

À
MACIEL AUDITORES S/S
Av. Paulista, 1.009, sl. 1808
Jardim Paulista
São Paulo/SP

Trata-se de impugnação interposta pela MACIEL AUDITORES S/S, no dia 16/11/2018, aos termos do edital BDMG-33/2018, da qual conheço, por sua tempestividade.

A Impugnante, insurge-se contra as regras de habilitação técnica prescritas no edital, Anexo II, itens 2.4.4 a 2.4.6. Da argumentação apresentada, a qual examinei em sua integralidade, transcreverei apenas os principais pontos, fundamentais, e minha análise.

“1) DOS ITENS 2.4.4, 2.4.5, 2.4.5.1, 2.4.6 E A RESTRIÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO

...

Vejam, o caráter competitivo do certame acaba por restar extremamente restrito quando, no item 2.4.4 temos a exigência do atestado de capacidade técnica com especificidades desnecessárias, sobretudo quanto:

a) Comprovação de 2 (dois) exercícios sociais - tal exigência se mostra desnecessária tendo em vista que a contratação inicialmente prevista para a realização dos trabalhos pela licitante vencedora engloba apenas um exercício social.

E, ainda que haja a possibilidade de prorrogação contratual, a comprovação da capacidade técnica para um exercício social não retira a expertise da empresa para a realização de vários exercícios sociais consecutivos.

No formato atual, o edital restringe por exemplo qualquer fornecedor em potencial com menos de 2 anos de existência, mesmo que detentor de todas as credenciais necessárias e com experiência na execução de objeto semelhante”.

O requisito visa a comprovação não de que os serviços objeto dos atestados já foram executados pelo licitante, mas que são compatíveis com os licitados, inclusive em prazo. A realidade histórica do BDMG demonstra que invariavelmente as contratações de auditoria independente perduram até o esgotamento do prazo legal possível, sessenta meses, na vigência da Lei Geral de Licitações, art. 57, inciso II, e cinco anos, conforme a Lei Federal 13.303/2016, art. 71, caput, à qual se vincula o Banco atualmente. Nesse sentido, no entendimento do Tribunal de Contas da União, seria cabível que a exigência relativa ao número de exercícios sociais contemplasse o prazo limite das prorrogações sucessivas¹. Contudo, o BDMG, para materialização do princípio da obtenção da competitividade expresso na Lei Federal 13.303/2016, art. 31, caput, entende

¹ “Observe-se, ainda, que o mesmo art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93, autoriza expressamente a administração a exigir da licitante a comprovação de que já executou objeto compatível, em prazo, com o que está sendo licitado. De acordo com o art. 57, inciso II, dessa Lei, os contratos para prestação de serviços de forma contínua poderão ser prorrogados por até sessenta meses. Nesse sentido, compreendemos pertinente que a exigência relativa a prazo possa ser feita até o limite das prorrogações sucessivas” – TCU. Acórdão 1.214/2013 – Plenário.

“É compatível com o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993 a exigência de requisito temporal de atuação do licitante na área do serviço de natureza contínua licitado, desde que por período inferior ao prazo de 60 (sessenta) meses previsto no inciso II do art. 57 daquela Lei” – TCU. Acórdão 2.939/2010 – Plenário.

“Com efeito, também entendo que as exigências de experiência mínima de 3 (três) anos no mercado do objeto licitado e de estar gerindo 20 postos, apesar de serem complementares, não se sobrepõem nem são excludentes, tendo em vista que buscam avaliar competências distintas. A primeira atenta para a experiência e a estabilidade da empresa no mercado ao passo que a segunda busca aferir a sua capacidade de gestão de pessoas e a de suportar os custos mínimos de administração inerentes à prestação dos serviços, independentemente do número de postos”. TCU – Acórdão 8.364/2012 – Segunda Câmara

estritamente necessária a comprovação da execução dos serviços por apenas dois exercícios, nos termos do edital.

Sobre o segundo e o terceiro ponto do rol definido no instrumento impugnatório,

“b) Contabilização de instrumentos financeiros destinados a hedge (hedge accounting) - O trabalho do auditor independente deve seguir uma metodologia e um conjunto de normas profissionais emitidas pelo Conselho Federal de Contabilidade - CFC, equivalentes às normas internacionais de contabilidade, que estabelecem procedimentos para a realização de uma auditoria independente nas demonstrações contábeis, desse modo, não se mostra razoável a exigência de tal especificidade; desse modo, tal item poderia ser tranquilamente suprimido.

Não é possível visualizar o detalhamento como uma parcela relevante ao ponto de balizar o atestado técnica exigido para a contratação de todo o objeto que se pretende. Claramente o item torna-se restritivo com a exigência acima descrita.

c) Contabilização de benefícios pós emprego (exemplo: planos de aposentadoria, planos de saúde ou seguro de vida) - do mesmo modo do item acima, tal exigência não traz qualquer diferenciação à condução dos trabalhos que serão realizados de acordo com as normas internacionais de contabilidade consagradas pelo CFC; sendo assim, tal item também deverá ser suprimido”;

A impugnante revela um entendimento equivocado acerca do que fundamenta as exigências atacadas. Não se busca aferir a capacidade do licitante em cumprir procedimentos pré-estabelecidos nas normas que regulamentam os serviços a que se referem os atestados, mas se estes relacionam-se a serviços pertinentes ao objeto licitado. Neste contexto, é necessário que o BDMG se certifique de que a licitante vencedora da licitação seja detentora não somente do melhor preço, mas também da expertise mínima para a consecução do objeto. No entendimento do TCU, “uma vez estabelecidos e circunstanciados os requisitos mínimos entendidos por necessários para a garantia da consecução do objeto, não há que falar em limitação do caráter competitivo do certame. Pelo contrário, agindo assim, estaria a Administração resguardando-se e concorrendo para a concretização de contrato que melhor atenda ao interesse público”²

Sobre o quarto ponto destacado na peça da impugnação,

“d) Ativo igual ou superior a R\$10.573.398.000,00 (dez bilhões, quinhentos e setenta e três milhões, trezentos e noventa e oito mil reais) – dispensável especificação de comprovação da experiência em relação a valor do ativo nesses patamares, pois não garante a expertise para a condução dos trabalhos, bastaria a mera exigência de comprovação da realização de auditoria em instituições financeiras com ativo de valor até R\$3.500.000.000,00. O TCU tem posição firme neste sentido, usando inclusive a expressão 'ilícita' quando se depara com exigências de quantitativos mínimos superiores a 50%”.

A impugnante novamente se equivoca, desta vez em enxergar relação entre o Ativo e o quantitativo máximo dos serviços exigível conforme o entendimento dos órgãos de controle. Não existe tal relação. O Ativo como requerido caracteriza instituições de, no mínimo, o mesmo porte do BDMG, e a respectiva exigência de habilitação estabelece-se na premissa de que o padrão de governança das instituições de maior porte garante informações contábeis menos sujeitas à manipulação por parte das respectivas administrações, segundo devidamente explicitado nos autos do processo licitatório. A especificidade do objeto impõe para sua eficaz consecução o estabelecimento do requisito em referência.

² TCU – Acórdão 1046/2014 – Plenário.

Assevera ainda a Maciel, que

Quanto ao Item 2.4.5 temos a exigência de atestado que torna demasiadamente específica a comprovação da experiência das licitantes, limitando-os a grupo muito restrito.

...

A verificação de programas/projetos é item diverso a parcela de maior relevância do processo licitatório, com escopo específico e diversos da auditoria das demonstrações financeiras e, portanto, deveria abarcar outro procedimento licitatório, ou possuir exigências compatíveis com a atividade a ser contratada”.

A impugnante invade a esfera da conveniência e oportunidade do BDMG em definir o quê e quando licitará. Cabe então ressaltar que o objeto conforme fixado visa atender as necessidades do BDMG, em estrita observância ao que determinam a lei e o Regulamento Interno de Licitações, especialmente o privilégio aos princípios da eficiência e da economicidade. Os serviços aos quais se refere o item 2.4.5 são parcela de maior relevância do objeto e estão em consonância com as atividades e negócios praticados pelo BDMG.

Também afirma a Impugnante que

“Realizando pesquisas focadas em auditorias de projetos, é possível concluir que não é justificável restringir a exigência ao segmento das instituições financeiras, já que as normas aplicáveis são as mesmas dos projetos realizados em outros segmentos.

Por vezes, estatais de outros segmentos executam projetos de valor total muito maior que uma instituição financeira. Assim como é claro que valor total recebido para cada projeto deveria ser o critério a ser avaliado quanto ao porte do projeto, e não porte do órgão responsável por executá-lo”

O fato de serem executados por instituições financeiras define a natureza dos os programas e projetos, os quais possuem condições e requisitos específicos para sua execução, importando, portanto, na expertise a ser verificada mediante o item de habilitação.

Continua a Maciel, defendendo que

“Ademais, a soma das exigências dos atestados dos itens 2.4.4 e 2.4.5 restringem a competição de forma severa, acabando por dificultar a participação das empresas brasileiras, direcionando o certame ao seletor grupo das big four (Deloitte e KPMG, Price e Ernest Young), prejudicando, inclusive a seleção da proposta mais vantajosa.

O mesmo se pode dizer quanto a limitação da apresentação de apenas dois atestados (Itens 2.4.5.1 e 2.4.6) e da impossibilidade de somatório dos atestados para a comprovação do ativo patrimonial e para o número de operações de crédito ativas. A restrição ao somatório dos atestados, por ser medida distinta, demanda uma explicação robusta, sob pena de violação ao entendimento há muito tempo pacificado pelo TCU. São múltiplas as decisões daquela corte sobre a ilegalidade na vedação ao somatório de atestados, conforme enxertos paradigmáticos fartamente apresentados abaixo”.

Conforme já posto, as condições de habilitação do edital correspondem ao mínimo necessário para garantir a consecução do objeto licitado. Assim, a afirmação de que o certame é direcionado a alguma empresa específica é leviana, infundada e, por sua gravidade, irresponsável.

O somatório de atestados como quer a impugnante não é possível pela simples razão de que o ativo patrimonial e nº de operações de crédito mínimos determinam o porte da instituição financeira atestante, que deve ser no mínimo equivalente ao do BDMG, como já justificado.

Afiança também a Maciel que

“A administração pública deve ser eficiente, visando sempre o equilíbrio das contas e despesas públicas com controle adequado da captação dos recursos e seu uso deve contemplar as necessidades da sociedade.

Desse modo, restringir a competição através da capacidade técnica lesa o princípio da eficiência da administração pública (via falta de seleção de eventual proposta mais vantajosa) e restringe o caráter competitivo, portanto o edital deverá ser modificado quanto aos itens em comento”.

As afirmações da impugnante são lucubrações que não se sustentam, visto que os requisitos de habilitação se restringem ao mínimo necessário à comprovar a aptidão da licitante para a consecução do objeto, como demonstrado.

Ressalte-se que, nas licitações por menor preço, para determinação da proposta mais vantajosa nem sempre basta considerar somente o valor apresentado,

porque muitas vezes o menor preço é obtido em razão da qualidade inferior do item ofertado (DAY STOEVER, 2007, p.86). Neste caso, compromete-se, na consecução do objeto licitado, a eficiência e a eficácia (OLIVEIRA, 2015, p. 265), impondo-se ao órgão público o ônus administrativo advindo de serviços mal prestados. **Assim, cabe à Administração Pública a adoção de regras que contribuam à caracterização precisa do objeto e, por consequência, para a efetiva aferição dos serviços ofertados, quanto à pertinência e compatibilidade com o objeto licitado**³.

Num segundo tópico, prossegue a Maciel.

“2) DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE EXIGÊNCIA DOS ITENS 2.4.4, 2.4.5, 2.4.5.1, 2.4.6 (EXACERBADA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA) E O TIPO DE LICITAÇÃO (MENOR PREÇO)

...

Para se contratar empresa de auditoria pela modalidade pregão (menor preço) as exigências de qualificação técnica devem se ater à comprovação da realização de auditoria que pode ser até em outras entidades semelhantes, mas assegurando tão que as experiências tenham se dado dentro das normas internacionais de contabilidade reconhecidas pelo Conselho Federal de contabilidade.

Isso porque, não restam mais dúvidas que os serviços de auditoria constituem-se comuns, e neste esteio, cumpre apresentar fragmento impecável do voto condutor do acórdão basilar da Egrégia Corte de Contas:

...

Logo, desde já é recha cada qualquer espécie de digressão sobre o serviço licitado ser complexo, porquanto está pacificado no TCU que os serviços de auditoria são

³ SOUZA JÚNIOR, Sérgio Vieira de. O Instituto da Diligência como Instrumento de Efetivação das Normas e Princípios Norteadores das Licitações Públicas. 2018. 41 f. Monografia (Requisito para graduação) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2018.

comuns e por consequência, demandam contratação via modalidade pregão, segundo as arestas lançadas Pelo Ministro Relator:

43. Assim sendo, concluo que os serviços de auditoria independente, em regra, podem ser caracterizados como serviços de natureza comum, sendo obrigatório o emprego da modalidade pregão para as licitações que os tenham por objeto, preferencialmente na forma eletrônica, tendo em vista, especialmente, que:

- os padrões de desempenho e qualidade desses serviços podem ser objetivamente definidos em edital, por meio de especificações usuais no mercado;

- os serviços de auditoria independente são executados segundo protocolos, métodos e técnicas conhecidos e determinados em normas expedidas pelas entidades regulamentadoras;

- a qualidade do trabalho de auditoria é atestada por meio do confronto com normas técnicas e profissionais pré-estabelecidas e, embora possa haver variações metodológicas, estas não são determinantes para a obtenção do resultado desejado pela Administração, qual seja, o parecer de auditoria condizente com as normas aplicáveis: e

- o fato de o objeto exigir capacitação técnica específica não é suficiente, por si só, para excluí-lo do conceito de bem ou serviço comum⁴.

Sendo assim, resta evidente que as exigências de qualificação técnica presentes nos itens objurgados são excessivas e em alguns casos até mesmo dispensáveis e deverão ser extirpadas ou alteradas no instrumento convocatório, conforme os pedidos que seguem abaixo”.

A impugnante cria uma relação avessa de causalidade entre a modalidade licitatória e a determinação dos critérios de habilitação técnica. O fato de o objeto licitado ser comum não interfere no estabelecimento de regras de habilitação aptas a determinar a capacidade técnica necessária. No próprio excerto citado pela impugnante, do Acórdão 1.046/2014, do TCU, vê-se que o objeto EXIGE capacitação técnica específica. Diz ainda tal acórdão que

No tocante ao receio expressado pelo CFC de que a falta de avaliação técnica das propostas poderia levar empresas sem capacitação a assumir a execução do objeto, partilho do entendimento da unidade técnica no sentido de que isso seria evitado com a definição, no termo de referência do pregão, dos padrões/especificações exigidos para a garantia de qualidade do serviço. **Ademais, no pregão, a capacidade técnica não é ignorada, sendo sua análise tão somente transferida para momento posterior (fase de habilitação).**

As exigências de qualificação técnica compatíveis com o objeto da licitação, como as da licitação do BDMG, não caracterizam qualquer prejuízo ao caráter competitivo do certame⁴.

Também o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema:

...

4. Não fere a igualdade entre os licitantes, nem tampouco a ampla competitividade entre eles, o condicionamento editalício referente a experiência prévia dos concorrentes no âmbito do objeto licitado, a pretexto de demonstração de qualificação técnica, (...).

⁴ Marçal Justen Filho. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 94.

5. Os princípios da igualdade entre os concorrentes e da ampla competitividade não são absolutos, devendo ser ponderados com outros princípios próprios do campo das licitações, entre eles o da garantia da seleção da melhor proposta e o da segurança do serviço/produto licitado.

6. Tem-se aí exigência plenamente proporcional pois (i) adequada (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida que faz presumir, como meio a qualificação técnica – o fim visado), (ii) necessária (a prévia experiência em atividades congêneres ou similares ao objeto licitado é medida de fácil demonstração, autorizando a sumarização das exigências legais) e (iii) proporcional em sentido estrito (facilita a escolha da Administração Pública, porque nivela os competidores uma vez que parte de uma qualificação mínima, permitindo, inclusive, o destaque objetivo das melhores propostas com base no background dos licitantes).

7. precedentes desta corte Superior.

8. Recurso especial provido. ” (REsp nº 1.257.886/PE, 2ª T., rel, MIN Mauro Campbell Marques, j. em 03.11.2011, DJe de 11.11.2011). (Grifamos)

Finalmente, a Impugnante requer que o BDMG

“retifique o Edital nos itens 2.4.4, 2.4.5, 2.4.5.1, 2.4.6, de modo que:

a) Retificar o item 2.4.4 para limitar a comprovação a um exercício social, retirar a exigência de Contabilização de instrumentos financeiros destinados a hedge (hedge accounting), retirar a exigência de contabilização de benefícios pós emprego e, incluir como exigência de comprovação da realização de auditoria em instituições financeiras com ativo de valor acima de R\$3.500.000.000,00.

b) Extirpar o item 2.4.5;

c) Extirpar o item 2.4.5.1;

d) Alterar o item 2.4.6 para abrir a possibilidade de somatório dos atestados para fins de comprovação do ativo e para o número de operações de crédito ativas”;

Os pedidos não podem prosperar.

Por todo o exposto, as regras de habilitação combatidas não ferem qualquer princípio norteador das licitações públicas e apenas estabelecem exigências para a execução adequada e eficaz do serviço objeto da licitação, nos moldes da Constituição Federal e da legislação específica, ao que considero não procedentes as alegações da Maciel e o pedido para modificação do edital não será acolhido.

Atenciosamente,

Sérgio Vieira de Souza Júnior
Pregoeiro
Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. – BDMG