**TC 1.732/2006**

**ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. SMSUB. Aquisição de usina de asfalto fixa. 1. A exigência de atestado de capacidade técnica com limitação de tempo deve ser proporcional e razoável. Art. 30, Lei 8.666/93. REGULARES. Votação unânime.**

**2ª Sessão Ordinária Não Presencial – Primeira Câmara**

**D E C I S Ã O**

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

**DECIDEM** os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar regulares o Pregão 012/SMSP/Spua/2005 e o Contrato decorrente 076/SMSP/Spua/2005, firmado entre a Superintendência de Usinas de Asfalto e a empresa Fonte Nova Comércio e Serviços Ltda.

**DECIDEM**, ainda, à unanimidade, determinar após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participou do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES.

São Paulo, 19 de setembro de 2019.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

**RELATORIO**

Trata o TC 72.001.732-06-02 da análise do Pregão n°12/SMSP/SPUA/2005 e do Contrato decorrente 076/SMSP/SPUA/2005, firmado entre a Superintendência de Usinas de Asfalto e a empresa Fonte Nova Comércio e Serviços Ltda, objetivando a aquisição de usina de asfalto fixa, tipo contra fluxo, com capacidade de produção de no mínimo 120 toneladas por hora até 140 toneladas por hora, pelo valor de R$ 1.175.000,00.

Em relatório de fls. 107/111, a Auditoria concluiu pela irregularidade do Pregão, pelos seguintes motivos:

- Exigência de atestado com "limitação de tempo", contrariando o disposto no artigo 30 da Lei Federal n° 8666/93;

- Falta de publicação no DOC do despacho de autorização para abertura do procedimento licitatório, infringindo o § 2° do artigo 115 da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

Além disso, foi registrada a ressalva para a falta de assinatura no Termo do Edital, contrariando o disposto no § 1° do artigo 40, da Lei Federal 8666/93.

Quanto ao Contrato, concluíram igualmente pela irregularidade, por derivar de procedimento licitatório considerado irregular.

A Assessoria Jurídica entende que a falta de publicação do despacho de autorização para abertura da licitação, bem como a falta de assinatura no Edital são irregularidades de natureza eminentemente formal que podem ser, s.m.j., relevadas.

No entanto, a exigência para habilitação da apresentação de atestado de capacidade técnica com prazo determinado de validade, infringiu o disposto no § 5°, do artigo 30, da Lei Federal 8666/93, ferindo o Princípio da Competitividade, por isso, opinou aquela Especializada, pela irregularidade dos instrumentos.

Foram intimados o Sr. Adão Ignácio, representante da empresa contratada e o Sr. Valter Antonio da Rocha, da Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras.

O único a apresentar defesa foi o Sr. Valter Antonio da Rocha, representante da Secretaria Municipal de Coordenação (fls.124/135), alegando, em síntese, que a solicitação do atestado serviu apenas para dar segurança ao procedimento em relação ao avanço tecnológico inevitável.

A Assessoria Jurídica indagou da área técnica se a limitação do prazo de 05 anos de validade aos atestados era a única forma eficiente de impedir a contratação de um objeto tecnologicamente defasado.

Em nova manifestação de fls. 145/147, a Auditoria afirmou existirem outras formas de caracterizar o objeto, especificando pormenorizadamente e precisamente os detalhes técnicos, de modo a obter o equipamento condizente com a necessidade e que não estivesse ultrapassado tecnologicamente.

A Assessoria Jurídica ratificou entendimento anterior, acompanhando a conclusão da Auditoria.

A PFM requereu o acolhimento dos instrumentos, uma vez que o atestado só procurou dar segurança ao procedimento, ou, a aceitação dos efeitos financeiros decorrentes do ajuste, em homenagem ao princípio da segurança jurídica bem como ante a ausência de dano ou prejuízo ao Erário.

A Secretaria Geral manifestou-se pela irregularidade do Pregão Presencial n° 12/SMSP/SPUA/2005 e do Contrato dele decorrente 076/SMSP/SPUA/2005.

É o Relatório.

**VOTO**

Em julgamento o Pregão n ° 12/SMSP/SPUA/2005 e o Contrato decorrente nº 076/SMSP/SPUA/2005, firmado entre a Superintendência de Usinas de Asfalto e a empresa Fonte Nova Comércio e Serviços Ltda, objetivando a aquisição de usina de asfalto fixa, com capacidade de produção de 120 a 140 toneladas por hora, pelo valor de R$ 1.175.000,00 (um milhão, cento e setenta e cinco mil reais).

A instrução processual revelou os seguintes apontamentos quanto aos instrumentos analisados:

a) exigência de atestado com "limitação de tempo",contrariando o disposto no artigo 30 da Lei Federal n° 8666/93;

b) falta de publicação no diário oficial do despacho de autorização para abertura do procedimento licitatório, infringindo o § 2° do artigo 115 da Lei Orgânica do Município de São Paulo; e

c) falta de assinatura no Termo do Edital, contrariando o disposto no § 1° do artigo 40, da Lei Federal 8666/93.

Relativamente à falta de publicação do despacho de autorização para abertura da licitação e a falta de assinatura no edital, acompanho o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral no sentido de que tais falhas são de natureza formal, podendo ser relevadas.

Acerca da exigência do atestado de capacidade técnica, cláusula editalícia nº 6.2.3.1.2 contestada exige a seguinte condição para qualificação técnica:

a) Certidão ou atestado fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove o fornecimento de uma usina de asfalto com capacidade de produção equivalente ou superior à do objeto licitado, fornecimento esse ocorrido num prazo não superior a 5 (cinco) anos a contar da publicação deste Edital.

Segundo a Origem, a exigência do atestado com prazo de até cinco anos foi no sentido de dar segurança ao procedimento em relação ao avanço tecnológico e embora restritiva a exigência quanto à capacitação técnica das empresas interessadas, o procedimento foi realizado de forma adequada, uma vez que "não houve sequer uma impugnação ou pedidos de esclarecimentos sobre o edital" e ainda pelo fato da "vantagem conquistada com o preço final obtido no certame, resultando enorme lucro aos cofres públicos, tanto em recursos financeiros quanto ao aspecto operação e produtividade", fls. 128.

Por outro lado, a Auditoria entendeu que existiriam outras formas de caracterizar o objeto da presente licitação e contratação, especificando pormenorizadamente e precisamente os detalhes técnicos, de modo que em face do especificado fosse possível à Administração obter o equipamento condizente com a necessidade e que não estivesse ultrapassado tecnologicamente.

Cabe ressaltar, contudo, que o art. 30, da Lei Federal 8.666/93 não é matéria simples de fácil interpretação.

Segundo o Professor Marçal Justen Filho,

> "*trata-se de tema dos mais problemáticos, especialmente por ser impossível à lei minudenciar limites precisos para as exigências que a Administração deverá adotar*". "*Logo, é impossível afirmar com certeza que determinada interpretação é a única (ou melhor) comportada pela regra*", arremata o autor.

Destaque-se que a jurisprudência do STJ tem aceito restrições para comprovação da aptidão para desempenho, em especial quanto às obras e serviços, a saber:

> *"(...) há atração da aplicação do art. 30, inc. II, da Lei nº 8.666/93 que, reportando-se à necessidade de comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em quantidades com o objeto licitado (capacidade técnico-operacional), implícita e logicamente permite que editais de licitação tragam a exigência de fornecimento mínimo de equipamentos similares em outras oportunidades, desde que tal cláusula atenda aos princípios da razoabilidade (como é ocaso, pois a licitação tinha como objeto a aquisição de 200 terminais e exigia-se dois atestados de fornecimento prévio de, no mínimo, 100 terminais).*" (RMS nº 24.665/RS, 2ª Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 08.09.2009.
>
> "Não se comete violação ao art. 30, da Lei nº 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, a Administração

Pública edita ato visando a cercar-se de garantias o contrato de prestação de serviços de grande vulto e de extremo interesse para os administrados." (RMS nº 13.607/RJ, 1ª Turma, Relator Ministro José Delgado, DJe de 10.06.2002.

Isto posto, dada a complexidade que envolve o tema e do tempo decorrido, há necessidade de analisar o caso concreto a fim de avaliar possíveis prejuízos acarretados à Administração diante da cláusula mantida no edital.

Os documentos carreados aos autos indicam que o equipamento foi inaugurado em 31.03.2006 e que o anterior havia sido adquirido em dezembro de 1988.

A pesquisa de mercado foi feita com três empresas (fl. 130) e conforme ata de sessão pública, compareceram no dia 20 de dezembro de 2005 duas empresas, sendo ao final adjudicado o objeto à empresa Fonte Novo Comércio e Serviços Ltda.

O que se verifica dos autos é que a combatida cláusula não foi determinante para inibir a concorrência de mercado, o que deve ser sopesado nesse momento.

Ademais, verifica-se que não houve impugnação ou pedidos de esclarecimentos sobre o edital que teve seu prosseguimento regular, destacando que entre a pesquisa e a adjudicação a Administração conseguiu um desconto de 27,53 %.

O que se conclui da análise do caso concreto é que houve de fato razoabilidade e proporcionalidade ao exigir dos licitantes o atestado com limitação de tempo, pois a finalidade pública foi atingida ao contratar um equipamento de alta complexidade cercado da tecnologia e garantias necessárias.

Diante de todo o exposto, **JULGO REGULARES** o Pregão n° 12/SMSP/SPUA/2005 e o Contrato decorrente nº 076/SMSP/SPUA/2005, firmado entre a Superintendência de Usinas de Asfalto e a empresa Fonte Nova Comércio e Serviços Ltda.

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

Este é meu voto, Senhor Presidente.