

ETCM/006999/2022

TC/006999/2022

Objeto: Edital - Concorrência nº 002/2022 - SPObras - Contratação de consórcio de empresas ou empresa especializada para prestação de serviços de apoio às atividades de gerenciamento e supervisão de obras novas, ampliações, adequações, reformas e serviços de manutenção de unidades educacionais da Secretaria Municipal de Educação - SME

Interessados: São Paulo Obras (*), Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras (*), Maria Beatriz de Marcos Millan Oliveira

Relator: Eduardo Tuma

Competência: PLENO

SENHORA SECRETÁRIA-GERAL

Cuida o presente de Acompanhamento do Edital de Licitação SPObras nº 002/2022, publicado pela São Paulo Obras (SPObras), cujo objeto é a contratação de consórcio de empresas ou empresa especializada para prestação de serviços de apoio às atividades de gerenciamento e supervisão de obras novas, ampliações, adequações, reformas e serviços de manutenção de unidades educacionais da Secretaria Municipal de Educação (SME), conforme Anexo I do Termo de Referência.

Em sede de Relatório Preliminar (peça 28), a Auditoria concluiu o exposto:

“Em face de todo o exposto, conclui-se que o presente procedimento licitatório não reúne condições de prosseguimento, diante das seguintes ilegalidades, irregularidades e falhas formais constatadas:

- 5.1.** Cabe à SPObras uniformizar o objeto da licitação nos vários documentos que compõem a Edital (subitem 3.3.1.).
- 5.2.** A licitação nº 002/2022 não pode prosperar haja vista que os contratos nº. 128/SIURB/2021 e nº 129/SIURB/2021 não permitem a subcontratação (subitem 3.3.2.).
- 5.3.** Não existe razão para que a contratação seja considerada como serviços continuados, haja vista que o escopo dos serviços está definido na Portaria Conjunta, tratam-se de serviços por escopo. (subitem 3.3.2.).
- 5.4.** A reposição de mão de obra na SPObras deve ser feita via concurso público e não por meio de subcontratação. (subitem 3.3.2.).
- 5.5.** Cabe à SPObras eliminar do Edital a previsão de uma fase recursal após o julgamento das Propostas Técnicas. (subitem 3.3.3.).

5.6. Como a SPObras está licitando o apoio ao gerenciamento, e não o gerenciamento, não cabe a utilização do critério de julgamento combinação de técnica e preço (subitem 3.3.3.2.).

5.7. O órgão da Administração Pública Municipal responsável pela licitação, contratação e gerenciamento das obras de manutenção e de construção de novas de unidades educacionais é o Departamento de Edificações da SIURB, razão pela qual a SIURB não pode transferir essa competência com base numa Portaria Conjunta (subitem 3.3.3.2.).

5.8. A avaliação do Conhecimento do Problema, além de não ser necessário para a contratação da licitante vencedora, apresenta itens de avaliação genéricos e, por consequência, de avaliação subjetiva por parte da SPObras (subitem 3.3.3.2.).

5.9. Cabe à SPObras esclarecer se as empresas especializadas em arquitetura também poderão participar da licitação, haja vista que em nenhum dos objetos constantes nos vários documentos do Edital consta a possibilidade da participação de empresas de arquitetura. (subitem 3.3.3.4.1.).

5.10. O DM nº 56.475/15 não exige a assinatura, na declaração relacionada no subitem 6.3.2 do Edital, de um contabilista, razão pela qual caberá à SPObras corrigir esse equívoco. (subitem 3.3.3.4.2.).

5.11. Apesar de constar no Edital que a futura contratada prestará serviços de apoio ao Gerenciamento, pela leitura do Termo de Referência, bem como pelo tipo de licitação adotado (técnica e preço) constata-se que a futura contratada prestará serviços de gerenciamento e não de apoio ao gerenciamento, razão pela qual não cabe à SPObras licitar o Gerenciamento das futuras obras e serviços haja vista que conforme já visto no subitem 3.3.3.2. deste Relatório, o órgão responsável pelo Gerenciamento das obras relativas à manutenção e construção de unidades educacionais é o Departamento de Edificações da SIURB. (subitem 3.3.4.).

5.12. Cabe à SPObras esclarecer como chegou à quantidade de Relatórios Gerenciais a serem elaborados pela futura contratada, tendo em vista os quantitativos constantes nos Anexos I e II da Portaria Conjunta nº 03/SME/SIURB. (subitem 3.3.5.)

5.13. Caberá à SPObras atualizar o orçamento dos serviços, haja vista que foi publicada a Tabela de Custos Unitários da SIURB, com data base janeiro/2022. (subitem 3.3.6.). 5.14. Cabe à SPObras esclarecer o regime de contratação do futuro contrato. (subitem 3.3.3.1.).”

Diante dos esclarecimentos prestados pela SPObras às peças 62 e 63, devidamente oficiada (peças 31 e 34), a Auditoria elaborou Relatório Conclusivo (peça 68), no qual considerou superados alguns apontamentos, reiterando os demais, nos seguintes termos:

“Em face de todo o exposto, conclui-se que o presente procedimento licitatório não reúne condições de prosseguimento, diante das seguintes ilegalidades, irregularidades e falhas formais constatadas:

5.1. A licitação nº 002/2022 não pode prosperar haja vista que os contratos nº. 128/SIURB/2021 e nº 129/SIURB/2021 não permitem a subcontratação (subitem 3.3.2.).

5.2. Não existe razão para que a contratação seja considerada como serviços continuados, haja vista que o escopo dos serviços está definido na Portaria Conjunta, tratam-se de serviços por escopo. (subitem 3.3.2.).

5.3. A reposição de mão de obra na SPObras deve ser feita via concurso público e não por meio de subcontratação. (subitem 3.3.2.).

5.4. Como a SPObras está licitando o apoio ao gerenciamento, e não o gerenciamento, não cabe a utilização do critério de julgamento combinação de técnica e preço (subitem 3.3.3.2.).

5.5. O órgão da Administração Pública Municipal responsável pela licitação, contratação e gerenciamento das obras de manutenção e de construção de novas de unidades educacionais é o Departamento de Edificações da SIURB, razão pela qual a SIURB não pode transferir essa competência com base numa Portaria Conjunta (subitem 3.3.3.2.).

5.6. A avaliação do Conhecimento do Problema, além de não ser necessário para a contratação da licitante vencedora, apresenta itens de avaliação genéricos e, por consequência, de avaliação subjetiva por parte da SPObras (subitem 3.3.3.2.).

5.7. Cabe à SPObras esclarecer se as empresas especializadas em arquitetura também poderão participar da licitação, haja vista que em nenhum dos objetos constantes nos vários documentos do Edital, consta a possibilidade da participação de empresas de arquitetura. (subitem 3.3.3.4.1.).

5.8. O DM nº 56.475/15 não exige a assinatura, na declaração relacionada no subitem 6.3.2 do Edital, de um contabilista, razão pela qual caberá à SPObras corrigir esse equívoco. (subitem 3.3.3.4.2.).

5.9. Apesar de constar no Edital que a futura contratada prestará serviços de apoio ao Gerenciamento, pela leitura do Termo de Referência, bem como pelo tipo de licitação adotado (técnica e preço) constata-se que a futura contratada prestará serviços de gerenciamento e não de apoio ao gerenciamento, razão pela qual não cabe à SPObras licitar o Gerenciamento das futuras obras e serviços haja vista que conforme já visto no subitem 3.3.3.2. deste Relatório, o órgão responsável pelo Gerenciamento das obras relativas à manutenção e construção de unidades educacionais é o Departamento de Edificações da SIURB. (subitem 3.3.4.).

5.10. Cabe à SPObras esclarecer como chegou à quantidade de Relatórios Gerenciais a serem elaborados pela futura contratada, tendo em vista os quantitativos constantes nos Anexos I e II da Portaria Conjunta nº 03/SME/SIURB. (subitem 3.3.5.).

5.11. Caberá à SPObras atualizar o orçamento dos serviços, haja vista que foi publicada a Tabela de Custos Unitários da SIURB, com data base janeiro/2022. (subitem 3.3.6.).”

O Nobre Conselheiro Relator proferiu despacho, publicado no DOC em 29.06.2022 (peça 77), determinando nova expedição de ofício à SIURB e SPObras recomendando o adiamento da abertura do certame até que fossem corrigidos ou justificados os apontamentos da Auditoria. Não obstante, determinou a adoção de eventuais medidas cabíveis com o fito de correção e saneamento do edital, além do envio de manifestação acerca dos apontamentos contidos no Relatório Conclusivo no prazo de até 05 dias (peça 70).

Em atenção ao determinado, foram expedidos novos ofícios à SIURB e SPObras consignados às peças 71 a 74, encaminhados por e-mail em 28.06.2022.

Subsequentemente, foram juntadas aos autos respostas da Sra. Maria Beatriz M. Millan Oliveira (Presidente da Comissão Permanente de Licitações) (peça 79) e SIURB, com esclarecimentos da área técnica da SPObras (peças 80 e 81). Conforme se infere, tais esclarecimentos foram prestados em resposta aos ofícios encaminhados previamente à elaboração do Relatório Conclusivo. No entanto, embora os referidos documentos tenham sido protocolados perante esta Corte de Contas em 23 e 27.06.2022, respectivamente, somente foram juntados ao presente processo em 01.07.2022.

Foram juntados novos esclarecimentos pela SPObras e SIURB (peças 84 e 87/89), em resposta aos ofícios encaminhados em 28.06.2022.

Assim, em análise às defesas da SPObras e SIURB, a Auditoria concluiu pela irregularidade do Edital da Licitação nº 002/2022 devido às ilegalidades/infringências constatadas nos subitens 5.1 a 5.11 do Relatório Conclusivo, sobrelevando que apesar da recomendação de adiamento da abertura do certame, a SPObras deu andamento ao procedimento licitatório (peça 102).

Ao seu turno, a AJ entendeu persistirem problemas que comprometem a regularidade do Edital de Licitação SPObras nº 002/2022, destacando que *“a possibilidade de adoção do tipo técnica e preço para serviços de apoio de natureza técnica de engenharia (elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão, gerenciamento, engenharia consultiva em geral e, em particular, a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos) encontra precedente favorável nesta Corte de Contas, conforme julgamento proferido no âmbito dos TCs 11493/2019 e 11171/2019”* (peças 104 e 105).

Por fim, a PFM propugnou pelo reconhecimento da regularidade da licitação, ainda que reste alguma determinação por parte desta Corte de Contas ou, subsidiariamente, que ao menos haja o expresse reconhecimento dos efeitos econômicos do procedimento licitatório (peça 108).

É o relatório.

O procedimento de acompanhamento, previsto no art. 44, I do Regimento Interno deste E. Tribunal foi devidamente instruído, com análise dos órgãos técnicos deste Tribunal, bem como manifestação dos interessados.

Do conteúdo constante aos relatórios elaborados pelo órgão técnico, remanesceram 11 das 14 infringências inicialmente indicadas em sede de Relatório Preliminar, as quais poderiam impedir o prosseguimento do certame.

Nessa senda, a despeito da recomendação exarada pelo Excelentíssimo Conselheiro Relator desta Corte de Contas (peça 70) para que a abertura do certame, prevista para o dia 29.06.2022, fosse adiada até que fossem corrigidos e/ou justificados os apontamentos de Auditoria, bem como que fossem adotadas as eventuais medidas cabíveis para correção e saneamento do edital e encaminhada manifestação acerca das conclusões alcançadas no Relatório Conclusivo, a recomendação de adiamento não foi acolhida, tampouco houve a suspensão do certame por parte da Origem, havendo ocorrido o recebimento e abertura dos envelopes na data inicialmente prevista (peça 92).

Destaco que houve a homologação e adjudicação do objeto ao Consórcio LBR-Modera-Multiplano em 05.10.2022; que o contrato nº 061/SPOBRAS/2022 foi celebrado em 19.10.2022 e que a Ordem de Serviço nº 01 foi expedida em 01.11.2022, conforme Quadro 04 consignado na manifestação de Auditoria à peça 102.

Feito este breve introito, passo a análise dos apontamentos remanescentes, os quais ao meu ver, obstaríam o prosseguimento do certame.

A Auditoria concluiu que a licitação nº 002/2022 não poderia prosperar haja vista ser vedada a subcontratação pelos contratos nºs 128/SIURB/2021 e 129/SIURB/2021 (**apontamento 5.1**).

Em contrapartida, a SPObras sustentou ser de competência da Pasta a celebração dos contratos visando a execução das obras e serviços de engenharia elencados no Anexos I e II da Portaria Conjunta SME/SIURB nº 03, não configurando a presente licitação na transferência de parte do objeto à terceiros, mas sim tendo por objeto a contratação de apoio as atividades que serão desenvolvidas pelos profissionais da SPObras. Assim, a futura empresa contratada daria apoio às atividades de gerenciamento e supervisão, sendo necessária e imprescindível, vez que a Pasta não dispõe de uma equipe técnica gerencial especializada e multidisciplinar para a realização destes serviços, devido ao grande volume de contratos sob sua gestão.

No âmbito da LF 8.666/93 a matéria é regulamentada pelo art. 72 e 78, inciso VI, *in verbis*:

Art. 72: O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes de obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Art. 78: Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, **não admitidas no edital e no contrato**;(...)

No presente caso, resta expresso na cláusula décima terceira de ambos os ajustes pactuados entre a SIURB e a SPObras para a prestação de serviços técnicos de engenharia para a elaboração de planilhas orçamentárias, preparação de materiais licitatórios, licitações e gerenciamento de intervenções em Equipamentos Educacionais que *“Não será admitida a contratação parcial ou total dos serviços e fornecimento necessários para execução do objeto contratado”*¹.

Da vedação contida, a controvérsia gira em torno do serviço licitado ser de mero apoio, conforme defendido pela Origem, ou seja, configurando a execução indireta de serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios, ou de atividades centrais.

A partir da leitura do instrumento convocatório e do Termo de Referência, ao que parece, os serviços licitados se confundem com o próprio gerenciamento e supervisão objeto dos ajustes retromencionados, haja vista a remissão à singularidade dos mesmos, exigindo-se qualificação técnica para as empresas participantes, tal como registro no CREA/SP e apresentação de atestados, de

¹ (fl. 6 da peça 18 e fl. 6 da peça 19).

forma a extrapolar o mero apoio e se enquadrar na vedação à subcontratação contratualmente prevista, razão pela qual opino pela manutenção do apontamento.

A Auditoria verificou não existir razão para que a contratação seja considerada como serviços continuados, haja vista que o escopo dos serviços está definido na Portaria Conjunta, tratando-se de serviços por escopo (**apontamento 5.2**).

O órgão técnico considerou para tal entendimento o documento SEI 061919807 (peça 20), no qual a Gerência de Licitações e Contratos da SPObras consignou que *“Cumpre informar que adotei apenas por prazo de vigência contratual o período de 12(doze) meses, por entender que se trata de prestação de serviços continuados”*.

No entanto, a SPObras encartou em sua manifestação que a informação contida no referido documento tinha por finalidade alertar a gerência Jurídica que na elaboração do edital deixou de atender a proposta da Diretoria de Obras para considerar o prazo de execução dos serviços igual a 12 (doze) meses e o da vigência contratual de 15(quinze) meses. Nesse linha, defendeu que a interpretação no caso em tela se restringe a própria natureza dos serviços, os quais serão executados continuamente em função do desenvolvimento das obras e serviços de engenharia objeto das futuras contratações a serem promovidas pela SPObras, contempladas nos Anexos I e II da Portaria Conjunta SME/SIURB nº 03/21, tal como definido no objeto da licitação em análise, o que por si só, evidencia tratar-se de contratação por escopo. Ademais, ponderou não se observar no edital e seus anexos, tampouco na minuta de contrato, quaisquer disposições sugerindo o tratamento dos serviços como de natureza continuada.

Em razão da confirmação pela Origem de que se trata de contratação por escopo, em sintonia com o defendido pelo órgão técnico, e diante da ausência de referência no instrumento convocatório de que a contratação pretendida configura-se como serviços continuados, entendo, em alinhamento à AJ, pelo afastamento do apontamento.

Já o **apontamento 5.3** dispôs que a reposição de mão de obra na SPObras deveria ser feita por meio de concurso público e não por meio de subcontratação, sob o qual defendeu a Origem não se tratar de reposição de mão de obra, mas sim de contratação de serviço de apoio às atividades de gerenciamento e supervisão de obras novas, ampliações, adequações reformas e serviços de manutenção de unidades educacionais da SME para fazer frente a demanda excepcional, com prazo definido para a sua realização, razão pela qual não haveria necessidade de reposição de mão de obra. Ademais, afirmou que a situação respalda-se no contrato social da SPObras que abarca a possibilidade de execução das obras e serviços de forma direta ou indireta.

Conforme escólio de Joel de Menezes Niebuhr², a terceirização não representa propriamente uma exceção à regra constitucional do concurso público, insculpido no inciso II, do art. 37 da Carta Magna:

“Advirta-se que a terceirização não representa propriamente exceção à regra constitucional do concurso público, porque por meio dela a Administração Pública não recruta pessoal para integrar seus quadros. Ela não se presta para arregimentar mão de obra, porém contratar terceiros para que estes prestem serviços, executem obrigações de fazer com autonomia, na forma que tenha sido contratada, sem relação de subordinação para com a Administração Pública.

O problema é que, de um jeito ou de outro, o terceirizado assume atividade que poderia, em tese e em princípio, ser realizada pelos recursos humanos da própria Administração Pública. Daí a terceirização ombréia com a regra constitucional do concurso público.

Carolina Zancaner Zockun alerta: a Constituição não instituiu os regimes estatutário, celetista e especial para que estes possam ser livremente substituídos pela terceirização por meio de uma empresa privada. Discricionariedade alguma pode ser tão ampla a ponto de aniquilar o mandamento constitucional. (ZOCKUN, 2014, p. 119.)

Para não bater de frente, a terceirização deve ser fadada a papel coadjuvante, seus espaços devem ser confinados.

De toda sorte, a regra constitucional do concurso público não exclui a terceirização. O protagonista deve conviver com o coadjuvante”

Diante da regulamentação do tema por meio do Decreto nº 9.507/2018 (revogou o Decreto nº 2.271/1997), os incisos do caput de seu art. 3º se prestaram a prescrever o que não pode ser objeto de terceirização para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

Desta forma, os serviços sob os quais é vedada a terceirização relacionam-se a produção de atos que envolvem questões maiores da administração, assim consideradas aquelas de repercussão institucional e estratégica; para a produção de atos que decorrem do exercício de poderes extroversos (aqueles que repercutem na esfera jurídica de terceiros e decorrem do exercício de prerrogativas atribuídas pelo legislador à Administração Pública); e para a produção de atos coincidentes com as atribuições legais de cargos e de empregos públicos. A *contrario sensu*, a terceirização seria admitida aos demais casos.

Assim, depreende-se que, em sentido oposto ao normativo revogado (Decreto nº 2.271/97), não há explicitamente um rol de atividades exemplificativas passíveis de terceirização, como previsto nos arts. 1º e 2º da norma revogada³.

² 1 NIEBUHR, Joel de Menezes. A terceirização no novo decreto nº 9.507/2018: entre a restrição para a administração direta, autárquica e fundacional e a flexibilidade para as estatais. Revista Zênite ILC – Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 299, p. 10, jan. 2019.

³ Art. 1º. No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.

Porém, não se obstaculiza, consoante prevê o § 1º do art. 3º, a execução indireta dos serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios. Ou seja, proíbe-se a contratação das atividades centrais, ao passo que se autoriza a terceirização das tarefas satélites, em consonância com o já previsto na IN 5/17 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.⁴

Em sintonia ao exarado, transcrevo jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

“16.2.1. é possível a contratação da execução indireta da prestação dos serviços acessórios/complementares hoje realizados por servidores efetivos da área técnica da Fundação Nacional da Saúde, nos termos da Instrução Normativa MPOG 5, de 26 de maio de 2017, e do Decreto 9.507, de 21 de setembro de 2018, desde não estejam presentes, na relação entre o pessoal da prestadora de serviço e a Administração Pública, as características da pessoalidade e subordinação, próprias da relação empregatícia, e não se incorra nas vedações do art. 3º do Decreto 9.507/2018, de modo que, dentre outras, não constituam atividade inerente às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos da entidade, salvo disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção. (...)”Acórdão 1184/2020-Plenário

Frente ao elucidado, ainda que o Decreto Federal nº 9.507/2018 alcance apenas a administração pública federal, vez que a norma foi editada com base no art. 84, VI, a, da CF; à luz do arcabouço legal municipal, que carecia, naquele momento, de critérios orientativos sobre a execução indireta de atividades no âmbito da Administração Pública municipal direta, me parece, s.m.j., possível a adoção referencial das balizas previstas no artigo 3º, incisos I a IV, do referido normativo.

Sob esta ótica, novamente se sobressai a necessidade de avaliação se os serviços licitados são de mero apoio ou se de fato se referem a parcelas de gerenciamento e supervisão. Se identificada correlação específica entre as atividades a serem executadas indiretamente pela Administração Pública e os serviços inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, entendo, s.m.j., que restaria caracterizada contratação ilícita de execução indireta, ante a necessidade de realização de concurso público para acesso aos cargos públicos, salvo disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, ou em extinção.

Como já abordado anteriormente, ao que parece, os serviços licitados se confundem com aqueles desempenhados pelos servidores da SPObras, razão pela qual acompanho os órgãos técnicos pela manutenção do apontamento.

⁴ Art. 9º Não serão objeto de execução indireta na Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional: Parágrafo único. As atividades auxiliares, instrumentais ou acessórias às funções e atividades definidas nos incisos do caput podem ser executadas de forma indireta, sendo vedada a transferência de responsabilidade para realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado.

O **apontamento 5.4** prescreveu a impossibilidade da utilização do critério de julgamento combinação de técnica e preço, visto que a SPObras estaria licitando o apoio ao gerenciamento e não o gerenciamento propriamente dito.

Ao seu turno, a Origem afirmou que o referido apontamento demonstraria um suposto reconhecimento da Auditoria de que o objeto da licitação seria de apoio, e não de gerenciamento, além de justificar a escolha do referido critério em razão da natureza predominantemente intelectual do serviço.

A priori, entendo que o apontamento se limita a análise de aplicabilidade do critério de julgamento técnica e preço considerando o objeto tal como descrito no edital, sem adentrar em interpretação do serviço contratado. Com relação a escolha da utilização do critério de técnica e preço, coaduno com o entendimento do órgão técnico de que o serviço licitado de “apoio” ao gerenciamento não se configura como serviço predominantemente intelectual.

Conforme se infere do disposto no art. 46 da LF 8.666/93, o critério de julgamento “técnica e preço” somente será utilizado para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos.

Segundo o Acórdão 2391/2007 do Tribunal de Contas da União “*É vedada a licitação do tipo “técnica e preço” quando não estiver caracterizada a natureza predominantemente intelectual da maior parte do objeto que se pretende contratar, à vista do disposto no art. 46, caput, da Lei nº 8.666/1993*”.

Marçal Justen Filho corrobora com tal assertiva ao conferir excepcionalidade às licitações de técnica e preço, uma vez que a regra é a licitação de menor preço e que a conjunção dos critérios técnicos e de preço não busca o menor preço disponível no mercado, razão pela qual a adoção do referido critério somente se justificaria em virtude de benefícios e vantagens indispensáveis à satisfação das necessidades da Administração⁵.

Ou seja, a licitação do tipo “técnica e preço” apenas pode ser empregada, em caráter excepcional, para a contratação de serviços de natureza intelectual, motivo pelo qual acompanho os órgãos técnicos pela manutenção do apontamento.

A Auditoria manifestou no **apontamento 5.5** que o órgão da Administração Pública Municipal responsável pela licitação, contratação e gerenciamento das obras de manutenção e de construção de novas unidades educacionais é o Departamento de Edificações

⁵ Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/93, 17ª edição, 4ª tiragem, 2016 da Editora Revista dos Tribunais, p. 978.

(EDIF) da SIURB, razão pela qual a SIURB não poderia transferir essa competência com base numa Portaria Conjunta.

A SPObras argumentou estar legalmente vinculada à SIURB conforme a Lei Municipal nº 15.056/2009 e o Decreto Municipal nº 51.415/2010, tendo por competência a prestação de serviços e a execução de obras para entidades da Administração Pública Direta ou Indireta, bem como para as entidades em que o poder Público Municipal seja detentor da maioria do capital social, conforme preconizado na cláusula 5ª, 1, de seu contrato social, aprovado pelo Decreto Municipal 58.166/2018. Além do mais, suscitou inexistir qualquer incongruência ou ilegalidade na Portaria Conjunta SME/SIURB nº 03/21.

Outrossim, no **apontamento 5.9** a Auditoria entendeu que inobstante conste no edital que a futura contratada prestará serviços de apoio ao Gerenciamento, constata-se pela leitura do edital, bem como pelo tipo de licitação adotado, que os serviços a serem prestados serão de gerenciamento e não de apoio ao gerenciamento, razão pela qual não cabe à SPObras licitar o gerenciamento das futuras obras e serviços haja vista que o órgão responsável pelo gerenciamento das obras relativas à manutenção e construção de unidades educacionais é o Departamento de Edificações da SIURB.

A SPObras refutou sob a justificativa de que a SIURB além de poder, deve descentralizar seus poderes à outros departamentos, em especial à SPObras, a quem está vinculada por lei, objetivando a prestação efetiva do serviço público, de acordo com as diretrizes do Direito Administrativo e, sobretudo, amparada em ampla gama de dispositivos normativos, tais como: Lei Municipal 15.056/2009 e Decretos Municipais 51.415/2010 e 58.166/2018. Desta forma, pondera inexistir qualquer óbice ao regular andamento do certame, em vista da presente licitação se encontrar amparada, especialmente, na Portaria Conjunta SME/SIURB nº 03/21.

Sem prejuízo às atribuições do EDIF da SIURB quanto às obras de nível superior (terceiro escalão), me parece, na esteira da AJ, inexistir óbice com relação à competência da SPObras em licitar o serviço de apoio às atividades de gerenciamento, vez que na Portaria Conjunta SME/SIURB nº 03/21, que estabelece rol de uma primeira etapa de unidades educacionais e administrativas no município de São Paulo que receberão intervenções visando melhorar os espaços físicos e ampliar o atendimento da demanda educacional, há expresse reconhecimento da competência legalmente estabelecida, precipuamente nas Leis nºs 8.658/77 e 15.056/09, tanto para a SIURB, quanto para a SPObras, para a realização de obras, serviços, manutenções e gerenciamento, razão pela qual entendo, s.m.j., pelo afastamento de ambos apontamentos.

Restou consignado pela Especializada que a avaliação do Conhecimento do Problema, além de não ser necessária para a contratação da licitante vencedora, apresenta itens de avaliação genéricos e, por consequência, de avaliação subjetiva por parte da SPObras (**apontamento 5.6**).

A SPObras novamente suscitou a correta utilização da combinação “técnica e preço”, em razão da natureza predominantemente intelectual dos serviços, ainda que não seja o gerenciamento propriamente dito. Não obstante, observou que a Pasta, ao formular os critérios de julgamento e peso a ser atribuído às notas das propostas técnicas e de preço, balizou-se nos princípios da proporcionalidade e da competitividade do certame, visando a obtenção da contratação de serviços com preços vantajosos à Administração.

Como se denota da defesa trazida pela Origem, a mesma não se prestou a justificar a relevância do tópico “Conhecimento do Problema” para a proposta técnica, tampouco refutou o entendimento quanto ao cunho genérico dos itens constantes a este tópico (N1a a N1k) e a subjetividade de julgamento deste critério, motivo pelo qual opino pela manutenção do apontamento.

A Auditoria entendeu caber à SPObras esclarecer se as empresas especializadas em arquitetura também poderiam participar da licitação, haja vista que em nenhum dos objetos constantes nos vários documentos do edital consta a possibilidade de participação de empresa de arquitetura (**apontamento 5.7**).

Por sua vez, a SPObras reconheceu a ausência de previsão expressa quanto a participação de empresas especializadas em arquitetura na descrição do objeto, esclarecendo que eventual participação destas empresas seria analisada considerando as atividades profissionais para as quais tenham competência e que sejam compatíveis ao objeto licitado.

Conforme se verifica da documentação relativa à qualificação técnica, especificamente no subitem 14.4.1 (fl. 18, peça 07), foi admitida a possibilidade de participação na licitação de empresas da área de Arquitetura, dada a discricionariedade de apresentação da Certidão de Registro de Pessoa Jurídica expedida pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) e/ou pelo Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU), desde que dispusesse dentre os responsáveis técnicos de um engenheiro civil. Assim, ainda que não previsto expressamente no Edital, na Minuta do Contrato e no Termo de Referência a possibilidade de participação de empresas especializadas em arquitetura, me parece se tratar de falha formal, podendo, à critério superior, ser relevada, sem prejuízo de eventual recomendação à Origem para que se atente nos futuros certames em conferir maior clareza às suas cláusulas edilícias.

No que tange ao **apontamento 5.8**, que indicou a necessidade de correção por parte da SPObras, vez que o DM nº 56.475/15 não exige a assinatura de um contabilista conforme previsto para a declaração relacionada no subitem 10.3.2.1 do Edital, confirmou a Pasta o referido equívoco, indicando que, com o fito de ajustar tal apontamento à legislação aplicável, procedeu-se a publicação de errata no Diário Oficial da Cidade de São Paulo (DOC) em 23.06.2022.

Em face da correção informada pela Pasta por meio de publicação no DOC em 23.06.2022, conforme anexo 67, entendo que o presente apontamento resta superado.

O **apontamento 5.10** indicou caber à SPObras esclarecer como chegou à quantidade de relatórios gerenciais a serem elaborados pela futura contratada, tendo em vista os quantitativos constantes nos Anexos I e II da Portaria Conjunta nº 03/SME/SIURB.

A SPObras afirmou em sua resposta não ser possível confirmar a afirmação de Auditoria de que a SPObras estaria exigindo da futura contratada a elaboração de 18 a 20 relatórios gerenciais por dia, uma vez que, conforme o Anexo I do Termo de Referência do edital, as quantidades de relatório estão previstas por mês. Sem embargo, discorreu que a Pasta estaria estimando a quantidade de relatórios para o período de 12 meses, cuja distribuição de quantidade mensal levou em consideração o número de obras e o prazo de sua execução, uma vez que está sendo exigida a apresentação de relatórios mensais para cada unidade educacional objeto de intervenção, sobrelevando que somente serão pagos os serviços efetivamente executados e aprovados pela fiscalização do contrato.

Em consonância à AJ, entendo que, ainda que a Origem tenha justificado que a distribuição de relatórios está vinculada ao número de obras e ao prazo de execução das mesmas, os esclarecimentos trazidos carecem de maior aprofundamento para atender a necessidade de justificativa ventilada pela Auditoria, razão pela qual opino pela manutenção do apontamento.

Por derradeiro, quanto a conclusão de que caberia à SPObras atualizar o orçamento dos serviços, haja vista a publicação da Tabela de Custos Unitários da SIURB com data base janeiro/2022 (**apontamento 5.11**), refutou a SPObras que a referida tabela foi publicada no DOC em 20.04.2022, mesma data que teve início a disponibilização do edital, cuja publicação do Aviso de Licitação ocorreu em 19.04.2022.

Conforme se verifica no Diário Oficial da Cidade de São Paulo⁶, a aprovação da tabela de custos unitários dos serviços de infraestrutura com data-base Janeiro/22 foi publicada em 20.04.2022, data a partir da qual deveria passar a ser adotada em todas as licitações da SIURB. Visto que o aviso de licitação ocorreu em momento anterior a sua publicação, se mostra razoável que a Origem não tenha paralisado o procedimento licitatório para a atualização do orçamento, o que eventualmente se mostraria viável caso a Pasta tivesse suspenso o certame, conforme recomendado por esta Egrégia Corte de Contas, o que não ocorreu, razão pela qual entendo pelo afastamento do apontamento.

Diante de todo o exposto, opino, na esteira dos órgãos técnicos desta C. Corte de Contas, pelo não acolhimento do Edital de Licitação SPObras nº 002/2022.

É o meu parecer que submeto à consideração de Vossa Senhoria.

⁶https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=%2f2022%2fdiario+oficial+cidade+de+sao+paulo%2fabril%2f20%2fpag_0034_0a247971e06703da2b837d57538c2b24.pdf&pagina=34&data=20/04/2022&caderno=Di%C3%A1rio%20Oficial%20Cidade%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&paginaordenacao=100034

Secretaria Geral

São Paulo, 26 de abril de 2024.

ISABELLA KESSELRING LIMA

Assessor de Secretaria I

OAB/SP nº 431.518