TC nº 72-000.858.03-54

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. TERMO ADITIVO. SMSP. Aquisição e instalação de mobiliário. Publicação e remessa de documentação extemporâneas relevadas. Ausência de documentação na fase de habilitação e de participação nos lances. IRREGULARES. Votação unânime. DETERMINAÇÃO. Efeitos financeiros aceitos. Votação por maioria.

TC citado: 72.001.637.02-40

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente data pelo Conselheiro Maurício Faria, após solicitação de encaminhamento do processo, nos termos do artigo 174 do Regimento Interno desta Corte, deferida na 2.252ª S.O. Na 2.225ª S.O., votaram os Conselheiros Edson Simões – Relator, Eurípedes Sales – Revisor (com alteração do voto na 2.251ª S.O.) e Roberto Braguim. Na 2.230ª S.O., votou o Conselheiro Maurício Faria, com adendo nesta data (2.253ª S.O.), acolhido pelo Conselheiro Eurípedes Sales – Revisor. Também na presente data, o Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso proferiu voto de desempate, conforme determinação de Sua Excelência, na 2.251ª S.O., para que os autos lhe fossem conclusos.

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 irregulares o Pregão 55/SMSP/COGEL/2002, o Contrato 131/SMSP/COGEL/2002 e o Termo de Aditamento 43/SMSP/COGEL/2003.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor e Maurício Faria, consoante declaração de voto e adendo apresentados, votando o Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea “a”, do Regimento Interno desta Corte, em aceitar os efeitos financeiros produzidos pelos instrumentos em julgamento, relevar as impropriedades relativas à publicação extemporânea do termo de contrato e a remessa intempestiva de documentação a este Tribunal, deixando de aplicar penalidades aos membros da comissão de licitação, bem como ao ordenador da despesa, considerando os aspectos controvertidos e a ausência de orientação unânime na doutrina ou jurisprudência.

Vencidos, em parte, os Conselheiros Edson Simões – Relator, nos termos do seu relatório e voto, e Roberto Braguim, que não aceitaram os mencionados efeitos financeiros, bem assim aplicaram a multa de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais) aos referidos agentes públicos.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos e em iguais termos, em determinar a expedição de ofício, com cópia da presente decisão, ao Executivo Municipal, para dar ciência e orientar a Administração no sentido de que, na modalidade licitatória do pregão, a exigência de amostras seja previamente fundamentada, disciplinada no edital e verificada, por ocasião do início da fase de classificação, de modo a não prejudicar o procedimento, que tem por características principais a celeridade, concentração e oralidade. Vencidos, neste particular, os Conselheiros Edson Simões – Relator e Roberto Braguim, que expediram determinações à Origem no sentido de serem apuradas responsabilidades e quantificado o prejuízo causado ao Erário, comunicando a esta Corte o resultado alcançado, para que tais conclusões fossem remetidas à Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos e ao Ministério Público do Estado de São Paulo, visando ao ressarcimento dos cofres públicos.

Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Simões – Relator, Eurípedes Sales – Revisor e Roberto Braguim.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de fevereiro de 2006.

Antonio Carlos Caruso
Presidente, com voto.

Maurício Faria
Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO

Trata-se do exame do Pregão número 55/02, do Termo de Contrato número 131/02 e do Termo de Aditamento número 43/03, celebrado entre a SECRETARIA MUNICIPAL DAS SUBPREFEITURAS e a empresa GIROFLEX S.A., no valor de R$ 1.646.444,10 (um milhão, seiscentos e quarenta e seis mil quatrocentos e quarenta e quatro reais e dez centavos), para a aquisição e instalação do mobiliário básico para as praças de atendimento, composto de postos de trabalho, balcões, armários e cadeiras.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle posicionou-se pela regularidade dos referidos atos, ressalvando-se a publicação extemporânea do Termo de Contrato, bem como a remessa extemporânea da documentação a esta Corte. Ademais, apontou uma pequena diferença entre o valor adjudicado e o contratado, impropriedade corrigida pela Origem, por meio do Termo de Aditamento número 43/03 (folhas 348/349).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, apontando que a análise das amostras só ocorreu após os lances verbais e que houve concessão de prazo para complementação dos atestados técnicos, opinou pela irregularidade do certame, justificando, em seu parecer:

'Embora não tenha havido definição expressa do momento de sua realização, pela posição da referida cláusula no Edital e pelas atas apresentadas, constatamos que a análise das amostras foi realizada após a fase de lance, o que se contrapõe aos princípios e à própria legislação que disciplina o pregão. Isso porque toda e qualquer aferição sobre as características técnicas do bem ou do serviço devem, necessariamente, preceder a fase de lances verbais, na qual só podem participar os proponentes cujas propostas atenderam todos os critérios de aceitabilidade previstos no edital.'

No que tange à extemporaneidade na publicação do contrato e na remessa de documentos a esta Corte, a Assessoria Jurídica de Controle Externo afirmou que poderiam ser relevadas (folhas 352/359).

Tendo em vista o apurado, a Origem foi oficiada, sendo que, em resposta, alegou considerar regular todos os procedimentos adotados e que os mesmos não trouxeram nenhum prejuízo ao Erário (folhas 364/366).

Com os argumentos aduzidos pela Origem, a Assessoria Jurídica de Controle Externo ratificou seu posicionamento anterior, pela rejeição do certame e, como conseqüência, dos demais atos dela decorrentes, acolhendo, entretanto, os efeitos financeiros da despesa (folhas 368/370).

A Procuradoria da Fazenda Municipal posicionou-se pela regularidade dos atos ora analisados (folhas 372/374).

A Secretaria Geral, sob a alegação de que a concessão de prazo para complementação de documentos de comprovação técnica feriu o princípio da isonomia, posicionou-se pela irregularidade da licitação, porém, com o acolhimento dos seus efeitos financeiros, com determinações à Origem para que não mais incida nas falhas apontadas.

É o relatório.

VOTO

Resta claro observar que, mesmo havendo previsão no edital, a Origem, ao realizar a análise das amostras após a fase de lances verbais, infringiu as normas reguladoras da modalidade. Tal procedimento permitiu que, na fase de lances, houvesse a participação de empresas que, após, foram desclassificadas, tendo em vista que as amostras avaliadas não estavam adequadas ao exigido pelo edital. Com isso, impediu a participação, na fase de lances, de empresa cujas amostras estavam de acordo com as exigências e que, portanto,

deixou de fazer lance verbal que eventualmente poderia ser menor do que o contratado, ou fazer com que a contratada tivesse de baixar seu lance ainda mais, o que de fato pode ter significado prejuízo ao Erário. Neste sentido, já havia se manifestado a Assessoria Jurídica de Controle Externo, em seu parecer, no qual afirmou:

'(...) é forçoso concluir-se que o procedimento adotado pela Origem não pode ser aceito, pois trouxe para a fase de lances verbais propostas que não estariam classificadas se a avaliação das amostras tivesse seguido a metodologia aplicável à espécie.

A situação verificada no procedimento em exame contraria o disposto no inciso VII do artigo 4 da Lei Federal 10.520/02, bem como o inciso III do artigo 25 do Decreto Municipal 41.772/02.

Diante desses fatos, entendemos, salvo melhor juízo, que o pregão foi maculado por vício irreparável, alijando da fase de lances verbais empresa qualificada, quanto à aceitabilidade (fls. 101/104/109/110), ao mesmo tempo em que proporcionou a participação, na mencionada fase, de propostas que não atendiam as condições do edital.'

Ao analisar a defesa oferecida pela Origem, na qual alegou que o procedimento adotado não gerou nenhum prejuízo ao Erário, completou a Assessoria Jurídica:

'De nossa parte entendemos temerária a afirmação de que não houve prejuízo ao Erário, pois a empresa Forma S/A, inicialmente classificada em 5º lugar, acabou sendo a 2ª colocada e não participou da fase de lances. Dessa forma não se pode afirmar, categoricamente, que referida empresa, se tivesse participado da fase de lances, não teria reduzido seus preços.'

No que se refere à concessão de prazo para que a empresa que ofereceu a melhor oferta complementasse a comprovação da sua capacidade técnica, não se pode negar que se trata de uma irregularidade que, por ferir o princípio da isonomia, macula todo o processo de licitação, conforme aduzido no parecer da Secretaria Geral, que afirma:

'Sob este enfoque, entendo, na esteira da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que a complementação dos atestados técnicos não pode ser considerada falha sanável, podendo o saneamento permitido configurar ofensa ao princípio da isonomia, em face do direito líquido e certo dos demais concorrentes de exigir a aplicação geral da norma.'

Ademais, não se pode deixar de observar a ocorrência de impropriedades como a publicação extemporânea do Termo de Contrato e a remessa extemporânea da documentação a esta Corte.

Neste sentido, julgo IRREGULAR o Pregão número 55/02, o Termo de Contrato número 131/02 e o Termo de Aditamento número 43/03, sem aceitar seus efeitos financeiros.

Em conseqüência, aplico, individualmente, a multa no valor de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei número 9.167/80, ao ordenador da despesa e a todos os integrantes da comissão de licitação.

Declaração de **VOTO** proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Voto com o Ilustre Conselheiro Relator pela irregularidade do pregão em exame, considerando que, de fato, em face do disposto no inciso III do artigo 25 do Decreto Municipal 44.279/03, a desclassificação das empresas que não atenderem às exigências do edital, inclusive quanto à análise das amostras, deve ocorrer por ocasião da abertura dos envelopes com as propostas comerciais, de forma que, somente participarão da fase seguinte, dos lances, aquelas classificadas provisoriamente, potencializando, assim, a competição nesta etapa de propostas verbais de preços.

Contudo, três aspectos decorrentes da conclusão do voto e das determinações introduzidas em decorrência de complementações sugeridas por meus Ilustres Pares durante a sessão plenária, a meu ver, merecem análise mais alentada, razão pela qual peço vênia para me manifestar sobre os mesmos:

1 – Aplicação de penalidade ao ordenador da despesa e aos membros da Comissão:

Embora o voto condutor tenha firmado entendimento acerca do momento adequado para a análise das amostras na modalidade licitatória em julgamento, com o qual, aliás, já concordei, pondero que, como se depreende da própria instrução processual, através de entendimentos doutrinários apontados pela AJCE e pela SG, a doutrina não é uníssona quanto a essa questão, que comporta, até por ser nova, entendimentos divergentes, inclusive no sentido de que as amostras podem ser analisadas por ocasião da assinatura do contrato. *(in Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. Dialética. São Paulo, 2001, pág. 96).*

Em face dessa realidade, tendo a, nesta oportunidade, relevar, para efeito de sanção, a conduta dos membros da Comissão, bem como do ordenador da despesa, já que não existia orientação fixada por parte desta Corte de Contas.

Reforça tal compreensão o comentário do jurista e Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, quando afirma que *'a jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem*

por regra não penalizar o agente quando adota, em questão ainda não definida em sua jurisprudência, tese juridicamente razoável' (Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência. 1ª edição. BH, Ed. Fórum, 2003, pág 46).

Tais razões me levam a não acompanhar o voto condutor, no que se refere à aplicação de multa aos mencionados agentes.

2 – Concessão de prazo para saneamento

No que diz respeito à autorização para saneamento de falhas em 24 horas, a critério da Comissão, contida no § 2º do artigo 25 do Decreto Municipal 44.279/03, esta Corte de Contas já firmou entendimento, nos autos do TC 1.637.02-40, no sentido da impossibilidade da entrega posterior de documentos, oportunidade em que determinou o encaminhamento de ofício ao Executivo para a adoção das providências necessárias à regularização da questão.

Portanto, acatando posição esposada pela Secretaria Geral, não obstante a irregularidade da conduta adotada pela Origem, pondero que, no caso em julgamento, o procedimento foi fundamentado em norma municipal em vigor, anteriormente à decisão retro mencionada, de modo que considero a mesma passível de relevação.

3 – Dano ao Erário

Outro ponto que deve ser analisado refere-se ao preço contratado, bem como à eventual existência de prejuízo, tendo em vista a avaliação das amostras "a posteriori".

Não se pode afirmar que a irregularidade apontada, qual seja, a verificação das amostras após a fase de lances, tenha gerado prejuízo aos cofres públicos porque a eventual redução do preço final, por efeito dos lances verbais, é mera hipótese, impossível, no caso presente, de ser comprovada e muito menos quantificada "a posteriori".

Isso porque, como se depreendeu dos argumentos até aqui expostos, a postergação da análise das amostras para um momento posterior ensejou a não-participação da empresa classificada em 5º lugar na fase dos lances, empresa esta que na classificação final ficou em 2º lugar, podendo surgir a suposição sobre se a mesma não poderia ter reduzido o preço ofertado ao ter a oportunidade de competir com a 1ª colocada, na fase de lances.

E, nesse sentido, foi ponderada a motivação do voto do Ilustre Conselheiro Relator Edson Simões, ao mencionar que o momento da avaliação das amostras '**impediu a participação, na fase de lances, de empresa cujas amostras estavam de acordo com as exigências e que, portanto, deixou de fazer lance verbal que eventualmente poderia ser menor do que o contratado, ou fazer com que a contratada tivesse de baixar seu lance ainda mais, o que de fato pode ter significado prejuízo ao Erário'** (destaque nosso).

O fato de empresa afinal classificada não ter participado da fase de lances não é questão rechaçada pela legislação que rege a matéria, que até admite a não-existência de lances, embora, por óbvio, não deva ser a regra no pregão. Contudo, a legislação não afasta essa situação, remetendo ao Presidente da Comissão ou Pregoeiro a aceitação da proposta de melhor preço, desde que dentro do valor estimado para a contratação.

O inciso XVI do artigo 11 do Decreto Federal 3.555/00 dispõe que, nessa situação, o pregoeiro poderá negociar com o proponente para obter preço melhor.

Dos elementos carreados para os autos, não se vislumbra a existência de negociação. Contudo, embora não conste na ata de classificação a verificação da conformidade das propostas escritas com a média de mercado, apurada através de pesquisa constante no processo administrativo, há nos autos elementos que demonstram que o preço contratado estava dentro da média apurada, por ocasião da instauração do certame.

Ademais, infere-se que a proposta adjudicada revelou um valor compatível com o orçamento elaborado pela Origem, na ordem de 97,80% do mesmo, ou seja, o valor da contratação ficou abaixo do valor médio estimado.

Não se pode afirmar a existência de prejuízo adotando como argumento o valor apresentado pela empresa classificada preliminarmente em 1º lugar, de R$ 933.740,49, por dois motivos. O primeiro deles porque o referido valor, se comparado com o orçamento acostado nos autos, equivale a 55,47% do mesmo, o que pode gerar a presunção de eventual inexeqüibilidade da proposta. E o segundo motivo, que de certa forma confirma o primeiro, é o fato de a empresa que fez a referida proposta não ter, sequer, apresentado suas amostras. Portanto, figura-se temerário, a fim de se averiguar eventual ocorrência de prejuízo, a comparação de preços com aquele ofertado pela 1ª empresa inicialmente classificada.

Além disso, os produtos foram efetivamente fornecidos e utilizados pela Administração e olvidar tal circunstância ensejaria verdadeiro enriquecimento ilícito por parte da Administração.

Por outro parâmetro, também não se pode inferir que o anexo II do edital continha requisitos técnicos capazes de alijar indevidamente a participação das empresas desclassificadas. Pela leitura do mesmo, as especificações nele contidas detalham, mesmo que de forma genérica, a tecnologia baseada nas normas da ABNT, que garantem a qualidade dos produtos objeto da licitação.

Ainda com relação à presunção de dano decorrente da contratação da quarta proponente, observo que as desclassificações decorrentes do não-atendimento de exigências editalícias, relativas às amostras, não foram objeto de apontamento pelos Órgãos Técnicos desta Corte, como restritivas, e não houve

também questionamento por parte das empresas participantes do certame, em nenhuma oportunidade, nem por ocasião da publicação do edital, nem por ocasião das desclassificações.

Isto posto, julgo irregular o pregão em exame, o Contrato 131/02 e o Termo Aditivo 43/03 mas, em face das ponderações retro, aceito seus efeitos financeiros e deixo de aplicar penalidades aos membros da Comissão, bem como ao ordenador da despesa, considerando os aspectos controvertidos e a ausência de orientação unânime na doutrina ou jurisprudência.

Por fim, sugiro a inclusão de determinação de encaminhamento de ofício ao Executivo, para as seguintes finalidades:

1 – reiteração de ofício ao Chefe do Poder Executivo, para adoção das providências cabíveis para revisão dos termos do Decreto 44.279/2003, que prevê a possibilidade de saneamento do procedimento, com a aceitação de documentos novos.

2 – dar ciência da presente decisão e orientar a Administração para que, na modalidade licitatória do PREGÃO, a exigência de amostras seja previamente fundamentada, disciplinada no edital e verificada por ocasião do início da fase de classificação, de modo a não prejudicar o procedimento, que tem por características principais a celeridade, concentração e oralidade.

ADENDO ao **VOTO** proferido, em 05/10/2005, pelo Conselheiro Maurício Faria

Nesta data, antes da conclusão de votação pelo Pleno, retornam os autos para atualização do voto por mim proferido na Sessão Plenária 2.225ª, tendo em vista a alteração legislativa produzida neste interregno.

Como consignei na Sessão 2.252ª, o Decreto 44.279/03 foi revogado pelo Decreto 46.662, em 24/11/05, ou seja, após a prolação do meu voto. Tal revogação implica na alteração da parte final do mesmo, especificamente na recomendação 01, fl. 394.

Isso porque o artigo 15 do novo decreto revogou expressamente os artigos 20 a 25 do anterior, que vigoravam quando da prolação de meu voto, não fazendo mais sentido a expedição de ofício ao Chefe do Poder Executivo, para revisão dos termos daquele Decreto (44.279/03), que previa a possibilidade de saneamento do procedimento, com aceitação de documentos novos.

Assim sendo, para fins de atualização e adequação à recente alteração legislativa, excluo do voto por mim proferido a recomendação 01, mantendo-se inalterada a redação restante.

VOTO de **DESEMPATE** proferido pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso

No presente julgamento, os Srs. Conselheiros, à unanimidade, declararam irregulares o Pregão 55/02 e os instrumentos dele originados, o Contrato 131/02 e o Aditivo 43/03.

Discreparam no que diz respeito aos efeitos financeiros decorrentes dos ajustes em apreço e apenação do Ordenador das Despesas e membros da comissão de licitação, formando-se, destarte, duas correntes.

A 1ª, integrada pelos Nobres Conselheiros Edson Simões e Roberto Braguim, pela não-aceitação dos efeitos e aplicação de multa aos citados agentes públicos.

Votaram, ainda, por expedirem-se determinações à Origem, no sentido de serem apuradas responsabilidades e quantificação de prejuízo causado ao Erário, para o fim de ressarcimento dos cofres públicos pela Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos e pelo Ministério Público.

A outra corrente, integrada pelos I. Conselheiros Maurício Faria e Eurípedes Sales, aceitou os efeitos financeiros e se absteve da aplicação de penalidades.

Restou, após adendo ao voto do Conselheiro Maurício Faria, expedição de determinação à Origem no que tange à procedimentalização de amostras no Pregão.

Em face das razões contidas no alentado voto do Conselheiro Maurício Faria, filio-me à corrente por ele integrada e pelo I. Conselheiro Eurípedes Sales.

Portanto, aceito os efeitos financeiros produzidos pelos instrumentos contratuais em julgamento e deixo de aplicar multa ao Ordenador das Despesas e aos membros da comissão licitatória.