EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-001.728.13-56

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. PREGÃO. SME. Serviços de monitoramento aquático com fornecimento de materiais e equipamentos. CEUs. ACOLHIDO. Votação por maioria.

TCs citados 72.002.863.08-70, 72.002.777.08-30, 72.001.644.08-09 e 72.000.980.09-43

2.762ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA, após vista que lhe fora concedida na 2.758ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator e JOÃO ANTONIO – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, nos termos de seu relatório e voto, JOÃO ANTONIO – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em acolher o Edital do Pregão Eletrônico 06/SME/2013, por estar em consonância com o ordenamento jurídico em vigor.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA que, consoante voto apresentado em separado, votou pela irregularidade formal do Edital do Pregão Eletrônico 06/SME/2013, determinou que a exigência não figurasse nos novos editais da Pasta, bem como, em prestígio ao princípio da proteção da confiança legítima, corolário da segurança jurídica, deixou de aplicar sanção aos responsáveis pelo ato.

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

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de setembro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM

Relator

RELATÓRIO

Por força da Ordem de Serviço nº 2013.05619.2, foi instaurado o presente processado, visando a verificar a regularidade do Edital de Pregão nº 06/SME/2013, elaborado pela Secretaria Municipal de Educação - SME, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de monitoramento aquático, com fornecimento de materiais e equipamentos, aos Centros Educacionais Unificados – CEUs pertencentes à mencionada Pasta.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC, por meio da Coordenadoria II – C II, detectou, nos termos do Relatório de fls. 330/340, as seguintes irregularidades a macular o instrumento convocatório:

1 – Tendo em vista não constar do processo administrativo o registro da metodologia utilizada para prever o quantitativo de monitores ou de horas de monitoramento necessárias, os quantitativos não estão justificados, infringindo o inciso I do art. 2º do Decreto Municipal nº 44.279/03 e o disposto no art. 7º, § 4º da LF nº 8.666/93; tal lapso implicou, também, infringência ao inciso I do artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/93, vez que o objeto do Certame não restou claramente definido;

2 - As falhas na apuração dos quantitativos estimados levaram à invalidação dos preços estimados, obtidos na pesquisa de mercado, constituindo infringência ao disposto no Decreto Municipal nº 44.279/03, art. 2º, inciso VI e art. 4º;

3 - A proposta de preços e a planilha de composição de preços, prevista no Anexo XI do Edital não atenderam ao disposto no artigo 2º, inciso VI do Decreto Municipal nº 44.279/03, por não explicitarem todos os custos envolvidos, devendo ser reformulados;

4 - O número de horas de trabalho que serviram de base para o cálculo da capacidade técnica pode não estar limitado exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, contrariando o disposto no artigo 30, inciso II da Lei Federal nº 8.666/93;

5 - As exigências da subcláusula 13.3 para levantamento da caução extrapolaram o escopo da execução do contrato, em afronta ao § 4º do artigo 56 da lei Federal nº 8.666/93.

Afora isso, a Auditoria, no intuito de aperfeiçoar a peça de chamamento, também propôs uma série de Recomendações, voltadas à pesquisa de preços, aos requisitos para Qualificação Técnica dos licitantes, ao Termo de Referência, no que diz respeito às atividades de Monitoramento, às Responsabilidades da Contratada e à Minuta de Contrato.

Diante desse quadro, a SFC concluiu que o Pregão em foco não reuniria condições de prosseguir.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE acompanhou as conclusões estampadas no Relatório elaborado pelos técnicos da Coordenadoria II, especialmente aquela que aponta a necessidade de reformulação da planilha de composição de preços, pra efeito da apresentação da proposta pelos licitantes.

À luz dessas manifestações determinei a suspensão cautelar do certame e a oitiva da Secretaria Municipal de Educação, consoante Despacho de fls.350/351.

A paralisação do Pregão nº 06/SME/2013 foi referendada por este Plenário em Sessão de 3 de julho de 2013, como atesta a Certidão de fls.361/363.

A Secretaria Municipal de Educação, pautada pelas observações e críticas tecidas pelos órgãos técnicos desta Corte, acabou por elaborar a versão de Edital que segue sob fls. 484/525, a qual, nos termos do pronunciamento de fls. 527/530, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, encontra-se em consonância com a legislação em vigor, diante das modificações inseridas no corpo da peça de chamamento e das justificativas apresentadas.

Diante dessa manifestação derradeira da Assessoria Jurídica de Controle Externo, revoguei o Despacho suspensivo do Certame, nos moldes do decidido às fls. 531/532, referendado por este Colegiado, na Sessão Ordinária de 11 de dezembro de 2013.

Manifestaram-se, na sequência, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral, ambas opinando pelo acolhimento do instrumento convocatório.

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.

Merece destaque o ponto afeto à reformatação da planilha de composição de preços, na medida em que, diferentemente da de início elaborada pela Administração, a que passou a servir de referência para o certame em apreço, depois de nova pesquisa de mercado, levou em conta as disposições da NBR 11238, que estabelece a proporção mínima de um salva vidas para 300 (trezentos) metros

quadrados de superfície de água, complementando esse dado com as metragens das piscinas de cada uma das unidades abrangidas pela futura contratação.

Outro aspecto relevante diz respeito ao levantamento da caução: a SFC, como de início relatado, consignou que a subcláusula 13.3 da minuta de contrato anexa ao Edital estaria desconforme com o disposto no artigo 56 da lei Federal nº 8666/93, pois extrapolaria o ali disposto.

Todavia, a Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE esposa opinião diversa sobre a matéria: entende que tal disposição, que condiciona o levantamento da caução à comprovação de a Contratada ter cumprido suas obrigações trabalhistas decorrentes do ajuste, e, não o fazendo, faculta à Administração reter o montante caucionado até o desfecho final de eventual ação trabalhista, caso o Município figure no polo passivo da demanda, não é afrontosa à Lei Federal nº 8.666/93, ao contrário, seria compatível com o disposto no seu artigo 56, § 4º:

"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."

O que vale dizer que a caução será liberada após o término da execução contratual, que também alcança o cumprimento de todas as obrigações assumidas por parte da Contratada, inclusive as trabalhistas.

Tenho claro que a disposição discutida é correta, pois visa somente a preservar o Erário, que pode ser indevidamente onerado na hipótese de a empresa contratada não honrar suas obrigações para com seus empregados, nos termos da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, cujos itens IV, V e VI estatuem:

"CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

.....

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, **por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.**

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento

das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral."

Não resta dúvida, destarte, da pertinência e legalidade da inserção da subcláusula 13.3 da minuta de contrato que segue como Anexo VII ao Edital.

Desse modo, calcado nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC, da Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJC, da Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM e da Secretaria Geral – SG, acolho o Edital de Pregão nº 06/SME/2013, por estar em consonância com o ordenamento jurídico em vigor.

É o voto. **(2.758ª S.O.)**

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Os elementos carreados durante a instrução processual demonstraram que a Origem alterou o edital, sanando impropriedades apontadas inicialmente pelos órgãos técnicos desta Corte.

Remanesceu, no entanto, a disposição editalícia acerca da necessidade de apresentação de pesquisa fonética junto à Justiça do Trabalho pelo contratado, com possibilidade de retenção da garantia contratual, em caso positivo, até definição final da decisão judicial. Sobre esse assunto, peço vênia para tecer breve comentário.

Em jurisprudência consolidada por esta Corte a partir de 2008, o entendimento firmado sobre tal exigência é no sentido de que não pode haver retenção de garantia em casos não contemplados na Lei Federal 8.666/93, inexistindo embasamento legal para retenção da garantia contratual caso reste pendente ação trabalhista envolvendo empregado da empresa contratada, não obstante o término da execução contratual.

Nesse sentido, citamos os Acórdãos proferidos nos autos dos TCs 2.863.08-70, 2.777.08-30, 1.644.08-09 e no TC 980.09-43, cuja decisão, proferida em grau de recurso, transitou em julgado em 14.01.2014. Assim, é de se verificar que, ao tempo da realização do Pregão em exame, nossa jurisprudência já restava consolidada quanto à inadequação da referida exigência.

Com isso, em meu entendimento, não obstante o despacho de suspensão do pregão tenha sido revogado pelo Conselheiro Relator e

referendado pelos pares, contando, inclusive, com minha manifestação favorável, pondero que a autorização para o prosseguimento do certame, em juízo cautelar, não impede que nessa oportunidade, de exame do mérito das exigências editalícias, após a conclusão da fase instrutória, o Tribunal Pleno reconheça a existência de irregularidade formal.

Trata-se da relação normal entre a apreciação preliminar em sede de juízo cautelar e aquela que decorre da plena instrução do feito. Saliento que, em meu entendimento, não há nesse caso em julgamento nenhuma peculiaridade apta a afastar a jurisprudência consolidada, razão pela qual considero irregular a subcláusula 13.3 da minuta do contrato anexa ao edital por conter exigência sem amparo legal.

Por todo o exposto, voto pela irregularidade formal do Edital do Pregão Eletrônico 06/SME/2013 e determino que a exigência não figure nos novos editais da Pasta.

No entanto, em prestígio ao princípio da proteção da confiança legítima, corolário da segurança jurídica, deixo de aplicar sanção aos responsáveis pelo ato.