

PROCESSO : 2017 38970 000313
INTERESSADO : AGÊNCIA TOCANTINENSE DE SANEAMENTO - ATS
ASSUNTO : CONTRATAÇÃO DIRETA - DISPENSA DE LICITAÇÃO
EMERGENCIAL – SERVIÇOS DE CALL CENTER
FORNECEDOR : TAPAJÓS AMBIENTAL LTDA - EPP
VALOR TOTAL : **R\$ 2.191.864,55**

PARECER TÉCNICO CGE Nº 20/2018
SGD Nº 2018/09049/000481

No uso das atribuições conferidas no art. 3º, inciso VII da Lei nº 2.735/2013, tendo em vista o estabelecido na Instrução Normativa CGE nº 001, de 07 de junho de 2017, e nos termos do Despacho nº 94/2018/GABSEC/CGE/TO, às fls. 165, procedeu-se a análise do processo em epígrafe, que versa sobre contratação de empresa especializada na prestação de serviços de CALL CENTER de atendimento presencial e via web, serviços de faturamento, arrecadação e cobrança, dentre outros elencados no Termo de Referência, às fls. 04/80, para suprir as necessidades institucionais da **AGÊNCIA TOCANTINENSE DE SANEAMENTO - ATS**, por meio de Contratação Direta - Dispensa de Licitação com base no art. 24, inciso IV da Lei nº 8.666/1993 e alterações posteriores.

Há que se consignar que na justificativa constante do Termo de Referência às fls. 04 e nas afirmações do Gestor da Pasta nos informes juntados às fls. 81 e 156, trazem a informação de que um dos fatores norteadores da presente contratação foi o fato de que a empresa que prestava os referidos serviços, à época, ter informado o seu desinteresse na continuidade dos serviços e solicitado a rescisão contratual, sem, contudo, trazer aos autos a documentação alusiva a esse respeito, tais como: ofício de notificação à ATS; justificativa para rescisão; termo de rescisão do Contrato nº 064/2013; análise jurídica; publicação na imprensa oficial do termo bem como possíveis penalidades aplicadas à empresa, dentre outros.

Nesse sentido, imperioso destacar que os atos praticados pelos agentes públicos nos processos licitatórios, como regra, e em suas contratações diretas como exceção devem ser reduzidos a termos e devidamente materializados nos autos do processo administrativo as informações por eles aventadas, não somente por força legal¹, mas também como forma de veracidade das informações e transparência das ações da Administração Pública.

Da análise do Termo de Referência no que concerne à qualificação técnica a que se dispõe o art. 27, inc. II, o referido termo traz em seu bojo no item 9 – subitem nº 34, às fls. 37, a obrigação/exigência da empresa contratada **“comprovar através de Atestado de Capacidade Técnica de ter executado ou estar executando serviço de igual complexidade e dimensão referente aos serviços descrito neste Termo”**.

¹ Art. 38 da lei 8.666/93 c/c art. 22 da lei 9.784/99.



Já às fls. 48/49 no item 16 – da caracterização da contratação, informa que o atendimento das especificações ocorrerá mediante as disposições constantes nas letras “a” e “b”, nestes termos:

- a) Apresentação de **Atestado(s) de Capacidade Técnica**, fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprove(m) que a proponente executou serviços de gestão comercial englobando atividades de faturamento, atendimento ao consumidor via presencial, arrecadação, cobrança, leitura com impressão simultânea para empresas de Utilidade Pública (Gás, Energia, Saneamento ou Telefonia);
- b) A comprovação exigida acima deverá ocorrer mediante apresentação de atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da empresa ou de profissional pertencente ao quadro de funcionários da empresa.

Nesse sentido verifica-se exigência concernente a um critério de habilitação - habilitação técnica (art. 27, II da LLCA), em que a Administração quando do levantamento da demanda e suas especificações na fase interna de planejamento consignou no termo de referência várias condições para a participação na contratação, dentre elas a qualificação técnica com vistas a assegurar o mínimo de segurança quanto à idoneidade das licitantes na realização dos serviços, mormente por se tratar de serviços bem específicos e detalhados além do alto valor da contratação.

Vislumbra-se, ainda que a ATS condicionou a apresentação da comprovação da capacidade técnica de duas maneiras distintas para participação no certame, sendo elas: **1) Capacidade Técnica Operacional** (item nº 9 – subitem 34, às fls. 37) e; **2) Capacidade Técnico-Profissional** (item 16 – letras “a” e “b”), devendo a primeira ser apresentada em nome da empresa (pessoa jurídica) e a segunda em nome do profissional vinculado à empresa, sendo que dos autos somente consta o atestado inerente ao profissional, verificada às fls. 130/134, não constando o atestado operacional em favor da empresa Tapajós Ambiental Ltda – EPP.

Há que se destacar que o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a matéria ventilada – qualificação técnica operacional e profissional é uníssona em seus inúmeros julgados, sendo, inclusive, objeto de súmula o assunto em voga, vejamos:

SÚMULA TCU 263: *Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.*

Acórdão 32/2011-Plenário | Relator: UBIRATAN AGUIAR

ÁREA: Licitação | TEMA: Qualificação técnica | SUBTEMA: Exigência

Outros indexadores: Súmula, Relevância, Capacidade técnico-operacional, Quantidade, Limite mínimo, Valor

Por fim, materializando seu posicionamento em recente decisão datada de agosto de 2016, constante do Boletim de Informação de Licitações e Contratos nº 301, a Corte de Contas Federal de forma cristalina assim assentou seu posicionamento sobre a qualificação técnica operacional e qualificação técnica profissional:

3. Não se admite a transferência do acervo técnico da pessoa física para a pessoa jurídica, para fins de comprovação de qualificação técnica em licitações públicas, pois a capacidade técnico-operacional (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a capacidade técnico-profissional (art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993), uma vez que a primeira considera aspectos típicos da pessoa jurídica, como instalações, equipamentos e equipe, enquanto a segunda relaciona-se ao profissional que atua na empresa.

*Representação formulada por licitante alegara possíveis irregularidades em concorrência realizada pelo município de Itabuna/BA para a contratação de empresa especializada para realização do Projeto Técnico Social de Participação Comunitária, componente do Programa Minha Casa Minha Vida, em condomínio residencial, a ser custeado com recursos de contrato de repasse, incluído no âmbito das ações relativas ao Fundo de Arrendamento Residencial (FAR). Entre outros aspectos, questionara a representante sua inabilitação por ter apresentado atestados de qualificação técnica em nome de empresa diversa. Sobre o assunto, informou a representante que recebera parte do patrimônio e o acervo técnico de seu sócio administrador e responsável técnico daquela empresa. A transferência de acervo técnico nesses moldes “estaria fundamentada na Resolução Normativa do Conselho Federal de Administração 464/2015, de 22/4/2015, a qual permite o acréscimo, ao acervo da pessoa jurídica, do acervo técnico do administrador, do tecnólogo e de outros bacharéis na área da Administração, contratado como responsável técnico, seja como sócio, empregado ou como autônomo”. No âmbito do TCU, a unidade técnica especializada em licitações concluiu pela improcedência das alegações da representante, tendo em vista inexistir “fundamento para se aceitar a transferência do acervo técnico da pessoa física para a pessoa jurídica, como permitido pelo CFA”. **No entendimento da unidade especializada “a capacitação técnico-operacional da empresa não se confunde com a capacitação do profissional, uma vez que a primeira abrange também as instalações, o aparelhamento, as metodologias de trabalho e os processos internos de controle de qualidade, entre outros aspectos”. Nesse sentido, “não há garantia de que o simples fato de a empresa contar com o profissional irá resultar na execução satisfatória do serviço, já que outros fatores são necessários para a adequada prestação”. Analisando o ponto, após a oitiva do Conselho Federal de Administração (CFA), anotou o relator que a controvérsia residia “na confusão entre os conceitos de capacidade técnico-operacional (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993) e de capacidade técnico-profissional (art. 30, §1º, inciso I)”. A distinção entre esses dois conceitos, prosseguiu, apresenta-se estabelecida na Lei de Licitações. **A qualificação técnico-operacional “corresponde à capacidade da empresa, visto que o dispositivo que trata do assunto, o art. 30, inciso II, da lei, refere-se a aspectos típicos desse ente, como instalações, equipamentos e equipe”. Já a capacidade técnico-profissional “relaciona-se ao profissional que atua na empresa, conforme expresso no art. 30, §1º, inciso I, da lei, que referencia*****

especificamente o profissional detentor do respectivo atestado". Nesse passo, ponderou que “a diferença na natureza dos dois conceitos e a distinção estabelecida em lei impedem que se efetue a junção de acervos”. Portanto, concluiu, “resta nítido que não há fundamento legal e fático para que se promova o acréscimo do acervo da pessoa física ao acervo da pessoa jurídica, para fins de comprovação de qualificação em licitações públicas, tal como permitido pelo o art. 2º, §3º, da Resolução Normativa CFA 464/2015”. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta do relator para, dentre outros comandos, considerar improcedente a Representação e determinar ao CFA que “promova os ajustes necessários na Resolução Normativa CFA 464/2015, de modo a evidenciar a inaplicabilidade de seu art. 2º, §3º, às licitações e às contratações realizadas pela Administração Pública, uma vez que o dispositivo está em desacordo com os ditames do art. 30, inciso II, e §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993”.

Acórdão 2208/2016 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman. Grifos nosso.

Nesse sentido, em virtude da exigência constante do Termo de Referência quanto a obrigação da empresa contratada comprovar, através de Atestado de Capacidade Técnica de ter executado ou estar executando, serviço de igual complexidade e dimensão similar ao propenso serviço a ser contratado, resta à Agência Tocantinense de Saneamento – ATS, diligenciar junto à empresa Tapajós Ambiental Ltda – EPP., para que a mesma se digne apresentar comprovação de documentação alusiva à qualificação técnica operacional em nome da referida empresa.

No que tange à regularidade fiscal, atualizar as Certidões Estadual, às fls. 136, Certidões de Regularidade com o FGTS, às fls. 137, em desacordo com o art. 29, da Lei Federal nº 8.666/1993 e suas alterações.

Relativo à habilitação jurídica, frisa-se que a documentação constante às fls. 110 a 120 não está devidamente autenticada ou carimbo de confere com o original, conforme exige o art. 32 da Lei Federal nº 8.666/1993 e suas alterações.

Quanto à Qualificação Econômico-Financeira, não consta dos autos a documentação alusiva ao Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social e da Certidão de Falências e Recuperações Judiciais, vide exigência dos incisos I e II do art. 31 da Lei Federal nº 8.666/1993 e suas alterações.

Observa-se a ausência da verificação ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, disponível no sítio: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/ceis>, conforme prevê o art. 87, inciso IV e art. 88 da Lei Federal nº 8.666/1993 e suas alterações, c/c art. 23 da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 e Nota de Orientação Técnica nº 002/2015 desta CGE.

Encontra-se ausente, também, a consulta ao Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade, disponível no sítio: http://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/consultar_requerido.php.

em observância ao art. 37, §4º da CF/88, Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992 e Nota de Orientação Técnica nº 002/2015, desta CGE.

Em análise à minuta contratual, às fls. 74/78, pertinente que sejam feitos alguns ajuste para que a mesma se adeque às premissas elencadas no Termo de Referência, conforme dispõe o inciso XI do art. 55 da Lei 8.666/93, nos seguintes pontos:

- ✓ Cláusula Primeira – do objeto. Mesmo que de forma resumida, tendo em conta a grande quantidade de especificações de serviços que serão prestados, prudente vincular o objeto do contrato às condições previstas no termo de referência – acrescentando letra que conste “demais especificações constantes no termo de referência”;
- ✓ Cláusula Segunda – fundamento legal. A presente contratação é fundada em Dispensa de Licitação com fulcro no art. 24, IV da Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações;
- ✓ Cláusula Nona – do pagamento. O item 19.3 do Termo de Referência, às fls. 55 prevê prazo de **30 dias** para o pagamento após aprovação dos serviços pelo fiscal, sendo condição a apresentação de vários documentos (letras “a” *usque* “g”); já a cláusula nona prevê prazo de pagamento de **15 dias**. Note-se que em caso de atrasos haverá incidência da atualização monetária a ser suportada pela Administração, sendo que a própria lei 8.666/93 prevê condições de pagamento não superior a 30 dias – art. 40, XIV, “a”;
- ✓ Cláusula Décima Primeira – das penalidades. A referida cláusula contas suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a **2 (dois) anos**, estando em desacordo com o item 14, às fls. 46/47 do Termo de Referência, onde consta **5 (cinco) anos**, carecendo de adequação, pois estão com especificações distintas, a exemplo do prazo de impedimento de contratar, prazo de defesa prévia etc.;
- ✓ Cláusula Terceira – responsabilidade da contratada. No item 3.3 traz exigência a cargo da **contratante** de prover **duas** pessoas em cada localidade bem como disponibilizar escritórios nas seis cidades polos e nos municípios operados onde a Contratada poderá se instalar, destoando do item nº 8 do Termo de Referência que alude às obrigações da Contratante, que diz: permitir acesso dos técnicos da Contratada às dependências da CONTRATANTE, nas localidades em que os escritórios de atendimento sejam em prédio próprio da ATS a fim de fazer cumprir o objeto licitado.

Quanto à contratação direta por dispensa de licitação em decorrência de emergência (art. 24, IV da Lei nº 8.666/93), no caso vertente, resta evidente a necessidade de contratação dos serviços de call center (atendimento presencial e via web), serviços de faturamento, arrecadação e cobrança, dentre outros elencados no Termo de Referência, pois são serviços essenciais disponibilizados à população e que não podem sofrer situação de descontinuidade.

Nesse contexto, trazemos a transcrição da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

“Art. 24 É dispensável a licitação:

{...}

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e



*somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no **prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias** consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos”. (Grifo nosso).*

Dessa maneira, com objetivo de evitar a interrupção na prestação dos serviços ora em análise, a lei acima mencionada em dispositivo próprio autoriza a contratação direta, com dispensa de licitação em vista à situação de emergência, que nos dizeres do ilustre Professor Jorge Ulisses Jacoby compreende o seguinte:

“Aqui, emergência diz respeito à possibilidade de se promover a dispensa de licitação. Corolário dessa premissa é, fundamentalmente, a absoluta impossibilidade de atender ao interesse público – fim único de toda atividade administrativa -, **se adotado o procedimento licitatório**. Emergência, para autorizar a dispensa, requer a caracterização de uma situação cujo tempo de atendimento implique a necessidade de dispensar o procedimento licitatório.” (Contratação Direta sem Licitação, 9ª Ed., 2011, p.312). (Grifo nosso).

Nesse sentido, é possível se inferir das transcrições doutrinárias acima colacionadas que a dispensa de licitação por emergência, prevista no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93 e alterações posteriores, só deve ocorrer por razões de interesse público, como no caso em análise que envolve a operacionalização na prestação de serviços de água e esgoto, dentre outros, que por obviedade não pode sofrer situação de descontinuidade, nesses casos, o tempo despendido para realização da licitação viria tão somente a sacrificar o interesse público, motivo pelo qual o legislador concedeu ao administrador a faculdade de dispensar o certame nos casos expressamente previstos na norma.

Na JUSTIFICATIVA, às fls. 156/159, o Gestor demonstra os aspectos **emergenciais da contratação**, da **justificativa do preço e da escolha do fornecedor**, pugnando ao final pela contratação direta, atendendo, desta maneira, ao permissivo legal contido no art. 26, parágrafo único, incisos I, II e III, da Lei Federal nº 8.666/1993 e suas alterações.

Na JUSTIFICATIVA acima citada, verifica-se às fls. 157, que à Agência Tocantinense de Saneamento, autuou o Processo Administrativo nº **2017/38970/000314**, atinente ao procedimento licitatório.

No que tange à justificativa do preço, às fls. 89/106, verifica-se 03 (três) cotações de preços transcritas no mapa de apuração, às fls. 107, tendo como proposta mais vantajosa a da empresa **Tapajós – Ambiental – EPP**, no valor de **R\$ 2.191.864,55**. Entretanto, não trouxe aos autos os preços/proposta da empresa que vinha prestando os serviços até o fim do ano de 2017, como forma de evidenciar a vantajosidade e de dar maior amplitude na pesquisa de preços de mercado levando-se em conta o vulto da contratação pretendida.

É importante frisar que uma ampla pesquisa de preços condizentes com o mercado local onde serão prestados os serviços se destina a evitar ocorrência de sobre preço e de superfaturamento, conduta ilegal e vedada no ordenamento jurídico, passíveis de responsabilização de quem deu causa a isso nos termos do § 2º do art. 25 da Lei Federal nº 8.666/1993 e suas alterações.

Assenta-se que a presente matéria não é suficientemente respaldada pelo disposto no artigo 24, inc. IV, da Lei Federal nº 8.666/1993 e suas alterações, que reza sobre casos de emergência ou de calamidade pública, para fins de contratação emergencial. Entretanto, de acordo com o Egrégio Tribunal de Contas da União, vislumbra-se possível a contratação direta emergencial por dispensa de licitação, senão vejamos:

“Acórdão 2240/2015 Primeira Câmara

(Pedido de Reexame, Relator Ministro Benjamin Zymler)

“Contratação Direta. Dispensa. Emergência.

A dispensa de licitação também se mostra possível quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois a inércia do gestor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior tutelado pela Administração. Nessas situações, contudo, o reconhecimento da situação de emergência não implica convalidar ou dar respaldo jurídico à conduta omissiva do administrador, a quem cabe a responsabilidade pela não realização da licitação em momento oportuno. (sublinhamos).

Em virtude da obrigatoriedade de materialização dos atos administrativos, vide art. 22, § 1º da Lei 9.784/99, atentar quanto da elaboração do Ato de Dispensa de Licitação que deverá ser assinado e datado pelo Ordenador de Despesas, com a sua respectiva publicação no Diário Oficial do Estado, conforme art. 26, *caput*, Lei Federal 8.666/1993.

Por fim, caso a Administração realize a contratação, deve encaminhar no prazo de 05 (cinco) dias após a formalização do termo de contrato, cópia dos autos ao Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, acompanhado do respectivo contrato, nos termos dos arts. 9º e 10 à IN TCE-TO nº 02/2008, de 07 de maio de 2008.

Diante do exposto, sem adentrar nos critérios de oportunidade e conveniência da contratação que são exclusivos do Gestor, levando-se em consideração a essencialidade dos serviços em questão e o risco da ocorrência de descontinuidade desses serviços, prejudicando toda a população que deles necessitam e desta forma prejudicando o próprio interesse público tutelado pelo ordenamento jurídico, **somos pela continuidade** dos trâmites contratuais, desde que à Agência Tocantinense de Saneamento promova a adoção das seguintes medidas corretivas:

- a) trazer aos autos a documentação alusiva ao desinteresse de continuidade dos serviços pela empresa anteriormente contratada (ofício de notificação à ATS, justificativa para rescisão, termo de rescisão do Contrato nº 064/2013, análise jurídica, publicação na



- imprensa oficial do termo, possíveis penalidades aplicadas à empresa, dentre outros);
- b) juntar aos autos Atestado de Capacidade Técnica Operacional em nome da empresa Tapajós Ambiental Ltda – EPP., de ter executado ou estar executando serviço de igual complexidade e dimensão similar ao propenso de ser contratado, conforme exigência contida no Termo de Referência e na Lei nº 8.666/93 (art. 30, inc. II);
 - c) anexar aos autos documentação relativa a habilitação da qualificação econômico-financeira, sendo o Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social e da Certidão de Falências e Recuperações judiciais, vide exigência dos incisos I e II do art. 31 da Lei Federal nº 8.666/1993 e suas alterações;
 - d) Fazer constar novo Mapa de Preços com os valores praticados pela empresa anteriormente contratada;
 - e) atualizar as certidões de regularidade fiscal que se encontrarem vencidas;
 - f) regularizar a documentação jurídica da empresa, conforme dispositivo legal constante do art. 32 da Lei nº 8.666/93;
 - g) anexar aos autos as certidões de empresas inidôneas e suspensas – CEIS e de condenação por improbidade administrativa, nos sítios da CGU e CNJ;
 - h) adequar a minuta contratual em relação à especificações do Termo de Referência; e
 - i) encaminhar documentação referente à dispensa e contratação para o Tribunal de Contas do Estado, em atenção a IN nº 002/2008 – art. 9º e 10.

Por fim, depois de juntar toda a documentação acima mencionada e consequentes justificações necessárias, deve o Gestor encaminhar os autos à Procuradoria Geral do Estado para o seu opinativo jurídico conclusivo, em observância ao DESPACHO SCE/GAB Nº 223, às fls. 153 e ao art. 1º, VI e VII, da Lei Complementar nº 20/1999.

SUPERINTENDÊNCIA DE GESTÃO E DE AÇÕES DE CONTROLE INTERNO, em Palmas, aos 23 dias do mês de fevereiro de 2018.

ASSINADO ELETRONICAMENTE

Augusto de Souza Pinheiro Júnior
Diretor de Auditoria e Fiscalização

ASSINADO ELETRONICAMENTE

Silene Ribeiro de Souza
Superintendente

I - De acordo.

II - Encaminhem-se os autos a Agência Tocantinense de Transportes de Saneamento - ATS, para análise e adoção das recomendações sugeridas.

Em: 23/02/2018.

ASSINADO ELETRONICAMENTE

LUIZ ANTONIO DA ROCHA
Secretário Chefe