



DILIGÊNCIA

1 IDENTIFICAÇÃO DO TRABALHO

PROCESSO: TCE/000809/2021
NATUREZA: Auditoria de Escopo Específico
MANIFESTANTE: BEZERRA & DUARTE Advocacia e Consultoria
OBJETO: Impugnação dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 do Edital nº 0082/2020, emitido pela Companhia de Gás da Bahia
IMPUGNADA: Companhia de Gás da Bahia (BAHIAGÁS)
GESTOR: Luiz Raimundo Barreiros Gavazza
CONS. RELATOR: Pedro Henrique Lino de Souza

2 INTRODUÇÃO

Trata o presente expediente de uma manifestação perante a Ouvidoria desta Corte de Contas, protocolada em 12/02/2021 pelo Escritório de Advocacia **BEZERRA & DUARTE ADVOCACIA E CONSULTORIA** (Refs.2557786-1 a 2557786-10).

Em 08/03/2021, foi emitido Parecer por esta Gerência de Auditoria com o seguinte opinativo (Ref.2557790-1/6):

Desta forma, a Auditoria entende, *a priori*, que não se pode estabelecer correlação entre o volume de serviços a serem prestados em processos à qualquer título, com capacidade do futuro licitante de atender à demanda técnica especializada requerida pela Administração, na medida em que, como bem acentuado pela licitante, as matérias jurídicas e legais a serem discernidas pelo futuro contratado são diversas e variadas, pelo que a justificativa técnica por parte da Administração deve ser o mais precisa e objetiva possível para motivação da adoção de tal quociente a ser exigido.

Assim, a Administração tem o dever de preordenar melhor para alcançar seus objetivos em atender o interesse público, não sendo feliz na especificação que fez nos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 do Edital nº 0082/2020.

Isto tudo posto, para esta Auditoria, os itens **8.3.2.1.2** e **8.3.2.1.2.1** do Edital nº 0082/2020, em futuras licitações do mesmo jaez, devem ser objeto de melhor equacionamento para sua exigência, permitindo que a Administração não enfrente novas impugnações e alcance seu desiderato maior, que é atender o interesse público com um maior número de ofertantes a nível estadual e nacional com preços que efetivamente demonstrem uma vantajosidade na contratação.

Como não havia previsão de trabalhos auditoriais a serem realizados com o jurisdicionado no presente exercício (BAHIAGÁS), nos termos da Resolução TCE/BA nº 083/2020, art. 22, houve a conversão do presente protocolo para natureza 'PROCESSO/AUDITORIA DE ESCOPO ESPECÍFICO', conforme certidão presente nos autos (Ref.2559055-1).

Efetivado o sorteio do Conselheiro Relator, foi determinado (Ref.2646758-1) que esta Coordenadoria verificasse a pertinência da documentação apresentada no sentido de trazer fato novo capaz e suficiente de sanar ou alterar o primeiro opinativo emitido pela Auditoria (Ref.2557790-1/6), conforme transcrito a seguir:

De ordem, à 1ª CCE, em **Diligência** objetivando verificar se os documentos acostados aos autos, constitui fato novo capaz de sanar irregularidade apontada, ou alterar o entendimento da auditoria, esposado no Relatório Ref. 2557790.

3 RESULTADO DA ANÁLISE

Na Conclusão da Auditoria anteriormente transcrita, foi consignado a incoerência em estabelecer-se correlação entre volume de serviços a serem prestados com capacidade para atender demanda técnica especializada. Consignou-se, ainda, que a Administração deve preordenar melhor o alcance de seus objetivos, com precisão e objetividade, para atender os interesses públicos, no desiderato de laborar vitoriosamente com um número maior de ofertantes até a fase final do processo administrativo na consecução de uma efetiva demonstração da vantajosidade quando da contratação.

Verificou a Auditoria tratar-se de um fato já consumado, isto é, o Edital já tinha sido minutado e publicado, ultrapassando a fase interna da licitação; e o processo administrativo, na sua fase externa, para seleção dos possíveis contratados, já teria sido objeto de julgamento, apesar da impugnação feita pela sociedade de advogados SERRA ADVOCACIA, datada de 04/02/2021 (Ref.2557786-1/10).

Foi encaminhado Ofício nº 01, datado de 18/02/2021, à BAHIA GÁS, informando a existência do expediente de Impugnação, que foi dada entrada na Ouvidoria deste TCE e encaminhado para a 1ª CCE, oportunizando não só o conhecimento do inteiro teor do expediente como o exercício de manifestação de defesa que achasse necessário (Ref.2557715-1), o que foi feito pela BAHIA GÁS com encaminhamento de documentos e Nota Técnica.

Submetido o expediente ao Ministério Público junto a esta Corte de Contas, este se pronunciou, em 08/06/2021, como se segue (Ref.2606243-1):

Por essas razões, visando resguardar a higidez processual, evitando-se, ainda, futuras arguições de nulidade, sobretudo em face das consequências jurídicas aventadas neste processo, o Ministério Público de Contas pugna:

- a) pela **notificação** da COMPANHIA DE GÁS DA BAHIA (BAHIA GÁS) para que, querendo, apresente defesa em relação aos fatos, evidências e conclusões consignados no relatório auditorial de Ref.2557790;
- b) seja obtida informação junto à COMPANHIA DE GÁS DA BAHIA (BAHIA GÁS) sobre os dados cadastrais do licitante vencedor da licitação regida pelo edital n.º 082/2020, publicado pela BAHIA GÁS, para que **seja expedida notificação ao referido licitante** e, com isso, possa, a seu critério, exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa em relação aos fatos apurados nestes autos, visto que o julgamento do referido processo pode repercutir na sua esfera jurídica.

Após a consecução das diligências sugeridas, ou seu eventual indeferimento, pugna-se por nova vista dos autos, oportunidade em que será emitido pronunciamento conclusivo a respeito do *meritum causae*.

Procedida a Notificação determinada, a BAHIA GÁS se pronunciou em sua Defesa (Ref.2646532-1/29), datada de 24/08/2021, de logo sendo esclarecido que não teve o

condão de modificar os achados de Auditoria já manifestados em pronunciamento anterior.

A seguir, passa esta Auditoria a análise dos argumentos trazidos pela Defesa, no que tem pertinência ao quanto já foi destacado. De logo, na presente oportunidade, pôde verificar esta Auditoria que o Outorgado Vencedor já foi contratado pela Administração, mediante Contrato n° 3000002584, assinado em 18/05/2021, e apresentado com a Defesa sob análise (Ref.2646539-1/10).

Por oportuno, é de ser ressaltado o quanto está no Parecer Jurídico da BAHAGÁS (Ref.2557726-5/6), ainda na fase interna quando da análise do Edital, destacando-se as presunções legais de cumprimento dos normativos, bem como deixando claro que não havia impedimento legal a eventual reconhecimento de desconformidades:

Deste modo, presume-se que estão contidas na minuta de instrumento convocatório a previsão das fases da licitação indicadas do art. 18 do Manual de Licitações e os requisitos mínimos de sua estrutura indicados no art. 20 do mesmo manual, assim como que estão presentes na minuta de contrato as cláusulas indispensáveis indicadas no art. 73 do Regulamento de Licitações e Contratos. Sendo assim, como as alíneas do art. 19, inciso VIII, do ML apresentam correspondência direta com os requisitos para os instrumentos convocatórios presentes no art. 20 do ML, também haverá presunção acerca do cumprimento de tais exigências.

Todavia, não há impedimento a eventual reconhecimento posterior de desconformidade legal ou normativa das referidas minutas, e, com isso, sua posterior alteração/adequação, seja através de controle próprio da Administração Pública, seja em decorrência de postulações apresentadas por potenciais licitantes, como nos casos de impugnação ao edital.

Assim, passa esta Auditoria a reanalisar as exigências e justificativas técnicas para o quanto pretendeu a Administração nos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.1 do Edital n° 0082/2020, que deveriam ser muito mais precisas e objetivas, devendo, ainda, como já informado, preordenar e equacionar melhor as suas exigências, quando da pretensão da adoção do quociente como o que foi exigido, para o atendimento das necessidades do objeto do contrato assinado ou que venham a ser assinados, não logrando êxito os argumentos de Defesa para modificar o quanto já foi identificado em pronunciamento anterior.

Dada a oportunidade, quando do primeiro pronunciamento desta Auditoria, para a BAHAGÁS fazer os esclarecimentos com largueza de argumentos, a oportunidade foi exaustivamente aproveitada (Ref. 2557715-1):

De modo tempestivo, a BAHAGÁS apresentou todos os documentos solicitados, acompanhando de nota técnica onde esclarece, de forma exaustiva, os fundamentos, a imprescindibilidade e a pertinência da inclusão dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação n° 0082/2020 [...] (Ref.2646532-3)

Como bem colocou a BAHAGÁS, no trecho acima transcrito, naquela oportunidade apresentou todos os documentos solicitados e trouxe, ainda, Nota Técnica em que, segundo suas razões de Defesa ora sob análise, esclareceu de forma exaustiva os seus fundamentos.

Destarte, no trecho que se seguiu nesta Defesa, de forma incompreensível, a exercente do direito de Defesa argumenta que a Auditoria teria “[...] se limitado a verificar o quanto exposto na nota técnica, sem correlacioná-la com os demais documentos do processo de contratação [...]”, o que não reflete a realidade.

A Auditoria analisou não só a exauriente argumentação da Nota Técnica, onde, repita-se, esclareceu “[...] de forma exaustiva, os fundamentos, a imprescindibilidade e a pertinência da inclusão dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020 [...]” como toda a documentação trazida naquela oportunidade, confrontando tudo quanto constatado para emitir o entendimento que emitiu, mantendo-o apesar da nova oportunidade de Defesa que ora foi disponibilizada para a Administração.

Efetivamente, a argumentação da presente Defesa corroborou o quanto anteriormente já foi relatado por esta Auditoria. Para tanto, há de se perscrutar o quanto aqui informado: “Para melhor compreensão da demanda [...] utilizando a mesma linha de raciocínio e os argumentos apresentados na nota técnica anteriormente encaminhada.”. Quando esta Auditoria analisou exaustivamente a Nota Técnica, foi justamente nesse desiderato de não permitir haver nenhuma estreiteza na análise ou falta de alinhamento com as argumentações exaustivamente colacionadas pela BAHAGÁS, sem utilizar locuções desconectadas do contexto, que pudessem gerar qualquer má compreensão do inteiro teor daquele mesmo contexto ou das demais documentações.

A Defesa sob análise tratou o Relatório anterior da Auditoria como tendo concluído pela ilegalidade dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1., conclusão esta trazida especificamente pela própria Defesa da BAHAGÁS, porquanto em nenhum momento foi utilizada a expressão “ilegalidade” por parte da Auditoria. Demonstrando que o raciocínio dedutivo, a partir dos elementos analisados, pertence à própria BAHAGÁS, certamente sopesando a impugnação e as constatações já anteriormente manifestadas nos autos auditorialmente. A ilação manifestada pela própria BAHAGÁS em sua Defesa, portanto, não é e não pode ser desprezada quando do julgamento por esta Corte de Contas.

A conotação dada pela Auditoria, naquela oportunidade, esclarecendo de logo que ainda não havia sido contratada nenhuma empresa para a prestação de serviços, foi pela falta de correção entre os requisitos exigidos no Edital com o quanto pretendido com a licitação, a necessidade de maior precisão e objetividade, uma preordenação melhor nas especificações e um melhor equacionamento de suas exigências. Para, ao final, ser esclarecido que a Auditoria identificou o aqodamento e a falta de cuidado técnico, bem como a previsibilidade da ambiguidade das exigências, quando da elaboração da minuta do Edital, para que possíveis impugnações, como a que houve, não tivessem campo de argumentação.

É sabido que as cláusulas restritivas em editais, mostram-se como uma realidade, quando as suas exigências estão respaldadas com plausibilidade e maestria para a consecução do objeto pretendido pela administração, em atenção ao desiderato maior que é o interesse público. No caso presente, os itens do Edital, segundo toda a argumentação da Administração que pretendeu assim proceder. Sucede que, no entanto, não logrou êxito na forma e pelo modo como fez existir a restritividade, sujeitando-se à impugnação e não chancelando, necessariamente, a vantajosidade da contratação. É exatamente nesse

condão de entendimento que esta Auditoria não corroborou e não corrobora com toda a argumentação da Defesa.

Como não poderia deixar de ser, a Auditoria constatou que a Administração deveria melhor equacionar o quanto exige com o que pretende contratar, porquanto pode ser verificado uma diminuição do universo de concorrentes: de 24 para 6 licitantes, logrando êxito um concorrente licitante. Não se trata, tão só, dos preços dos serviços ofertados, mas sim de uma maior amplitude do universo de concorrentes, que não só pelos valores a contratar como pela capacidade técnica e operacional, podem trazer a vantagem que o interesse público exige em qualquer contratação.

É a própria argumentação da Defesa que informa a redução dos licitantes concorrentes, a saber (Ref.2646532-26/27):

[...]

Por conta disso, foram analisados os documentos de habilitação de 05 (cinco) dos (06) seis licitantes melhores colocados acima listados, uma vez que, por motivos diversos, os cinco primeiros melhores colocados foram desclassificados, por não atenderem a um ou mais requisitos de habilitação.

O sexto licitante melhor classificado, ESCRITORIO DE ADVOCACIA BARACHISIO LISBOA, atendeu a todos os requisitos de habilitação e se sagrou vencedor do certame, tendo celebrado o contrato dele decorrente no dia 18 de maio de 2021, cuja cópia segue em anexo contendo os dados cadastrais do contratado conforme solicitado pelo TCE **(ANEXO 03)**.

Quanto à pretensa restrição de competitividade dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, é importante destacar que, dos 05 (cinco) licitantes que apresentaram os documentos de habilitação - o licitante BARBOSA E LOLI SOCIEDADE DE ADVOGADOS não apresentou documentos neste processo de licitação -, 03 (três) deles cumpriram o quanto exigido (PAULA GAMA – SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, NOLASCO SOCIEDADE DE ADVOGADOS e ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA BARACHISIO LISBOA), e 02 (dois) apresentaram atestados de forma a cumprir parcialmente o quanto solicitado (CASSIANO PIRES VILAS BOAS SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA e ESCRITORIO DE ADVOCACIA AURELIO PIRES), talvez por incompreensão da extensão da cláusula, de modo que o cumprimento da exigência é algo bastante comum.

Apenas um deles, neste ponto, foi inabilitado exclusivamente por descumprir a regra dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, conforme comprovado por meio da Ata de Julgamento que segue em anexo **(ANEXO 04)**.

[...]

Além disso, reitere-se: dos 05 (cinco) licitantes que apresentaram os documentos de habilitação, 03 (três) deles cumpriram o quanto exigido nos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, e os outros 02 (dois) cumpriram o item de forma parcial.

Em síntese, informou a BAHIA GÁS que não se deveria tratar a licitação com um universo macro de 24 licitantes, mas sim como um micro de 5 licitantes. Entretanto, este não é o melhor entendimento para esta Auditoria, na medida em que a primeira eliminação dentro dos 24 licitantes iniciais nada teve a ver com os itens impugnados, mas sim diante da inversão da fase processual, verificando-se os preços antes da documentação necessária

e bastante para a habilitação, o que, necessariamente, não invalida a argumentação trazida com a impugnação, na medida em que entre aqueles licitantes eliminados na primeira fase, diante da inversão, poderiam existir licitantes que igualmente não teriam cumprido as exigências restritivas dos itens impugnados no Edital.

Por argumentar, convém informar que a inversão de fase, repita-se, nunca foi objeto da impugnação nem da análise auditorial, entretanto, embora encontre respaldo dentro dos normativos pertinentes, pode impedir ou ocultar, nos termos dos itens impugnados, a perda da competitividade e da vantajosidade melhor contratação. É por isso que a Lei Nacional nº 13.303/2016, tratou, no seu art. 51, §1º, a inversão como excepcional.

Destarte, para esta Auditoria é incomensuravelmente questionável o entendimento da Defesa de que houve uma "maioria" respaldada em três concorrentes, de um universo claro de 24 licitantes, para que houvesse defesa do atendimento da competitividade diante do quanto determinado restritivamente nos itens objeto da impugnação.

De outra forma, não há, para esta Auditoria, nenhuma plausibilidade na compreensão de que os descontos ofertados por licitantes seriam um demonstrativo de que a competitividade não estaria comprometida, diante do quanto está sendo objeto de análise com a impugnação que se trata de itens restritivos.

Qualquer oferta de desconto está diretamente ligada ao aspecto financeiro/econômico da contratação, pertence ao aspecto da vantajosidade financeira e econômica, que não é o único aspecto a ser analisado quando dos contratos com a Administração Pública centralizada ou descentralizada.

Quando da época da impugnação e do primeiro pronunciamento desta Auditoria (Refs.2557790-1 e 2557790-6), não havia ainda sido assinado nenhum contrato, envolvendo o Escritório de Advocacia (Refs.2557790-1 a 2557790-6). Entretanto, na presente oportunidade, o Contrato nº 3000002584 foi assinado em 24/08/2021, pelo que, muito pertinentemente, o Ministério Público junto a esta Corte de Contas requereu fosse igualmente notificado o Contratado, em razão de direitos que poderiam ser prejudicados.

Destarte, em qualquer situação, estando o certame em curso ou encerrado e deliberando o gestor público no sentido de desconstituí-lo, necessário será sempre que se dê expressa ciência do fato aos interessados no procedimento para que, se assim o desejarem, contraponham argumentos e ofereçam documentos que se prestem a impedir ou a inibir a intenção externada.

Laborando esta Auditoria estritamente dentro dos aspectos trazidos na impugnação, de toda a Defesa da BAHAGÁS e da observância do Princípio da Legalidade, entende que, embora uma parte da doutrina discuta a possibilidade de convalidação do ato praticado em desconformidade com a orientação normativa, não é ela aceita de modo pacífico, até porque aceitar essa tese estar-se-ia, como apontam alguns, negando o princípio da legalidade.

Discorrendo acerca do assunto, Maria Sylvia Zanella de Pietro (in, "Direito Administrativo" - Editora Atlas, 9ª edição, página 195) assevera que "[...] a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade". Em sequência ao raciocínio formulado, acrescenta que "[...] No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão".

A Auditoria constatou, ao longo das análises realizadas até a presente data, que a BAHAGÁS, com as restrições trazidas pelos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 do Edital de Licitação nº 0082/2020, sujeitou-se à análise da observância ou não do quanto determinado no art. 37, da CF/88, quando determina que os atos da Administração estejam sempre em consonância plena com o Princípio da Legalidade, assim do quanto determinado nos arts. 28, 31 e 32, inciso II, da Lei Nacional nº 13.303/2016, não logrando êxito em infirmar a restrição da competitividade, como apontado na impugnação.

4 CONCLUSÃO

Isto tudo posto, esta Auditoria reitera toda a argumentação inicialmente trazida, esclarecendo que os argumentos de Defesa não tiveram o condão de infirmar, de qualquer forma, as constatações iniciais, onde não se pôde estabelecer correlação entre o volume de serviços a serem prestados em processos à qualquer título, com capacidade do futuro licitante de atender à demanda técnica especializada requerida pela Administração, na medida em que, como acentuado pela BAHAGÁS, as matérias jurídicas e legais a serem discernidas pelo futuro contratado são diversas e variadas, pelo que a justificativa técnica por parte da Administração deveria ter sido o mais precisa e objetiva possível para motivação da adoção de tal quociente a ser exigido.

Para esta Auditoria, os itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 do Edital nº 0082/2020, tanto na licitação aqui analisada, como em futuras licitações do mesmo jaez, devem ser objeto de melhor equacionamento para sua exigência, permitindo que a Administração não enfrente novas impugnações, como a que está a enfrentar.

Por fim, importante esclarecer que a apuração da vantajosidade não se verifica somente por descontos que venham a ser feitos por parte dos licitantes concorrentes, mas pelo atendimento do interesse público de forma incontestada.

Salvador, 22 de novembro de 2021.

Quadro de Assinaturas

Este documento foi assinado eletronicamente por:

Marcelo Suzart de Oliveira
Gerente de Auditoria - Assinado em 22/11/2021

Roberto Dantas de Almeida
Líder de Auditoria - Assinado em 22/11/2021



Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço <https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia>, digitando o código de autenticação: AWNJGWODM3