TC nº 72-000.585.08-06

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SUBPREFEITURA. Serviços de limpeza e conservação predial. Ausência de exigências de documentação de habilitação, qualificação técnica, econômico-financeira e planilha de composição dos preços; Edital não submetido à Assessoria Jurídica. Caução recolhida insuficiente. Publicação extemporânea. Não exigência de apresentação de CND. FGTS e INSS. Acessoriedade. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS, excepcionalmente. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TC 72.004.257.05-28.

Legislação citada: Arts. 3º, 29, 30, § 1º, I, 31, I, § 1º, 38, parágrafo único, 56, 113, § 1º, Lei 8.666/93. Arts. 54, 55 e 58, RITCMSP. Art. 21, § 1º, Lei Mun. 14.141/06. Art. 26, Lei Mun. 13.278/02. Art. 60, Lei 4.320/64. Arts. 37, 195, § 3º, CF. Art. 2º, Lei 9.012/95.

2.742ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 11/09/2015

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 irregular o edital do Pregão Presencial 001/05-SPPA, tendo em vista que:

1. houve ofensa ao disposto nos artigos 29, 30 e 31, § 1º, da Lei Federal 8.666/93, ao não exigir dos interessados na participação do pleito a apresentação da documentação necessária para aferição da habilitação jurídica, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira, dispositivos esses de cumprimento cogente para a Administração Pública;

2. foram dispensados o exame e a aprovação do edital do pleito pela assessoria jurídica da Unidade, submetido que foi à Unidade incompetente, em desrespeito ao artigo 38 da Lei Federal 8.666/93;

3. não foi exigida, também, a apresentação da planilha de composição dos preços unitários dos serviços, documento esse indispensável à aferição da adequação dos preços oferecidos àqueles praticados pelo mercado.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em julgar irregular o Contrato 011/2005-SPPA, uma vez que:

I. foi desrespeitado o artigo 3º da Lei Federal 8.666/93 (princípio da vinculação ao instrumento convocatório), ao permitir que por ocasião da assinatura do Ajuste, em 31.8.05, fosse recolhida a caução contratual, em valor equivalente a apenas 1% (um por cento) do valor contratual, em vez de 5% (cinco por cento);

II. o extrato do contrato foi extemporaneamente divulgado na imprensa, em desrespeito ao artigo 26 da Lei Municipal 13.278/02.

ACORDAM, também, à unanimidade, em julgar irregulares os Termos Aditivos 009/SP-PA/2006 e 020/SP-PA/07, por sucederem licitação e contrato irregulares.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em julgar, igualmente, irregular o Termo Aditivo 013/SP-PA/2006, em razão do seguinte:

a. ter havido ofensa ao artigo 2º da Lei Federal 9.012/95 (pela não exigência da apresentação do Certificado de Regularidade com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS);

b. ter sido desrespeitado o artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, pela não exigência da Certidão Negativa de Débito – CND com o Instituto Nacional do Seguro Social;

c. ter havido extemporânea publicação do Ajuste no Diário Oficial da Cidade, em desrespeito à Lei Municipal 13.278/02.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em aceitar, em caráter excepcional, os efeitos patrimoniais e financeiros deles decorrentes, visto que não houve nos autos demonstração de prejuízo ao erário.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em autorizar, uma vez cumpridas as formalidades legais pertinentes, o arquivamento dos 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, 14 de maio de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuidam os autos do TC 4.257/05-28 de **Representação** interposta pelo Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado de São Paulo**,** por meio da qual aponta supostas ilegalidades de que padeceria o Edital do Pregão Presencial nº 001/2005 – SPPA promovido pela Subprefeitura de Parelheiros, ilegalidades essas que seriam extensivas ao Contrato Nº 011/2005 do mesmo decorrente, objetivando a prestação de serviços de limpeza e conservação predial no imóvel onde se situa a Subprefeitura de Parelheiros, compreendendo mão de obra, material de consumo, utensílios, máquinas e equipamentos.

Também em exame o **TC nº 585/08-06**, que tem por objeto a análise do Pregão Presencial nº 01/05-SPPA e das seguintes Avenças decorrentes do referido pregão: Contrato nº 011/2005 SPPA e dos Termos Aditivos nºs 09 e 13/SPPA/06 e do Termo Aditivo nº 020/-SPPA/07.

Passo a relatar, inicialmente, o **TC nº 4.257/05-28,** que cuida da precitada Representação.

Em síntese, alegou o Autor que o instrumento convocatório foi omisso por ter deixado de exigir dos interessados os seguintes documentos**:**

1. a comprovação de qualificação técnica dos interessados, com a demonstração de sua inscrição ou registro em órgão representativo de atividade profissional objeto da contratação;

2. a apresentação do balanço patrimonial e demonstrativo financeiro e contábil do último exercício social das interessadas;

3. os atestados comprobatórios de aptidão técnica, com a indicação de responsável técnico pelos serviços; e

4. a apresentação de planilha de composição dos preços dos serviços.

Esclareceu que a vencedora do certame foi a Cooperativa de Trabalhadores em Administração de Empresas - COOPER-CILL, que foi contratada e assinou o Contrato nº 011/2005 pelo prazo de um ano ao custo mensal de R$ 8.700,00 (oito mil e setecentos reais).

Pleiteou a declaração de nulidade do pleito e a sustação liminar do certame (folhas 02/148).

Por despida de eficácia, foi indeferida a medida liminar pleiteada de sustação do certame, pois a sessão pública de abertura do Pregão 01/05 se deu em 18 de agosto de 2005, anteriormente ao ingresso da Representação neste Tribunal, que ocorreu em 25 de outubro de 2005 (folha 154).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle - Coordenadoria V pronunciou-se pela procedência parcial das alegações, entendendo, no respeitante ao Edital do certame, que:

1. houve infringência ao artigo 30 da Lei Federal 8.666/93, uma vez que no edital não foi exigida a apresentação de inscrição ou de registro em órgão representativo da atividade profissional dos interessados, nem sequer a indicação de profissional detentor de atestado de responsabilidade técnica para a execução dos serviços;

2. caracterizou-se infringência ao artigo 31, inciso I, da citada lei, pois, também, não foram exigidos o balanço patrimonial do último exercício social e as demonstrações financeiras contábeis;

3. o Edital igualmente foi omisso quanto à exigência da Certidão de Comprovação de Aptidão Técnica (CCAT), com a indicação de responsável técnico devidamente habilitado, em desobediência ao artigo 30, parágrafo 1º, inciso I, da lei citada.

No tocante ao Contrato nº 011/2005, ponderou não assistir razão ao Representante quanto à impossibilidade de participação de cooperativas nas licitações, uma vez que inexiste impedimento legal para tanto, salientando, entretanto, o seguinte:

1. A disputa operou-se em condições privilegiadas em relação à Contratada, com violação ao disposto no Capítulo V, item I, alínea “d”, do Edital, pois foram suprimidos da proposta vencedora os valores devidos ao Fundo de Assistência Técnica Educacional e Social, ao vale-transporte e ao vale-refeição.

2. O Contrato foi assinado em 31/08/2005 sem a devida apresentação da caução, uma vez que o comprovante de seu recolhimento foi exibido em 09-09-2005 e iniciados os serviços em 01-09-2005. Afirmou que o valor caucionado foi de R$ 1.044,00, equivalente a 1% (um por cento) do valor contratado (fls. 134/135), apesar de condizente com o estabelecido na cláusula 11ª do Ajuste, diferente daquele fixado na cláusula XIV do Edital (folha 58), que estabeleceu o valor da caução em 5% (cinco por cento) do valor contratual, ou seja: R$ 5.220,00 (folhas 163/164 e verso).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo concluiu ter o Edital desrespeitado o artigo 30, incisos e parágrafos, da Lei Federal nº 8.666/93 e, quanto ao Contrato, ter sido ofendido o artigo 3º da Lei nº 8.666/93, no que tange à insuficiência do valor da caução (folhas 167/171).

Para a apresentação de defesa foram intimados o Pregoeiro e o Ordenador da Despesa e Signatário do Contrato (folhas 172 /174).

Na Defesa conjunta oferecida pelo Pregoeiro e pelo Subprefeito de Parelheiros, em resumo, foi alegado o seguinte:

1. Que a licitação proporcionou melhores condições e significativa economia para os cofres municipais.

2. Inexistir impedimento legal para a participação de cooperativas em licitações.

3. Ter ocorrido equívoco na verificação do montante da caução, que foi anexado, posteriormente, à apólice de seguro no valor correspondente a 5% do estipulado no contrato.

4. Estar equivocada a conclusão da Auditoria quanto à quantia relativa ao Fundo de Assistência Técnica Educacional e Social – FATES -, que é calculada no final de cada exercício e não no momento da contratação.

5. Inexistir irregularidades relativas a vale-transporte e a vale-refeição, pois os serviços são prestados por cooperados, e não por empregados da cooperativa.

6. Foram anexados atestado comprobatório de capacidade técnica da Contratada, o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social da vencedora do pleito (folhas 188/244).

No tocante aos argumentos e à documentação apresentada pelos Interessados, a Coordenadoria III aduziu o seguinte:

1. Não proceder a afirmação de vantajosidade econômica para os cofres públicos com a contratação, pois nenhum elemento concreto foi apresentado para servir de comparação objetiva entre o Ajuste e a contratação anterior.

2. Procede a afirmação dos Interessados quanto à inexistência de impedimento legal de participação de cooperativas em licitações.

3. Ter sido convalidada a irregularidade quanto ao valor da caução com o endosso efetuado na apólice anexada (folha 236) e o recolhimento do valor da diferença, impropriedade essa que não ocasionou prejuízo para a Administração Municipal.

4. Reiterou entendimento anteriormente exarado quanto às ausências dos valores devidos ao Fundo de Assistência Técnica Educacional e Social- FATES e aos vale-refeição e vale-transporte, sob o argumento de nada ter sido justificado.

5. Não ter sido apresentada certidão negativa de falência e concordata, pois as cooperativas não estão sujeitas ao citado regime.

6. A Origem anexou aos autos um atestado de capacidade técnica da Contratada.

7. Os Interessados promoveram a junção aos autos do balanço patrimonial e as demonstrações financeiras e contábeis do último exercício social da Contratada, documentação essa que, de fato, não fora exigida no edital do pleito.

Concluiu ter se caracterizado, na espécie, infringência aos artigos 30, parágrafo 1º, inciso I e 31, inciso I, ambos da Lei Federal nº 8.666/93, pois, apesar da apresentação, juntamente com as Defesas, das certidões e dos demonstrativos contábeis, estes documentos não foram exigidos na ocasião oportuna, ou seja, ao ensejo da elaboração e divulgação do Edital do pleito (folha 253 e verso).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou no sentido da procedência parcial da Representação, entendendo haver a Origem agido de forma ilegal tanto na elaboração do instrumento convocatório como na da assinatura do Contrato, justificando que, apenas quando alertada por este Tribunal, tratou de juntar aos autos a documentação que deveria ter sido exigida de todos os interessados por ocasião da publicação do edital, ou seja, aqueles discriminados nos artigos 29, 30 e 31 da Lei nº 8666/93. E, também, por haver negligenciado, por ocasião da assinatura do Contrato, em aceitar garantia contratual em valor inferior àquele estabelecido no Edital (folhas 255/261).

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo não conhecimento da Inicial e, quanto ao mérito, por sua improcedência.

Quanto ao preenchimento dos pressupostos de admissibilidade da Representação, afirmou achar-se precluso para o Sindicato-Representante o direito de postular a presente Representação, sob o argumento de ter "*aceito o edital sem protesto, para após, arguir seus defeitos e pleitear sua anulação".*

Prosseguiu afirmando que o disposto no artigo 113, parágrafo lº, da Lei Federal nº 8.666/93 deve ser interpretado com seus demais dispositivos "*sob pena de não encontrarmos limites nas irresignações dos particulares".*

Quanto ao mérito argumentou "*que o procedimento licitatório transcorreu sem que qualquer interessado se insurgisse quanto a impropriedades do edital* e, *o respectivo contrato foi firmado e executado nos moldes definidos nas cláusulas contratuais, como mostrou a Origem",* mormente pela impossibilidade de retorno ao "statu quo ante", ausência de prejuízo ao Erário, dolo ou má-fé dos agentes públicos (folhas 278/285).

A Secretaria Geral concluiu no sentido do conhecimento da Inicial, por preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno deste Tribunal. E, quanto ao mérito, propugnou pelo não provimento, subscrevendo, praticamente, a argumentação do Órgão Fazendário (folhas 287/290).

Passo agora a relatar o **TC nº 585/08-06**.

Analisam-se nos autos o Edital do Pregão Presencial nº 001/05- SP-PA (fls. 03/139), o Termo de Contrato nº 011/2005-SP-PA (fls. 140/153), os Termos Aditivos nºs 09 e 13/SP-PA, ambos de 2006 (fls. 157/164 e 184/195, respectivamente), e o Termo Aditivo nº 020/07- SP-PA-. (fls. 197/198) (folhas 03/129).

O Contrato nº 011/2005-SP-PA foi ajustado - com vigência de 12 meses e início em 31-12-2006 – e valor estimado de R$ 104.400,00 (cento e quatro mil e quatrocentos reais), montante esse que foi acrescido em 25% (vinte e cinco por cento) em decorrência do acréscimo de mais três homens (no total de R$ 10.875,00), a partir de 01-07-2006, acréscimo contratual esse formalizado por meio do Termo de Aditamento n º 09/06 (folhas 140/153 e 157/164).

Os Termos Aditivos n.ºs 013/06 e 020/07/SP-PA consignam prorrogações de vigência contratual de 01/09/2009 a 30/08/2007 e de 01/09/2007 a 30/08/2008, respectivamente. (folhas 184/195 e 197/198).

Em decorrência da análise dos precitados atos, a Auditoria apresentou relatório no qual registrou ser irregular o Pregão n º 01/2005**,** em virtude do seguinte:

1- A planilha de folha 05 não está datada e não há indicação do responsável pela pesquisa de preços (infringido o artigo 21, §1º, da Lei Municipal nº 14.141/06).

2- As folhas do edital não estão todas rubricadas (fls. 08/46), e este não se apresenta datado (fl. 22).

3- O instrumento convocatório não consignou as legais exigências de apresentação dos requisitos de qualificação técnica nem a qualificação econômico-financeira dos interessados, em desrespeito ao artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, tendo sido exigida unicamente a apresentação da certidão negativa de falência.

4 Não houve apreciação da minuta do edital pela assessoria jurídica da Subprefeitura, a qual foi examinada pela Coordenação de Administração e Finanças, infringindo o parágrafo único do artigo 38 da precitada Lei Federal.

De igual modo foi considerado irregular o Contrato nº 011/2005, pois:

a- Inexiste no processo despacho autorizando a contratação, mas somente aquele de abertura do Pregão (fl. 50) e de adjudicação e homologação do certame (fl. 134).

b- As Notas de Empenho emitidas não alcançaram total suficiente para suporte da despesa (fls. 136/137).

c- Não existe nos autos comprovação da publicação do instrumento na imprensa oficial.

d- Foi ferido o artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93 - vinculação ao edital -, que preceitua a apresentação de caução contratual no montante de 5% (cinco por cento) do valor da contratação, pelo fato de o agente responsável ter aceito, por ocasião da lavratura do Ajuste, a garantia de apenas 1% (um por cento) (folha 147).

e- Não restou evidenciada a remessa da documentação a este Tribunal.

Quanto ao Termo de Aditamento nº 09/06, a Especializada considerou-o irregular, pois:

1- A Nota de Empenho (fl. 159) foi emitida, extemporaneamente, em 20/07/2006, ao inicio de vigência do instrumento, que data de 01/07/2006 (fl. 157).

2- Apesar de iniciada a vigência contratual em 01/07/2006, o Certificado de Regularidade para com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço apresentou validade de 11/07/2006 a 09/08/06 (folha 161).

No que diz respeito ao Termo Aditivo nº 13/06 (fls. 231/234), a Auditoria considerou-o igualmente irregular, pois:

a- Foram insuficientes as Notas de Empenhos emitidas para a cobertura das despesas (fl. 233).

b- A pesquisa de preços realizada não consignou a existência de três empresas pesquisadas, figurando a Contratada como terceira firma pesquisada (folha 171).

c- Não foram localizadas nos autos as Certidões de regularidade para com o Fundo de Garantia para com o Tempo de Serviço (FGTS) e para com a Seguridade Social (CND).

d- Registrou-se extemporaneidade da publicação do Aditivo, que foi assinado em 31/09/2006 e divulgado apenas em 09/10/2006, em ofensa ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02.

No respeitante ao Termo Aditivo nº 20/07**,** a Auditoria considerou-o irregular por entender que decorreu de licitação e contrato irregulares e, também, por não haver sido evidenciada a vantajosidade da prorrogação contratual, pois nos preços pesquisados a Contratada figurou como um dos mesmos (folhas - 222/239).

Em razão da conexão de matérias tratadas nos autos da Representação - TC. 4.257/05 e a do presente processo, os autos foram reunidos, para efeito de único julgamento, tendo sido intimados para oferecimento de defesa os responsáveis e oficiada a Origem para a apresentação de eventuais justificativas (folhas 241, 246/252 e 258).

Embora regularmente intimado, o Signatário dos Ajustes deixou transcorrer sem resposta o prazo que lhe foi assinalado, tendo, entretanto, a Subprefeitura de Parelheiros encaminhado a documentação anexada sob folhas 260 a 272 dos autos.

A Auditoria pronunciou-se sobre os elementos dos autos, aduzindo haver a Origem deixado de se manifestar sobre diversos pontos de seu inicial relatório.

No tocante ao Pregão, reiterou a manifestação antes exarada, esclarecendo não haver a Origem, de fato, exigido dos participantes a demonstração de sua capacidade técnica e econômico-financeira, em desobediência aos artigos 30 e 31 da Lei Federal nº 8666/93, conforme já apontado nos autos da Representação, e ter omitido manifestação sobre os demais aspectos suscitados pela Auditoria. Esclareceu, também, ter sido infringido o parágrafo único do artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93, pois o exame da minuta do edital foi realizado por órgão incompetente, a Coordenadoria de Administração e Finanças, e não pela Assessoria Jurídica.

A respeito do Contrato asseverou terem sido desrespeitados os seguintes artigos da legislação de regência:

a. O “caput” do artigo 38 da Lei Federal nº 8.666/93, visto que não houve despacho autorizando a contratação.

b. O artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02 (falta de publicação do Ajuste na imprensa oficial).

c. Os artigos 3º e 56 da Lei Federal nº 8.666/93. O primeiro dispõe sobre a obediência ao principio constitucional da vinculação do contrato ao instrumento convocatório, o qual, apesar de consignar a necessidade do recolhimento da caução, no foi percentual de 5% (cinco por cento do valor do contrato), a Contratada efetuou o recolhimento de apenas 1% (um por cento) do valor contratado, como se verifica da guia encartada sob fl. 139.

Arrematou, afirmando, terem sido saneadas as irregularidades apontadas alusivas ao recolhimento insuficiente dos recursos financeiros para atendimento das despesas de 2006, e também que, embora tardiamente, houve a remessa por meio do SERI das informações contratuais (folhas 278/279).

Acerca do Termo Aditivo nº 09/06 aduziu nada ter a Origem afirmado sobre a anexação da certidão de regularidade para com o FGTS por ocasião da assinatura do instrumento.

Propôs a apuração da responsabilidade funcional do agente público que ordenou a assinatura do Aditivo a partir de 01/07/2006, apesar de ter sido emitida a nota de empenho somente em 18/07/2006 (folha. 261).

Frisou que aludida conduta, embora não infrinja o artigo 60 da Lei Federal nº 4.320/64, que veda a realização de despesa sem prévio empenho**,** implicou ofensa ao artigo 299 do Código Penal Brasileiro, pois "*a informação diversa da que deveria ser escrita alterando a verdade sobre fato juridicamente relevante é conduta reprovada criminalmente".*

No tocante ao Termo de Aditamento nº 013/06, afirmou ter sido saneada a irregularidade apontada referente ao empenhamento dos valores para a cobertura dos gastos do exercício. Quanto às demais impropriedades apontadas, reiterou os termos de seu pronunciamento, ante a ausência de manifestação a respeito por parte da Origem.

Quanto ao Termo aditivo nº 20/2007, reafirmou, na íntegra, a manifestação expedida, concluindo pela irregularidade do Pregão, do Contrato e dos Termos Aditivos em exame (folhas 276/281).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo pronunciou-se pela irregularidade da licitação, do contrato e dos Termos de Aditamento em exame, aduzindo, em síntese, o seguinte acerca dos atos praticados:

Quanto ao Pregão, que não compromete a regularidade do certame a ausência de data e de assinatura do responsável pela pesquisa, assim como o fato de o edital não ter sido datado e rubricado em todas as suas folhas, por tratar-se ambas de impropriedades de caráter formal.

Concluiu, no entanto, que o instrumento convocatório não poderá ser acolhido por terem sido infringidos os artigos 30 e 31ª da Lei Federal nº 8.666/93, uma vez que a Origem deixou de exigir dos licitantes os documentos comprobatórios das respectivas qualificações técnicas e econômico-financeiras. E, também, por ter sido desrespeitado o parágrafo único do artigo 38 da referida lei federal, pois o edital não foi examinado e aprovado pela assessoria jurídica da Origem.

No tocante ao Contrato, sustentou o seguinte:

a- Que não pode prevalecer o apontamento da Auditoria quanto à ausência de despacho autorizatório para a contratação, por entendê-lo subentendido naquele que homologou o resultado do certame adjudicando seu objeto à Contratada e autorizou a emissão da Nota de Empenho e demais providências (fl. 263 dos autos).

b- Asseverou que a ausência de publicação do Termo de Contrato, de fato, infringe o principio da publicidade dos atos da Administração, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, o que impede o seu acolhimento.

c- De igual modo, entendeu configurada violação ao princípio da vinculação do edital, em razão de o Responsável ter permitido o recolhimento de apenas 1% (um por cento), em vez de 5% (cinco por cento do valor do contrato) estabelecido no edital, a título de garantia. Aduziu que, a critério superior, poderia a irregularidade ser relevada, por se tratar de contrato findo e sem a constatação de inadimplência por parte da Contratada.

Quanto ao Termo Aditivo nº 09/2006 sustentou:

1- Que, de fato, a nota de empenho foi intempestivamente emitida, em 20/07/2006 (fl.176), enquanto o Ajuste teve início em 01/07/2006. No entanto, o empenhamento da despesa foi tempestivo, pois o *"empenho, como ato administrativo existe desde o despacho autorizatório e aperfeiçoa-se com a emissão da nota de empenho".*

2- Ser de fato irregular o Ajuste, pois o Certificado de Regularidade do FGTS não era válido na ocasião da assinatura do Aditivo, ocorrida em 01/07/2006 (fls. 161), em desrespeito ao artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95.

No respeitante ao Termo de Aditamento nº 13/2006**,** afirmou:

a- Não ter se configurado ilegalidade alguma em razão de na pesquisa de preços figurar a Contratada como a terceira empresa pesquisada (fl. 171).

b- Reafirmou ser irregular o Ajuste em virtude de não terem sido exibidas por ocasião da assinatura do Aditamento as certidões de

regularidade para com o Sistema de Seguridade Social e para com o Fundo de Garantia para o Tempo de Serviço.

c- Acrescentou que, embora tenha sido extemporânea a publicação do Ajuste no Diário Oficial da Cidade, em ofensa ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02, a sua divulgação convalidou o ato, ainda que tardiamente.

Quanto ao Termo Aditivo nº 20/2007**,** afirmou não configurar ilegalidade o fato de na pesquisa de preços realizada ser a Contratada a terceira firma pesquisada (folhas 284/294).

A Secretaria Geral pronunciou-se no sentido da regularidade do Pregão, do Contrato e do Termo de Aditamento nº 009/2006 e pela irregularidade dos Termos de Aditamento nºs 13/2006 e 020/2007, em decorrência do seguinte entendimento:

1- Considerou não padecer de ilegalidade o Pregão, não obstante ausentes a data e a assinatura na planilha de custos. E asseverou que a falta de data e rubrica em folhas do edital não compromete sua eficácia, por constituírem impropriedades de natureza meramente formais.

2- Ressaltou, quanto ao fato de não haver a Origem exigido a apresentação dos atestados de capacidade técnica e econômico-financeira dos interessados, que nos autos da Representação se manifestara, quanto ao mérito, por seu improvimento, por entender não ter havido impugnação de interessados ao edital. Reviu, entretanto, seu entendimento, frisando, entretanto, *"que a exigência de comprovação da qualificação técnica e econômico-financeira das licitantes na fase de habilitação* ***é*** *de fundamental importância para o interesse público"* (folha 316).

Subscreveu o entendimento doutrinário de Carlos Pinto Coelho Motta, trazido à colação, no tocante à falta de exame e aprovação do edital pela Assessoria Jurídica, segundo o qual a omissão "*não acarreta, por si só, a nulidade de qualquer desses atos, mas enseja a apuração de responsabilidades".*

Com relação ao Contrato argumentou:

a- Não há que se falar em ausência de despacho autorizatório para a contratação, pois ela ficou subentendida no despacho exarado pelo Subprefeito de Parelheiros ao homologar o resultado do certame e adjudicar o objeto à vencedora, e autorizar a emissão da Nota de Empenho e demais providências (folha. 134).

b- Discordou do entendimento da Auditoria entendendo que embora *"reservada e posteriormente empenhada para o pagamento do INSS,* ***foi suficiente"*** *(fl.319)* ***a suplementação do valor empenhado após a assinatura do contrato pode ser relevada. Isto porque com a emissão do extrato de reserva, restou bloqueado valor suficiente na***

dotação.....33903900 para pagamento de todas as despesas que seriam assumidas com a contratação comentada*".*

c- Acrescentou que, a critério superior, poderia ser relevada a ausência de publicação do instrumento contratual, por não ter a Origem se descuidado em atender o princípio constitucional da publicidade, uma vez que divulgou os atos precedentes de adjudicação e homologação.

d- Propugnou pela revelação da infringência de descumprimento do edital, no tocante à caução, sob o argumento de que o valor correspondente a 5% (cinco por cento) foi posteriormente complementado (em 08/03/2006) - fl. 236 do TC nº 4.257/05-28.

e- Embora de forma tardia, por meio do SERI, a Origem remeteu a este Tribunal as informações do Ajuste em análise, podendo a imperfeição ser relevada (fl. 323).

Em relação ao Termo Aditivo nº 09/2006**,** afirmou que a extemporaneidade da emissão da nota de empenho pode ser relevada por não ter acarretado prejuízo no caso concreto.

Asseverou, quanto ao fato de não estar vigente, em 01/07/2006, o Certificado de Regularidade para com o FGTS (fl. 158), obtido em 25/07/2006 (fl. 161), em desobediência ao artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95, porém que "*a falha pode ser relevada, uma vez que a certidão de regularidade cobre todo o período anterior à sua emissão".*

Quanto ao Termo Aditivo nº 13/2006, embora ressaltando a necessidade da realização do empenho prévio antes da assunção das obrigações, entendeu que a falha, também, poderia ser relevada, pois depois da assinatura do Contrato foi posteriormente suplementado empenho para cobertura da contribuição previdenciária, conforme informou a Origem à folha 261.

Acrescentou não constituir ilegalidade por figurar a Contratada como terceiro preço na pesquisa de mercado realizada.

Considerou ser imprescindível a apresentação pela Contratada das certidões de regularidade fiscais no ato da assinatura do Aditivo, a teor do disposto no artigo 195, § 3º, da Constituição Federal e no artigo 2º da Lei 9.012/95, por ser vedado ao Poder Público contratar empresas em débito para com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço ou com a Seguridade Social.

Acompanhou o entendimento de Marçal Justen Filho, ressaltando que a tardia publicação da Avença na imprensa oficial não vicia a contratação, podendo ser relevada a impropriedade e responsabilizado o agente público.

Em relação ao Termo Aditivo nº 20/07 ressaltou não constituir ilegalidade o fato de figurar a Contratada como terceiro preço na pesquisa efetuada (folhas 305/327).

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Em decorrência da conexão de matérias objetos dos processos em análise, passo a proferir voto em conjunto para ambos.

Quanto ao Edital do Pregão nº 01/05, endosso o parecer da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, subscrito pela Assessoria Jurídica, concluindo pela irregularidade do instrumento convocatório, constatado o seguinte:

a- Houve ofensa ao disposto nos artigos 29, 30 e 31, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, ao não exigir dos interessados na participação do pleito a apresentação da documentação necessária para aferição da habilitação jurídica, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira, dispositivos esses de cumprimento cogente para a Administração Pública.

b- Foram dispensados o exame e a aprovação do Edital do pleito pela assessoria jurídica da Unidade, submetido que foi à Unidade incompetente, em desrespeito ao artigo 38 da Lei Federal nº 8.66/93.

c- Não foi exigida, também, a apresentação da planilha de composição dos preços unitários dos serviços, documento esse indispensável à aferição da adequação dos preços oferecidos àqueles praticados pelo mercado.

É, igualmente, irregular, o Contrato nº 011/2005/SPPA, uma vez que:

1- Foi desrespeitado o artigo 3º da Lei Federal nº 8.66/93 (principio da vinculação ao instrumento convocatório), ao permitir que por ocasião da assinatura do Ajuste, em 31-08-05, fosse recolhida a caução contratual, em valor equivalente a apenas 1% (um por cento) do valor contratual, em vez de 5% (cinco por cento).

2- O extrato do contrato foi extemporaneamente divulgado na imprensa, em desrespeito ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02.

Também são irregulares os Termos Aditivos nºs 09/2006 e 020/07, por sucederem licitação e contrato irregulares.

Padece de irregularidade, igualmente, o Termo Aditivo nº 13/2006, em razão do seguinte:

a) Ter havido ofensa ao artigo 2º da Lei Federal nº 9.012/95 (pela não exigência da apresentação do Certificado de Regularidade para com o Fundo de Garantia por tempo de Serviço-FGTS);

b) Ter sido desrespeitado o artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, pela não exigência da Certidão Negativa para com o Sistema de Seguridade Social – CND.

c) Ter havido extemporânea publicação do Ajuste no Diário Oficial da Cidade, em desrespeito à Lei Municipal nº 13. 278/02.

Em face de todo o exposto e do que mais dos autos consta, conheço da representação**,** por acharem-se preenchidos os pressupostos de admissibilidade previstos nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno deste Tribunal. Quanto ao mérito, julgo-a parcialmente procedente, uma vez que foram infringidos os artigos 29, 30,31 da Lei Federal nº 8.666/93 e pelo desrespeito ao artigo 38, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93, pela não submissão do edital ao crivo da assessoria jurídica da Origem.

Em síntese, com amparo nos pronunciamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que endosso, julgo irregulares o Pregão Presencial nº 01/05-SPPA e as seguintes avenças do mesmo decorrentes: o Contrato nº 011/2005-SPPA e os Termos Aditivos nºs 09 e 13 – SPPA/2006 e o Termo Aditivo 020/SPPA/07, conforme exposto e justificado no presente.

Aceito, em caráter excepcional, os efeitos patrimoniais e financeiros dos mesmos decorrentes.

Determino a expedição de ofício endereçado ao autor da Representação, Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação no Estado de São Paulo, acompanhado das cópias reprográficas do presente relatório e voto, bem como de decisão a ser alcançada pelo Plenário.

Autorizo, uma vez cumpridas as formalidades legais pertinentes, o arquivamento dos autos.