TC nº 72-001.552.07-01

ANÁLISE. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SEHAB. Serviços e obras de urbanização. Complexo Paraisópolis. Licitação e Contrato REGULARES, RESSALVADO o apontamento referente aos itens de serviços de transporte de terra e entulho, que estariam incompatíveis com as características dos serviços prestados. Votação por maioria.

Relatório e voto englobado TCs 72-002.983.05-89, 72-003.285.05-28, 72-003.396.05-99 e 72-001.552.07-01.

2.880ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 24/01/2017

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, com relatório e voto, EDSON SIMÕES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em julgar regulares o procedimento licitatório Concorrência 001/2005-SEHAB e o Contrato 007/2006-SEHAB-HABI, ressalvando o apontamento referente aos itens de serviços de transporte de terra e entulho, que estariam incompatíveis com as características dos serviços prestados.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA que, consoante voto proferido em separado, julgou irregulares a licitação e o ajuste, condicionando a aceitação dos efeitos financeiros à análise da execução contratual, bem como determinou o envio de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar à Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte que realize, em autos próprios, a análise da execução contratual com o fim de avaliar eventuais prejuízos referentes aos itens de serviços de transporte de terra e entulho.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" FÁBIO COSTA COUTO FILHO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 6 de julho de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata o TC 72-002.983.05-89 da análise do Edital da Concorrência 001/2005 – SEHAB, por meio do qual a Secretaria Municipal de Habitação pretendera contratar a execução de serviços e obras de urbanização no Complexo Paraisópolis, no regime de empreitada por preço unitário.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, às fls. 105/119, constatou algumas falhas: “A limitação do número de contratos para a comprovação de aptidão da licitante, estipulada no subitem 8.5.3.1 do edital tem caráter restritivo e carece de amparo legal (subitem 3.2.4 do relatório)

a) Há algumas incorreções no texto da minuta do Contrato (subitem 3.2.5 do relatório).

b) Os documentos exigidos pelo art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal não foram encontrados no processo administrativo (subitem 3.2.6 do relatório).

c) Há falta de justificativa em relação à adoção dos índices econômico-financeiros, além do que a fórmula apresentada para a aferição da qualificação econômico-financeira não pode ser considerada usual (subitem 3.2.7 do relatório).

d) Há falhas em diversos itens do Projeto Básico, resultando na necessidade de reformulação da planilha orçamentária do Edital (subitem 3.2.8 do relatório)”.

Foi determinado às fls. 122/123, pelo Relator, “ad cautelam”, a suspensão temporária do certame. A Origem, ciente das constatações, manifestou-se nos autos às fls. 125/144.

A Auditoria, às fls. 157/162, analisou as informações trazidas pela Origem, concluindo pela manutenção de todos os apontamentos, com exceção do item “c”.

A Assessoria Jurídica, às fls. 164/166, consignou o seguinte: “(...) Quanto à equação prevista no item 8.4.5 do Edital, entendo que, ainda que se possam considerar os patamares mínimos do ILG (subitem 8.4.6.2) e do ILC (subitem 8.4.6.3) significativamente elevados, entendo que não se pode afirmar que referida cláusula padece de legalidade”.

No tocante à qualificação técnico-operacional, entendo que ainda não foram trazidas para estes autos as suficientes justificativas da Origem para legitimar a comprovação de aptidão através de um único contrato ou contratos simultâneos, limitados ao máximo de dois, tal como exigido no item 8.5.3.1 do Edital.

Quanto aos demais itens impugnados pelos técnicos (...), entendo que, antes de qualquer pronunciamento conclusivo, se impõe nova manifestação da Administração sobre o Projeto Básico constante da licitação (...)”

A Origem trouxe nova manifestação aos autos (fls. 169/173). Torna a se manifestar a AJCE, fls. 185/187, momento em que entende por superadas as contrariedades antes expressadas. Neste momento (fl. 188) foi autorizado o prosseguimento da licitação antes suspensa.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, às fls. 192/195, se apropriou das informações oferecidas pela Origem, acrescentou que o Edital atendia aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Chamou a atenção para a questão da apresentação de garantia por 31 empresas, assim afastando a alegação de restritividade.

A Secretaria Geral, às fls. 197/203, destacou “(...) o que resulta de todo o processado é a improcedência prática da alegação de restritividade de algumas cláusulas editalícias (...) Resta, na análise da licitação de que trata o presente Acompanhamento, considerá-la regular (...)”.

Provocada a Auditoria a se manifestar sobre o atendimento ou não a recomendação contida no despacho de fls. 188, concluiu às fls. 216/218, o que segue:

"4.1 – A Origem atendeu à recomendação deste Tribunal, ao retomar a licitação sem o subitem 8.4.3 do Edital, que exigia capital social mínimo das licitantes (item 3.1).

4.2 – As análises do processo licitatório e do contrato celebrado estão sendo realizadas em autos próprios, no TC 1.552.07-01 (item 3.2)."

A Procuradoria da Fazenda Municipal veio aos autos à fl. 243, momento em que manifestou entendimento no sentido de acompanhar os Órgãos desta Corte, pois não remanescem óbices ao prosseguimento da licitação em tela.

Mais uma vez a Secretaria Geral se manifesta por conta do despacho à fl. 211 do Douto Relator, neste instante, "endossa a manifestação precedente da Coordenadoria VI (fls.216/219) e da Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls.222/227), no sentido de que a Origem atendeu a determinação deste Tribunal de Contas (...)". Propõe, por fim, o acolhimento do edital de Concorrência 001/2005/SEHAB.

Trata o TC 72-003.285.05-28 de Representação formulada pela APEMEC – Associação de Pequenas e Médias Empresas da Construção Civil do Estado de São Paulo contra o Edital da Concorrência 001/2005-Sehab, cujo objeto é a execução de serviços e obras de urbanização no Complexo Paraisópolis.

A Representante questiona os seguintes pontos: Cláusulas restritivas no Edital, entre elas, subitem 7.2.6, por inadmitir participação de consórcios; subitem 8.4.5, por prever a avaliação da capacidade econômico-financeira dos licitantes pela ponderação de patrimônio líquido e dos índices financeiros, a par de ser exigida comprovação do capital social, não podendo essas exigências serem concomitantes, nos termos do § 3º, do art. 31, da Lei Federal 8.666/93; e o subitem 8.5.3.1, por exigir a comprovação da capacidade técnica operacional e profissional por meio de um único contrato ou contratos simultâneos. Requereu ainda a suspensão do Certame e a republicação do Edital.

O chefe da Assessoria Jurídica, às fls. 67/68, sugeriu manifestação dos Órgãos Técnicos no presente TC, independente do processo acompanhante. Mais tarde, reportando-se às manifestações da AJCE no TC 72-002.983.05-89, afirmou estarem em plenamente justificadas pela origem as impugnações feitas. Exceto com relação a exigência concomitante do capital social e patrimônio líquido, que restou superado, dado o compromisso da origem de que iria se ater ao patrimônio líquido na avaliação da capacidade econômico-financeira. Opinando, por fim, pelo não provimento da Representação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, à fl. 80, acompanha o pronunciamento da AJCE, opinando pelo "não provimento eis que a Origem justificou todas as questões controvertidas que poderiam comprometer a higidez do procedimento licitatório em referência".

A Secretaria Geral, às fls. 82/85, acompanha as manifestações precedentes da AJCE e da PFM. Contudo, trouxe considerações à impugnação relativa à inadmissão de participação de consórcios. Momento em que esclareceu que o consórcio não é a regra no sistema jurídico de licitações pátrio, " (...) ao contrário, é admitido apenas em casos esporádicos (...)", restando demostrado não haver ilegalidade, e concluindo pela improcedência da Representação.

Trata o TC 72-003.396.05-99 da representação formulada pela Construfama Engenharia Empreendimentos Ltda. contra o Edital da Concorrência 01/2005-SEHAB, cujo objeto é a execução de serviços e obras de urbanização no Complexo Paraisópolis.

A Representante impugna o subitem 8.5.3.1 do Edital, que exige atestado de obra anterior de urbanização de favelas ou loteamentos irregulares, com no mínimo 750 domicílios, para a comprovação da capacidade técnica do licitante. Argumentou a Representante ser a exigência restritiva, despicienda, redundante e irrazoável.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, às fls. 39/40, concordou com a Origem, posicionando-se pela improcedência da presente Representação, afirmando que por conta das características peculiares e singulares das obras propostas a exigência do Edital se faz razoável e legal.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 42/44, opinou, preliminarmente, pelo não acolhimento da Representação, exceto se complementada a documentação. No mérito, acompanha a SFC, entendendo que o subitem 8.5.3.1 atacado está em consonância com a legislação, portanto, ainda que conhecida, a presente Representação não merece provimento.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, às fls. 46/47, subsidiando-se nos pronunciamentos exarados pelos Órgãos Técnicos, opina pelo improvimento da Representação.

A Secretaria Geral, às fls. 49/50, preliminarmente, entende "que a presente Representação não deve ser conhecida, por falta de documentação essencial à sua propositura, consistente na comprovação da existência jurídica da entidade que a subscreveu". No mérito, acompanha as manifestações precedentes, no sentido da improcedência da Representação, por ser legítima e legal a exigência contida no subitem 8.5.3.1 do Edital impugnado.

Trata o TC 72-001.552.07-01 da análise da Licitação 001/2005- SEHAB na modalidade Concorrência e do Contrato 007/2006 – SEHAB-HABI, cujo objeto é a execução das obras de urbanização no Complexo Paraisópolis.

Após a Auditoria alcançar algumas constatações, foi encartada nova documentação pela Origem, sendo analisada pela Área Técnica, a qual manteve o seguinte entendimento (fls. 280/283):

"a) Concorrência 001/2005 – SEHAB Irregular, tendo em vista as seguintes constatações: "Item 10 – Cláusulas de restritividade Por determinação deste Tribunal, a Origem tornou sem efeito o subitem 8.4.3 do Edital, que exigia capital social mínimo integralizado, além dos demais índices financeiros exigidos (fl. 129).

Por outro lado, ratificamos as conclusões alcançadas às fls. 161 vº/162, itens a e b, do TC 72-002.983.05-89 (Acompanhamento do Edital), quanto aos aspectos de restritividade no tocante a índices financeiros mínimos exigidos e à qualificação técnico-operacional (Vide fl. 198). (...) transcrevemos a seguir, as conclusões alcançadas às fls. 161 vº/ 162 no TC 72-002.983.05, que cuida do Acompanhamento do Edital da Licitação ora em análise:

'Diante do exposto e com a urgência requerida, concluímos:

Por entendermos que a pontuação atribuída aos índices mínimos de liquidez geral e corrente foi fixada num patamar significativamente elevado, mantemos nosso posicionamento no sentido da excessiva restritividade quanto à avaliação das condições econômico-financeiras das interessadas.

a) No tocante à qualificação técnico-operacional, entendemos que a limitação do número de contratos para a comprovação de aptidão da licitante, estipulada no subitem 8.5.3.1 do edital, tem caráter potencialmente restritivo à competitividade do certame.

b) Mantemos e reiteramos o entendimento de que a planilha orçamentária do Edital deva ser reformulada, de modo a atender o disposto na Lei 8.666/93, e ser detalhada em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados (artigo 6º, inciso IX, alínea f), contemplando todos os serviços relevantes e de valor significativo, imprescindíveis à execução do futuro contrato.

c) Os itens de serviços de transporte de terra e entulho, bem como seus custos, conforme demonstrado nos autos, estão incompatíveis com as características dos serviços a serem prestados, devendo, portanto, serem revistos'.

Ratificamos, nesta análise, as conclusões acima expostas, por entendermos que a Origem não sanou as irregularidades apontadas.

d) Contrato 007/2006 – SEHAB/HABI Irregular, de acordo com o resultado na análise da licitação, item a) acima.'

A Assessoria Jurídica, às fls. 286/290, trouxe aos autos o entendimento exarado no TC 72-002.983.05-89, que trata do Acompanhamento do Edital, demonstrando estarem superadas as irregularidades apontadas, opinando pela regularidade da Licitação 001/2005- SEHAB e, do Contrato 007/2006 – SEHAB-HABI.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, à fl. 292, na esteira da manifestação da AJCE, propugna pelo acolhimento do procedimento licitatório e do contrato dele decorrente, não se vislumbrando impropriedades aptas a macular os atos.

A Secretaria Geral, às fls. 294/296, esclarece que a Origem providenciou as correções dos itens apontados por este Tribunal diante dos elementos constantes no presente e, conforme manifestação dos TCs acompanhantes, opina pelo acolhimento do procedimento licitatório e do contrato dele decorrente.

É o relatório.

VOTO

Em julgamento o Edital elaborado pela Secretaria Municipal de Habitação, a licitação na modalidade Concorrência, o Contrato e duas Representações.

O objeto do ajuste consistiu na contratação de serviços e obras de urbanização no Complexo Paraisópolis, no regime de empreitada por preço unitário. Quanto ao Edital, a instrução processual trouxe alguns apontamentos, os quais ao fim restaram superados, passando o Edital a ser considerado regular pelos órgãos técnicos.

No TC 72-003.285.05-28, a Representante insurge contra o Edital da Concorrência em apreço, apontando Cláusulas restritivas, dentre elas, o subitem 7.2.6, por inadmitir participação de consórcios; o subitem 8.4.5, por prever a avaliação da capacidade econômico-financeira dos licitantes pela ponderação de patrimônio líquido e dos índices financeiros, a par de ser exigida comprovação do capital social, não podendo essas exigências serem concomitantes, nos termos do § 3º, do art. 31, da Lei Federal 8.666/93; e o

subitem 8.5.3.1, por exigir a comprovação da capacidade técnica operacional e profissional por meio de um único contrato ou contratos simultâneos.

A instrução processual revelou estar plenamente justificadas pela origem as impugnações feitas, exceto com relação a exigência concomitante do capital social e patrimônio líquido, que restou superado, dado o compromisso da origem de que iria se ater ao patrimônio líquido na avaliação da capacidade econômico-financeira.

Já, a Representação autuada no TC 72-003.396.05-99 careceu de formalidade essencial, consistente na comprovação da existência jurídica da entidade que a subscreveu.

No que diz respeito à licitação e ao contrato analisados no TC 72-001.552.07-01, a AJCE e a Secretaria Geral opinaram pelo acolhimento do procedimento licitatório e do contrato dele decorrente, com ressalva quanto ao apontamento referente aos itens de serviços de transporte de terra e entulho, bem como de que seus custos que estariam incompatíveis com as características dos serviços prestados.

Destaque-se, contudo, que o Edital foi suspenso de forma monocrática por este Tribunal, para correções das falhas apontadas pela Auditoria. Posteriormente foi autorizado seu prosseguimento, por decisão monocrática pelo Conselheiro Relator à época, com base na manifestação da Assessoria Jurídica.

Por este motivo, em nome do princípio da segurança jurídica, entendo que a Administração procedeu de acordo com as orientações deste Tribunal, portanto, agiu de boa fé, devendo a mencionada irregularidade, ser avaliada em sede de execução contratual.

Diante do exposto, julgo regular o Edital de Concorrência 001/2005/SEHAB. No que diz respeito às Representações, não conheço da Representação interposta pela empresa Construfama Engenharia Empreendimentos Ltda., por faltar documentação essencial à sua propositura, consistente na comprovação da existência jurídica da entidade que a subscreveu e conheço da Representação interposta pela APEMEC – Associação de Pequenas e Médias Empresas da Construção Civil do Estado de São Paulo, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade e, quanto ao mérito, julgo-a improcedente com fundamento na análise dos órgãos técnicos deste Tribunal. Julgo regulares a Licitação 001/2005-SEHAB na modalidade Concorrência e o Contrato 007/2006 – SEHAB-HABI, ressalvado o apontamento referente aos itens de serviços de transporte de terra e entulho, que estariam incompatíveis com as características dos serviços prestados.

Determino que a SFC realize em autos próprios a análise da execução contratual com o fim de avaliar eventuais prejuízos gerados em face da mencionada ressalva.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

Este é o meu voto, Senhor Presidente.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Nos autos do Acompanhamento de Edital (**TC 72-002.983.05-89**), identifica-se que as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, assumidas pelo então Conselheiro Relator à época como argumentos justificadores da decisão de prosseguimento da licitação, confrontavam com diversas infringências constatadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle.

Aliás, ainda em relação às posições da Auditoria, cabe destacar que, após os esclarecimentos da Origem, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou sanadas somente as irregularidades relativas às incorreções na minuta do Contrato e quanto ao desatendimento do art. 16 da LRF (subitens 3.2.5 e 3.2.6 do Relatório), e, portanto, mantendo as demais irregularidades inicialmente apontadas. Elucidando a cronologia, destaca-se que essa manifestação de SFC é datada de 02/09/2005, ao passo que o despacho monocrático autorizador da retomada da licitação deu-se em 03/10/2005.

Em maio de 2007, a Auditoria novamente se manifesta nos autos do Acompanhamento do Edital (TC 72-002.983.05-89). Nessa oportunidade, registra duas informações que vale destacar: 1ª) a Origem retomou a licitação acolhendo recomendação feita pelo Relator (fl. 188) quanto a exigência de capital social mínimo das licitantes; 2ª) a abertura de processo específico para análise da licitação e análise do contrato (Concorrência nº 001/2005; Contrato nº 007/2006 - TC 72-001.552.07-01), onde foi consignado e reiterado o mesmo teor de irregularidades apontadas pela Auditoria como algo não superado desde o início do certame.

O que esses dois registros anunciam, quando considerados conjuntamente, é o fato de que embora tenha havido acolhimento de recomendação exarada pelo Relator à época, uma série de infringências apontadas pela Auditoria deixaram de ser enfrentadas, e, pelo fato de subsistirem sem tratamento, foram novamente lançadas no processo superveniente voltado à análise da licitação e do contrato.

Das irregularidades apontadas como impeditivas do acolhimento dos instrumentos, destaco as seguintes:

(i) restritividade da concorrência no tocante aos índices financeiros mínimos e qualificação técnico-operacional exigidos das licitantes;

(ii) irregularidades observadas na planilha orçamentária, a qual não detalhou os quantitativos de serviços e fornecimento;

(iii) incompatibilidade dos serviços orçados referentes ao transporte de terra e entulho, bem como de seus custos, em função daqueles a serem efetivamente prestados.

Quanto aos serviços de remoção de terra, não se pode olvidar que têm se apresentado como fator de risco em contratações realizadas. A respeito do assunto, reproduzo, pela pertinência as considerações feitas pela Auditoria:

"É o caso dos serviços de remoção de terra, que estão mal especificados na planilha como já aconteceu em vários contratos analisados por este Tribunal, citando-se como exemplo os desenvolvidos no Guarapiranga, contratos que têm sido responsáveis por enormes prejuízos à Prefeitura ao terem suas quantidades e preço majorados excessiva e desproporcionalmente durante a execução contratual.

Essa especificação mal formulada vem possibilitando, há muitos anos, que as empreiteiras a utilizem como artifício para auferir lucros indevidos, em prejuízo da Prefeitura, na medida em que elas, sabendo que os serviços da planilha não são os mais adequados para executar a obra, conseguem substituí-los ou complementá-los por outros extracontratuais, com preços mais vantajosos para elas uma vez que estes podem ser fixados mediante acordo entre as partes".

Diante do exposto, conheço do Acompanhamento de Edital tratado no **TC 72-002.983.05-89** e, em consonância com a manifestação da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, julgo **irregulares** a Concorrência nº 001/2005 – SEHAB e o Contrato nº 007/2007, **TC 72-001.552.07-01**.

Quanto aos efeitos financeiros, entendo que a natureza das falhas apontadas impede no momento sua aceitação, ficando condicionada à análise de execução contratual, contemplando a verificação dos valores pagos nos itens de transporte de terra e entulho.

No tocante à Representação tratada no **TC 72-003.285.05-28**, voto pelo conhecimento e, no mérito pela procedência parcial no tocante à exigência de qualificação técnica e operacional, considerada, pela Auditoria desta Casa, potencialmente restritiva à competitividade do certame nos autos do TC 72-002.983.05-89.

Quanto à Representação tratada no **TC 72-003.396.05-99,** voto pelo conhecimento e improcedência.

Por fim, determino a remessa ao Ministério Público do Estado de São Paulo.