TC 72-000.043.04-00

2º Julgado

RECURSO VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular o contrato de serviços de recuperação e reforço de pontilhão. Marginal Tietê. SIURB. Cronograma físico-financeiro é documento indispensável. CONHECIDO. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

2.860ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 17/11/2016

1º Julgado

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SIURB. Serviços de recuperação e reforço de pontilhão. Marginal Tietê. Ausência de cronograma físico financeiro. Concorrência REGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime. Contrato IRREGULAR. Votação por maioria.

TCs citados: 72.002.937.02-19 e 72.002.426.02-70

Legislação citada: Arts. 21, §§ 3º e 4º; 38 e 40, §1º, Lei 8.666/93. Arts. 17, § 3º e 18, Lei Mun. 13.278/02.

2.747ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso ordinário, ante o preenchimento dos pressupostos para sua admissibilidade.

CONSIDERANDO que o cronograma físico-financeiro é documento indispensável ao planejamento da obra, além de ser instrumento necessário à previsão dos pagamentos e à imposição de sanções contratuais, sendo

certo que a sua ausência, como ocorreu no presente caso, é irregularidade capaz de macular o ajuste ora em julgamento;

ACORDAM, ademais, quanto ao mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator, com relatório e voto, MAURÍCIO FARIA – Revisor e EDSON SIMÕES, em negar-lhe provimento, mantendo-se o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vencido o Conselheiro JOÃO ANTONIO que, consoante declaração de voto apresentada, deu provimento ao recurso interposto para julgar regular o Contrato 046/2003.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das providências regimentais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de março de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

DOMINGOS DISSEI
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento recurso ordinário interposto pelo Senhor Roberto Luiz Bortolotto, em face do v. Acórdão de 11 de junho de 2014 que, à unanimidade, julgou regular a Concorrência 002/03/SIURB e, por maioria de votos, julgou irregular o Contrato 046/2003, aceitando, porém, os efeitos financeiros do ajuste, cujo objeto consistiu na execução das obras e serviços de recuperação e reforço do Pontilhão na Marginal Tietê, sobre o Córrego Carandiru, sentido AS/CB, próximo ao Center Norte.

Nos termos do voto condutor, o Contrato foi julgado irregular, em face do descumprimento da Cláusula X e da Ordem de Início, que exigia a apresentação do cronograma físico-financeiro.

Todavia, foram aceitos os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste, em razão da não constatação de prejuízo ao erário nos autos, bem como em atenção à proposta feita pela Assessoria Jurídica de "aceitação dos seus efeitos financeiros" e pela Secretaria Geral de que "tendo em vista que as obras já foram realizadas, proponho o acolhimento dos efeitos financeiros, a fim de resguardar o princípio da segurança jurídica".

Devidamente intimado, o Senhor Roberto Luiz Bortolotto interpôs Recurso visando a reforma do v. Acórdão para que se reconheça a regularidade do Contrato.

A Auditoria destacou que as razões apresentadas em sede recursal são semelhantes as que vinham sendo apresentadas em sede de defesa, não vislumbrando, assim, motivo para alteração do V. Acórdão.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se pelo conhecimento do recurso ante o preenchimento dos pressupostos para sua admissibilidade. No mérito, destacou a indispensabilidade da apresentação do cronograma físico-financeiro, afirmando tratar-se de documento indissociável do planejamento e que permeia a execução da obra em toda a sua extensão, além de ser instrumento necessário à previsão dos pagamentos e à imposição de sanções contratuais. Com essas ponderações, concluiu pelo improvimento do recurso, mantendo-se o v. Acórdão recorrido.

A Procuradoria da Fazenda Municipal aventou a possibilidade do Recurso ser parcialmente provido para o fim de se declarar o Contrato formalmente regular.

A Secretaria Geral manifestou-se pelo conhecimento do recurso e, quanto ao mérito, acompanhando o parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinou pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

1 – CONHEÇO do recurso ordinário, ante o preenchimento dos pressupostos para sua admissibilidade.

2 – Quanto ao mérito, como bem apontado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo desta Corte, o cronograma físico-financeiro é documento indispensável ao planejamento da obra, além de ser instrumento necessário à previsão dos pagamentos e à imposição de sanções contratuais, sendo certo que a sua ausência, como ocorreu no presente caso, é irregularidade capaz de macular o ajuste ora em julgamento.

3 – Do exposto, na esteira das manifestações da Auditoria, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, que adoto como razões de decidir, NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo-se o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

4 – Após as providências regimentais, arquivem-se os autos.

É o meu voto.

Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro João Antonio

Cuidam os autos da análise do Recurso Ordinário interposto em face do Acórdão de folhas que julgou, por unanimidade, regular o Edital de Concorrência nº 02/2003 e, por maioria de votos, irregular o Contrato nº 46/2003, mas, por unanimidade, aceitaram os efeitos financeiros, a fim de resguardar o princípio da segurança jurídica, bem como em razão da não constatação de prejuízo ao erário.

O ajuste foi celebrado entre a Secretaria de Infraestrutura Urbana – SIURB e a empresa ESTE – Reestrutura Engenharia Ltda., objetivando a execução de obras e serviços de recuperação e reforço do pontilhão na Marginal Tietê sobre o Córrego Carandiru, próximo ao Center Norte, no valor de R$ 1.368.448,33 (um milhão, trezentos e sessenta e oito mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e trinta e três centavos).

A causa ensejadora do não acolhimento do ajuste foi a ausência de cronograma físico-financeiro nos autos analisados.

Ocorre que a não apresentação do cronograma físico-financeiro pela contratada na ocasião da celebração do termo, não obstante tratar-se de uma impropriedade, não prejudicou a execução do ajuste, tampouco o adimplemento das parcelas executadas, realizadas por medição, não trazendo prejuízo para a consecução da finalidade pública pretendida no certame e no instrumento.

Como em minha declaração de voto, à época, considero, dessa forma, superável a questão, não devendo a ausência do cronograma físico-financeiro macular todo o ajuste, possibilitando, no caso concreto, ser considerada uma ressalva à relação jurídica estabelecida entre as partes, permitindo o acolhimento excepcional do Contrato, em face do princípio da razoabilidade.

Ademais, a formalização do contrato e o início da obra se deram no ano de 2003. A análise, por esta Corte, ocorreu apenas no ano de 2008, quando a obra já havia sido, há muito, concluída, sem notícia de irregularidades ou atrasos em sua consecução. Nas próprias palavras da Assessoria Jurídica de

Controle Externo: *"(....) Contudo, embora irregular o procedimento, o fato é que as obras já se encontram finalizadas.*" (folha 426).

Isto posto, considerando o decurso do prazo decorrido entre a formalização do Contrato e o momento de seu efetivo julgamento por esta Corte, considerando que a obra contratada foi devidamente entregue e, tampouco não haver nos autos quaisquer indícios de má-fé ou dano ao erário, conheço e dou provimento ao Recurso interposto para julgar REGULAR o Contrato nº 046/SIURB/2003.

Este é meu Voto, Senhor Presidente.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regular a Concorrência 002/03/Siurb.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI, em julgar irregular o Contrato 046/2003.

Vencido o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor que, consoante declaração de voto apresentada, acolheu, em caráter excepcional, o ajuste.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em aceitar os efeitos financeiros do contrato, em razão da não constatação de prejuízo ao erário, bem como a fim de resguardar o princípio da segurança jurídica.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, uma vez cumpridas as formalidades legais, o arquivamento destes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de junho de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos da análise do Edital de Concorrência nº 02/2003 e do Contrato nº 46/2003, celebrado entre a Secretaria de Infraestrutura Urbana – SIURB e a empresa ESTE – Reestrutura Engenharia Ltda., objetivando a execução de obras e serviços de recuperação e reforço do pontilhão na Marginal Tietê sobre o Córrego Carandiru, próximo ao Center Norte, no valor de R$ 1.368.448,33 (um milhão, trezentos e sessenta e oito mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e trinta e três centavos).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ao proceder à análise da licitação e do respectivo Contrato, concluiu pela irregularidade do edital em razão do seguinte:

1.- pela falta de data, assinatura e rubrica, com infringência ao parágrafo 1º do artigo 40 da Lei Federal 8.666/93;

2.- a publicação em jornal de grande circulação não obedeceu ao prazo mínimo estipulado para a modalidade Concorrência. O comunicado que disponibilizou a Tabela de Preços da SIURB, publicado no Diário Oficial do Município, não reabriu o prazo inicialmente estabelecido e não foi publicado em jornal de grande circulação, com infringência aos parágrafos 3º e 4º do artigo 21 da Lei Federal 8.666/93, combinado com os artigos 17 e 18 da Lei Municipal 13.278/02.

O Contrato seria irregular por:

1.- ter sido a Concorrência considerada irregular;

2.- ausência de apresentação do cronograma físico-financeiro pela contratada, em desatendimento à Cláusula X do Contrato e à Ordem de Início (folhas 287/291).

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo posicionou-se pelo acolhimento da licitação, sem prejuízo de recomendação à Origem para que adote, no futuro, providências necessárias à correção das falhas apontadas, e pela rejeição do Contrato, com aceitação dos seus efeitos financeiros, nos seguintes dizeres:

"Entendo que a primeira irregularidade apontada possa ser relevada. De fato, apesar dos requisitos do §1º, do art. 40, da Lei Federal serem importantes para conferir autenticidade ao Edital, a instauração do devido processo administrativo, nos termos do art. 38 da Lei 8.666/93, e a efetiva existência de rubrica no edital, suprem tal impropriedade formal.

Ressalta-se que a relevação desta falha se dá em caráter excepcional. Por esta razão, sugerimos expedição de recomendação à Origem para que observe atentamente os requisitos legais do procedimento licitatório.

Quanto às demais irregularidades, pensamos não haver possibilidade de relevação.

Tanto a ausência de observância do prazo mínimo exigido entre a publicação de edital e a data da abertura do certame, quanto a não reabertura de prazo no caso de alteração no edital, devem ser analisadas, principalmente, sob o prisma do princípio da publicidade.

Tal princípio consiste no dever de manter a plena transparência dos comportamentos estatais como um todo, no dever disponibilizar, num veículo de fácil acesso por qualquer cidadão, todas as informações relativas aos trâmites estatais. Não é por outro motivo que Carlos Ari Sundfeld o aponta como: 'condição de eficácia dos direitos dos envolvidos na licitação e do seu amplo controle pela sociedade em geral'.

Neste sentido, fere o princípio da publicidade conferir prazo menor que o exigido pela lei para o intervalo entre a publicação de edital e a efetiva data de abertura da licitação. Nada mais razoável, visto que o lapso temporal tem também a função de proporcionar tempo hábil para as empresas prepararem suas propostas. Em outros termos, busca garantir a competitividade. Caso a licitação seja complexa, poderá a Administração dilatar o prazo, porém nunca diminuí-lo.

Da mesma forma, o princípio da publicidade resta prejudicado com a contrariedade aos arts. 21, §4º, da Lei nº 8.666/93 e 18, da Lei nº 13.278/2002. De acordo com o comunicado de fls. 76, a falta da Tabela de Custos Unitários da SIURB (base: janeiro/03) e das Especificações Técnicas para Obras de Arte não trariam qualquer interferência na elaboração das propostas, não acarretando, portanto, reabertura de prazo do edital. Tal alegação nos causa estranheza, principalmente pela ausência das Especificações Técnicas para Obras de Arte que, em tese, seriam importantes para a elaboração das propostas.

Quanto ao Contrato, por fim, acompanho as considerações de AUD. Aliás, salta aos olhos a posição contraditória da SIURB com relação à apresentação do cronograma físico-financeiro, já que as declarações do Engenheiro José Carlos Bettoni Masi, ora determinam apresentação deste documento pela contratada (fls. 284), ora alegam que por 'tratar-se de Obras de Recuperação' existiria somente um Desembolso Financeiro, e não um cronograma propriamente dito (fls. 285).

Por esta razão, sugerimos a oitiva da Origem para que apresente seus esclarecimentos, eis que referidas falhas representam graves irregularidades"(folhas 294/299).

Intimados para oferecimento de defesas, o Ordenador da Despesa, à época Secretário de Infraestrutura Urbana, e os Membros da Comissão Licitante apresentaram suas razões em abono de seus direitos e interesses.

Os Membros da Comissão Licitante, em defesa conjunta, alegaram que as folhas detectadas pelos Órgãos Técnicos foram meramente formais, de forma que requereram, afinal, a aprovação da licitação e do Contrato dela decorrente.

O Ordenador da Despesa defendeu-se, aduzindo que as falhas ocorridas foram formais. Defendeu, também, a ausência do cronograma físico-financeiro em casos de obras de recuperação, porque as prioridades da execução e os recursos financeiros somente poderiam ser definidos ao se realizarem os serviços.

Asseverou não ter havido ferimento ao princípio da publicidade porque 14 (quatorze) empresas participaram da Concorrência. Arguiu a aplicação do princípio da insignificância, destacando que não se poderia decretar a nulidade dos atos porque não teria havido consequências jurídicas. Requereu, pois, fossem considerados regulares a Concorrência e o Contrato analisados (fls. 401/407).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manteve o entendimento quanto à regularidade da licitação e irregularidade do Contrato, nos seguintes termos:

"Com relação à desobediência do prazo mínimo estabelecido entre a publicação de edital e a efetiva data de abertura da licitação (30 dias), a Origem invocou, em sua defesa, o artigo 17, §3º, da Lei Municipal nº. 13.278/02, que estabelece o intervalo de 20 (vinte) dias entre a publicação do edital de concorrência e a data para recebimento das propostas.

No presente caso, porém, não há como aplicar tal artigo, eis que o art. 17, §3º, traz uma série de requisitos que não foram devidamente preenchidos. Assim, à época da abertura do certame, a autoridade competente deveria ter justificado o intervalo de 20 dias em virtude da natureza do objeto a ser licitado, dos requisitos para a formulação das propostas e das demais exigências do edital – o que não foi feito.

De qualquer forma, acredito que o lapso temporal conferido foi suficiente para que os interessados preparassem suas propostas, uma vez que compareceram, na sessão de abertura, 14 (quatorze) empresas (fls. 165).

Observo, contudo, que a ressalva feita em parecer anterior (fls. 294/298), qual seja, de que prazos menores que o exigido pela lei para

o intervalo entre a publicação de edital e a efetiva data de abertura da licitação afetam a competitividade e, consequentemente, a busca da proposta mais vantajosa, continua válida, e, portanto, merece maior respeito por parte da Origem.

Com relação à contrariedade aos arts. 21, §4º, da Lei nº 8.666/93 e 18, da Lei nº 13.278/2002, melhor seria se o órgão técnico analisasse se a inclusão da Tabela de Custos Unitários da SIURB (base: janeiro/03) e das Especificações Técnicas para Obras de Arte implicariam ou não em alterações ou reformulações das propostas.

Da mesma forma, à vista da natureza das irregularidades relacionadas ao Contrato nº 046/2003 (fls. 289/290), proponho o encaminhamento dos autos ao órgão técnico para análise da defesa formulada pela Origem, antes de análise conclusiva desta AJCE".

Em nova manifestação, a Coordenadoria VI reiterou sua conclusão pela irregularidade dos instrumentos: "Diante de todo o exposto, entendemos que as defesas apresentadas não alteram a conclusão no sentido de que a Concorrência e o Contrato sob análise foram irregularmente formalizados".

A Assessoria Jurídica de Controle Externo assim se pronunciou:

"Sobre as falhas relativas à falta de data, rubrica e assinatura no edital, esta Assessoria já se pronunciou no parecer de fls. 294/298, opinando pela possibilidade de se relevar as impropriedades, e isto porque o próprio processo administrativo já as teria suprido.

Como asseverado, as disposições do § 1º do art. 40, da Lei 8.666/93, têm por finalidade dar veracidade ao conteúdo do edital e certeza aos licitantes de que as exigências não serão alteradas sem a concordância da Comissão de Licitação e sem cumprimento do procedimento previsto para a alteração do edital.

As exigências do artigo mencionado asseguram aos licitantes a observância dos princípios que regem a atividade administrativa por ocasião do processo de licitação. São os princípios do procedimento formal; da publicidade dos atos; da igualdade entre os licitantes; do sigilo na apresentação das propostas; da vinculação ao edital ou convite; do julgamento objetivo; da adjudicação compulsória ao vencedor e o da probidade administrativa.

Assim, a simples alegação de que a natureza do vício é formal ou de que idênticas falhas cometidas pelos mesmos membros da Comissão, em outros processos submetidos a julgamento, foram relevadas por este Tribunal, não é bastante para que também se releve a falta cometida neste caso. Será necessário, a despeito dela, que se demonstre que os princípios da licitação foram respeitados e que a falta foi suprida por outra forma.

Diante disso, reiteramos a proposta oferecida inicialmente no sentido de relevar-se a infringência ao § 1º do art. 40, da Lei 8.666/93.

Quanto a não observância do prazo de publicação em jornal de grande circulação, em desobediência aos §§ 3º e 4º, do art. 21 da Lei 8.666/93 c.c. os arts. 17 e 18 da Lei 13.278/02, a Comissão de Licitação esclarece que a responsabilidade pelo atraso é de SGM (Secretaria de Governo Eletrônico), por tratar-se do órgão incumbido da divulgação pela imprensa de todos os certames instaurados na Administração, cabendo a SIURB tão somente a comunicação via e-mail.

Apenas para informação, esclareça-se que por ocasião da edição da Lei 13.278/02, muito se discutiu nesta Corte acerca do indigitado artigo 17, se ele poderia dispor sobre prazos de publicação diferentemente da lei federal, inclusive para reduzi-los. Sobre isso, decidiu o E. Plenário, no ano de 2004, por maioria de votos proferidos nos TCs 72.002.937.02-19 e 72.002.426.02-70, que a matéria é própria de norma suplementar, variando em forma e intensidade de acordo com as peculiaridades de cada ente federado, de modo a fugir seu disciplinamento da abrangência da norma geral.

Os comentários servem apenas para dizer do quadro de incerteza que se apresentava à época, ainda que essa situação não tenha sido invocada pelos intimados.

Antes mesmo da defesa apresentada pelos membros da Comissão de Licitação, esta Assessoria, adotando posição contrária a da C-VI, considerou que "o lapso temporal foi suficiente para que os interessados preparassem suas propostas".

Na verdade, apenas a publicação no Diário Oficial foi feita com observância do lapso temporal exigido pelo dispositivo legal. Por isso a irregularidade restou caracterizada; lembrando ainda que caso o conhecimento da falta se desse antes da abertura das propostas, com efeito, a correção do vício com devolução do prazo se imporia.

No entanto, no tocante a este tópico, entendemos que a proposta de relevação da irregularidade pela inobservância do prazo de publicação pode ser abraçada, e isto porque se demonstrou, ainda que em momento posterior, que o princípio da publicidade não foi comprometido. E isso não só porque 14 empresas acorreram ao certame, mas também porque o vício foi parcial e não trouxe reflexos negativos nas propostas, sendo que era interesse da Administração que se ultimasse o processo de licitação para execução das obras de recuperação do pontilhão sobre a marginal Tietê, a se reiniciar o procedimento, sob o risco inclusive de uma contratação emergencial. Razão pela qual divergimos da conclusão da C-VI.

Ainda na fase externa do procedimento licitatório, apontou-se como vício formal a publicação do comunicado de disponibilização da

Tabela de Custos e do Caderno Técnico, sem que tivesse ocorrido a devolução do prazo que se impunha em decorrência de alteração no edital.

A Origem refuta a conclusão alegando que a publicação no DOC não tratava de alteração do edital, mas sim de informação aos participantes da licitação de que a Tabela de Custos Unitários de SIURB e o Caderno de Especificações Técnicas estavam à disposição no site da Prefeitura.

A matéria não desperta maior atenção, haja vista que a própria C-VI reconheceu que essas informações já estavam disponibilizadas durante o período de 30 (trinta) dias antes da abertura dos envelopes.

Sendo assim, divirjo do posicionamento jurídico expressado às fls. 381, para acompanhar a conclusão da C-VI, e isto porque se as informações constantes da Tabela e do Caderno já eram de conhecimento das licitantes e se a publicação posterior não lhes alterou nenhum dado, por certo não interferiram na formulação das propostas. Todavia, parece-nos que o assunto deva servir de recomendação à Origem.

Restam os comentários sobre a questão relativa a não apresentação do cronograma físico-financeiro por ocasião da celebração do contrato, consoante Cláusula X do termo.

Nessa situação específica a falta não pode ser considerada suprida pela simples execução do contrato. O cronograma dá maior transparência ao processo permitindo uma fiscalização eficaz e a fiel execução do objeto. A sua não apresentação, a despeito de infringir o dispositivo legal e comprometer a fiscalização, contém um descumprimento contratual que ensejava à época a aplicação a contratante de multa, nos termos do item 2 da Cláusula XIII do contrato, que dispõe o seguinte:

<u>CLÁUSULA XIII</u> – <u>MULTAS</u> Além das penalidades e sanções estabelecidas no Capítulo IV Secções II e III da Lei nº 8.666/93 e suas alterações, pela infração das condições ajustadas, ficará a Contratada sujeita às seguintes multas:

2 – No valor correspondente a 0,1% (um décimo por cento) do valor do Contrato, por dia ou vez que ocorrer infração das condições de CLÁUSULA X e CLÁUSULA XI, itens 2, 3, 4, 5.2 e 9 deste contrato;

<u>CLÁUSULA X</u> - <u>CRONOGRAMA</u> - 1 – A Contratada deverá apresentar dentro de 5 (cinco) dias úteis contados da data fixada na Ordem de Início, para análise e aprovação da Fiscalização, o Cronograma Físico-Financeiro de desenvolvimento das obras, devidamente conformado ao seu valor e prazo de execução. O cronograma deverá ser apresentado conforme padrão aprovado; ....

O fato é que a sobre a necessidade de apresentação do cronograma 5 (cinco) dias antes da execução das obras de recuperação a opinião técnica é vinculante, devendo sobre ela o opinamento jurídico se assentar. Portanto,

o argumento da Origem de que obras de recuperação não exigem a elaboração de um cronograma físico-financeiro foi afastado em nome da boa técnica, transparência, lisura e de uma fiscalização eficaz em cada etapa das obras e serviços de engenharia.

Ademais, a exigência da Cláusula X do Contrato, e que constava da minuta que acompanhava o edital, não foi impugnada pelas licitantes, o que demonstra a conformidade de todas com a exigência, não se admitindo que a vencedora venha, posteriormente, alegar a sua desnecessidade, tampouco justifica que a desnecessidade fosse declarada pelos engenheiros da Prefeitura, conforme documento de fls. 317 a 357. Contudo, embora irregular o procedimento, o fato é que as obras já se encontram finalizadas.

Diante do exposto, nos posicionamos pelo acolhimento da licitação, sem prejuízo de recomendação à Origem para que adote, para o futuro, as providências necessárias à correção das falhas apontadas, e pela rejeição do contrato, porém com aceitação dos seus efeitos financeiros, ficando ao elevado critério do Exmo. Conselheiro Relator a aplicação de medida punitiva aos agentes públicos responsáveis pela execução do contrato".

A Procuradoria da Fazenda opinou pelo acolhimento da Concorrência e do Contrato, mas relevou as impropriedades apontadas.

A Secretaria Geral concluiu pela irregularidade do Edital de Concorrência nº 002/03 devido à ausência de abertura de novo prazo após a publicação do comunicado que disponibilizou a Tabela de Custos Unitários da SIURB, podendo ser relevadas as demais.

Quanto ao Contrato número 46/2003, igualmente opinou pela sua irregularidade em face do descumprimento da Cláusula X do Contrato e da Ordem de Início. Deixou, no entanto, a critério superior, a possibilidade de acolhimento dos efeitos financeiros, a fim de resguardar o princípio da segurança jurídica.

Parecer da Secretaria Geral na íntegra:

"A primeira irregularidade deveu-se ao fato de o Edital não ter sido datado, assinado e rubricado. Quanto a ela, concordo com a primeira manifestação da então Assessoria Técnica.

É que, embora tenha ele ferido o disposto no § 1º, do art. 40, da Lei nº 8.666/93, o certo é que o processo administrativo foi devidamente instruído, contendo, inclusive, a rubrica no Edital. Entendo, pois, que a irregularidade é formal e pode ser relevada em face do cumprimento das exigências do art. 38 da Lei de Licitações.

A segunda irregularidade refere-se à não observância do prazo mínimo estipulado para a publicação, em jornal de grande circulação, da modalidade Concorrência.

Neste caso, a publicação do extrato do Edital deu-se aos 16/08/03 (6ª feira) (fl. 76) e a data da abertura das propostas ocorreu em 03/09/03 (fls. 165/167). Decorreram, pois, 16 (dezesseis) dias entre tais atos. De fato, houve, como verificou a SFC, descumprimento ao prazo legal de 30 (trinta) dias.

Por outro lado, penso não ser aplicável o art. 17, § 3º, da Lei Municipal nº 13.278/02, tal como requerido pela Origem. É que, consoante argumentou a AJCE, a utilização deste artigo implicaria o cumprimento de requisitos, que não foram observados pela Origem.

Entendo, entretanto, que, ainda que tenha ocorrido a infringência aos dispositivos legais citados, como houve 14 (quatorze) licitantes que apresentaram propostas, tal irregularidade pode ser excepcionalmente relevada, eis que tendo havido concorrência, a proposta mais vantajosa deve ter sido a escolhida.

A terceira irregularidade, por sua vez, refere-se ao fato de que o comunicado que disponibilizou a Tabela de Custos Unitários da SIURB e as Especificações Técnicas para Obras de Arte ter sido publicado sem ter reaberto o prazo inicialmente estabelecido.

Quanto a este assunto, uma ponderação merece ser feita. A conduta da Origem seria legal se as informações constantes desta Tabela e das Especificações Técnicas para Obras de Arte não tivessem o condão de influenciar a elaboração das propostas. Caso contrário, far-se-ia obrigatória a reabertura do prazo.

Pois bem. Por se tratar de questão técnica, para solucioná-la, socorro-me do parecer da SFC.

A Especializada desta E. Corte constatou que a Tabela de Custos Unitários da SIURB 'foi a base utilizada como referência na formulação das propostas (fls. 172 a 179). Inclusive, na planilha orçamentária há coluna para registro dos valores dessa Tabela e praticamente todos os itens das propostas apresentaram valores iguais aos dessa tabela' (fl. 376) (grifos nossos).

No tocante às Especificações Técnicas, verificou a Especializada que elas 'contêm informações diretamente ligadas à formulação das propostas' (fl. 375) (grifos nossos). E ainda, 'dessa forma, a informação de que não se constituem em documentos essenciais à formulação das propostas, como afirmou a Origem em seu Comunicado acima transcrito, é relativa pois são documentos diretamente relacionados à elaboração e à formulação das mesmas' (fl. 376).

Parece-me, pois, que a Tabela de Custos Unitários da SIURB e as Especificações Técnicas para Obras de Arte são essenciais para a

realização da licitação e, dessa forma, imprescindível seria a reabertura do prazo, após a divulgação das mesmas, o que não ocorreu.

Entendo, pois, que a irregularidade, quanto a este tópico, permaneceu.

Em relação ao Contrato, a infringência encontrada deveu-se ao fato de ele vir desacompanhado do cronograma físico-financeiro, ferindo a Cláusula X e a Ordem de Início.

Dispõe a Cláusula X do Contrato em análise:

'CLÁUSULA X – CRONOGRAMA - 1. A Contratada deverá apresentar, dentro de 5 (cinco) dias úteis, contados da data fixada na Ordem de Início, para análise a aprovação da Fiscalização, o Cronograma Físico-Financeiro de desenvolvimento das obras, devidamente conformado ao seu valor e prazo de execução. O cronograma deverá ser apresentado conforme padrão aprovado' (grifos nossos) (fls. 222/223).

Primeiramente, há que se ressaltar que nenhuma licitante impugnou, no momento oportuno, a exigência da apresentação do Cronograma Físico-Financeiro (Cláusula X) que constava da minuta do Contrato.

Além disso, infere-se do dispositivo mencionado, que o Cronograma Físico-Financeiro também se apresenta como documento essencial para a realização das obras que se pretendia construir.

Assim, como é cediço que o edital faz lei entre as partes, ele vinculou o Contrato e, pois, a apresentação do cronograma tornou-se obrigatória e essencial à execução do certame.

Por estes motivos, a frágil argumentação da Origem, de que em obras de recuperação as prioridades da execução e dos recursos financeiros só poderiam ser definidas quando da realização dos serviços, não se sustenta.

O Contratado deve respeito e cumprimento tanto às normas legais e constitucionais que regulam a matéria licitatória, como também às disposições editalícias e contratuais, o que não se observou neste caso. Padece, pois, o contrato, de irregularidade.

Ante todo o exposto, opino pela irregularidade do edital de Concorrência nº 002/03/SIURB, por remanescer a irregularidade insanável referente à ausência de abertura de novo prazo após a publicação do comunicado que disponibilizou a Tabela de Custos Unitários da SIURB e as Especificações Técnicas para Obras de Arte, podendo ser relevadas as demais irregularidades encontradas.

Quanto ao Contrato nº 046/2003, opino, igualmente pela sua irregularidade, em face do descumprimento da Cláusula X e da Ordem de Início, que exigia a apresentação do cronograma físico-financeiro.

Entretanto, tendo em vista que as obras já foram realizadas, deixo ao crivo de Vossa Excelência o acolhimento dos efeitos financeiros, a fim de resguardar o princípio da segurança jurídica".

É o relatório.

VOTO

Após o exame das defesas apresentadas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle manteve a conclusão pela irregularidade da Concorrência em razão ***"****da não reabertura de prazo para apresentação das propostas, após a publicação do Comunicado de 16/8/03, que disponibilizava a Tabela de Custos de SIURB."* O contrato seria irregular *"diante da ausência de cronograma físico-financeiro, em desacordo com o disposto na cláusula X do Contrato e na Ordem de início."*

Contudo, no tocante à reabertura de prazo, a Coordenadoria VI registrou:

"Como vemos, as licitantes não poderiam alegar desconhecimento sobre a vinculação do orçamento aos itens dessas tabelas. Por conseguinte, em que pese existir irregularidade formal pela ausência destes documentos no instrumento convocatório originalmente divulgado, entendemos que esse fato não resultou prejuízo às licitantes e nem ao processo de concorrência".

Diante disso, a conclusão da Assessoria Jurídica de Controle Externo foi pela regularidade da Licitação nos seguintes dizeres:

"*A matéria não desperta maior atenção, haja vista que a própria Coordenadoria VI reconheceu que essas informações já estavam disponibilizadas durante o período de 30 (trinta) dias antes da abertura dos envelopes. Sendo assim, divirjo do posicionamento jurídico expressado à folha 381, para acompanhar a conclusão da C-VI, e isto porque se as informações constantes da Tabela e do Caderno já eram de conhecimento das licitantes e se a publicação posterior não lhes alterou nenhum dado, por certo não interferiram na formulação das propostas.*

Com relação ao Contrato, a Assessoria Jurídica opinou por sua irregularidade nos seguintes termos:

"*Sobre a questão relativa a não apresentação do cronograma físico-financeiro por ocasião da celebração do contrato, (...) a falta não pode ser considerada suprida pela simples execução do contrato. O cronograma dá*

maior transparência ao processo permitindo uma fiscalização eficaz e a fiel execução do objeto. A sua não apresentação, a despeito de infringir o dispositivo legal e comprometer a fiscalização, contém um descumprimento contratual que ensejava à época a aplicação a contratante de multa, nos termos do item 2 da Cláusula XIII do contrato. Diante do exposto, nos posicionamos pelo acolhimento da licitação e pela rejeição do contrato, porém com aceitação dos seus efeitos financeiros".

No mesmo sentido, a Secretaria Geral concluiu:

"*quanto ao Contrato nº 046/2003, opino, igualmente pela sua irregularidade, em face do descumprimento da Cláusula X e da Ordem de Início, que exigia a apresentação do cronograma físico-financeiro".*

Diante do exposto, com amparo no posicionamento da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Procuradoria da Fazenda Municipal, cujos fundamentos adoto como razões de decidir**,** julgo regular a Concorrência nº 02/2003.

Lastreado nos pareceres da Coordenadoria VI, da Assessoria Jurídica e da Secretaria Geral, julgo irregular o Contrato nº 46/2003.

Aceito os efeitos financeiros produzidos pelo Ajuste, em razão da não constatação de prejuízo ao erário nos autos, bem como em atenção à proposta feita pela Assessoria Jurídica de "*aceitação dos seus efeitos financeiros*" e pela Secretaria Geral de que "*tendo em vista que as obras já foram realizadas, [proponho] o acolhimento dos efeitos financeiros, a fim de resguardar o princípio da segurança jurídica*".

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Declaração de VOTO apresentada pelo Conselheiro João Antonio

Entendo que as irregularidades no Edital, apontadas pela Auditoria, merecem ser relevadas.

De fato, as omissões referentes à falta de data, assinatura e rubrica nas folhas do Edital foram superadas. Nesse sentido, o Processo Administrativo de que trata o presente Edital foi devidamente instruído, com as impropriedades corrigidas. Nesse sentido, a própria Secretaria Geral opinou pela relevação, por se tratar de vício meramente formal, passível de convalidação, como demonstrado no próprio Processo Administrativo.

Por outro lado, em que pese a publicação do Edital ter ocorrido no dia 16/08/2003 e a abertura estar marcada para o dia 03/09/2003, importa salientar que nada menos do que 14 empresas acudiram ao certame, não

sendo possível falar, desta maneira, em cerceamento da concorrência ou violação do princípio da publicidade.

Importante ressaltar que a própria Assessoria Jurídica de Controle Externo já havia opinado que o lapso temporal foi suficiente para que os interessados preparassem suas propostas e que as mesmas não indicaram sobrepreços ou reflexos negativos.

Entendimento semelhante deve ser aplicado no caso da não devolução do prazo para as licitantes, após a disponibilização da Tabela de Custos de SIURB, uma vez que nenhuma licitante manifestou-se pela devolução do prazo.

Além do mais, as empresas licitantes são afetas ao segmento de obras públicas e a formulação de seus orçamentos já leva em conta a Tabela SIURB. Por outro lado, se a Origem tivesse reaberto o prazo, poderia atrasar o início das obras, correndo o risco de se contratar por emergência, sem licitação.

No mesmo sentido, considero superada a questão referente à não apresentação do cronograma físico-financeiro pela Contratada, segundo o disposto na Cláusula X do Contrato.

Isso porque a formalização do contrato e o início da obra se deram no ano de 2003. A análise, por esta Corte, se deu apenas no ano de 2008, quando a obra já havia sido, há muito, concluída, sem notícia de irregularidades ou atrasos em sua consecução. Nas próprias palavras da Assessoria Jurídica de Controle Externo: *"(....) Contudo, embora irregular o procedimento, o fato é que as obras já se encontram finalizadas.*" (folha 426)

Isto posto, considerando o decurso do prazo decorrido entre a formalização o Contrato – 2003, e o momento de seu efetivo julgamento por esta Corte, junho de 2014, acolho, em caráter excepcional, o Contrato nº 046/SIURB/2003, reconhecendo seus efeitos financeiros, mormente porque a obra contratada foi devidamente entregue e que não existem, nos autos, quaisquer indícios de má-fé ou dano ao erário.