



Excelentíssimo Senhor

Conselheiro Relator

e-TCM nº: 003402/2019

Ref.: Acompanhamento do Edital de Pregão Eletrônico nº 03/2019-SGM/SMTUR, cujo objeto consiste na prestação de serviços de concepção, organização, produção e execução de eventos, com viabilização de infraestrutura e fornecimento alimentação e bebidas (p.e. buffet e Kit lanches e bebidas), apoio logístico para a concepção, planejamento, coordenação e execução de eventos da administração direta da Prefeitura do Município de São Paulo, pelo período de 12 (doze) meses.

Valor estimado: R\$ 43.146.842,92

SEI nº 6011.2018/0001159-4

1. INTRODUÇÃO

Trata o presente de Fiscalização, na modalidade de Acompanhamento de Edital, cujo objetivo é verificar a regularidade do Pregão Eletrônico nº 03/2019-SGM/SMTUR da Secretaria Municipal de Governo (SGM) e da Secretaria Municipal de Turismo (SMTUR) com objeto acima referenciado.

O Relatório de Acompanhamento (Peça 17) concluiu que o Edital não reúne condições de prosseguimento, em razão da existência dos apontamentos registrados. Registre-se ainda a interposição de uma representação ao Edital: e-TCM 4039/2019, apensado a este processo.

A abertura do certame estava inicialmente prevista para 08.03.19 (DOC de 21.02.19, p. 64), mas encontra-se suspensa *sine die* pela própria Secretaria, conforme DOC de 08.03.19 (Peça 12).

Em 27.03.19 foram encaminhados os Ofícios SSG-GAB nº 7973/2019 e 7974/2019 (Peças 24 e 25) para que a SMTUR e o Pregoeiro tomassem conhecimento das conclusões alcançadas pela Auditoria e se pronunciassem para o saneamento do referido edital.

Neste momento processual, retornam os autos para análise da resposta apresentada pela SMTUR (Peças 35 a 40) e será orientada pelos apontamentos do Relatório de Acompanhamento do Edital.



2. ANÁLISE

4.1 Reputa-se não suficientemente justificada a necessidade da contratação nos moldes apresentados pela SMTUR, em desacordo com o art. 2º, I do DM nº 44.279/2003 e art. 3º, I, da LF nº 10.520/02 (item 3.4 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 02/04):

A SMTUR entende que a justificativa foi realizada e decorreu do fato de a empresa pública anteriormente contratada (SPTuris) estar inserida no Plano de Desestatização e pela tendência de que esta não deseje mais prosseguir no ramo da organização de eventos. Entende que a presente contratação não difere da contratação com a SPTuris, uma vez que esta também subcontratava os itens para a realização dos eventos.

Aduz que as exigências da equipe de auditoria (lista de eventos previstos, interesse público, relevância social e análise de custo/benefício) estão afetas à execução contratual e não à licitação. Discorda que a SMTUR esteja transferindo ao particular competências da Administração, uma vez que a política de turismo e os eventos são de responsabilidade da pasta, e a organização, concepção, produção e execução dos eventos é que será realizada pela contratada.

Análise:

A SMTUR repetiu a justificativa já apresentada no TR (Peça 09), razão pela qual reiteramos que a contratação em tela difere da contratação anteriormente realizada com a SPTuris, uma vez que esta realizava a licitação de diversos itens de uso recorrente nos eventos (por meio de convites/concorrências/pregões), como os insumos e equipamentos para infraestrutura, o que não ocorrerá nesta licitação, já que no modelo proposto a licitante vencedora poderá subcontratar esses itens com qualquer empresa, a sua escolha, atendidos alguns pré-requisitos.

A justificativa da licitação perpassa também pela justificativa dos próprios eventos. Assim, diferentemente do que alega a SMTUR, o calendário de eventos é documento essencial para a licitação, uma vez que além de servir como justificativa para a elaboração do certame, permite, também, extrair a quantidade de itens que serão necessários para compor o objeto da licitação, e não somente durante a execução contratual, como suscitado.



Diante do exposto, mantemos o entendimento de que não está suficientemente justificada a contratação nos moldes apresentados pela SMTUR, em desacordo com o art. 2º, I do DM nº 4.279/2003 e art. 3º, I, da LF nº 10.520/02.

4.2 Não existem previsões orçamentárias suficientes para a contratação em questão, em inobservância ao art. 7º, §2º, III da LF nº 8.666/93, de modo que não se vislumbra garantias de que haverá, de fato, recursos suficientes para arcar com as despesas contratuais dos eventos, inclusive os de realização obrigatória (item 3.5 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 04/06):

A Secretaria alega que o assunto também havia sido enfrentado pela Assessoria Jurídica do Órgão, reproduzindo a manifestação jurídica acerca da necessidade de suplementação da reserva orçamentária.

Por fim, afirma que a suplementação necessária foi tratada no âmbito do SEI nº 6076.2019/0000272-9, no qual consta solicitação, pela SMTUR, de recursos para a realização de eventos na cidade (Peça 43).

A Secretaria Municipal da Fazenda (SF), por sua vez, informou que a SPObras seria contratada para arcar com as despesas de realização do Grande Prêmio de Fórmula 1, autorizando suplementação à SMTUR de R\$ 10 milhões para eventos diversos (Peça 44).

Análise:

A resposta da Origem não sana o apontamento, tendo em vista que a suplementação de R\$ 10 milhões não supre a totalidade de recursos necessários à celebração do contrato pretendido.

Ademais, conforme últimas tramitações do SEI nº 6011.2018/0001159-4, a nota de reserva nº 8.685/2019 de R\$ 14.261.326,98 foi cancelada em 28.06.19 (Peça 45), de sorte que persiste a infringência ao art. 7º, §2º, III da LF nº 8.666/93, o que nos motiva a reiterar o apontamento pelas razões descritas no item 3.5 do relatório.

4.3 A modalidade pregão eletrônico não foi justificada, em desobediência ao disposto no art. 1º do DM nº 54.102/13, o qual institui como regra a licitação na modalidade pregão apenas para aquisição de bens e serviços comuns, o que não é o caso em tela (item 3.7 do relatório).



Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 06/09):

A SMTUR trouxe entendimento do TCU de que não é a complexidade do objeto que afasta a possibilidade da utilização do pregão e sim a definição objetiva dos seus padrões de qualidade, mediante especificações usuais no mercado que o caracteriza como comum. Assim, sustenta que o TR prevê objetivamente os padrões de desempenho e qualidade (itens 6 a 10 e I C do anexo I e anexo XII) e que o TCU entende que os “serviços de fornecimento de infraestrutura para a realização de shows devem ser contratados mediante licitação na modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica”.

Análise:

Ainda que se entenda que a organização de eventos se enquadre como serviço comum passível de ser licitado pela modalidade pregão, o TCU¹ tem admitido a utilização de pregão eletrônico para sistema de registro de preço por entender que a contratação de serviço de organização de eventos pode ser padronizável desde que adotadas medidas para evitar a ocorrência de jogo de planilha e que haja planejamento adequado, especialmente para definição realista dos quantitativos estimados de serviço.

O caso analisado pelo TCU se trata de pregão eletrônico para registro de preço, uma vez que inexistente certeza do quantitativo necessário que será utilizado pela Administração. A licitação da SMTUR, não obstante também exista inexatidão da quantidade necessária, visa celebrar contrato com a licitante vencedora, mesmo sem saber ao certo os eventos que serão realmente realizados, impondo à Administração o cumprimento do contrato, em que pese possa haver a supressão ou aumento de 25% dos quantitativos licitados.

Diante do exposto, tendo em vista que a demanda é incerta, tanto em relação à ocorrência dos eventos quanto ao quantitativo de insumos a serem utilizados, mantemos o entendimento de que a modalidade de pregão eletrônico, nos termos do apontamento, não foi justificada para o modelo proposto pela SMTUR.

1

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELECIONADA-41326/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse Acórdão 1175/2017 – Plenário, acesso em 17.07.19.



4.4 A versão publicada inicialmente, disponível no SEI (PA nº 6011.2018/0001159-4) não se encontra datada, rubricada em todas as folhas e assinada manual ou eletronicamente pela autoridade que o expediu, em desacordo com o disposto no art. 40, § 1º da LF nº 8.666/93 (item 3.10 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 09/10):

A SMTUR concordou com a auditoria, mas sustentou que uma vez inserido no SEI o documento não pode mais ser modificado, o que garante a confiabilidade e a solidez do edital. Indicou, no entanto, que para o próximo edital será realizada a assinatura de forma eletrônica, o que substitui a rubrica das páginas.

Análise:

Se a SMTUR promover a alteração indicada, o apontamento restará superado.

4.5 Há infringência ao art. 23, §1º da LF nº 8.666/93, pois não há justificativa técnica plausível para a não divisão do objeto (item 3.11 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 10/13):

Segundo a Origem, não haveria possibilidade de se dividir o objeto tendo em vista, em resumo, que:

- (i) a SMTUR deseja evitar interfaces com diversas contratadas que levariam à diluição da responsabilidade pela correta e temporânea realização dos eventos;
- (ii) não haveria que se falar em inexistência de licitação para o fornecimento de itens de materiais e serviços, pois os preços praticados nas subcontratações deverão estar dentro da média de mercado;
- (iii) que a SMTUR possui restritos recursos administrativos para gerenciar e fiscalizar múltiplas contratações; e
- (iv) que o objetivo desse pregão é permitir a contratação de uma empresa responsável pela realização de eventos nos mesmos moldes da São Paulo Turismo (SPTuris).

Dessa forma, entende a SMTUR ser inviável o fracionamento do objeto desse pregão.



Análise:

Em que pesem os argumentos apresentados pela Origem para a não divisão do objeto licitado, é dever do administrador, segundo o art. 23, §1º da Lei Geral de Licitações, dividir o objeto licitado em tantas parcelas se tornarem técnica e economicamente viáveis com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

No caso em tela, resta claro que o objeto contempla serviços de naturezas distintas, como bem consta no relatório: (1) serviços de organização e execução de eventos e; (2) fornecimento de insumos, infraestrutura e serviços para esses eventos.

Inobstante, cumpre registrar que os eventos a serem realizados pela Municipalidade são classificados segundo o porte/tamanho, de sorte que contratações específicas para cada porte de eventos também poderiam ser ponderadas.

Ou seja, a divisão do objeto licitado pode ser arquitetada de diversas formas a fim de atender à legislação e, por consequência, o interesse público.

Pelo exposto, reiteramos o apontamento.

4.6 Não foram encontrados memoriais de cálculo que fundamentem as quantidades definidas no referido Anexo, vinculando-as aos eventos que serão realizados ao longo do ano, o que compromete a análise acerca da pertinência dos itens e das quantidades estipuladas, em infringência ao art. 7º, §4º da Lei Geral de Licitações (item 3.11.1.1 A do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 14):

A Secretaria informa que os quantitativos foram obtidos a partir da média de consumo dos itens ao longo da execução dos contratos que a Prefeitura manteve com a SPTuris entre os anos de 2015 e 2018, conforme planilhas encartadas neste TC (Peça 36).

Acrescenta que é possível haver diferenças nas quantidades utilizadas nos eventos realizados nesses anos, mas que “o seu conjunto forma uma massa crítica estável”, justificando a adoção da média como critério para definir as quantidades de itens de materiais e serviços constantes na planilha a ser licitada.



Análise:

Os documentos fornecidos contêm itens cuja contratação e utilização em eventos não apresentam estabilidade em termos quantitativos no período entre 2015 e 2018, como já alertado pela própria SMTUR em seu pronunciamento.

A título de ilustração, citamos o item 2 – água (caixa 48 copos), cujo histórico de contratação variou de 20.745 unidades em 2015 a 1.611 unidades em 2018, mas destacamos que as inconstâncias históricas das quantidades contratadas persistem para a maioria dos itens dessa licitação, de sorte que não procede o argumento da Origem de que, apesar dessas grandes flutuações históricas, haveria “uma massa crítica estável” que possibilite a utilização do método da média histórica anual.

Ademais, em cálculos amostrais para verificar a efetiva aplicação do método da média histórica anual, observou-se grandes divergências entre o cálculo pela média e as quantidades definidas no edital, desvinculando-os do método que SMTUR afirma ter utilizado.

Como exemplo, citamos os seguintes casos:

Quadro 01: comparação das quantidades definidas no edital com as calculadas pelo método da média histórica

Item	Quantidades				Média histórica anual (un) ²	Quantidade no edital (un)	Diferença (%) ³
	2015	2016	2017	2018			
33 – diretor de palco	90	57	39	10	49	70	43%
63 – mestre de cerimônia	39	66	55	2	40,5	175	332%
85 – projeção tipo A	162	52	83	17	78,5	10	-87%
97 – serviço de instalação e manutenção elétrica	-	-	12	-	12	70	483%
111 – tenda 4x4 s/ piso	1060	1526	587	367	885	1400	58%

Fonte: edital (Peça 09) e Anexo 1 da manifestação da SMTUR (Peça 36)

Logo, as quantidades definidas no edital para diversos itens não correspondem aos valores obtidos pelo método informado pela Secretaria, sendo necessário esclarecimentos quanto ao ponto.

² Média simples calculada sobre os quatro anos do histórico fornecido (2015-2018), em observância ao destaque feito pela própria Secretaria em sua manifestação: “Inclusive, foi incorporado à média dos itens correspondente a 2018.” (Peça 35)

³ Em relação à média



Conclui-se, dessa forma, que as quantidades definidas no edital não correspondem plenamente à média histórica anual dos itens contratados no período de 2015 a 2018 e que, ainda que correspondessem, tal método necessitaria de aperfeiçoamento a fim de eliminar da amostra valores que distorçam o resultado final do cálculo, a exemplo de valores extremamente altos ou baixos, o que nos motiva a manter o apontamento.

4.7 Resta injustificada a definição da quantidade estimada de eventos anuais a serem executados pela futura contratada, em infringência ao art. 7º, §4º da Lei Geral de Licitações (item 3.11.1.1 B do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 14/16):

Argumenta a Origem não ser possível realizar a previsão exata de todos os eventos que se pretendem realizar ao longo do período de vigência do contrato, haja vista que muitos não são planejados com a antecedência necessária que permita sua inclusão nesse cálculo.

Alega também que fatores alheios à vontade da Prefeitura podem comprometer os orçamentos públicos destinados à execução de eventos pela cidade, sendo que somente alguns grandes eventos seriam sempre previsíveis.

Assim, no entendimento da SMTUR, o melhor método que vislumbra para definir o número de eventos a serem contratados é o do método histórico.

Análise:

Da resposta fornecida infere-se que é inviável definir previamente diversos tipos de eventos a serem realizados no âmbito dessa contratação, pois tratam-se de celebrações com elevado nível de discricionariedade e sujeitas a disponibilidades orçamentárias, ao passo que eventos de grande porte e de forte impacto sobre o turismo, a economia e a cultura seriam previstos com mais certeza.

Ora, a despeito das dificuldades de se estimar a totalidade dos eventos a serem realizados no escopo dessa contratação, a Lei Geral de Licitações veda a licitação de quantidades que não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo (art. 7º, §4º). Logo, o método estimativo não se coaduna com a licitação pretendida, pois sabe-se de antemão que uma parcela significativa dos eventos são de execução incerta e sujeita a variáveis alheias à vontade da SMTUR.



Nesse sentido, apenas os grandes eventos, cuja execução já se encontra definida no calendário de celebrações do município, atenderiam aos destaques da LF 8.666/93, além de se justificarem para o cumprimento de políticas públicas constantes no Plano Plurianual (PPA).

Outros eventos de menor importância sob a ótica sócio-econômica e cultural ou ainda de caráter acessório às políticas públicas definidas no PPA (p. ex. inaugurações e festividades que não gerem benefícios culturais ou econômicos fruíveis diretamente pela sociedade) só poderiam ser patrocinadas com recursos públicos de forma pontual e, ainda assim, sob justificativa.

Assim, repisamos o entendimento que os eventos de execução já definida no calendário da Municipalidade devem ser incluídos no escopo dessa licitação, pois a inclusão dos demais eventos de execução incerta ou de “última hora” em uma única licitação caracteriza infringência ao art. 7º, §4º da LF 8.666/93. Nessa esteira, destacamos que tanto a LF 8.666/93 quanto a LM 13.278/02 preveem formas alternativas de licitar e contratar bens ou serviços de fornecimento e execução rotineiros, mas de quantidades incertas.

Diante do exposto, mantém-se o apontamento.

4.8 O método de orçamentação adotado desatende o disposto no art. 4º do DM nº 44.279/03, devendo a Origem promover ajustes em observância à hierarquia sugerida pela atual redação do referido dispositivo e ao art. 6º, IX, ‘f’ da LF nº 8.666/93 (item 3.11.1.2 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 16/18):

Entende a Origem não haver mais “textualmente” a hierarquia sugerida na atual redação do art. 4º do DM nº 44.279/03, afirmando ainda não dispor de um banco de preços mantido pela Prefeitura para os itens licitados.

Justifica também que a taxa de administração estipulada de 15% é inferior à praticada pelo mercado (19,85%) e que não haverá sobreposição de pagamentos com a inclusão do item 84 – produtor de evento (já incluído na taxa de administração), uma vez que determinados eventos necessitariam de mais de um produtor de eventos para sua realização, o que não seria contemplado apenas pelo pagamento da taxa de administração.

Análise:



Conforme consta no relatório e a partir de uma análise da sequência de alterações do DM nº 44.279/03, o processo de orçamentação deve buscar referências em fontes fidedignas de preços, de sorte que, ainda que não mais esteja explicitamente expressa a aludida hierarquia dessas fontes, o zelo com os recursos públicos é de observação compulsória pelos agentes públicos.

Isto é: não é necessário que a observância da referida hierarquia esteja textualmente consignada no referido decreto, tendo em vista que a atuação de boa fé dos agentes públicos deve se pautar na interpretação mais zelosa do procedimento de orçamentação em discussão.

Ademais, ainda que não esteja formalmente consolidado um banco de preços da Prefeitura, a SMTUR poderia adotar como preços de referência para esse pregão os preços praticados nas últimas contratações que a Administração Direta manteve com a SPTuris, ou ainda os preços praticados pela SPTuris com seus fornecedores, conforme registrado no relatório.

Adicionalmente, repisamos que a taxa de administração não está justificada quanto aos elementos que a compõem, e não apenas quanto ao valor adotado: “[...] a taxa de administração referencial estabelecida em **15%** como remuneração pelos serviços da contratada está injustificada, pois não estão discriminados todos os elementos de sua composição (custos indiretos, lucro, seguros, etc.)”, Peça 17.

Assim, fica inviável analisar a pertinência do valor definido, inclusive no que tange a comparação com o alegado valor praticado pelo mercado (19.85%), bem como analisar a pertinência de itens contratuais como o 84 – produtor de eventos.

Portanto, pelos motivos expostos, o orçamento para essa licitação apresenta deficiências em sua elaboração que maculam sua validade, o que nos leva a reiterar o apontamento.

4.9 O cronograma físico-financeiro é elemento indispensável para atendimento das exigências previstas no art. 6º, IX da LF nº 8.666/93, que define o conceito de “projeto básico” para licitações públicas, de sorte que a inexistência desse instrumento de planejamento implica em infringência a esse dispositivo legal, com especial ênfase a sua alínea ‘e’ (item 3.11.1.3 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 18/19):



A Secretaria responde, a partir de uma estreita interpretação do texto legal, que não há exigência expressa pelo cronograma físico-financeiro, aduzindo que a referida alínea 'e' seria aplicável apenas às licitações de obras.

Além disso, informa ser impossível realizar um calendário de eventos e, por consequência, um cronograma físico-financeiro, dado o elevado nível de incertezas que permeiam a realização de grande parcela dos eventos considerados nessa licitação.

Análise:

Inicialmente permitimo-nos divergir do entendimento exarado pela Secretaria de que a disposição da alínea 'e' do art. 6º, XI da LF 8.666/93 contemple apenas as licitações de obras de engenharia, considerando que essa alínea se insere no bojo dos requisitos listados no art. 6º que se referem às licitações de obra e serviços.

Ora, por óbvio que o legislador, na redação da alínea 'e', não quis restringir as exigências ali elencadas somente às licitações de obras, mas apenas reforçou a praxe de se exigir tais elementos de projeto básico às obras, pois nesses casos o cronograma físico-financeiro é absolutamente indispensável. Isso não afasta a importância e indispensabilidade desse instrumento de planejamento também para a realização de licitações de serviços que não tenham correlação com obras, como é o caso em análise.

Ou seja, não se deve realizar uma interpretação meramente literal descolada dos sentidos substantivos das palavras e expressões que conferem lógica ao texto legal, pois o legislador não desejava restringir as exigências da alínea 'e' apenas às obras, pois sabe-se que tais elementos também são importantes para licitar serviços de outras naturezas, como a realização de eventos.

A utilidade do cronograma-físico financeiro para a Administração Pública se revela em permitir aos gestores do contrato tomarem decisões tempestivas de, por exemplo, cancelar ou realizar determinados eventos sem incorrer em situações de emergência orçamentária. Ademais, os impactos do cronograma atingem também a elaboração das propostas.

Por exemplo: uma empresa a ser contratada para realizar eventos para a Secretaria necessita conhecer as datas dos eventos a fim de alocar seus recursos da forma mais eficiente possível, evitando ociosidade ou escassez de recursos que possam lhe causar prejuízo. Ao desconhecer o planejamento de eventos com as respectivas datas, as licitantes incluirão



essas incertezas nos preços dos itens ofertados. É também por essa razão que o cronograma físico-financeiro se faz indispensável para a licitação em comento, uma vez que sua ausência impede as licitantes de ofertarem seus melhores preços e, por consequência, impede que a Administração obtenha a oferta mais econômica.

Em tempo, cumpre registrar que o quadro apresentado pela Origem com as despesas mensais médias nos últimos anos não supre os requisitos de um cronograma físico-financeiro, que requer a alocação temporal de recursos financeiros por atividades ou tarefas. Além disso, trata-se de um quadro com gastos históricos consolidados, não representando o planejamento de execução de eventos para a futura contratação.

Assim, mantemos o apontamento.

4.10 Reputam-se inadequadas as condições previstas no TR acerca da inclusão de itens extracontratuais, que permite contratação de itens sem licitação, em infringência ao art. 2º da LF nº 8.666/93 (item 3.11.1.4 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 20):

A SMTUR esclarece a utilidade do dispositivo editalício, pois a execução de eventos requer muitas vezes a contratação de itens específicos difíceis de serem previstos com tanta antecedência.

Alega também que a contratação de itens extracontratuais obedecerá ao rito descrito na minuta de contrato, entendendo assim que a contratação desses itens excepcionais não desrespeitaria o art. 2º da LF 8.666/93.

Análise:

Entendemos que, de fato, poderá haver necessidade de contratação de itens excepcionais para realizar determinados eventos e que o fornecimento desses itens seria possível por meio da própria contratação principal. Contudo, conforme registrado em nosso relatório, há risco de que os orçamentos apresentados pela contratada para esses itens excepcionais estejam com sobrepreço.

O instrumento convocatório não discrimina os procedimentos que a Administração irá adotar para mitigar o risco de autorizar a contratação de itens extracontratuais que contenham sobrepreço, ou ainda outras medidas que evitem a prática de jogo de planilha.



Por exemplo: em um determinado evento que requeira um tipo de palco diferente daqueles disponíveis no contrato, a contratada apresentará seu orçamento com três cotações à Administração para que esta autorize a contratação desse palco específico sem dispor de parâmetros próprios fidedignos para comparar o preço que será praticado.

Uma outra situação possível é prática de jogo de planilha, na qual a contratada pode apresentar um orçamento de um item extracontratual com sobrepreço. Caso, ao longo do tempo de execução do ajuste, tal item passe a ser requisitado em outros eventos da Prefeitura em detrimento de itens contratuais, estará configurado o jogo de planilha, no qual o valor total da contratação não se altera, mas o fornecimento de itens extracontratuais com sobrepreço se sobrepõe à utilização de itens contratuais.

Dessa forma, reiteramos o apontamento, ressaltando a importância que a SMTUR defina no instrumento convocatório mecanismos que reduzam o risco de práticas potencialmente nocivas ao erário na contratação de itens extracontratuais.

4.11 Necessária a compatibilização da redação do item 6 'd' do TR com as das subcláusulas 4.21 e 4.21.1.1 da Minuta de Contrato, por apresentarem prazos divergentes entre si (item 3.11.1.4 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 21):

A Origem promoveu alterações no item 6'd' do TR.

Análise:

As modificações no TR permitem a superação do apontamento.

4.12 Não foram estabelecidos limites percentuais para a subcontratação, que pode representar parcela de maior volume financeiro na contratação, em desacordo com o art. 72 da LF 8.666/93 (item 3.12 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 21/22):

A SMTUR sustenta que a subcontratação é prevista na Lei de licitações e, sempre que presente, o subcontratado não é submetido a processo licitatório, não havendo ilegalidade na permissão da subcontratação. Aduz que o preço fixado pelo contratado será o faturado em face da Administração contratante, sendo, portanto, do contratado o risco da subcontratação. Mas a responsabilidade pelo serviço continua integralmente com o contratado.



Ressalta que as empresas organizadoras de eventos não possuem toda a infraestrutura necessária para a realização dos eventos mas contratam a sua montagem com empresas especialistas, havendo ganhos com a especialização e tecnologia agregadas, particularmente nas áreas de sonorização, painéis e iluminação, estando justificada a permissão para subcontratação na licitação.

Análise:

Conforme já exposto no Relatório, o edital não fixa limites percentuais para subcontratação, mas apenas elenca os tipos de serviços subcontratáveis, o que em tese pode gerar a subcontratação de até 85% do valor do objeto, uma vez que a remuneração da empresa organizadora do evento corresponde a 15% de taxa de administração.

A contratação nos moldes como foi delineada pressupõe que os custos acessórios de infraestrutura sempre serão superiores à remuneração da produção do evento em si, que é o objeto principal da licitação, de forma que, em termos financeiros, sempre haverá subcontratação de maior parcela do objeto, o que desvirtua o instituto da subcontratação que só deve ocorrer em hipóteses excepcionais, uma vez que um terceiro executará serviço para a Administração sem ter sido submetido a procedimento licitatório.

Ressalte-se que esse desvirtuamento advém do formato pretendido da presente licitação, na qual somente os serviços de concepção, organização, produção e execução de eventos ficará a cargo da contratada, restando a contratação de todas as instalações de infraestrutura, alimentação, apoio logístico, entre outras, para serem subcontratadas com outras empresas.

Assim, mantemos o entendimento de que não foram estabelecidos limites para a subcontratação que pode representar parcela de maior volume financeiro na contratação, em desacordo com o art. 72 da LF nº 8.666/93.

4.13 A SMTUR deve excluir a possibilidade de apresentação de certidão positiva de falência e concordata (subitem 9.3.1.2 do Edital) (item 3.13.3 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 22):

A SMTUR manteve a possibilidade de apresentação de certidão positiva de falência e concordata sob o argumento de que a Administração verificará, pelo estado da ação, se o pedido de falência foi ou não aceito ou se está pendente de recurso, não significando que a



simples apresentação da certidão levará a sua habilitação econômico-financeira, cotejo a ser feito também com as informações do balanço.

Análise:

O subitem 5.3 “e” do edital é expresso em afirmar que não poderão participar da licitação as interessadas sob processo de falência, o que implicaria na necessidade de apresentação de certidão negativa (ressalvadas as empresas com recuperação judicial homologada). Assim, apenas na hipótese de existência de recuperação judicial homologada é que a certidão positiva de falência poderia ser aceita, o que resulta na necessidade de alteração na redação do item do edital para esclarecer em qual situação esta certidão pode integrar a qualificação econômico-financeira.

Diante do exposto, retificamos o apontamento para que a SMTUR acrescente ao edital que apenas na hipótese de existência de recuperação judicial homologada é que a certidão positiva de falência e concordata pode ser aceita para fins de demonstrar a qualificação econômico-financeira, razão pela qual mantemos o apontamento nesse sentido.

4.14 Os índices de liquidez adotados para habilitação da qualificação econômico-financeira não foram suficientemente justificados, em infringência ao art. 31, §5º da LF nº 8.666/93 (item 3.13.3 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 23):

A SMTUR entende que os índices adotados foram estabelecidos com base na instrução normativa IN/MARE nº 05/95, que são calculados pelo SICAF pra quem se utiliza do sistema Comprasnet, sendo o caso da PMSP, sendo, portanto, índices usuais no mercado, aplicados pela União e respeita o art. 31, §5º, da Lei de Licitações.

Análise:

Diante da justificativa da SMTUR, superamos o apontamento.

4.15 Resta prejudicada a análise acerca da pertinência dos requisitos de qualificação técnica, conforme disposto pelo art. 30, II da LF nº 8.666/93, com risco de comprometer a competitividade e a isonomia do certame (item 3.13.4 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 23/24):



A Origem apresentou justificativas para os requisitos de qualificação técnica 9.4.2.1 e 9.4.2.2, afirmando que eles foram estabelecidos com base em percentuais que variam de 50% a 60% da execução pretendida, segundo a súmula nº 24 do TCE-SP.

Para o caso do requisito do item 9.4.2.1 do edital, o critério adotado foi o número estimado de público nos eventos, que comumente atinge 10 mil pessoas. Portanto, o edital solicita a comprovação de que a licitante já tenha organizado eventos com público superior a 5.000 pessoas.

Já para o requisito de item 9.4.2.2, o parâmetro adotado foi o da organização simultânea de cinco eventos, tendo em vista ser frequente a realização de eventos em dezenas de bairros num mesmo dia.

Análise:

Os esclarecimentos sanam o apontamento, contudo, é necessário a anexação dessa fundamentação ao Processo Administrativo da licitação.

4.16 Consideramos restritiva a exigência do item 9.5 do edital de que as licitantes estejam registradas no CADASTUR, em infringência ao art. 3º, §1º, I, da LF nº 8.666/93 (item 3.13.4 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 24/25):

A Origem entende que empresas organizadoras de eventos necessitam de registro no CADASTUR por força do art. 22 da LF nº 11.771/08, o que justificaria sua inclusão como requisito de qualificação técnica para este pregão.

Análise:

As considerações apresentadas permitem a superação do ponto.

4.17 O subitem 8.23.c do edital determina que as propostas de preços das licitantes deverão conter prazo de validade não inferior a noventa dias, contrariando o art. 64, §3º, da LF 8.666/93, que dispõe que decorridos sessenta dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos (item 3.14 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 25/26):



Aduz que o prazo de 90 dias não seria incompatível com a legislação e que tal solicitação visa assegurar a celebração do ajuste, caso ocorram atrasos até a convocação para sua assinatura.

Acrescenta também que essa exigência não tolherá a licitante vencedora de se liberar do compromisso assumido após o prazo de 60 dias da entrega das propostas sem convocação para assinatura do contrato, conforme apregoadado pela LF 8.666/93.

Análise:

A argumentação da Secretaria não encontra amparo na legalidade, revelando-se ainda contraditória, pois a própria SMTUR reconhece que o dispositivo legal prevalecerá sobre o dispositivo editalício, não se vislumbrando razão para se estipular no edital um prazo superior a 60 dias para manutenção dos compromissos assumidos.

Assim, reiteramos o apontamento.

4.18 A exceção prevista no subitem 8.24 “c” do Edital não se justifica, uma vez que se estará burlando uma regra do próprio edital (subitem 6.6.1), além do fato de que será aplicável somente ao licitante vencedor e a critério do pregoeiro, em evidente quebra de isonomia e risco de parcialidade, o que caracteriza falta de objetividade do critério de julgamento pelo menor preço global, em ofensa aos arts. 3º e 45 da LF nº 8.666/93 (item 3.14 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 26/27):

A SMTUR aduz que o pregão será pelo menor preço global, mas que é possível que algum item exista um preço que, por alguma razão justificada, não possa se situar abaixo do preço de referência. Informou que dispositivo similar foi introduzido na Concorrência nº 02/SGM/SECOM/2017 não tendo sido apontamento do TCM e que tampouco teve utilidade prática no caso concreto.

No entanto, tendo em vista que a questão parece ter pouca utilidade prática, acolheu o apontamento para retirar esta previsão do edital.

Análise:

Tendo em vista que a Origem excluiu a possibilidade de aceitação excepcional de preço superior ao de referência, acatando o apontamento da auditoria, o item restará superado



desde que haja a modificação na republicação do edital.

4.19 Apresentar justificativa legal para a previsão de que a garantia da execução possa ser retida, se constatada a existência de ação trabalhista movida por empregado da contratada em face da entidade pública (item 3.15 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 27):

A SMTUR invoca o art. 6º, §3º do DM nº 58.400/18 como justificativa legal.

Análise:

Diante da justificativa apresentada pela SMTUR, superamos o apontamento.

4.20 Deve a SMTUR uniformizar a penalidade para inexecução total do objeto, se 10% ou 15% do valor do evento (subitens 14.2.2.1 e 14.2.2.2) (item 3.16 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 28):

A Origem apresentou nova proposta de redação para a cláusula 14.2.2.1:

14.2.2.1. 1,0% (um por cento) até 15% (dez por cento) sobre o valor da parte inexecutada do evento, em caso de inexecução parcial da obrigação assumida;

Análise:

A nova redação do item permite a superação do apontamento, pois houve compatibilização dos percentuais de multa entre as penalidades por inexecução parcial e total do objeto.

4.21 A minuta contratual não apresenta quais as hipóteses que caracterizariam uma inexecução parcial ou total do contrato e não tão somente do evento, devendo a SMTUR defini-las, em infringência ao artigo 3º, I da LF 10.520/02 e artigos 55, VII e 77 da LF 8.666/93 (item 3.16 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 28/29):

A Origem apresentou nova proposta de redação para as cláusulas 14.2.2.6 e 14.2.2.7 da minuta de contrato.



Análise:

A nova redação da cláusulas elenca as hipóteses que caracterizarão a inexecução parcial e total do ajuste, permitindo a superação do apontamento.

4.22 A previsão do subitem 9.2.1.3 do edital, correspondente à declaração conforme modelo do Anexo XIV, contraria o art. 3º, §1º, I da LF nº 8.666/93, por impor à contratada que mantenha escritório no município de São Paulo, sem a apresentação de qualquer estudo que comprove a pertinência de tal exigência (item 3.19 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 29):

A SMTUR aduz que a previsão atende o art. 5, inciso I, alínea "g" do DM nº 58.400/18 e impõe a obrigação que a contratada possua, no município de São Paulo ou na região metropolitana, sede, filial, escritório ou preposto. Assim, corrigiu o item e o Anexo XIV para constar todas as possibilidades (sede, filial, escritório ou preposto).

Análise:

Diante da justificativa apresentada pela SMTUR e correção da redação do item, o item restará superado desde que haja a modificação na republicação do edital.

Recomendações:

4.23 Incluir na estimativa de eventos os realizados em 2018 para garantir mais fidedignidade à apuração pretendida, já que o edital só foi publicado em 2019 (item 3.11.1.1 B do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 30):

A SMTUR acolheu a recomendação, conforme novo TR.

Análise:

Se a SMTUR promover a alteração indicada quando da republicação do edital, a recomendação restará superada.

4.24 Revisar o prazo determinado no item 6 'a' do TR ou apresentação de justificativas para mantê-lo (item 3.11.1.4 do relatório).



Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 30):

A SMTUR alterou o prazo anterior de 24h para concepção de todos os eventos para 24h para a concepção de eventos com até 5 itens, dois dias para eventos entre 6 e 10 itens e três dias para eventos com mais de 11 itens.

Análise:

Se a SMTUR promover a alteração indicada quando da republicação do edital, a recomendação restará superada.

4.25 Compatibilizar o instrumento convocatório com as disposições do art. 65 da LF nº 8.666/93 e com o entendimento jurisprudencial mencionado (item 3.11.1.4 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 30/31):

A SMTUR acolheu a recomendação e incluiu a cláusula 7.3 na minuta de contrato.

Análise:

A SMTUR incluiu cláusula com a previsão de que os acréscimos ou supressões de itens da planilha necessitam ser formalizados com a celebração de termo aditivo, de acordo com as disposições do art. 65 da Lei Geral de Licitações, e que não é permitida a compensação de acréscimos de alguns itens com a supressão de outros acima dos limites definidos no art. 65 da LF 8.666/93.

Assim, se a SMTUR promover a alteração indicada quando da republicação do edital, a recomendação restará superada.

4.26 Aprimorar o edital, esclarecendo se a emissão das OS's será por evento ou por períodos que abranjam mais de um evento, bem como a estrutura básica das OS's (Anexo XI), com os elementos indispensáveis a serem observados pela Contratada, como prazos de execução, definição clara das características do objeto, lista com os quantitativos dos itens de materiais e serviços a serem usados, etc. em observância ao art. 54, §1º da LF nº 8.666/93 (item 3.11.1.4 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 31):



A Origem afirmou que as OS's serão emitidas para cada evento.

Análise:

Os esclarecimentos em conjunto com o Anexo XI do Edital – Modelo de Ordem de Serviço sanam a recomendação.

4.27 Alterar o prazo de trinta minutos previsto no subitem 8.22 do Edital por não ser razoável, uma vez que pode levar o licitante vencedor a elaborar proposta com erro em razão do exíguo prazo para sua apresentação, devendo, portanto, a SMTUR estipular um prazo maior para o desempenho deste ato na licitação (item 3.14 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 31):

A SMTUR alterou o prazo para 24 (vinte e quatro) horas.

Análise:

Se a SMTUR promover a alteração indicada quando da republicação do edital, a recomendação restará superada.

4.28 Revisar a redação dos subitens 14.1.4 da minuta do contrato e 15.6 do edital, visando afastar a subjetividade das disposições, em observância ao artigo 3º, *caput*, da LF 8.666/93 (item 3.16 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 32/33):

A SMTUR aduz que a redação dos itens decorre da LF 10.520/02 e que não existe dúvida sobre o conceito de inidôneo. Sustenta que, apesar de ser um conceito legalmente indeterminado, a razoabilidade e ponderação da ação apenas (boa fé ou má-fé) determinarão a penalização de forma fundamentada, o que eliminaria a suposta subjetividade do tema.

Análise:

A própria SMTUR reconhece tratar-se de conceito indeterminado, razão pela qual a recomendação da auditoria, se atendida, poderia amenizar a subjetividade do termo inidôneo, principalmente por tratar-se de item que impõe penalidade ao licitante/contratado e que deve



estar bem delimitado em obediência ao princípio da legalidade (“o contrato faz lei entre as partes”) e à vinculação ao instrumento convocatório.

Ademais, a ausência de descrição de “comportamento inidôneo” pode dificultar a aplicação da penalidade por parte da contratante, tornando inócua a previsão, além da dificuldade de caracterização de boa-fé ou má-fé do licitante/contratado, havendo a necessidade de delimitação mínima de situações que se enquadrem neste conceito indeterminado, a exemplo das situações previstas na Seção III – Dos crimes e das Penas da LF 8.666/93.

Diante do exposto, mantemos a recomendação.

4.29 Revisar a redação do subitem 9.1 da minuta do contrato a fim de esclarecer a qual termo se refere o item, inclusive, para tornar mais claro o processo de pagamento, explicando se ocorrerá uma vez ao mês ou após o trâmite de cada evento (item 3.18 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 33/34):

A SMTUR alterou a redação da cláusula 9.1, indicando tratar-se de pagamento único e mensal, incluindo todos os eventos realizados no mês anterior à apresentação da fatura.

Análise:

Se a SMTUR promover a alteração indicada quando da republicação do edital, a recomendação restará superada.

4.30 Adequar a redação dos subitens 14.2 do edital e 9.2 da minuta de contrato para o objeto da licitação, qual seja a organização de eventos, a fim de esclarecer melhor o processo de pagamento (item 3.18 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 34/35):

A SMTUR alterou a redação dos itens 14.1 e 14.2 do edital e 9.2, 9.3, 9.3.1, 9.3.2 e 9.3.3 da minuta de contrato.

Análise:

A SMTUR esclareceu o processo de pagamento estabelecendo termo inicial, final e prazos para execução de ateste e pagamento.



Assim, se a SMTUR promover a alteração indicada quando da republicação do edital, a recomendação restará superada.

4.31 Ajustar a redação do item 6 do Termo de Referência pois está repetida a expressão “para a execução/para sua execução” (item 3.19 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 35):

A SMTUR acatou a recomendação da auditoria.

Análise:

Se a SMTUR promover a alteração indicada quando da republicação do edital, a recomendação restará superada.

4.32 Ajustar a redação do subitem 8.22 do Edital, pois está escrito “caso não a licitante não” (item 3.19 do relatório).

Resposta da SMTUR (Peça 35, p. 35):

A SMTUR alterou a redação do item 8.22 “a” do edital.

Análise:

Se a SMTUR promover a alteração indicada quando da republicação do edital, a recomendação restará superada.



3. CONCLUSÃO

Apresentamos a seguir quadro consolidado das conclusões do Relatório de Acompanhamento do Edital, indicando o apontamento como mantido ou superado após a análise dos esclarecimentos apresentados pela Origem.

Quadro 02 – Consolidação das Conclusões

Item da Conclusão	Posição Atual do Apontamento
4.1	mantida
4.2	mantida
4.3	mantida
4.4	superada, desde que realizadas as alterações
4.5	mantida
4.6	mantida
4.7	mantida
4.8	mantida
4.9	mantida
4.10	mantida
4.11	superada
4.12	mantida
4.13*	mantida com alteração
4.14	superada
4.15	superada, desde que adotada providência
4.16	superada
4.17	mantida
4.18	superada, desde que realizadas as alterações
4.19	superada
4.20	superada
4.21	superada
4.22	superada, desde que realizadas as alterações
4.23	superada, desde que realizadas as alterações
4.24	superada, desde que realizadas as alterações
4.25	superada, desde que realizadas as alterações
4.26	superada
4.27	superada, desde que realizadas as alterações
4.28	mantida
4.29	superada, desde que realizadas as alterações
4.30	superada, desde que realizadas as alterações
4.31	superada, desde que realizadas as alterações
4.32	superada, desde que realizadas as alterações

Em relação ao apontamento 4.13, destacamos sua nova redação:

- **4.13. A SMTUR deve acrescentar ao edital que apenas na hipótese de existência de recuperação judicial homologada é que a certidão positiva de falência e concordata pode ser aceita para fins de demonstrar a qualificação econômico-financeira (subitem 9.3.1.2 do Edital) (item 3.13.3 do relatório).**



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ISO 9001**

Por fim, consignamos que o certame encontra-se suspenso *sine die* por decisão da SMTUR, conforme Aviso publicado no DOC de 08.03.19 (Peça 12).

É o que submetemos.

Em 19.07.19

DANIELA PONTES SANTIAGO
Agente de Fiscalização

GUILHERME C. MONTICELLI
Agente de Fiscalização

De acordo, em

Eng. CARLOS ALBERTO MARTINELLI
Supervisor de Equipes de Fiscalização e
Controle 10

ARI DE SOEIRO ROCHA
Coordenador Chefe de Fiscalização e
Controle V

ETCM34022019ED26MT003-19