TC nº 72-001.738.08-42

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SES. Serviços técnicos de consultoria e assistência técnica financeira ao gerenciamento de Contratos. Sistema de Iluminação. Existência de deficiências nos controles e na fiscalização do ajuste. ACOLHIDO. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

TCs citados 72.0002.221.08-52, 72.000.606.07-95, 72.004.104.01-93

Legislação citada: Art. 7º, §§ 2º e 4º, I e II, Lei 8.666/93.

2.845ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 01/11/2016

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, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, com relatório e voto, JOÃO ANTONIO – Revisor e DOMINGOS DISSEI, apesar de reconhecerem a existência de deficiências nos controles e na fiscalização do ajuste, tais impropriedades não levam, necessariamente, à rejeição da execução, em especial pelos fatos de que os serviços foram prestados e o contrato chegou ao fim, em acolher a execução contratual relativa ao período de abrangência de 1º a 31/08/2008.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA que, com voto proferido em separado, julgou irregular a execução contratual examinada.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em aceitar os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste no período auditado.

ACORDAM, também, à unanimidade, em fazer severa determinação ao Departamento de Iluminação Pública para que, sob pena de responsabilidade, aprimore os controles relativos aos contratos lavrados no seu âmbito e exerça adequadamente a fiscalização correspondente, aplicando, quando for o caso, as multas contratuais cabíveis.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 9 de dezembro de 2015.

EDSON SIMÕES
Vice-Presidente no exercício da Presidência

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se do Acompanhamento da Execução do Contrato 010/SES/08, celebrado entre a Secretaria Municipal de Serviços – SES e o Consórcio ENERCONSULT – CRA, tendo por objeto a prestação de serviços técnicos especializados em consultoria e assistência técnica-financeira ao gerenciamento dos Contratos do Departamento de Iluminação Pública, com vista à otimização da Operação do Sistema de Iluminação Pública, no valor de R$ 11.399.142,32 (onze milhões, trezentos e noventa e nove mil, cento e quarenta e dois reais e trinta e dois centavos).

A Coordenadoria VI, em primeira intervenção, apontou inúmeras irregularidades ocorridas no âmbito da referida execução, consistentes em:

1) Inexistência de definições claras e objetivas do objeto, impossibilitando a verificação acerca da conformidade dos serviços prestados;

2) Inadequação da fiscalização e controle da mão de obra efetivamente utilizada no Contrato, no que se refere aos quantitativos de horas trabalhadas, prejudicando a avaliação dos recursos humanos e da medição dos serviços;

3) Procedimentos relativos à formalização das comunicações à Contratada não obedecidos pela Contratante;

4) Imprecisões no Termo de Referência, acarretando dívidas e incertezas quando da análise do equilíbrio econômico-financeiro do Ajuste;

5) Variação não justificada dos quantitativos nas medições de maio a agosto de 2008;

6) Falta de evidência de que os procedimentos de transferência de tecnologia e conhecimento aplicados estão sendo seguidos;

7) Ausência, nos autos, de documentos que comprovem que a Contratante averiguou as quantidades dos itens dos serviços medidos;

8) Execução, pela Contratada, de atividades que não estão entre as ajustadas, tais como desenvolvimento de projetos e estudos de viabilidade, dentre outras, terceirizando parte da atividade-fim de ILUME;

9) Recursos humanos e materiais que podem ter sido superdimensionados, em razão dos serviços referidos no item anterior;

10) Pagamentos de medições extemporâneos. Intimado, o Diretor do Departamento de Iluminação Pública apresentou defesa, alegando que todas as cláusulas contratuais estavam sendo observadas, a par de esclarecer os pontos questionados pela Auditoria.

Em seguida, afirmou que o Sistema de Iluminação Pública do Município configura um conjunto complexo, que demanda ações contínuas para sua adequada operação, conservação e expansão, concluído que o Contratado tem desempenhado suas atividades a contento.

A Coordenadoria VI, analisando as razões de defesa, argumentou que ILUME não apresentou qualquer elemento novo hábil para alterar suas conclusões anteriores.

De sua parte, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que os apontamentos assinalados por este Tribunal portam caráter eminentemente técnico e fático, não existindo questões de âmbito jurídico a serem dirimidas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, de outra banda, endossando as razões acostadas por ILUME, requereu o reconhecimento da regularidade da execução em exame, ou, alternativamente, a aceitação dos efeitos financeiros produzidos.

A Secretaria Geral, de seu turno, acolhendo as razões aduzidas pela Coordenadoria VI, opinou pela irregularidade da Execução. Determinei, então, em homenagem ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, a intimação dos agentes públicos envolvidos e da Contratada, bem assim a ciência de ILUME acerca do constante destes autos.

Foram intimados, então, os Senhores: Walter Antonio Bellato e Paulo Ernesto Strazzi – ex-Diretores de ILUME; Aroldo Castilho – Diretor da Divisão Técnica de Materiais – ILUME 2; Henrique Lia Niazzi – Diretor da Divisão Técnica de Projetos e Fiscalização – ILUME I; Luiz Carlos Nogueira Silveira – Diretor da Divisão Técnica de Manutenção e Controle – ILUME 3 e o Representante legal do Consórcio Enerconsult – CRA.

Sobrevieram aos autos, em sequência, as defesas dos intimados, a maioria delas de mesmo teor, excetuando-se apenas as oferecidas pelo Senhor Walter Antonio Bellato e pela Enerconsult, porém, todas pugnando pela regularidade da Execução Contratual.

Todavia, as razões alinhadas pelos defendentes não tiveram o condão de alterar as conclusões anteriormente acostadas pela Coordenadoria VI, Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral, pela irregularidade, restando apenas, como manifestação discordante, a proferida pelo Órgão Fazendário.

É o relatório.

VOTO

Antes de consignar as razões que levaram ao meu convencimento, peço vênia para tecer algumas considerações a respeito do serviço de iluminação pública, tema por demais complexo, consoante ponderações do Departamento de Iluminação Pública e dos demais defendentes que se manifestaram nos autos.

O Sistema de Iluminação Pública do Município estende-se por 17.000 quilômetros de vias, com cerca de 560.000 lâmpadas, além de diversos equipamentos, constituindo um conjunto complexo, que demanda ações contínuas para possibilitar a sua operação, conservação e expansão.

Por outro lado, revelam-se necessárias, para operação do Sistema, contratações de inúmeros prestadores de serviço, entre os quais se insere o Contrato cuja execução se examina, que objetiva o gerenciamento e controle das quantidades e da qualidade dos serviços ajustados, incluindo o apoio consultivo, sempre no intuito de otimizar a referida operação.

De outro modo, importante ressaltar a natureza dos serviços de iluminação pública – de caráter essencial -, que não podem sofrer solução de continuidade, sob pena de graves prejuízos à população, sem olvidar que o sistema também representa um fator interligado à segurança dos munícipes.

É cediço que, acolhidos a Concorrência, o Contrato e o Termo de Aditamento 01/08, em Sessão de 22 de agosto de 2012, não cabe agora, em sede de análise de execução contratual, apontar possíveis irregularidades nesses atos, por se tratar de matéria preclusa. Sob essa ótica, afasto, desde logo, os questionamentos relativos à inexistência de definições claras do objeto contratual – item 1 do Relatório – e às imprecisões do Termo de Referência – item 4 também do Relatório – vez que se referem a possíveis falhas do Edital, com reflexos no Contrato – já acolhido – e não na execução contratual.

A este passo, consigno que, apesar de o controle e a fiscalização da execução contratual não se mostrarem totalmente adequados, as razões das defesas dos responsáveis – devidamente intimados – são passíveis de aceitação.

Por primeiro, no que atine à mão de obra efetivamente utilizada, para aferição dos quantitativos de horas trabalhadas, foi esclarecido que as atividades relativas ao Contrato são desenvolvidas em conjunto com a equipe técnica do Departamento, sob a supervisão dos Diretores Técnicos, sendo que a documentação respectiva contém elementos suficientes para atestar o desenvolvimento dos trabalhos, inclusive com detalhamento da equipe alocada e a distribuição das horas trabalhadas, tudo consolidado no Relatório Mensal de Atividades.

De outra parte, consta dos autos que os procedimentos relativos à formalização das comunicações à contratada são cumpridos por ILUME, que se comprometeu ademais, a registrá-las por escrito, mediante ofícios expedidos mensalmente.

No que atine à variação dos quantitativos no período de maio a agosto de 2008, é de se ressaltar que o Contrato contava com um fluxograma de implantação, ligado à mobilização da equipe; ademais, segundo ILUME, a variação do número de dias úteis provoca também a variação dos valores nas medições, até porque os valores unitários são calculados por tarifa horária.

Por outro lado, no que se refere à transferência de tecnologia, o Departamento afirmou que a cláusula vem sendo cumprida, consoante consta dos Relatórios, citando como exemplo a participação de ILUME no desenvolvimento de atividades relativas à apresentação de soluções tecnológicas e de materiais disponíveis no mercado, associadas a sistemas de iluminação, atendendo, assim, ao disposto nas cláusulas contratuais.

Quanto às averiguações acerca das quantidades dos itens de serviços medidos mensalmente, relativos à mão de obra, equipamentos e serviços, o Departamento reiterou que todos os serviços ajustados são adequadamente fiscalizados e atestados por ILUME.

Sob outro ângulo, o da alegada terceirização de atividades-fim de ILUME, as defesas apresentadas asseveraram que todos os trabalhos desenvolvidos pela Contratada inserem-se no escopo contratual, sem se sobrepor às competências do Departamento. Alega, ainda, que todas essas atividades compõem frações dos trabalhos consultivos e de assistência técnica-financeira contratadas, não havendo delegação da competência fiscalizatória de ILUME.

No que concerne ao possível superdimensionamento dos recursos humanos e materiais, decorrente da alegada terceirização, não há, nos autos, elementos que comprovem essa ocorrência, aliás mencionada como "podem ter sido superdimensionados" tratando-se, apenas, de uma possibilidade.

E, no que pertine ao atraso no pagamento das medições, a Coordenadoria constatou que nos referentes aos meses de maio e junho de 2008, houve extrapolação do prazo, que, entretanto, não prejudicou a execução contratual, posto que se limitaram a, no máximo, 3 (três) dias, nas hipóteses examinadas pela Auditoria.

Por todo o exposto, apesar de reconhecer a existência de deficiências nos controles e na fiscalização do Ajuste, entendo que tais impropriedades não levam, necessariamente, à rejeição da Execução, em especial pelos fatos de que os serviços foram prestados e o Contrato chegou ao fim.

Assim, acolho a Execução Contratual relativa ao período de abrangência de 1º a 31/08/2008. Faço, porém, severa determinação ao Departamento de Iluminação Pública para que, sob pena de responsabilidade, aprimore os controles relativos aos Contratos lavrados no seu âmbito e exerça adequadamente a fiscalização correspondente, aplicando, quando for o caso, as multas contratuais cabíveis.

É como voto.

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

A execução contratual parcial tratada nestes autos revelou a ocorrência de diversas irregularidades constatadas pela Auditoria desta Corte em seu Relatório inicial, irregularidades estas não afastadas pelas defesas apresentadas nos autos, razão pela qual a conclusão dos órgãos preopinantes foi no sentido da irregularidade da execução, ante, em síntese, a deficiência do projeto básico, a ocorrência de terceirização de parte da atividade-fim do ILUME, o provável superdimensionamento dos recursos humanos e materiais envolvidos na prestação dos serviços, a realização de atividades não contempladas no escopo contratado.

Considerando, pois, as conclusões alcançadas nestes autos, decorrentes dos apontamentos de irregularidade formulados pela AUD no Relatório de fls. 802/817v°([1]), só me cabe reafirmar as razões do voto que proferi

[1] *"5.1 - Não nos é possível verificar se os serviços estão sendo prestados de acordo com o pactuado e se os objetivos da contratação estão sendo alcançados, haja vista inexistir definições claras e objetivas do objeto e do escopo dos serviços contratados que possibilitem atestar e justificar tal verificação (subitem 3.2 do presente).*

5.2 - Não está sendo realizada pela Origem a fiscalização e o controle da mão-de-obra efetivamente dedicada ao Contrato, no que se refere aos quantitativos de horas trabalhadas por cada um dos profissionais em cada um dos trabalhos desenvolvidos mensalmente, prejudicando a avaliação criteriosa dos recursos humanos disponibilizados e das medições dos serviços prestados pela Contratada (subitem 3.3. do presente).

por ocasião do julgamento do Acompanhamento do Edital da Concorrência n° C01/SES/07, do Contrato n° 10/SES/08 e do TA n° 01/08, no âmbito dos TCs 72.0002.221.08-52 e 72.000.606.07-95, julgados regulares, por maioria, na 2.629ª Sessão Ordinária do Pleno, quando julguei irregulares tanto o referido Edital como o Contrato e o TA 01/08 decorrentes daquela Concorrência.

Peço vênia a meus pares para transcrever, a seguir, os fundamentos que alicerçaram o mencionado voto:

"Entendo que mesmo após a retificação de partes do Edital pela Origem, relativa a apontamentos da Secretaria de Fiscalização e

---

5.3 - Os procedimentos estabelecidos nos parágrafos 1º e 3º da Cláusula Décima Primeira do presente Contrato, quanto à formalização nas comunicações dirigidas à Contratada, não estão sendo obedecidos pela Origem, provocando infringência à cláusula contratual e prejudicando o acompanhamento do andamento e do atendimento às demandas do ILUME ao Consórcio(subitem 3.4 do presente).

*5.4 – O item 6 do Anexo III – Termo de Referência deverá sofrer as devidas correções, quanto ao equívoco apontado e quanto à obrigatoriedade de ajuste nos recursos humanos disponibilizados pela Contratada, para que sejam evitadas dúvidas e incertezas quando da análise do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato em comento (subitem **3.6** do presente).*

5.5 - As variações constatadas nas medições de serviços relativas aos meses de maio/08, junho/08, julho/08 e agosto/08, no que se referem aos quantitativos de horas mensais por categoria profissional, deverão ser justificadas pela Origem (subitem 3.6 do presente).

5.6 - Não encontramos evidências de que os procedimentos previstos no subitem 3.4.5 da Proposta Técnica apresentada pela Contratada, relativos à transferência de tecnologia e conhecimento aplicado, estão sendo seguidos, fato que deverá ser justificado pela Origem (subitem 3.7 do presente).

5.7 - Não encontramos nos autos dos processos de pagamento e administrativo que trata da contratação em análise documentos que demonstres terem sido realizadas, pela Origem, criteriosas e detalhadas averiguações das quantidades dos itens de serviços medidos – mão-de-obra e equipamentos e serviços – e da qualidade das prestações, quando da aprovação das medições mensais e da autorização de seus pagamentos (subitem 3.8 do presente).

5.8 - A execução pela Contratada de atividades que não estão dentre aquelas contratadas (Consultoria e Assistência Técnica-Financeira), tais como: elaboração de projetos e orçamentos, fiscalização de contratos, desenvolvimento de projetos e estudos de viabilidade, demonstra que está sendo efetivada a terceirização de parte da atividade fim do ILUME, o que não está previsto no Contrato, por não ter respaldo legal (subitem 3.9 do presente).

5.9 - Os recursos humanos e materiais previstos para a execução do objeto contratado podem ter sido superdimensionados, visto que a força de trabalho disponibilizada pela Contratada para atender a presente contratação extrapola a necessária para os serviços de Consultoria e Assistência Técnica-Financeira, considerando-se o fato que estão sendo realizadas atividades não contempladas no escopo contratado (subitem 3.9 do presente).

5.10 - Os pagamentos das medições nº 02 (maio/08) e nº 03 (junho/08), examinadas por amostragem, ocorreram extemporaneamente, contrariando o disposto no subitem 6.3, Cláusula Sexta do contrato" (subitens 3.10.3/a/b).

Controle, persistem irregularidades que comprometeram a licitação realizada, pelos argumentos ora apresentados.

Os itens de serviço arrolados como componentes do escopo dos serviços contratados não foram definidos com a especificidade e delimitação suficientes, fato que compromete a posterior fiscalização e gestão da execução contratual.

Um exemplo que corrobora o afirmado se faz presente diante do fato de que não restou claro o significado e "modus operandi" da supervisão e controle quali-quantitativo dos serviços objeto da contratação, como descrito no Gerenciamento Técnico, pois não há definição dos resultados pretendidos pelo Sistema Gerencial de Informações Integrado, ou mesmo, o que se entende por gerenciamento das informações técnicas, administrativas, organizacionais e de desenvolvimento dos trabalhos contratados pelo ILUME junto às Subprefeituras e outras áreas da Administração Municipal.

No mesmo sentido é a ementa de decisão exarada pelo Tribunal de Contas da União, neste tema, que elucida o entendimento já sedimentado por aquele órgão de controle externo:

'ACÓRDÃO Nº 427/2002 'Assim, entendo que a melhor interpretação da lei é no sentido de que os serviços, ainda que não sejam de engenharia, têm de ser descritos em minúcias, com todas as etapas a serem executadas, com indicação dos encargos do contratado e cronograma físico-financeiro etc., como bem assevera Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo, Dialética, 2001, pp.109/110)'.

Também não constam do Contrato as necessárias definições das metas, prazos, resultados ou quantidades que possibilitem aferir a qualidade e o dimensionamento das equipes técnicas necessárias para a execução do objeto, a qualificação profissional e o local da realização das atividades laborais de cada membro da equipe técnica, bem como os produtos a serem entregues e as ações a serem executadas, com a indicação dos custos unitários e totais de cada serviço, ação ou produto a cargo da empresa gestora e supervisora, com observância dos parágrafos 2º, incisos I e II, e 4º do art. 7º da Lei nº 8.666/93.

O simples argumento de que os quantitativos licitados como referência, relativos à mão de obra e materiais a serem utilizados, têm como base aqueles utilizados no contrato anterior, de mesmo objeto, não justifica, tecnicamente, o arbitramento das quantidades e necessidades da prestação de um serviço no futuro, pois a referência deveria ser do histórico de serviços efetivamente realizados.

Constata-se aqui infringência ao disposto no § 4º do art. 7º da Lei Federal n.º 8.666/93 abaixo transcrito:

'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 <u>previsões reais</u> do projeto básico ou executivo.'

Podemos observar ainda que a descrição dos serviços de forma genérica e vaga não estabelece de forma clara e objetiva como a contratada realizará o "apoio à fiscalização no controle de serviços" e não há definição de critérios e metodologia para tanto, assim como verifica-se a ausência de previsão de mão-de-obra a ser alocada (quantidade, qualidade e prazo) para cada tipo de serviço.

Há que se considerar que embora essa contratação tenha por base a anterior, inclusive nos seus quantitativos e encargos, não se pode afirmar que os serviços serão compatíveis e idênticos. Evoluções certamente ocorrerão e as demandas futuras serão de alguma forma outras, e, por isso, necessariamente deveriam estar claramente definidas, sob pena de descaracterizar a prestação de serviços para configurar mera locação de mão de obra. Prova disso é a forma com que o cronograma se apresenta, de forma linear ao longo do prazo contratual.

É importante destacarmos o voto proferido pelo Conselheiro Antônio Carlos Caruso em 28.11.2001, aprovado de maneira unanime nos autos do TC n.º 72.004.104.01-93, com relação à análise do Edital de Concorrência n.º 001/01/SIURB, o qual não representou um posicionamento definitivo do Tribunal de Contas do Município acerca da possibilidade ou não da contratação do objeto em tela em face do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal e no art. 59 do Decreto Municipal n.º 44.279/03, mas sim um posicionamento atrelado às circunstâncias fáticas do momento, como podemos observar pelos trechos transcritos:

'Em face do interesse público em jogo, tendo em vista a essencialidade do serviço, <u>é prematuro, neste momento</u>, focalizando apenas o edital examinado, sem o cotejo das atribuições e competências do ILUME e de seu quadro de pessoal, traçar uma orientação firme a esse respeito (grifo nosso).

Enfatizo, entretanto, <u>a necessidade de o Executivo proceder, com urgência, a estudos</u>, visando caracterizar quais <u>os serviços passíveis de terceirização</u> e, em decorrência, as implicações da Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial, do disposto no § único do art. 18.'

Não temos notícias de que, desde a data do Voto supracitado, a Origem tenha apresentado a este Tribunal as '... atribuições e competências do ILUME e de seu quadro de pessoal...' ou apresentado '... estudos, visando caracterizar quais os serviços passíveis de terceirização...'.

Assim, diante do decurso do prazo de mais de 05 (cinco) anos da não apresentação dos referidos estudos, é, no vertente caso, de

fundamental importância: 1) a verificação do cumprimento do disposto no art. 37, II, da Constituição Federal e no art. 59 do Decreto Municipal n.º 44.279/03 e 2) a realização de um efetivo controle – interno ou externo – sobre a atividade ora licitada, caso constatada a legalidade do objeto do certame.

Da análise dos pareces constantes nos autos, e do entendimento ora acostado, fica evidenciado que muitas das irregularidades que comprometeram o Edital não foram sanadas, conforme inclusive constatado pela Auditoria no Acompanhamento da Execução do Contrato, ao discorrer em um dos itens apontados na análise que 'Não nos é possível verificar se os serviços estão sendo prestados de acordo com o pactuado e se os objetivos da contratação estão sendo alcançados, haja vista inexistir definições claras e objetivas do objeto e do escopo dos serviços contratados que possibilitem atestar e justificar tal verificação'."

Ou seja, já naquele voto vencido se fazia o adiantamento de achados de Auditoria referentes à Execução Contratual, cuja instrução processual se iniciara, e que viria confirmar irregularidades decorrentes das impropriedades verificadas na licitação e na contratação.

Posto isto, e à vista dos elementos constantes dos presentes autos, julgo irregular a execução contratual examinada, aceitando, contudo, os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste referentemente ao período auditado, considerando que os serviços foram prestados e que não há nos autos demonstração de prejuízo ao Erário.