenciada, localizada à distância máxima de 100 Km do local de aplicação do insumo, presente nos editais de licitação de obras de pavimentação asfáltica das jurisdicionadas Novacap e DER/DF, compromete a legalidade do certame, por violação do seu caráter competitivo, afrontando o disposto no inc. I do § 1º do art. 3º da Lei de Licitações; III – determine à Novacap e ao DER/DF que, doravante, não mais façam constar tal exigência ou qualquer outra assemelhada em seus editais de licitação; IV – autorize: a) o envio de cópia deste Relatório/Voto, caso acolhido, às jurisdicionadas, para melhor compreensão da decisão a ser prolatada; b) o arquivamento dos autos.

O Conselheiro Manoel de Andrade na Sessão Ordinária nº 4225, de 09 de dezembro de 2008, pediu vista do presente processo para melhor inteirar-se do assunto. Lamentando divergir do relator, votou no sentido de que este Plenário: I – tome conhecimento dos documentos acostados às fls. 19/209; II – autorize o arquivamento dos autos.

O Conselheiro Jorge Caetano manteve o seu voto de fls. 305/306, sendo acompanhado pelos Conselheiros Ronaldo Costa Couto e Renato Rainha.

As Conselheiras Marli Vinhadeli e Anilcéia Machado seguiram o voto do Revisor, Conselheiro Manoel de Andrade.

Havendo empate na votação, com base nos arts. 84, VI e 73 do RI/TCDF, passo ao voto de desempate.

O Conselheiro Revisor, ao examinar o Ofício nº 584/2008-DER/DF

³ Decisão nº 51/09-CMA - O Tribunal, pelo voto de desempate do Senhor Presidente, proferido com esteio nos arts. 73 e 84, VI, do RI/TCDF, que acompanhou o voto do Revisor, decidiu: I - tomar conhecimento dos documentos acostados às fls. 19/209; II - autorizar o arquivamento dos autos.



*(fls. 101/102) e o Ofício nº1105/2008 da Novacap (fls. 103/104), entendeu que, **independentemente dos recursos tecnológicos de que dispõe a licitante na fabricação do material, uma distância muito grande pode vir a inviabilizar que a execução da obra ocorra com qualidade e eficiência.***

Esse entendimento também é o adotado pelo TCU, que apesar de não vinculativo, é esteio para a decisão.

À vista do exposto e lamentando dissentir do Relator, voto acompanhando o entendimento manifestado pelo ilustre Revisor.”

8. No caso em tela questiona-se a exigência de usina de asfalto, sem indicação de distância, ou de termo de compromisso com uma empresa que possua a usina. São, portanto, situações distintas.

9. Com relação ao edital de Concorrência nº 1/2016-DER/DF (Processo nº 11.406/16-e), citado pelo nobre Revisor, observa-se que, apesar de possuir a mesma condicionante para habilitação, a cláusula não foi objeto de discussão, uma vez que a Corte apenas examinou o teor da Representação da Associação Brasileira de Construtores – Asbraco, que versava sobre exigência de apresentação de atestado técnico para fins de qualificação técnico-operacional.

10. Desta forma, a assertiva de que naquela ocasião “o Tribunal deixou de apontar qualquer ilegalidade em tal exigência” (Decisão nº 5.069/16-CPT⁴) não merece prosperar pelo motivo suso mencionado.

11. Destaca-se que situação idêntica ocorreu quanto ao Processo nº 27.906/16-e, de minha relatoria. A cláusula não foi impugnada pelas representantes e a Corte deixou de adentrar no mérito da questão, autorizando a continuidade do certame (Decisão Liminar nº 011/17-P/AT⁵).

12. No que se refere ao argumento de a primeira classificada ter apresentado desconto superior a 33% em relação ao valor referencial da licitação, em nada justifica a restrição ao caráter competitivo.

⁴ Decisão nº 5.069/16-CPT - O Tribunal, por maioria, acolhendo voto do Conselheiro PAULO TADEU, que tem por fundamento a instrução e o parecer do Ministério Público junto à Corte, decidiu: I – tomar conhecimento da manifestação encaminhada pelo DER/DF acerca da REPRESENTAÇÃO oferecida pela ASSOCIAÇÃO BRASILENSE DE CONSTRUTORES - ASBRACO, em atendimento aos termos do Despacho Singular nº 319/16 – GCIM (e-DOC – 05C53E6C - c); II – considerar, no mérito, improcedente a Representação da ASBRACO (e-DOC – FC8B0B57-c), ante os esclarecimentos apresentadas pelo DER/DF e a insubsistência das alegações apresentadas; III – autorizar: a) a continuidade do certame; b) o envio de cópia desta decisão à ASBRACO e à Jurisdicionada; c) o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento para fins de arquivamento, sem prejuízo de futuras averiguações. Vencido o Relator, que manteve o seu voto.

⁵ Decisão Liminar nº 011/17-P/AT (e-doc FC92F925)



13. Uma empresa que tenha sido alijada da Concorrência, em virtude da exigência ora atacada poderia ter apresentado um desconto maior. Portanto, é irrelevante o fato, para fins de análise de vantajosidade, uma vez que a discussão gira em torno do caráter competitivo do certame.

14. Conforme se constata do minucioso relatório que apresento, não há entendimento **manso e pacífico** sobre o tema “*usina própria de asfalto ou termo de compromisso de terceiro que a possua*”. E isso tem trazido entraves às licitações da espécie no âmbito do DER-DF. Esta licitação (Edital de Concorrência nº 003/2016) estava prevista para ser aberta em 19.9.2016, às 10h... e até esta data permanece suspensa.

15. É preciso que este Tribunal, a bem da continuidade e do bom desempenho de atividade essencial, a cargo do DER-DF, com reflexo direto na prestação de um serviço público relevantíssimo, firme **entendimento** (num sentido ou noutro) de sorte a não embargar licitações da espécie. O que não se pode é admitir decisões pendulares como temos nos deparado.

16. Desta forma, ainda que convencido de meu posicionamento, é de fundamental importância que este e. Plenário também pondere a respeito dos argumentos (contrários) do sempre atento Revisor, Conselheiro INÁCIO MAGALHÃES FILHO, que se firma, essencialmente, no Acórdão nº 6.047/2015-TCU-2ª Câmara transcrito em seu Voto-Vista.

17. Na fase de discussão da matéria, o nobre Conselheiro RENATO RAINHA teceu considerações pertinentes a respeito da preocupação da Administração Pública de cerca-se de cuidados para não atrair aventureiros em procedimentos licitatórios. Na sequência, sugeriu que a exigência constante do item 3.4.3.5 do Edital (declaração do licitante de que dispõe de usina de asfalto ou declaração de terceiro que assuma esse compromisso) seja condição apenas para assinatura do contrato, evitando com isso embaraços à ampla competitividade mas garantindo a devida segurança às contratações.

18. Sua tese foi acolhida pelos demais Pares e não tenho dúvida em segui-la pelas primorosas razões, certo de que prevalece o entendimento deste colendo Colegiado fruto de extenso debate.

Com estes esclarecimentos, VOTO no sentido de que o Tribunal:

I. considere, no mérito, procedente, em parte, a Representação;



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
GABINETE DO CONSELHEIRO PAIVA MARTINS – A.3

Proc.:
27.531/16-e

II. conceda ao DER/DF o prazo de 15 (quinze) dias para que adote as providências necessárias ao exato cumprimento da Lei, com fulcro no art. 1º, inciso X, da Lei Complementar nº 1/94, promovendo a anulação da Concorrência nº 3/2016;

III. determine a jurisdicionada que nos próximos certames, com objetos análogos a este, abstenha-se de, na fase de habilitação, exigir que a licitante possua usina própria de asfalto ou apresente termo de compromisso de terceiro que a possua, por afrontar o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e ao art. 3º, **caput**, § 1º, inciso I e art. 30, § 6º, da Lei nº 8.666/93, devendo, contudo, exigí-lo quando da assinatura do contrato.

Sala das Sessões, 7 de março de 2017.

JOSÉ ROBERTO DE PAIVA MARTINS
Conselheiro - Relator

Distribuição de cópia antecipada.