TC nº 72-001.496.11-00

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SPTRANS. Obras civis de readequação da capacidade estrutural e infraestrutura complementar de Corredor de Ônibus. Relevadas a ausência de detalhamento de projeto executivo e desproporcionalidade na previsão de aplicação de penalidades para o caso de inexecução. REGULARES. Votação por maioria.

TCs citados: 72-002.456.09-07 e 72-003.454.11-31

Legislação citada: Arts. 6º, IX; 7º, §§ 2º, I e 4º e 30, § 1º, I, Lei 8.666/93.

Relatório e voto englobado TCs 72.003.084.09-08 e 72.001.496.11-00

Trânsito em julgado: 04/11/2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com o TC 72.003.084.09-08 e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em julgar regulares o procedimento licitatório Concorrência 007/2009 e o Contrato 2009/0633-01-00.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar o envio de cópia deste Acórdão ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, em resposta à solicitação feita nos autos.

ACORDAM, afinal, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento destes autos.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, que, nos termos de seu voto apresentado em separado, julgou irregulares os instrumentos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de outubro de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Primeiramente, informo que o Ministério Público do Estado de São Paulo- Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital enviou ofícios a este Tribunal de Contas, solicitando informações acerca da decisão alcançada nestes autos.

Cuidam os autos do **TC 3084.09-08** da análise do Edital da Concorrência nº 07/2009 realizada pela São Paulo Transporte S/A., tendo por objetivo a contratação de empresa para execução de obras civis de readequação da capacidade estrutural e infraestrutura complementar do Corredor de Ônibus Campo Limpo – Rebouças – Centro, do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo, conforme disposto no Anexo II – Termo de Referência, com valor estimado de R$ 26.713.019,94 (vinte e seis milhões, setecentos e treze mil, dezenove reais e noventa e quatro centavos), com prazo de execução dos serviços de 12 meses e de vigência de contrato de 16 meses.

O **TC 1.496.11-00,** ora julgado de forma englobada, cuida do exame do procedimento licitatório da Concorrência 7/2009 e do Contrato nº 2009/0633-01-00 dela decorrente firmado entre a São Paulo Transporte S/A. e o Consórcio Soemeg Consladel ((constituído pelas empresas Soemeg Terraplenagem, Pavimentação e Construções Ltda. e Consladel Construtora e Laços Detetores e Eletrônica Ltda.), pelo valor de R$ 22.905.809,66 (vinte e dois milhões, novecentos e cinco mil, oitocentos e nove reais e sessenta e seis centavos).

No TC 3.084.09-08, a Coordenadoria V concluiu, em análise preliminar, pela irregularidade do Edital em razão do seguinte:

"4.1 - Não há justificativa devida quanto ao preço adotado para a CPU-01 na planilha orçamentária de referência, em desacordo com inciso IX do artigo 6º da L.F. nº 8.666/93 (item 3.11.a);

4.2 - As quantidades estimadas na Planilha de Orçamento não estão justificadas, não atendendo a exigência do § 4º do art. 7º da L.F. nº 8.666/93 (item 3.11.b);

4.3 - Ausência de detalhamentos no projeto, necessários para estabelecer uma relação entre os serviços a serem executados e sua localização no Corredor, além dos relativos à acessibilidade, às interferências, aos trechos das paradas, desatendendo ao inciso I, parágrafo 2º do art. 7º, da L.F. nº 8.666/93, principalmente em relação às considerações do artigo 6º, IX dessa Lei (item 3.12).

Ainda, observamos as seguintes impropriedades e incorreções:

a) Ausência de complemento relativo às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, nos subitens 5.5.6.1 e 5.5.6.2 do edital, que tratam de comprovação da capacitação técnico-profissional, não atendendo plenamente à exigência do inciso I do §1º do art. 30 da L.F. nº 8.666/93 (item 3.9);

b) o item 5.7 do edital remete erroneamente ao subitem 5.2.4, em vez de 5.2.5. Ainda, com relação ao subitem 5.7.2, que exige a comprovação de uma das experiências pertinentes à qualificação técnica previstas no subitem 5.5.2, é necessário que a Origem esclareça no texto do Edital que o Consórcio deverá comprovar todas as experiências previstas nesse subitem 5.5.2 (item 3.10);

c) as penalidades estabelecidas nos subitens 13.1.2.1, 13.1.3, 13.6.1 e 13.6.6 contêm incoerências e desproporcionalidade de punição, conforme demonstramos no item 3.14" (folhas 328/337v).

Considerando que o certame já se encontrava terminado, a São Paulo Transporte (na pessoa do seu então Diretor Presidente), foi oficiada para apresentar esclarecimentos e informações acerca do andamento do certame (folha 345).

Após o exame das justificativas apresentadas pela Origem, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou superadas as irregularidades dos itens 4.1 (*justificativa para a CPU-01 da planilha orçamentária*), 4.2 (*quantidades estimadas para a planilha de orçamento*) e a impropriedade de letra "a" (*Ausência de complemento relativo às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, nos subitens 5.5.6.1 e 5.5.6.2 do edital, que tratam de comprovação da capacitação técnico-profissional),* mantendo as demais.

Considerando o fato de já ter sido ultrapassada a fase de abertura das propostas, a Coordenadoria V, entendeu prejudicadas as demais irregularidades remanescentes, recomendando, dessa forma, o seguinte:

1.- Que a SPTrans apresente uma listagem com os serviços usualmente empregados nas intervenções que executa e que solicite formalmente a inclusão desses serviços nas tabelas oficiais da PMSP (sugestão registrada no Relatório de Acompanhamento de Edital, à fl. 334vº).

2.- Que a Origem, em futuros editais, faça constar do Termo de Referência quaisquer alterações nas especificações dos serviços, notadamente aquelas que impactem na planilha orçamentária da licitação; e

3.- Que a SPTrans faça uma revisão do Projeto Executivo, detalhando-o se necessário, a fim de minimizar os problemas a serem enfrentados pela futura contratada desta licitação (folhas 350/374 e 377/381)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo considerando o término da licitação, com a respectiva adjudicação do objeto, endossou a conclusão da Auditoria, no sentido de que as impropriedades antes remanescentes ficaram prejudicadas, devendo-se observar, contudo, as recomendações da Coordenadoria V.

"Considerando o "status" da Concorrência nº 007/2009 e tendo em vista a determinação do r. Despacho de fls. 376, acompanhamos integralmente as conclusões da Área Técnica deste E. Tribunal, no sentido que as impropriedades remanescentes estão prejudicadas, observando-se, contudo, as recomendações apontadas pela Coordenadoria V (folhas 384/387).

Novamente Oficiada a SPTrans (na pessoa do então Presidente), e intimados os Responsáveis todos apresentaram defesa, sustentando a regularidades dos atos praticados (folhas 390/397 e 399/546).

Após novo exame, a Coordenadoria concluiu o que segue:

"À exceção do Presidente da Comissão de Licitação, os demais Responsáveis já deixaram o quadro de funcionários da SPTrans. A irregularidade e as impropriedades mantidas à fl. 380vº, permanecem tendo em vista que não foram apresentadas razões que alterem os apontamentos. O prejuízo manifestado pela Auditoria à fl. 380vº diz respeito tão somente às alterações que se fariam necessárias no edital.

Dessa forma, destaca-se o apontamento de irregularidade pela ausência de detalhamento no projeto, desatendendo ao § 2º do inciso I do artigo 7º, principalmente em relação às considerações do inciso IX do artigo 6º da Lei Federal nº 8.666/93.

Considerando que as obras de reforma do Corredor Rebouças iniciaram em maio/2011 (o Contrato encontra-se em execução), sugerimos que a Origem seja oficiada para manifestar-se sobre os apontamentos e providenciar o imediato atendimento da recomendação de fl. 381, ou seja, a revisão

do Projeto Executivo, detalhando-o se necessário, a fim de minimizar os problemas que possam decorrer da irregularidade acima destacad." (folhas 549/551).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo considerando que a irregularidade e incorreções apontadas não impediram o prosseguimento do certame e tendo em vista que o Contrato decorrente do Edital encontra-se em fase de execução desde maio/2011, entendeu ser possível o seu acompanhamento em sede de execução contratual, nos seguintes dizeres:

"A Coordenadoria V, após análise das defesas apresentadas, constatou que as irregularidades e impropriedades mantidas às fls. 380vº, permanecem, além de sugerir medidas a fim de minimizar os problemas que possam decorrer da irregularidade pela ausência de detalhamento no projeto, tendo em vista que as obras iniciaram em maio de 2011.

Assim, em face do juízo de constatação de fatos, considerando que as irregularidades apontadas não impediram o prosseguimento do certame, e considerando que o Contrato decorrente do Edital em questão, encontra-se em execução desde maio/2011, acreditamos, s.m.j., que as pendências remanescentes, poderão ser analisadas em sede de Execução Contratual"(folhas 552/556).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, na esteira da Assessoria Jurídica considerou que as pendências formais verificadas poderiam ser analisadas em sede de execução (folhas 559/560).

A Secretaria Geral por seu turno também opinou no sentido de que fosse providenciado o atendimento da recomendação da Auditoria à folha 381, mediante a revisão do projeto Executivo pela Origem, detalhando-o, se necessário, com o escopo de minimizar os problemas que poderiam decorrer da irregularidade relativa ao § 2º do inciso I do artigo 7º, notadamente em relação às considerações do inciso IX do artigo 6º da Lei Federal 8.666/93.

O Secretário Geral, corroborando o parecer dos órgãos preopinantes ponderou que a irregularidade remanescente não impediu o prosseguimento da licitação e a celebração do contrato dela decorrente, e atentou para o fato de que, naquele momento (13/08/2013), pelo seu prazo de vigência, o contrato já havia sido executado.

O TC 1.496.11-00, cuida do exame do procedimento licitatório da Concorrência 7/2009 e do Contrato nº 2009/0633-01-00 dela decorrente firmado entre a São Paulo Transporte S/A. e o Consórcio Soemeg Consladel, pelo valor de R$ 22.905.809,66 (vinte e dois milhões, novecentos e cinco mil, oitocentos e nove reais e sessenta e seis centavos).

A Coordenadoria V, inicialmente consignou o seguinte:

"Tendo em vista que as alterações que se fariam necessárias no edital ficaram prejudicadas pelo prosseguimento do certame e a abertura das propostas das licitantes, registrou-se a sugestão de envio de recomendações à Origem, nestes termos (fl. 44):

- "Que a SPTrans apresente uma listagem com os serviços usualmente empregados nas intervenções que executa e que solicite formalmente a inclusão desses serviços nas tabelas oficiais da PMSP (...)

- Que a Origem, em futuros editais, faça constar do Termo de Referência quaisquer alterações nas especificações dos serviços, notadamente aquelas que impactem na planilha orçamentária da licitação.

- Que a SPTrans faça uma revisão do Projeto Executivo, detalhando-o se necessário, a fim de minimizar os problemas a serem enfrentados pela futura contratada desta licitação."

No que tange ao procedimento licitatório concluiu por sua irregularidade em razão "da permanência dos apontamentos detectados na análise do Edital, a saber:

1. infringência ao § 2º do inc. I do art. 7º da L.F. nº 8.666/93, pela ausência de detalhamento no projeto;

2. impropriedade verificada no subitem 5.7.2 do edital quanto à comprovação da qualificação técnica das empresas Consorciadas;

Quanto a esse item, registrou que o consórcio vencedor da licitação comprovou todas as experiências previstas no subitem 5.5.2 do edital.

3. *impropriedade quanto às penalidades estabelecidas na Minuta do Contrato*."

Apontou, ainda, que o Despacho de homologação e adjudicação, incluindo a autorização para a contratação do objeto, foi assinado unicamente pelo Diretor de Planejamento de Transportes e de Gestão Corporativa da SPTrans, infringindo o § 3º do art. 13 do Estatuto da Empresa, que estabelece que todos os atos que importem em assunção de responsabilidade pela sociedade devem ser assinados por ao menos dois diretores ou um diretor e um procurador (folhas 629/639).

Oficiada, a São Paulo Transporte S/A. apresentou as suas justificativas (folhas 645/687).

A Coordenadoria V manteve a sua conclusão precedente, considerando superado, contudo, o apontamento referente à infringência do § 3º do artigo 13 do Estatuto da Empresa.

Em síntese, a Especializada manteve a conclusão pela irregularidade da Concorrência nº 007/2009 por conta da permanência dos apontamentos detectados na análise do instrumento convocatório (que constituiu o objeto do processo TC nº 72-003.084.09-08), segundo o pontuado às fls. 635/635vº, e pela consequente irregularidade do Contrato nº 2009/0633-01-00 por decorrer licitação considerada irregular (folhas 690/692v).

Intimados o Ordenador da Despesa, os Signatários do Ajuste e o Presidente da Comissão de Licitação, apresentaram defesa e novamente Oficiada, a SPTrans apresentou novos esclarecimentos (folhas 694/814)

Uma vez mais se pronunciou a Coordenadoria V pela manutenção das irregularidades, entendendo, contudo, não poderem ser imputadas ao Presidente da Comissão de Licitação, acolhendo, portanto, a sua alegação de ilegitimidade passiva (folhas 816/820).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, endossou, preliminarmente, o parecer da Auditoria que acolheu as razões de defesa do Presidente da Comissão de Licitação, excluindo-o do rol de Responsáveis pelas irregularidades, nos termos da Lei 8.666/93.

Destacou que as irregularidades que remanesceram no entendimento da Auditoria são afetas ao Edital e ao procedimento licitatório.

No que toca à apontada ausência de detalhamento do projeto, registrou que de fato não há como negar que nenhum licitante apresentou pedido de esclarecimentos ou impugnação ao instrumento convocatório (folhas 718/719).

Registrou que a Auditoria enfatizou que “das 34 empresas que realizaram a vistoria técnica, apenas nove participaram da licitação”, o que lhe pareceu “estranho”.

Considerou não ser razoável que o só fato de ter havido a desistência de 25 empresas, dentre as 34 que fizeram visita, tenha o condão de gerar presunção de irregularidade.

Salientou que “certamente a alegada insuficiência do detalhamento do projeto poderia, na fase de licitação, ser sanada pela própria Origem. Entretanto, o certame se consumou, encontrando-se o ajuste dele decorrente, segundo o informado à fl. 720 da defesa apresentada, já em adiantado estágio de execução (45,15%). Nesse contexto, assim como anotado pela ilustre assessora jurídica opinante nos autos do processo TC 3.084/09-08 (fl. 556), eventuais pendências ainda poderão ser aferidas em sede de acompanhamento de execução contratual”.

No que se refere ao apontamento relativo ao subitem 5.7.2 do instrumento convocatório – que se ocupa das condições de participação de

empresas em consórcio, concordou com a Auditoria no sentido de que a sua redação não foi a melhor, uma vez que não foi capaz de esclarecer que os consórcios interessados em participar do certame deveriam comprovar todas as experiências constantes do subitem 5.5.2.

Observou que a correção de tal desconformidade, também poderia ter sido feita em tempo, como pontuado por AUD "com a publicação de um comunicado pela Comissão de Licitação." Contudo, ponderou que "no presente momento processual, é fato que a licitação se ultimara, encontrando-se, como já referido, o contrato dela decorrente em fase adiantada de execução".

Ressaltou ainda que, "segundo se extrai da instrução, apesar da mencionada deficiência quanto à indicação das condições de participação de empresas em consórcio, não houve prejuízo para o certame, nem para a contratação, pois que "o consórcio vencedor da licitação comprovou todas as experiências previstas no subitem 5.5.2 do edital", consoante o anotado por AUD à fl. 635."

Assim é que tal desconformidade, merece ser alvo de recomendação à Origem por parte deste Egrégio Tribunal de Contas, de modo que em situações futuras não haja margem para eventuais questionamentos.

Por fim, relativamente à licitação, registrou que remanesceu a impropriedade referente às penalidades estabelecidas na Minuta do Contrato, com especial destaque para o subitem 13.1.3 do instrumento contratual. Consignou que, "de fato, a previsão de uma multa de 10% sobre o valor total do contrato por conta de inexecução parcial que compreende o "não cumprimento de qualquer cláusula do contrato ou de seus anexos" é disposição, por demais vaga e abrangente, restando difícil a sua aplicação concreta, tendo em vista que as penalidades devem guardar senso de proporcionalidade com a intensidade da infração. Como destacado por AUD, não está em discussão nos autos se a eventual aplicação das penalidades resultantes do descumprimento do contrato se submeteriam ao crivo da ampla defesa e do contraditório, como sustentado pela Origem às fls. 725/726 de suas razões; o que é legitimamente levantado por AUD a título de impropriedade é a desproporcionalidade da pena."

Entretanto, mais uma vez, entendeu que "o tema poderá ser alvo de contundente recomendação à Origem, pois diante de disposição tão imprecisa e vaga (subitem 13.1.3 do instrumento contratual) parece-nos claro que restará, em caso de eventual descumprimento de uma de suas inúmeras cláusulas (qualquer que seja), inviável a cega aplicação de multa de 20% sobre o valor total do ajuste."

Assim, ponderou que a plena verificação dos argumentos vazados pela Origem nestes autos sobre o ponto em comento poderá ser levada a cabo nos autos do processo TC nº 72-003.454/11-31, que se ocupa do acompanhamento da execução do Contrato nº 2009/0633-01-00.

Quanto ao Contrato, nenhuma irregularidade foi apontada, recaindo sobre ele, apenas a questão da acessoriedade.

Finalizou opinando pelo acolhimento da Concorrência nº 007/2009 e do Contrato nº 2009/0633-01-00, com as recomendações pontuadas e o acompanhamento da execução do ajuste (folhas 822/832).

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo acolhimento do edital, licitação e contrato (folhas 834/839).

A Secretaria Geral, na esteira da manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, propôs o acolhimento do Edital, da licitação e do Contrato, com as recomendações pontuadas, nos seguintes termos:

"Esta Secretaria Geral considera irretocável o pronunciamento da AJCE, pelo que com ela manifesta sua concordância, entendendo pela possibilidade de acolhimento da Concorrência nº 007/2009 e do Contrato nº 2009/0633.01.00 dele decorrente, sem prejuízo, contudo, das recomendações e determinações que Vossa Excelência entender pertinentes (folhas 841/846).

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Primeiro, informo que o Ministério Público do Estado de São Paulo- Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital enviou ofícios a este Tribunal de Contas, solicitando informações acerca da decisão alcançada nestes autos.

No que diz respeito ao Edital, a conclusão inicial da Subsecretaria de Fiscalização e Controle foi no sentido de sua irregularidade em razão dos seguintes apontamentos:

"1 - Não há justificativa quanto ao preço adotado para a CPU-01 (Composição de Preço Unitário) na planilha orçamentária de referência, em desacordo com inciso IX do artigo 6º da Lei Federal nº 8.666/93;

2 - As quantidades estimadas na Planilha de Orçamento não estão justificadas, não atendendo a exigência do § 4º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/93;e

3 - Ausência de detalhamentos no projeto, necessários para estabelecer uma relação entre os serviços a serem executados e sua localização no Corredor, além dos relativos à acessibilidade, às interferências, aos trechos das paradas, desatendendo ao inciso I, parágrafo 2º do artigo 7º, da Lei nº

8.666/93, principalmente em relação às considerações do artigo 6º, inciso IX da mesma Lei.

Observou também as seguintes incorreções:

a) Ausência de complemento relativo às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, nos subitens 5.5.6.1 e 5.5.6.2 do edital, que tratam de comprovação da capacitação técnico-profissional, não atendendo plenamente à exigência do inciso I do parágrafo 1º do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93;

b) o item 5.7 do edital remete erroneamente ao subitem 5.2.4, em vez de 5.2.5. Ainda, com relação ao subitem 5.7.2, que exige a comprovação de uma das experiências pertinentes à qualificação técnica previstas no subitem 5.5.2, é necessário que a Origem esclareça no texto do Edital que o Consórcio deverá comprovar todas as experiências previstas nesse subitem 5.5.2;e

c) as penalidades estabelecidas nos subitens 13.1.2.1, 13.1.3, 13.6.1 e 13.6.6 contêm incoerências e desproporcionalidade de punição."

Após a apresentação das justificativas da Origem, a Coordenadoria V retificou o seu parecer inicial entendendo superadas as irregularidade dos itens 1 e 2, assim como a impropriedade da letra "a" (acima descritos).

Remanesceu, portanto, uma única irregularidade em razão de "*Ausência de detalhamentos no projeto, necessários para estabelecer uma relação entre os serviços a serem executados e a sua localização no Corredor, além dos relativos à acessibilidade, às interferências, aos trechos das paradas, desatendendo ao inciso I, parágrafo 2º do artigo 7º, da Lei Federal nº 8.666/93,"* e as ressalvas dos itens "c" e "d" acima mencionadas.

No entanto, ponderou que as alterações que se faziam necessárias no edital ou em seus anexos encontravam-se prejudicadas, tendo em vista que já havia ocorrido a abertura das propostas das licitantes, propondo, assim, o envio das seguintes recomendações à Origem, (listadas às fls. 381 em parecer emanado no dia 23/11/2010):

"1) Que a SPTrans apresente uma listagem com os serviços usualmente empregados nas intervenções que executa e que solicite formalmente a inclusão desses serviços nas tabelas oficiais da Prefeitura (fl. 334vº);

2) Que a Origem, em futuros editais, faça constar do Termo de Referência quaisquer alterações nas especificações dos serviços, notadamente aquelas que impactem na planilha orçamentária da licitação; e

-3) Que a SPTrans faça uma revisão do Projeto Executivo, detalhando-o se necessário, a fim de minimizar os problemas a serem enfrentados

pela futura contratada desta licitação na fase de execução, tendo em vista que as obras já haviam se iniciado em maio de 2011.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo assim opinou: *"Considerando o "status" da Concorrência nº 007/2009, acompanhamos integralmente as conclusões da Área Técnica deste Tribunal, no sentido que as impropriedades remanescentes estão prejudicadas. (...)".*

E acrescentou: "*Em face do juízo de constatação de fatos, considerando que os apontamentos não impediram o prosseguimento do certame, e considerando que o Contrato decorrente do Edital em questão, encontra-se em execução desde maio/2011, acreditamos,, que as pendências remanescentes, poderão ser analisadas em sede de Execução Contratual*."

A Secretaria Geral por fim acrescentou: *"Dentro de todo o quadro exposto e, calcado nas manifestações lançadas pelos órgãos técnicos desta Corte de Contas, em especial pela AJCE (Assessoria Jurídica), e pela PFM (Procuradoria da Fazenda Municipal) (fls. 559/560), esta Secretaria Geral, opina igualmente, no sentido de que as pendências sobejadas, podem ser examinadas em sede de execução contratual."*

No que concerne a análise do procedimento licitatório e do Contrato, (objeto do TC 1.496.11-00) a Assessoria Jurídica refutou os questionamentos da Auditoria, manifestando-se por sua regularidade nos seguintes dizeres:

"A Especializada, segundo teor da fl. 690vº, enfatiza que "das 34 empresas que realizaram a vistoria técnica, apenas nove participaram da licitação", o que lhe pareceu "estranho".

Contudo, não nos parece razoável que o só fato de ter havido a desistência de 25 empresas, dentre as 34 que fizeram visita, tenha o condão de gerar presunção de irregularidade.

Quanto à alegada insuficiência do detalhamento do projeto poderia, considerando que o certame se consumou, encontrando-se o ajuste dele decorrente já em adiantado estágio de execução (45,15% - quarenta e cinco vírgula quinze por cento), (...) eventuais pendências ainda poderão ser aferidas em sede de acompanhamento de execução contratual.

No que se refere ao apontamento relativo ao subitem 5.7.2 do instrumento convocatório – que se ocupa das condições de participação de empresas em consórcio –, parece claro, segundo a análise da Auditoria que a sua redação não foi a melhor.(...)

Entretanto, segundo o que se extrai da instrução, apesar da mencionada deficiência quanto à indicação das condições de participação de empresas em consórcio, não houve prejuízo para o certame, nem para a contratação,

pois que, segundo anotado pela própria Auditoria à folha 635 "o consórcio vencedor da licitação comprovou todas as experiências previstas no subitem 5.5.2 do edital", comprovando a sua qualificação técnica.

Por fim, relativamente à licitação, a Auditoria aponta impropriedade no que se refere às penalidades estabelecidas na Minuta do Contrato, com especial destaque para o subitem 13.1.3 do instrumento contratual.

De fato, a previsão de uma multa de 10% sobre o valor total do contrato por conta de inexecução parcial que compreende o "não cumprimento de qualquer cláusula do contrato ou de seus anexos" é disposição por demais vaga e abrangente, restando difícil a sua aplicação concreta, tendo em vista que as penalidades devem guardar senso de proporcionalidade com a intensidade da infração.

(...)

Todavia, pensamos, mais uma vez, que o tema poderá ser alvo de contundente recomendação à Origem.

Assim, a plena verificação dos argumentos vazados pela Origem nestes autos sobre o ponto em comento poderá ser levada a cabo nos autos do processo TC nº 72-003.454/11-31, que se ocupa do acompanhamento da execução do Contrato nº 2009/0633-01-00.

Por último, especificamente quanto à análise do Contrato nº 2009/0633-01-00, o juízo acerca de sua conformidade está a depender da licitação de que foi fruto, uma vez que a Auditoria considerou o ajuste "irregular, apenas por ser decorrente de licitação considerada irregular", não indicando nenhuma irregularidade afeta ao contrato em si.

De todo o exposto, opinamos pelo acolhimento da Concorrência nº 007/2009 e do Contrato nº 2009/0633-01-00, sem prejuízo do acompanhamento da execução do ajuste".

A Secretaria Geral, na mesma senda propôs: *"Esta Secretaria Geral considera irretocável o pronunciamento da AJCE, pelo que com ela manifesta sua concordância, entendendo pela possibilidade de acolhimento da Concorrência nº 007/2009 e do Contrato nº 2009/0633.01.00 dele decorrente."*

Como visto, no entendimento da Assessoria Jurídica, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, a ausência de detalhamento do projeto executivo e a desproporcionalidade na previsão de aplicação de penalidades para o caso de inexecução parcial do objeto, não prejudicaram o andamento do certame, nem ocasionaram restrição à participação de interessados ou de prejuízos à Contratação. No mais, com a conclusão do certame, seguida da respectiva celebração do contrato e, especialmente em razão do estágio avançado da execução à época das análises (e que na presente data encontra-se

terminada), resta a plena verificação dos argumentos vazados pela Origem nestes autos, sobre esses pontos, no processo TC 3.454.11-31 que cuida do acompanhamento da execução contratual.

Assim, diante de todo o exposto e com amparo nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, passando a integrar o presente, conheço do Edital da Concorrência nº 007/2009 e julgo regulares o procedimento Licitatório e o Contrato nº 2009/0633-01-00.

Determino à Subsecretaria de Fiscalização e Controle que proceda à plena verificação dos argumentos apresentados pela Origem sobre os pontos remanescentes no TC nº 3.454.11-31, que se ocupa do acompanhamento da execução do Contrato nº 2009/0633-01-00.

Determino a expedição de Ofício à Origem a fim de que atente para as recomendações feitas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle.

Determino ainda, o envio de cópia do relatório e voto, além da decisão a ser alcançada por este Tribunal de Contas à Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, do Ministério Público do Estado de São Paulo, em resposta à solicitação feita nos autos.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Voto em separado englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Na esteira do posicionamento inicial da Auditoria, cujas razões passam a fazer parte integrante deste voto, julgo irregulares os instrumentos analisados nestes autos.

Das irregularidades apontadas nos processo ora em julgamento, faço destaque à ausência de detalhamento no projeto. Conforme se verifica da instrução processual, os demais órgãos técnicos consideraram que as irregularidades levantadas não impediram o prosseguimento do certame e que o contrato encontrava-se em fase de execução desde maio de 2011, razão pela qual, consideraram que as pendências sobejadas poderiam ser analisadas em sede de Execução Contratual.

Ocorre que ao avaliar os apontamentos levantados pela Auditoria no TC nº 3454/11-31, que trata da análise da execução do contrato nº 2009/0633-01-00 pude verificar que os conteúdos de fragilidade levantados estão diretamente relacionados aos problemas tratados nos TCs, ora em julgamento.

A meu ver as irregularidades constantes da execução contratual relativas a medição a maior nos itens de serviços, ausência de projetos complementares e pagamento de serviços adicionais sem a prévia formalização de Termo de Aditamento que aprovasse os preços extracontratuais, decorrerão principalmente da deficiência no projeto apresentado, razão pela julgo irregular a Concorrência nº 007/009 e o Contrato nº 2009/0633-01-00.