EM TRAMITAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-001.553.12-23

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. CONCORRÊNCIA. SPTRANS. Execução de obras civis. Reforma da Parada Juscelino Kubitschek. Ausência de justificativa das quantidades estimadas. Falha relevada. ACOLHIDO. Votação por maioria.

Legislação citada: Arts. 3º, §1º, I; 7º, §4º; 21, §2º; 40, XI e XIV; 56, §4º; 72 Lei 8.666/93.

2.702ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, bem como pelos votos do Conselheiro Substituto MOACIR MARQUES DA SILVA – Revisor e do Conselheiro DOMINGOS DISSEI, em acolher o Edital da Concorrência 003/2012, por estar em consonância com o ordenamento jurídico em vigor.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA que, consoante voto apresentado em separado, julgou irregular o edital, com base nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte.

Participaram do julgamento o Conselheiro Substituto MOACIR MARQUES DA SILVA – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de setembro de 2013.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Por força da Ordem de Serviço nº 2012.04316.3 foi instaurado o presente Acompanhamento do Edital de Concorrência nº 003/2012, o qual foi elaborado pela São Paulo Transporte S/A. - SPTrans, tendo por objeto a execução de reforma da Parada Juscelino Kubitschek do Corredor Santo Amaro – Nove de Julho – Centro, de modo a verificar a regularidade da peça de chamamento sob as óticas legal, formal e de mérito.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC, consoante Relatório de Acompanhamento de fls. 793/807, concluiu que o Certame pautado pelo Edital em foco não reuniria condições de seguimento, tendo em vista as irregularidades e impropriedades a seguir elencadas:

a) Irregularidades:

1. O Termo de Referência não apresenta a descrição detalhada das intervenções a serem realizadas na Parada Juscelino Kubitschek, desatendendo ao disposto no inciso I do artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/93[1];

2. As quantidades estimadas na Planilha de Orçamento não estão justificadas, infringindo o § 4º do artigo 7º da referida Lei[2];

3. A redação do subitem 4.7 do Edital deve ser reformulada, subtraindo-se de seu texto a possibilidade de correção dos preços unitários constantes da proposta da licitante, por falta de amparo legal e por caracterizar infringência ao disposto no § 3º do artigo 43 da Lei Federal nº 8.666/93[3], devendo ainda ser verificada a compatibilização com o disposto no subitem 7.1.2.3;

---

[1] **Art. 40** - O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

[2] **Art. 7º** - As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência: I - projeto básico; II - projeto executivo; III - execução das obras e serviços.
§ 4º - É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

[3] **Art. 43 -** A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
...

4. Infringência à alínea "c" do inciso XIV do artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/93[4], considerando a ilegitimidade da exigência de manifestação expressa da Contratada para a atualização dos pagamentos efetuados em atraso pela SPTrans, prevista no subitem 8.4.4 da minuta contratual;

5. Infringência ao disposto no § 4º do artigo 56 da Lei Federal nº 8.666/93[5], considerando que a atualização financeira da garantia prestada em moeda corrente, segundo o subitem 11.6 da minuta do contrato, não abrange o período desde a data do recolhimento até a data da efetiva devolução;

6. Infringência ao disposto no § 4º do artigo 56 da Lei Federal nº 8.666/93, considerando que o subitem 11.7 da minuta do contrato impõe condição ilegítima (solicitada por escrito pela contratada) para a atualização financeira da garantia prestada em moeda corrente;

7. Infringência ao disposto no inciso XI do artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/93[6], considerando que a ponderação da fórmula de reajuste prevista no subitem 7.5.1 da minuta contratual não reflete a ponderação apontada pela memória de cálculo apresentada na instrução do respectivo processo administrativo.

b) Impropriedades:

---

§ 3º - É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

[4] **Art. 40** - O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
...
XIV - condições de pagamento, prevendo:
...
c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

[5] **Art. 56** - A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.
...
§ 4º - A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

[6] **Art. 40** - O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

1. A SPTrans deve justificar a necessidade da utilização de concreto de cura rápida, tendo em vista seu custo elevado e que não vislumbra a liberação quase imediata dos locais de parada para os ônibus;

2. O subitem 4.11 do Edital deve ser suprimido, e remunerados os subsequentes;

3. Não consta da minuta do Contrato a condição específica para a indicação do preposto, representante da Contratada;

4. Compatibilização da Cláusula Décima Terceira (*Da Subcontratação*) da minuta do Contrato com as demais disposições do Edital e anexos, para que reste clara a possibilidade ou não de subcontratação, para quais serviços e em que limites, conforme dispõe o artigo 72 da Lei Federal nº 8.666/93[7];

5. Insuficiente a justificativa apresentada para a vedação da subcontratação;

6. O termo *preferencialmente*, que consta do subitem 5.5.4.1, é dispensável, pois, sua inobservância não acarreta qualquer consequência ao licitante.

Afora tais lapsos, visando ao aprimoramento do Edital, ainda formulou as seguintes Recomendações:

1. Rever a redação do subitem 8.1 da minuta do Contrato, em razão da falta de clareza;

2. Que a SPTrans insira na Cláusula Oitava da minuta contratual (Das Medições e Forma de Pagamento), disposição no sentido de que será verificada a comprovação pela contratada do cumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e fiscais relativas à contratação;

3. Que a SPTrans esclareça se irá ou não aceitar a soma de atestados para a comprovação da capacidade técnico-operacional das empresas pois a não aceitação implicaria a infringência ao inciso I do § 1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93[8];

---

[7] **Art. 72** - O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

[8] **Art. 3º -** A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.
§ 1º - É vedado aos agentes públicos:
I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e

4. Rever os percentuais fixados para as penalidades relativas ao cumprimento das obrigações contratuais (Cláusula Décima Segunda da minuta do Contrato), observando a proporcionalidade do dano, visando a resguardar a boa e regular execução dos serviços contratados;

5. Em relação ao subitem 12.3 da minuta do Contrato, que o acolhimento das justificativas apresentadas pela contratada para refutar a aplicação de penalidade prevista na referida minuta conste de forma fundamentada no respectivo processo administrativo.

Tendo em vista a proximidade da data de abertura da Licitação, determinei que a SPTrans fosse prontamente ouvida a respeito, estabelecendo prazo de 24 (vinte e quatro) horas para pronunciamento.

A referida empresa municipal acabou por adiar a abertura da Licitação (fls. 811 e 833), de modo a melhor analisar as questões suscitadas, encaminhando, assim, os esclarecimentos de fls. 815/831.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC, ao se deparar com os esclarecimentos, justificativas e a notícia das providências adotadas pela SPTrans, concluiu pela superação da maioria das falhas diagnosticadas, remanescendo, todavia, os seguintes apontamentos, sendo os primeiros dois considerados como irregularidades e os outros dois como impropriedades:

a) o Termo de Referência não apresenta a descrição detalhada das intervenções que serão realizadas na Parada Juscelino Kubitschek, desatendendo ao disposto no inciso I do artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/93;

b) as quantidades estimadas na Planilha de Orçamento não estão justificadas, infringindo o § 4º do artigo 7º da referida Lei;

c) não consta da minuta do contrato a condição específica para a indicação do preposto, representante da Contratada;

d) em relação ao item 4.13, a alteração promovida no subitem 5.5.4.1 do Edital pelo Comunicado nº 002/2012 tornou obscura a exigência quanto à comprovação da capacidade técnico-profissional.

Submetida a matéria à apreciação da Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE, esta acompanhou, em primeira manifestação, o entendimento expendido pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC, inclusive quanto às irregularidades e impropriedades que estariam a macular o instrumento convocatório.

---

estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Determinei, assim, que a SPTrans fosse novamente provocada a se pronunciar, com a máxima brevidade, nos termos do Despacho de fls. 848/849.

Mais uma vez a São Paulo Transporte S/A requereu dilação de prazo, adiando novamente a abertura da Concorrência (fl. 853), tendo encaminhado os competentes esclarecimentos complementares que seguem encartados às fls. 857/883.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle - SFC deu por afastadas as irregularidades consignadas, excetuada aquela relativa à ausência de justificativa das quantidades estimadas na Planilha de Orçamento, em afronta ao artigo 7º, § 4º da Lei Federal nº 8.666/93, realçando, ainda, que, em face das adequações introduzidas, que afetariam a formulação das propostas, haveria necessidade de reabertura de prazo legal, em atendimento ao artigo 21, § 2º, do Estatuto Federal de Licitações e Contratos[9].

A Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE, em nova manifestação, focada no ponto sobre o qual ainda pairavam dúvidas, ponderou o seguinte a respeito do alcance do disposto no artigo 7º, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93:

"*Contudo, não obstante o zeloso e competente trabalho realizado pela Especializada, o que cabe, de fato, é verificar se a imprecisa justificativa apresentada para estabelecer o quantitativo fere o disposto no § 4º do artigo 7º da Lei de Licitações nº 8.666/93, que diz:*

§ 4º - É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

Como se percebe da leitura da norma legal acima, o que é vedada é a inclusão de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de

---

[9] **Art. 21** - Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:
§ 2º - O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:
I - quarenta e cinco dias para:
a) concurso;
b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";
II - trinta dias para:
a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior;
b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";
III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão;
IV - cinco dias úteis para convite.

quantidades ou se os seus quantitativos não estiverem em acordo com o projeto básico ou executivo da obra.

Ou seja, a falta de justificativa para a obtenção dos quantitativos não é, por si só, uma infringência a legislação indicada, ainda mais por estar ausente qualquer assertiva de que exista estimativa equivocada de solicitação de materiais ou serviços.

Os quantitativos apresentados, ainda que não tragam uma justificativa aceita pela Equipe de Auditoria, não apresentam números genéricos ou, melhor esclarecendo, vagos/imprecisos, o que, sem dúvida, contraria o disposto no § 4º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/93 (...)

Assim, ainda que a Especializada discorde de algumas das justificativas apresentadas ou, em outros casos, julgue inexistentes os esclarecimentos sobre cômputo dos quantitativos, não houve a indicação de que estejam em discrepância da realidade da obra que se pretende realizar, devendo, data máxima vênia, então serem aceitos".

Concluiu, ao final, que o instrumento convocatório estaria em condições para garantir o prosseguimento do Certame, pois em consonância com a legislação aplicável.

A Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e a Secretaria Geral – SG acompanharam integralmente o derradeiro pronunciamento da Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE pela regularidade do Edital objeto do presente processado.

É o relatório.

VOTO

O presente ilustra bem o esforço da Administração para superar falhas detectadas por esta Casa no Edital em apreço, de modo a coaduná-lo ao melhor direito.

São dignos de nota, também, os trabalhos minuciosos de análise da peça de chamamento, desenvolvidos pelas unidades técnicas do Tribunal, visando ao aprimoramento daquela, em estrita obediência à lei, de forma a não inviabilizar o Certame pura e simplesmente.

Desse modo, calcado nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC, da Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE, da Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e da Secretaria Geral – SG, as quais passam a fazer parte integrante deste Voto, acolho o Edital de Concorrência nº 003/2012, posto que em consonância com o ordenamento jurídico em vigor.

É o voto.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Das várias irregularidades apontadas no curso da instrução, destaco aquelas relativas à ausência de justificativas para as quantidades estimadas na Planilha de Orçamento, infringindo o § 4º do art. 7º da Lei nº 8.666/93 e à falta de descrição detalhada no termo de referência das intervenções a serem realizadas, em desatendimento ao disposto no inciso I do art. 40 da Lei de Licitações e Contratos.

Consta do relatório inicial da Auditoria quadro comparativo das quantidades dos itens de serviço da licitação em exame com os quantitativos da planilha orçamentária da licitação anterior (concorrência nº 004/2012, declarada deserta), demonstrando que em quase todos os itens de serviço houve aumento significativo dos quantitativos estimados, sem nenhuma alteração substancial no projeto. Para o quantitativo do serviço “lastro de concreto”, por exemplo, houve um aumento de mais de 36 vezes.

Nas justificativas apresentadas, informa a Origem que à época da licitação anterior não foram considerados os desvios de tráfego, com necessidade de algumas intervenções como reparos superficiais e profundos além da reconstrução de trechos e sarjetas, sem apresentar, contudo, o projeto básico correspondente.

A Auditoria, ao analisar os esclarecimentos da Origem, assevera que somente mediante a análise do projeto básico seria possível calcular com algum grau de consistência os quantitativos necessários às dezenas de serviços que compõem o grupo Desvio de Tráfego da planilha orçamentária, os quais representam cerca de 17,8% do total orçado da obra, porcentagem esta, em princípio, bastante elevada para mero Desvio de Tráfego.

Essas considerações, em um primeiro plano, indicam inconsistências que podem comprometer toda a contratação, afetando o desenvolvimento satisfatório e razoável da execução contratual, não permitindo assegurar se as quantidades se mostram adequadas.

Demais disso, não consta dos autos nenhuma informação sobre a instalação dos novos abrigos de ônibus e seus respectivos custos. Na medida em que a instalação dos abrigos no Município passou a ser objeto de contrato específico com concessionária e sem ônus para Administração, e considerando a pertinência com o objeto da concorrência em exame, resta esclarecer a quem coube o custo com a instalação dos mesmos e, se, eventualmente, incidiu de forma indevida nos custos da obra.

Inadmissível que numa licitação para a execução de uma obra a Administração não consiga demonstrar e justificar as quantidades previstas no orçamento prévio realizado.

A proibição contida no § 7º do art. 4º da Lei de Licitações e Contratos visa impedir que se acrescente ao objeto da licitação materiais ou serviços não dimensionados nos projetos técnicos, salvaguardando assim a adequada aplicação dos recursos públicos.

Tais irregularidades ganham ainda maior relevância quando somadas à informação contida nos autos de que a concorrência ora analisada possui o mesmo objeto que as concorrências nºs 001/09 (TC 72.000.625/09-00) e 04/2010 (TC 72.001.401/10-13), declaradas desertas, e que os valores estimados para estas licitações correspondem a: R$ 1.594.716,20 (concorrência nº 01/2009) e R$ 1.823.564,39 (concorrência nº 04/2010).

O orçamento estimado para a licitação tratada nestes autos (R$ 3.858.536,05) é bastante superior ao das concorrências infrutíferas anteriormente realizadas, representando um acréscimo de 142% em relação à primeira e de 112% em relação a segunda. Tal fato reforça a necessidade de descrição minimamente detalhada das intervenções projetadas, bem como das justificativas para as quantidades descritas na planilha orçamentária.

Cumpre registrar a existência do Processo TC 72.001.742/13-87, tendo por objeto a análise da licitação, em fase de instrução, com manifestação da Coordenadoria V, pela irregularidade.

Por estas razões, na esteira das manifestações da Auditoria, que passam a integrar o presente voto, julgo **irregular** o edital da concorrência nº 003/2012.