

**VÍCIOS MAIS COMUNS EM LICITAÇÕES:
como evitar, quando sanar e como corrigi-los
à luz da jurisprudência do TCU.**

AULA 2

FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

A fase de julgamento se inicia com a avaliação da validade formal e material das propostas dos licitantes. A abertura dos envelopes dar-se-á em sessão pública, devendo os participantes interessados conferir se houve qualquer maculação/violação nos envelopes.

Sendo caso de violação, estaremos diante de uma nulidade configurada como crime pela Lei de Licitações, devendo o procedimento ser anulado.

PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO:

Súmula 473 STF: a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Em razão do poder de autotutela, a Administração pode, de ofício, alterar, tomando providências para saná-lo através de Termo de Aditamento ou anular o edital quando a Comissão de Planejamento responsável verificar algum vício de ilegalidade. Vide art. 41 e ss. da Lei Licitações.

Pertinente a estabelecermos a diferença entre ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO quando estivermos diante de vícios na licitação.

Para os agentes, o que mais interessa é a ANULAÇÃO da licitação, PORQUE É UM DEVER DA ADMINISTRAÇÃO QUANDO DIANTE DE UMA ILEGALIDADE.

Ocorre pelo próprio executivo no seu poder de autotutela ou pelo Judiciário ou Legislativo no exercício do controle externo.

A CF, no seu artigo 37, § 6º, prevê que se o licitante deu causa à ilegalidade que gerou a anulação da licitação, ele deve ser indenizado por todos os prejuízos mm antes da assinatura do contrato.

* Sobre anulação – vide art. 59 LL.

Já a REVOGAÇÃO é uma faculdade da administração de desfazer o procedimento por razões de interesse público, face aos fatos supervenientes devidamente comprovados.

A anulação, em regra, não gera o dever de indenizar, salvo quando a responsável é a Administração e é declarada após a celebração do contrato, promovendo-se a responsabilidade do agente que deu causa (art. 49, § 1º e 59, § único da Lei de Licitações).

A revogação: segundo entendimento do STJ, a Administração pode ser condenada a ressarcir o primeiro colocado nas despesas realizadas.

Já a doutrina dominante, em homenagem aos princípios da boa-fé e da confiança legítima e a partir da responsabilidade civil pré-negocial da Administração, entende que o poder público deveria indenizar o licitante em caso de desfazimento da licitação após a homologação, tanto na anulação, quanto na revogação.

Nesta fase, ao julgar as propostas, toda a documentação legalmente exigida deve ser conferida pelo agente administrativo, senão vejamos:

2.1 Exigência de Certidão:

Requisitos de habilitação- art. 27 LL:

1.) HABILITAÇÃO JURÍDICA:

- RG para pessoas físicas e registro comercial para pessoas jurídicas;
- ato constitutivo em se tratando de sociedades comerciais;
- decreto de autorização em se tratando de empresa estrangeira funcionando no Brasil;
- ato de registro ou autorização para funcionamento nos casos exigíveis em lei.

TCU:

“Certidão simplificada de Junta Comercial estadual não substitui os documentos exigidos para a habilitação jurídica dos licitantes, uma vez que a possibilidade para permuta documental deve estar prevista em lei, tal como ocorre com o registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, nos termos do art. 32, § 3º, da Lei 8.666/1993”. **Acórdão 1778/2015- Plenário.**

Neste ponto, assim como a exigência de regularidade fiscal e respeito ao artigo 7º, XXXIII, da CF existe divergência na doutrina, pois para alguns são consideradas inconstitucionais e fontes de burocratização, uma vez que embora exista previsão legal, não existe correspondência no artigo 37, XXI, da Constituição.

2.) PROVA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

- registro ou inscrição da empresa licitante e de seus empregados técnicos como profissionais competentes para desempenhar a atividade compatível com o objeto da licitação. Deverá ser apresentado termo de responsabilização pelo serviço ou obra a ser executado assinado pelo empregado técnico qualificado.

TCU:

“Compromete a competitividade do certame a exigência, na fase de habilitação, de visto do Crea local na *certidão* de registro no Crea de origem dos licitantes. O momento apropriado para atendimento a tal exigência é no início da atividade da empresa vencedora do certame, que se dá com a contratação”.

Acórdão 966/2016 – Segunda Câmara.

3.) DEMONSTRAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

- prova de idoneidade financeira: balanço patrimonial e demonstração contábil do último exercício social;
- ou apresentação de *certidão* negativa de falência ou concordata em caso de pessoa jurídica/ ou insolvência no caso de pessoa física;
- ou ainda, garantia de 1% do valor estimado da licitação em dinheiro, títulos da dívida pública, fiança bancária ou seguro-garantia (art. 56, §1º “caput” o art. 56 da Lei 8.666/93).

TCU:

“Em licitação que permita a participação de pessoas físicas e jurídicas para disputa do mesmo objeto, havendo para as pessoas jurídicas exigência de *certidão* negativa de falência, concordata ou recuperação judicial deve-se, também, em observância ao princípio da isonomia, exigir da licitante pessoa física a *certidão* negativa de insolvência civil expedida pela Justiça Estadual”. **Acórdão 8330/2017 – Segunda Câmara.**

“Irregular a inabilitação ou a desclassificação de empresa licitante por não ter indicado os seus dados bancários, pois tal informação, além de não estar prevista no rol taxativo dos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993, que estabelecem os documentos que podem ser exigidos na fase de habilitação, pode ser obtida mediante simples diligência”. **Acórdão N° 5883/16 – 1ª Câmara.**

“É ilegal a exigência da apresentação de dados bancários como requisito de habilitação em procedimentos licitatórios, por configurar afronta ao disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993” **Acórdão N. 1º 1709/15 – 1ª Câmara.**

“

É ilegal, para fins de qualificação econômico-financeira em licitações, a exigência de apresentação de declaração de habilitação profissional ou de *certidão* de protesto de títulos”. **Acórdão 1446/2015 – Plenário.**

4.) **REGULARIDADE FISCAL**

- objetiva demonstrar que não possui débitos com a Fazenda Pública.
- Certidão Negativa de Débitos (CND) ou Certidão Positiva de Débitos com efeitos de negativa (CPD-EM).
- facultada a apresentação de prova de regularidade dos encargos sociais (seguridade social e FGTS).

Atenção para a diferença entre quitação que se refere às obrigações financeiras e regularidade que engloba obrigações financeiras, cadastrais e operacionais.

SÚMULA TCU 283: Para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de *certidão* de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade.

5.) **REGULARIDADE TRABALHISTA**

- certidão negativa de débitos trabalhistas (CNDT)

As microempresas e empresas de pequeno porte podem participar regularmente da licitação mesmo sem regularidade trabalhista sem gerar vícios ao procedimento, podendo regularizar sua situação mediante prazo legal concedido pela

2.2. Restrição da competitividade

Qualquer especificação no edital que venha a restringir a competitividade entre os licitantes pode viciar o procedimento.

Exemplo: exigência de empresa sediada na mesma cidade de realização do serviço ou entrega do objeto.

- Necessidade de justificativa técnica.

A previsão em cláusula de edital que especifica entre os comprovantes de qualificação técnica dos licitantes a indicação de instalações, aparelhamento e pessoal afronta o ao previsto na Lei de Licitações (artigo 30, § 5º).

TCU:

“Não se deve incluir nos editais de licitação critérios restritivos, tais como a imposição de custos aos licitantes e a obrigação de que possuam escritório ou estrutura física na cidade onde vai ser prestado o serviço, sem justificativas para a imprescindibilidade de tais exigências para o cumprimento do objeto”. **Acórdão 769/2013 – Plenário.**

2.2 Planilha de custos

Outra ressalva que o administrador deve analisar é que não se deve desclassificar os licitantes apenas pela apresentação de planilhas de custos e de preços com erros materiais genéricos, sem que lhes fossem oportunizados previamente a chance de retificar as falhas.

O entendimento do TCU é no sentido de que se deve oportunizar a correção do erro, mas sempre mantendo o mesmo valor final.

A licitante suportará o ônus decorrente do erro, no caso de a Administração entender que aquela proposta é exequível.

TCU:

“A existência de erros materiais ou de omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratante realizar diligências junto às licitantes para a devida *correção* das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto. Cabe à licitante suportar o ônus decorrente do seu *erro*, no caso de a Administração considerar exequível a proposta apresentada”. **Acórdão 2546/2015 – Plenário.**

Para as empresas que estipulam preços baixos e depois afirmam que se equivocaram, sendo exequível devem suportar o ônus. Caso contrário, ou seja, sendo inexequíveis, devem ser rigorosamente punidas por frustrarem o caráter competitivo, e, conseqüentemente, a licitação.

2.3 Atestado Falso

A maior incidência de vícios nessa fase é a apresentação de atestados com conteúdo falso, principalmente, em relação à qualificação técnica.

Violação aos princípios da legalidade, moralidade administrativa, isonomia e da competitividade.

Com a apresentação de atestado falso, vários desdobramentos se desenham e devem ser observados pela administração, quais sejam:

- Responsabilidade subjetiva: nestes casos, mesmo que o atestado falso seja apresentado em nome da empresa, a responsabilidade é subjetiva;
- Fraude à licitação: necessidade de comprovação de conduta dolosa e independe de prejuízo ao erário ou frustração da licitação;

Ocorrência do ilícito administrativo previsto no artigo 46, da Lei 8.443/92 a ser reconhecido pelo TCU (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE – o artigo 46 da Lei Orgânica do TCU fala que verificada a fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do participante para participar por até cinco anos de licitações junto à Administração Pública Federal – aplicação de penalidade administrativa.

Frente à ausência de boa-fé, a documentação correspondente deve ser encaminhada ao MPU para ajuizamento de ações civis e penais.

TCU:

“A apresentação de *atestados* com conteúdo *falso* caracteriza ilícito administrativo gravíssimo, fere os princípios da moralidade, da isonomia e da competitividade aplicáveis a todas as licitações públicas e faz surgir a possibilidade de o TCU declarar a inidoneidade da empresa fraudadora para participar de licitação na Administração Pública Federal, independentemente de a fraude ter resultado em prejuízo financeiro para a Administração”. **Acórdão 2677/2014 – Plenário.**

“A mera apresentação de *atestado* com conteúdo *falso* caracteriza o ilícito administrativo previsto no art. 46 da 8.443/1992 do TCU e faz surgir a possibilidade de declarar a inidoneidade da licitante fraudadora”. **Acórdão 2988/2013 – Plenário.**

“A apresentação de *atestado* de capacidade técnica relativo a serviços não prestados pela licitante caracteriza fraude à licitação”. **Acórdão 2463/2009 – Plenário.**

2.4. Desempate na licitação

O §2º do artigo 3º da Lei de Licitações (LL) estabelece critérios sucessivos de desempate.

Assegurada a igualdade de condições, será assegurada preferência aos bens e serviços na seguinte ordem:

I – produzidos no país;

II – por empresas brasileiras;

III – por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país;

IV – por empresas que reservem cargos para pessoas com deficiências ou reabilitados da Previdência Social.

Entretanto, o artigo 45, § 2º da LL estabelece que analisado todos os critérios sucessivos do §2º, artigo 3º e persistindo o empate, o desempate será feito mediante sorteio.

ATENÇÃO para o tratamento diferenciado dado às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) trazido com o advento da LC 123/2006. Havendo no certame ME ou EPP, antes de analisar os critérios de desempate, esta poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame e vencer a licitação, sendo o objeto licitado adjudicado em seu favor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Nesta fase procedimental abordamos os seguintes tópicos, visando:

- Poder de autotutela, anulação e revogação dos atos administrativos e a figura da Administração Pública.
- em regra, não se pode restringir a competitividade dos licitantes;
- é dever da Administração permitir retificação material das planilhas de custos desde que o objeto seja exequível e se mantenha o valor final do contrato;
- em havendo apresentação de atestado falso, relembrar todas as providências que devem ser tomadas e que não podem ser esquecidas pelo administrador, uma vez que envolve ilícito administrativo de competência do TCU;
- analisar a necessidade e regularidade das certidões exigíveis com base no arcabouço legal e no entendimento do TCU.
- em caso de desempate a lei estabelece critérios sucessivos e persistindo, o sorteio resolverá a questão.

BIBLIOGRAFIA:

1. FILHO, M. J. COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES. LEI 8.666/1993. Editora Revista dos Tribunais. 17ª edição. 2016.
2. VIEIRA, E. P. T. P. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMENTADA. Editora Verbatim. 2ª edição. 2014.
3. VIEIRA, J. L. LICITAÇÕES E CONTRATOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Editora Edipro. 26ª Edição. 2014.
4. FURTADO, L. CURSO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Editora Fórum, 7ª Edição 2017.