



CORPO DELIBERATIVO

Presidente _____ Conselheiro Jerson Domingos
 Vice-Presidente e Ouvidor _____ Conselheiro Flávio Esgaib Kayatt
 Corregedor-Geral _____ Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo
 Diretor-Geral da Escola Superior de Controle Externo _____ Conselheiro Marcio Campos Monteiro
 Conselheiro _____ Iran Coelho das Neves
 Conselheiro _____ Waldir Neves Barbosa
 Conselheiro _____ Ronaldo Chadid

1ª CÂMARA

Conselheiro _____ Ronaldo Chadid
 Conselheiro _____ Osmar Domingues Jeronymo
 Conselheiro _____ Flávio Esgaib Kayatt

2ª CÂMARA

Conselheiro _____ Iran Coelho das Neves
 Conselheiro _____ Waldir Neves Barbosa
 Conselheiro _____ Marcio Campos Monteiro

Conselheiros Substitutos

Coordenador _____ Conselheiro Substituto Célio Lima de Oliveira
 Subcoordenador _____ Conselheiro Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel
 Conselheira Substituta _____ Patrícia Sarmiento dos Santos

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Procurador-Geral de Contas _____ João Antônio de Oliveira Martins Júnior

SUMÁRIO

ATOS DE CONTROLE EXTERNO 2

LEGISLAÇÃO

Lei Orgânica do TCE-MS.....[Lei Complementar nº 160, de 2 de Janeiro de 2012](#)
 Regimento Interno.....[Resolução nº 98/2018](#)

ATOS DE CONTROLE EXTERNO

Juízo Singular

Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo

Decisão Liminar

DECISÃO LIMINAR DLM - G.ODJ - 1/2024

PROCESSO TC/MS: TC/33/2024

PROTOCOLO: 2294768

ÓRGÃO: AGÊNCIA ESTADUAL DE GESTÃO DE EMPREENDIMENTOS - AGESUL

RESPONSÁVEL: MAURO AZAMBUJA RONDON FLORES

CARGO DO RESPONSÁVEL: DIRETOR-PRESIDENTE

ASSUNTO: CONTROLE PRÉVIO – CONCORRÊNCIA N. 40/2023

RELATOR: CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO

Vistos, etc.

Tratam os presentes autos de Controle Prévio do edital de licitação Concorrência n. 40/2023/DLO/AGESUL (Processo Administrativo n. 57/009.774/2022) de responsabilidade da Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos (Agesul) cujo objeto é a contratação de empresa especializada para a execução dos serviços de operação e de manutenção preventiva e corretiva, com fornecimento de mão de obra, materiais, peças e equipamentos, para atender o Sistema de Suporte à Vida do Bioparque do Pantanal, no Município de Campo Grande, no valor estimado de R\$ 6.224.181,44 (seis milhões duzentos e vinte e quatro mil cento e oitenta e um reais e quarenta e quatro centavos).

A sessão pública de abertura dos envelopes, contendo as propostas e os documentos de habilitação das licitantes, está agendada para o dia 23 de janeiro de 2024, às 14h, na Avenida Desembargador José Nunes da Cunha, s/n, Bloco 14, Parque dos Poderes, em Campo Grande.

A equipe técnica da Divisão de Fiscalização de Obras, Serviços de Engenharia e Meio Ambiente emitiu a Análise Prévia ANA-DFEAMA-161/2024 (peça 22) informando a ocorrência, em síntese, das seguintes impropriedades: previsão de reajustamento baseado em índice setorial (INCC) inobservância quanto ao dimensionamento da equipe de mergulho – condição ou situação de trabalho, que pode causar acidente ou doença com lesão grave ao trabalhador; definição genérica das atribuições dos profissionais envolvidos na atividade de mergulho e falta de previsão da exigência de Certificado de Cadastramento, expedido pela Diretoria de Portos e Costas (DPC) da Marinha do Brasil.

Vieram os autos para apreciação.

É o relatório.

O instrumento convocatório prevê no item 10.3, “a”, que o valor do contrato será reajustado com base na variação dos índices utilizados pelo Índice Nacional de Construção Civil (INCC/FGV) ou o que venha a substituí-lo.

O art. 40, XI, da Lei n. 8.666/1993, dispõe:

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

...

XI - **critério de reajuste**, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, **admitida a adoção de índices específicos ou setoriais**, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

... (grifo nosso)

De acordo com o normativo, o critério de reajuste deve retratar a variação efetiva do custo de produção. Para isso, o índice utilizado deve refletir, da melhor maneira possível, a variação dos custos do objeto do contrato, dentro de determinada atividade econômica, evitando-se o uso de indicadores médios de inflação, quando o melhor seria aplicar índices setoriais ou específicos.

Pela composição do índice estipulado no instrumento convocatório, verifica-se que o INCC não é o mais apropriado ao caso em tela, uma vez que esse índice reflete a evolução dos preços de materiais, serviços e mão de obra destinados à construção de residências no Brasil, voltado, especificamente, para o mercado imobiliário.

O objeto da licitação se refere a serviço de engenharia não residencial, com parcela significativa para arcar com dispêndios de mão de obra especializada, como consta na faixa “A” da curva ABC de serviços, fls. 329 (peça 23). Assim, é conveniente que o índice de reajuste do valor contratual seja alterado para o índice que melhor demonstre a variação dos preços durante a execução do contrato, haja vista que o percentual maior, constante do edital, trata-se de serviços de profissionais técnicos.

O item 5.5.5 do Estudo Técnico Preliminar (ETP) peça 18, estabelece a descrição e a quantidade de mão de obra necessária para a execução dos serviços a serem prestados por profissionais envolvidos na atividade de mergulho, sendo: 4 (quatro) mergulhadores rasos, para atuarem de segunda a sexta-feira, no período diurno, e 2 (dois) mergulhadores rasos, para atuarem em períodos de sobreaviso/noturno.

A Norma Regulamentadora n. 15 (NR-15) Anexo 6, itens 2.8.1 e 2.8.3, do Ministério do Trabalho, que trata sobre as atividades e operações insalubres de trabalhos submersos, dispõe que:

2.8 Das Equipes de Mergulho.

2.8.1 A equipe básica para mergulho com “ar comprimido” até a profundidade de 50 (cinquenta metros) e na ausência das condições perigosas definidas no inciso VIII do subitem 2.1 deverá ter a constituição abaixo especificada, desde que esteja prevista apenas decompressão na água:

- a) 1 supervisor;
- b) 1 mergulhador para a execução do trabalho;
- c) 1 mergulhador de reserva, pronto para intervir em caso de emergência;
- d) 1 auxiliar de superfície.

...

2.8.3 Na ocorrência de quaisquer das condições perigosas enumeradas no inciso VIII do subitem 2.1, as equipes descritas nos subitens 2.8.1 e 2.8.2 serão acrescidas de 1 (um) mergulhador, passando, respectivamente, a serem constituídas por 5 (cinco) e 6 (seis) homens.

Nos termos do edital, nota-se que o trabalho de mergulho será realizado em espaço confinado, envolvendo, portanto, riscos adicionais e em condições adversas.

Assim, necessário se faz o cumprimento da norma para a equipe de profissionais de mergulho, devendo adequar o dimensionamento da equipe.

Ademais, em razão do trabalho a ser desempenhado estar classificado como insalubre, sob condições hiperbáricas, a inobservância do disposto nos itens 2.8.1 e 2.8.3, do Anexo 6, da NR-15, pode sujeitar o objeto do contrato à fiscalização do Ministério do Trabalho, sob o risco de paralisação da prestação dos serviços, por existir condição ou situação insalubre de trabalho.

O item 5.5.6.5 do ETP estipulou aos auxiliares técnicos a atribuição de *dar apoio técnico aos técnicos de operação e de manutenção SSV, mergulhadores, eletrotécnicos e eletricitas*.

De acordo com o item 2.1, XXIX, do Anexo 6, da NR-15, o supervisor de mergulho é o mergulhador, qualificado e legalmente habilitado, designado pelo empregador para supervisionar a operação de mergulho, e suas atribuições constam do item 2.5.1, do Anexo 6, da NR-15.

Desse modo, verifica-se que o ETP tratou de forma genérica as atribuições a serem desempenhadas pelo auxiliar técnico, não refletindo a exigência normativa, bem como no que se refere às atividades a serem desempenhadas pelos mergulhadores, não constando a realização de supervisão de mergulho.

Ainda sobre as exigências do Ministério do Trabalho constantes da NR-15, Anexo 6, têm-se que o item 2.2.1, “b”, inclui a responsabilidade do contratante de exigir do empregador que apresente Certificado de Cadastramento, expedido pela Diretoria de Portos e Costas (DPC).

Tal exigência não possui previsão editalícia, motivo pelo qual se faz necessária a adequação do edital, para que se faça cumprir a NR-15, devendo inserir a exigência de apresentação do Certificado de Cadastramento, expedido pela Diretoria de Portos e Costas (DPC) da Marinha do Brasil, podendo ser comprovado por ocasião da assinatura do instrumento contratual ou da emissão da Ordem de Início dos Serviços (OIS) uma vez que a apresentação do certificado pode ser compelida como encargo contratual e não como critério de habilitação, consoante o disposto no art. 30 da Lei n. 8.666/1993.

Por fim, embora não fomentado pela unidade técnica, destaco a exigência constante do item 5.3.6 do edital:

5. DOCUMENTAÇÃO

...

5.3 Qualificação Técnica:

...

5.3.6 Não será permitido apresentar comprovação de vínculo empregatício de um mesmo profissional, em mais de uma Proponente, sob pena de inabilitação de ambas as empresas.
... (grifo original)

Cumpre esclarecer que a comprovação da qualificação técnico-operacional consiste da demonstração de aptidão, pela empresa proponente, para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, indicação das instalações, do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação.

De fato, o art. 30, § 1º, I, da Lei n. 8.666/1993, induz à conclusão de que o responsável técnico deve possuir vínculo empregatício com a empresa, uma vez que a norma prescreve a necessidade de que tal profissional integre o “quadro permanente” da licitante.

Dessa forma, a exigência de comprovação de vínculo entre o responsável técnico indicado e a empresa licitante deve ser vista com cautela, pois, em que pese a literalidade do art. 30, I, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, não é necessário que os licitantes comprovem possuir em seu quadro permanente tal profissional, bastando a demonstração, na data prevista para a apresentação das propostas, de que dispõem desse profissional para a execução do objeto.

A jurisprudência das Cortes de Contas do País é pacífica nesse sentido, ou seja, é ilegal a exigência de comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico com a empresa licitante, pois impõe um ônus desnecessário aos concorrentes, na medida em que são obrigados a contratar, ou a manter em seu quadro, profissionais, apenas, para participar da licitação. Portanto, para fins de qualificação técnica-profissional basta que as licitantes comprovem que dispõem, na data de apresentação das propostas, de responsável técnico devidamente habilitado.

Sangrando-se vencedor da licitação, caberá ao particular, então, comprovar a alegada disponibilidade da estrutura exigida, o que inclui a equipe técnica mínima estabelecida pela Administração e a efetiva comprovação de vínculo, que também poderá ser mediante contrato de prestação de serviços.

Assim, compete à Administração definir, no instrumento convocatório, a composição mínima da equipe técnica, que julgar necessária para a satisfatória execução do objeto, bem como o perfil dos profissionais que a integram (desde que pautada em justificativa adequada e suficiente) sendo que, na fase de habilitação, o licitante apenas precisará apresentar uma declaração de disponibilidade dessa equipe, sem ser necessária a relação nominal dos integrantes ou qualquer outra espécie de comprovação, a qual será exigida após a adjudicação, como condição contratual, que, se descumprida, sujeitará o particular às sanções cabíveis em face de sua inadimplência.

Portanto, proceda às devidas adequações no item 5.3.6 do edital, fazendo constar que o proponente apresente como documento de habilitação a declaração de disponibilidade de profissionais técnicos, nos quantitativos necessários para a prestação dos serviços, sem a necessária relação nominal, devendo comprovar o vínculo empregatício ou a declaração de prestador de serviço, na assinatura do instrumento contratual.

Dessa forma, entendo pela incidência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* para a suspensão cautelar do procedimento de contratação e, nos termos do art. 152, I, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas (RITC/MS) aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98/2018, aplico a **MEDIDA CAUTELAR** para o fim de **SUSPENDER** a sessão pública da licitação Concorrência n. 40/2023/DLO/AGESUL (Processo Administrativo n. 57/009.774/2022) designada para o dia 23 de janeiro de 2024, às 14h.

Intime-se o diretor-presidente da Agesul, Mauro Azambuja Rondon Flores, para ciência da presente medida cautelar e comprovação, nos autos, do seu cumprimento, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, nos termos do art. 152, I, c/c o art. 210, ambos do RITC/MS, sob pena de aplicação de multa de 1.000 (mil) UFERMS.

Em igual prazo, manifeste-se sobre os apontamentos da presente medida cautelar e da Análise Prévia ANA-DFEAMA-161/2024 (peça 22) oportunizando, igualmente, a juntada de justificativas e documentos, que evidenciem a adequação das situações acima mencionadas ou as justificativas que comprovem a regularidade dos achados identificados.

Outrossim, dada a urgência do objeto em questão, com fulcro no art. 2º, § 7º, da Resolução TCE/MS n. 85/2018, além da regular intimação, via eletrônica, **determino** à Gerência de Controle Institucional que proceda à publicação e à comunicação desta decisão, via contato telefônico e por e-mail, com certificação nos autos, para que a autoridade responsável tome conhecimento imediato deste despacho.

A intimação deverá estar acompanhada de cópia deste despacho e da Análise Prévia ANA-DFEAMA-161/2024 (peça 22).
Cumpra-se.

Campo Grande/MS, 19 de janeiro de 2024.

CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO
Relator