

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Procurador-Geral

Processo Administrativo nº 2024/104676;

Assunto: Nulidade Licitação

Requerente: Chefe do DCEA

PARECER GPAPJ Nº 487/2024

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONCORRÊNCIA PRESENCIAL. TIPO MENOR PREÇO GLOBAL. REQUERIMENTO DE NULIDADE DO CERTAME. VÍCIO INSANÁVEL. PROJETO ARQUITETÔNICO INADEQUADO. **SUPORTE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 37, CAPUT, COMBINADO COM A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, EM SEUS ARTIGOS 5º E 71, INCISO III, § 1º, CONSECTARIAMENTE, EM RAZÃO DA AUTOTUTELA DA ADMINISTRATIVA PÚBLICA. OPINO PELA POSSIBILIDADE.**

Os presentes autos foram encaminhados a esta Procuradoria **para análise de possível nulidade da licitação na Modalidade Concorrência Presencial de nº 001/2024, devido a um equívoco na disponibilidade da versão correta do Projeto Arquitetônico publicado, o que resultou em prejuízo no entendimento da forma de execução e nos atestados técnicos, comprometendo assim os documentos de comprovação técnica operacional e profissional apresentados pelas empresas licitantes.**

Em sede de instrução processual, foram juntados os seguintes documentos:

- A) Projeto Básico (D2031553);
- B) Projeto Executivo (D2031555; D2031557; D2031559; D2031561; D2031563; D2031565; D2031567; D2031569; D2031571; D2031573; D2031575; D2031577; D2031579; D2031581; D2031583; D2031585; D2031589; D2031591; D2031593; D2031595; D2031599; D2031601; D2031603; D2031605; D2031607);
- C) Documento de Formalização da Demanda – DFD para Contratação de Obras de Engenharia – F.DCEA.01.02 (D2031609);
- D) Decisão do Gabinete da Presidência deferindo o pedido dos autos e aprovando a minuta do DFD (D2035736);

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Procurador-Geral

- E) Despacho do Conselho Gestor de Obras do Poder Judiciário de Alagoas (CGO) anuindo pela compatibilidade da demanda com o Plano de Obras do Poder Judiciário de Alagoas (D2043553);
- F) Check List para Estudo Preliminar de Contratações de Obras e Engenharia (D2048174; D2048176);
- G) Despacho do Departamento Central de Engenharia e Arquitetura sobre a estimativa total da contratação (D2048178);
- H) Informação Orçamentária (D2050895);
- I) Portaria nº 1.342 que instituiu a Comissão Permanente de Contratação, designou o pregoeiro e integrantes de Equipe de Apoio (D2062833);
- J) Despacho do Departamento Central de Aquisições (DCA) sobre a possibilidade da utilização da licitação na modalidade concorrência presencial (D2062835);
- K) Minuta do Projeto Básico de Engenharia e Termo de Referência (D2062839);
- L) Despacho DCA (2062849); Parecer DIACI pelo prosseguimento da contratação (D2065133); Parecer Procuradoria Administrativa (D2069104);
- M) Projeto Básico (D2094521); Cronograma (D2094527); Matriz de Risco da Contratação (D2094531); Estudo Técnico Preliminar (D2094537); Termo de pedido de compra (D2094607);
- N) Boleto RRT (D2094721); RRT (D2094725); Autorização Reserva Orçamentária (H72142); Informação Orçamentária (D2097538); RRT Provisória (D2099730)
- O) Projeto Executivo (D2099732; D2099734; D2099736; D2099744);
- P) Informações DCA (D2100754); Despacho Gabinete Presidência autorizando a deflagração da licitação (D2101693);
- Q) Aviso de Edital (D2101697); Edital (D2101701); Publicidade (D2120023); Ofício – envio documento TCE (D2120049); Esclarecimentos (D2132441);
- R) Credenciamento (D2144662); Propostas (D2144672); Habilitação (D2144674; D2144678; D2144680).
- S) Ata da licitação (D2144682);

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Procurador-Geral

- T) Recursos (D2144688; D2144720; D2144826; D2144728);
- U) Ofício DINFRA (D2144730);
- V) Informações DCA (D2144812).

É o relatório. Passo a examinar o mérito

Trata-se de procedimento licitatório cujo objeto é a contratação de empresa de engenharia e/ou arquitetura para reforma por demanda, com fornecimento de equipamentos de infraestrutura da ESMAL – Escola de Magistratura de Alagoas, na modalidade Concorrência Presencial nº 001/2024, do tipo Menor Preço Global.

Os autos vieram conclusos para análise de possível nulidade da licitação, em razão do Projeto Arquitetônico ter sido disponibilizado com vícios que afetaram o entendimento sobre a forma de execução e o tipo das estruturas a serem utilizadas, o que prejudicou a submissão das propostas e da documentação de comprovação operacional e profissional apresentadas pelas empresas concorrentes.

DE ACORDO COM O ARTIGO 71, INCISO III, A ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO OCORRERÁ DE OFÍCIO OU MEDIANTE PROVOCAÇÃO DE TERCEIROS, SEMPRE QUE PRESENTE ILEGALIDADE INSANÁVEL, VEJAMOS COM NOSSOS GRIFOS:

**TÍTULO II
DAS LICITAÇÕES**

**CAPÍTULO VII
DO ENCERRAMENTO DA LICITAÇÃO**

Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:

I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;

II - revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade;

III - proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Procurador-Geral

IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação.

§ 1º Ao pronunciar a nulidade, a autoridade indicará expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

§ 2º O motivo determinante para a revogação do processo licitatório deverá ser resultante de fato superveniente devidamente comprovado.

§ 3º Nos casos de anulação e revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados.

§ 4º O disposto neste artigo será aplicado, no que couber, à contratação direta e aos procedimentos auxiliares da licitação.

A Administração Pública possui o poder-dever de zelar pelo princípio da legalidade, o que inclui a observância rigorosa das normas e procedimentos previstos para as licitações.

Conforme o dispositivo mencionado, **a administração pode decretar a nulidade da licitação de ofício**, ou seja, sem necessidade de provocação externa, quando identifica irregularidades que comprometam a legalidade do certame.

Nesse diapasão, lembramos que a Administração Pública é regida pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência previstos no caput, do artigo 37, da Carta Magna.

Nesse contexto, **o poder da autotutela é essencial para assegurar a lisura e a transparência dos processos licitatórios**, garantindo a observância dos princípios da indisponibilidade do interesse pública, entre outros abarcados no artigo 5º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, vejamos então o dispositivo contendo os nossos grifos:

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Procurador-Geral

**CAPÍTULO II
DOS PRINCÍPIOS**

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Sobre o tema, ensina Di Pietro, “a anulação feita pela própria Administração *independe de provocação do interessado uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância*”¹.

Portanto, a anulação, necessariamente, decorre de uma ilegalidade, isto é, de uma ofensa ao ordenamento jurídico.

In casu, após a realização da fase de julgamento e habilitação da licitação, estando os autos na fase recursal, o setor técnico do Tribunal, representado pela Diretoria Adjunta de Infraestrutura de Obras e Serviços – DINFRA, emitiu o Ofício nº 926-278/2024, informando:

Tendo em vista que **houve um equívoco na disponibilização da versão do Projeto Arquitetônico** que foi publicado, entendendo ser um **vício que interfere no entendimento sobre a forma de execução e tipo das estruturas a serem utilizadas, e que isso levou a entendimentos diversos sobre a apresentação dos atestados técnicos**. Considerando ainda que tal fato prejudicou a **apresentação das propostas e dos respectivos atestados de comprovação técnica OPERACIONAL e PROFISSIONAL pelas empresas licitantes**. Desta forma, sobre a licitação da Reforma por Demanda da ESMAL, **sugerimos a anulação do certame e republicação com documentos atualizados na versão correta.** - g.n.

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, pág.241.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Procurador-Geral

Percebe-se que o vício apontado afeta a apresentação das propostas, caracterizando uma ilegalidade insanável que prejudica a competitividade do certame. Portanto, se o setor técnico responsável pela elaboração do projeto básico e demais peças técnicas de engenharia e arquitetura, que serviram de base para o Termo de Referência e o Edital, identifica um vício intransponível no Projeto Arquitetônico, que resultou em prejuízos evidentes na apresentação das propostas, fica claro que se trata de uma ilegalidade passível de nulidade.

OUTROSSIM, ENTENDO QUE AS COLOCAÇÕES DO OFÍCIO Nº 926-278/2024, DA DIRETORIA ADJUNTA DE INFRAESTRUTURA DE OBRAS E SERVIÇOS – DINFRA, **ATENDEM A EXIGÊNCIA CONTIDA NO § 1º, DO ARTIGO 71, DA LEI, VISTO QUE FORA PONTUADO O MOTIVO DA NULIDADE DO CERTAME.**

Todavia, a meu ver, apesar dessa constatação, **não se trata de caso de apuração de responsabilidade de quem lhe deu causa**, como determina a parte final do § 1º, do artigo 71, da Lei nº 14.133/2021.

Nesse contexto, considerando **o dever da Administração de anular atos ilegais**, especialmente quando são constatadas irregularidades que inviabilizam a convalidação do ato ou procedimento viciado, **a anulação se impõe.**

Além disso, o desfazimento do ato evitará futuros prejuízos para a Administração, pois iniciar a execução de obra pública com base em projeto básico deficiente, que interfere na apresentação das propostas e laudos técnicos apresentados pelos licitantes, acarretará não apenas ofensa a economicidade e eficiência, mas também exigirá recursos adicionais para reparar os danos inevitáveis na obra.

É importante ressaltar que o Tribunal de Contas da União (TCU) considera a execução de obra com base em projeto básico deficiente uma falha grave, passível de aplicação de multa, nesse sentido:

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Procurador-Geral

Acórdão 2778/2020-Plenário

O início de execução de obra pública com base em projeto básico deficiente, que não contempla todos os elementos necessários e suficientes, com o nível de precisão adequado para bem caracterizar o empreendimento e garantir exatidão na sua orçamentação, constitui falha grave que enseja aplicação de multa aos responsáveis.

Desta forma, **caso ocorram vícios nos atos realizados durante a elaboração do edital, como é o caso, cabe a anulação destes**, em conformidade com o **princípio da autotutela administrativa**, que determina que a Administração deve anular os atos eivados de vícios insanáveis.

Neste sentido, segue orientação do TCU:

Acórdão nº 3.344/2012 – Plenário:

ENUNCIADO

A declaração de nulidade de ato ou fase da licitação não implica necessariamente a invalidação de todo o procedimento licitatório. É possível a anulação apenas do ato viciado, dos atos subsequentes e do contrato eventualmente celebrado, com aproveitamento dos atos isentos de vícios.

"(...) Importa frisar que **a possibilidade de anulação parcial de procedimento licitatório eivado por vício insanável, aproveitando-se os atos praticados regularmente, tem sido admitida na jurisprudência**. Este Tribunal já exarou determinações no sentido de que fossem adotadas medidas **visando à anulação de atos constituintes de licitação e o seu refazimento, a partir da fase em que ocorreu o vício identificado, ainda que a licitação já houvesse sido encerrada** e o contrato assinado. É o caso dos Acórdão 267/2006-TCU Plenário e 2.389/2006 - Plenário. Assim, com vistas à elisão de potencial prejuízo da ordem de R\$ 162 milhões na contratação das obras da tubovia do Comperj, deve a Estatal anular os atos de desclassificação das três concorrentes que ofertaram preços inferiores ao limite mínimo por ela estabelecido. Com a nulidade das desclassificações por inexecuibilidade, impõe-se a anulação dos atos que se seguiram e a ilegalidade da avença, eis que viciada desde sua origem. Retornar-se-á, por conseguinte, à fase de julgamento das propostas que, reajustadas pelos parâmetros definidos no instrumento convocatório, subsidiarão exame da Petrobras acerca da regularidade dos valores oferecidos e permitirão que, motivadamente, a vencedora do certame seja escolhida. (...)
(g.n.)

Acórdão nº 1.904/2008 – Plenário:

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Procurador-Geral

ENUNCIADO

Não há óbice para que a comissão de licitação, no decorrer do procedimento, caso possua delegação de competência da autoridade superior, anule parcialmente o certame e o refaça, aproveitando os atos regularmente praticados. Inexistindo delegação de competência, caberá à comissão de licitação declarar a invalidade dos atos eivados de vício e submeter à prévia decisão da autoridade superior proposta quanto à invalidade parcial do certame e ao refazimento dos pertinentes procedimentos.

(...) 9.1. conhecer da presente consulta, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade, nos termos do art. 264, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, e esclarecer ao consulente que: 9.2. é possível, nos termos do art. 49 da Lei nº 8.666/93, **a anulação de ato ou fase da licitação, inquinado de vício que não afete a totalidade do certame, bem como dos atos e fases subsequentes, operada pela autoridade competente para a homologação, a qualquer tempo. Como consequência, o procedimento licitatório deverá ser devolvido para a comissão de licitação, a fim de que refaça os atos anulados, aproveitando-se os atos regulares e não afetados pelo vício já praticados;** 9.3. caso a anulação ocorra posteriormente à assinatura do contrato, este deverá ser anulado, visto que a nulidade da licitação induz à nulidade do contrato, nos termos do art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/93, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa dos interessados, de acordo com o § 3º do citado artigo. Deve ser observada, também, a necessidade de se indenizar o contratado, cuja avença foi anulada, pelo que houver executado e demais prejuízos que não lhe sejam imputáveis, como preceitua o art. 59 da referida lei; (...) - g.n.

Diante dos vícios identificados no Projeto Arquitetônico, e em consonância com o princípio da autotutela administrativa, que impõe à Administração o dever de anular os atos eivados de vícios insanáveis, **recomenda-se a nulidade da presente licitação, nos termos do artigo 71, inciso III, da Lei de Licitações e Contrato Administrativo.**

Ato contínuo faz-se necessário o retorno dos autos à fase de planejamento, assegurando a regularidade e a transparência do processo licitatório.

Outrossim, por se tratar de anulação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados, nos termos do artigo 71, §3º da Lei nº 14.133/2021.



PROCURADORIA ADMINISTRATIVA DO PODER JUDICIÁRIO

Gabinete do Procurador-Geral

**Sigam os autos a superior consideração do Excelentíssimo Desembargador
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.**

Maceió/AL, 19 de julho de 2024.

Carlos Alípio Ferrario de Carvalho Lôbo
Procurador Administrativo do Poder Judiciário
Procurador-Geral Substituto