TC nº 72-001.755.10-86

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular a concorrência dos Serviços de engenharia consultiva e assessoria técnica na implantação de empreendimentos habitacionais e demais ações relacionadas ao plano estratégico de atuação. COHAB. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 55, § 1º, RITCMSP. Art. 5.º, XXXIV, CF/88.

TC citado 72-003.820.15-21

Relatório e voto englobado TCs 72-001.755.10-86 e 72-002.297.10-39.

2.898ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 20/04/2017

1º Julgado

ACOMPANHAMENTO. CONCORRÊNCIA. COHAB. Serviços de engenharia consultiva e assessoria técnica na implantação de empreendimentos habitacionais e demais ações relacionadas ao plano estratégico de atuação. Necessidade de projeto básico. Irregularidades no critério de julgamento e pontuação da proposta técnica, no prazo de prorrogação contratual e na multa por atraso no pagamento. IRREGULAR. Votação por maioria.

Legislação citada: Arts. 7º, §2º, I, 44 e 57 II, da Lei Federal nº 8.666/93.

Relatório e voto englobado TCs 72-002.297.10-39 e 72-001.755.10-86

2.771ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso voluntário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo, visto que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade e, quanto ao mérito, em negar-lhe provimento, mantendo-se o juízo de irregularidade da Concorrência 004/2010.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em reiterar a determinação do primeiro julgado, no sentido de que os efeitos financeiros decorrentes da contratação sejam analisados no âmbito do processo em que está sendo verificada a execução contratual, ainda em instrução nos autos do processo TC 72-003.820.15-21.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor "ad hoc" e JOÃO ANTONIO.

Ausente o Conselheiro DOMINGOS DISSEI – Revisor, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 9 de novembro de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

Relatório e voto englobados: v. TC 72-002.297.10-39.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro DOMINGOS DISSEI, após vista que lhe fora concedida na 2.754ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, ROBERTO BRAGUIM – Revisor e MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro JOÃO ANTONIO – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor e MAURÍCIO FARIA, em julgar irregular o Edital da Concorrência 004/2010, em razão dos apontamentos constantes do relatório da Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte – SFC:

1) Infringência ao artigo 7º, § 2º, inciso I, da Lei Federal 8.666/93 – o dispositivo de referência indica a necessidade de Projeto Básico para que obras e serviços possam ser licitados.

2) Critérios de Julgamento da Proposta Técnica – a Auditoria apontou que o julgamento das propostas técnicas estava embasado em elementos de análise subjetiva e expostos de forma precária (folhas 152/153, item 3.2.11 da manifestação) infringindo o artigo 44 da Lei Federal 8.666/93.

3) Critério de escolha da Pontuação das Propostas Técnica-Preço – o critério de escolha da pontuação das propostas técnica-preço por parte da Origem ocasionou um problema quanto a possibilidade de contratação da proposta mais vantajosa, segundo a análise formulada pela Auditoria (folhas 153/154, item 3.2.12).

4) Do prazo contratual – Prorrogação – o subitem 20.1 do Edital destaca que o prazo para execução dos serviços será de 24 meses consecutivos, obedecidos os critérios do artigo 57, inciso II, da Lei Federal 8.666/93.

5) Multa por atraso no pagamento – prevê o edital a multa por atraso de pagamento em 2% (dois por cento) sobre o valor da parcela vencida e atualização de 1% (um por cento) ao mês.

ACORDAM, afinal, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar o retorno dos autos à SFC, para que analise a execução contratual, com destaque nos prejuízos evidenciados em razão da adoção de critérios apontados como irregulares no edital de referência, para o fim de possibilitar o julgamento quanto à aceitação dos efeitos financeiros.

Vencido o Conselheiro DOMINGOS DISSEI, que, consoante voto apresentado em separado, conheceu da concorrência, em caráter excepcional, bem como determinou à Origem que, de futuro, observe fielmente a

legislação pertinente à matéria, de maneira que não mais se reproduzam, em seus futuros editais, os apontamentos elaborados pela área auditora deste Tribunal.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 15 de outubro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trata-se de acompanhamento de edital de licitação da concorrência nº 004/10/COHAB-SP, cujo objeto foi a contratação de empresa, em regime de empreitada por preços unitários, para prestação de serviços técnicos especializados de engenharia consultiva e assessoria técnica na implantação de empreendimentos habitacionais e demais ações relacionadas ao plano estratégico de atuação da COHAB-SP, com o apoio de bens e outros serviços para a sua execução.

O TC nº 72-002.297.10-39 trata de representação contra a mesma concorrência, apresentada por Grécia Cavalcante Martins, cuja semelhança dos objetos resultou em possibilidade de julgamento conjunto.

Cumpre consignar que a representante apontou problemas que entendeu impertinentes ao edital: "*a) a exigência de capital social mínimo de R$ 1.151.669,70; b) proibição da participação de consórcios no certame; c) atribuição de pontos à proposta técnica das empresas que apresentarem certificados de implementação de sistemas de gestão (a Representante entende que a apresentação dos certificados deveria constituir requisito obrigatório para todas as empresas licitantes); d) a subjetividade no julgamento dos temas "Conhecimento do Problema" e "Metodologia e Plano de Trabalho".*

A Equipe Técnica de Auditoria desta Corte apresentou sua manifestação (folhas 148/157), concluindo:

"De todo o exposto, concluímos, quanto aos aspectos da legalidade, formalidade e mérito, que a Concorrência n.º 004/2010 – COHAB-SP não reúne condições de prosseguimento, à vista das seguintes falhas, omissões e infringências:

4.1. Está caracterizada a infringência ao artigo 7º, §2º, inciso I, da Lei Federal n.º 8.666/93, pois o orçamento do custo total dos serviços carece de embasamento técnico e de justificativas.

4.2. A subjetividade e precariedade presentes nos critérios de julgamento das propostas técnicas atacados evidenciam infringências ao disposto no artigo 44 da Lei Federal n.º 8.666/93.

4.3. Os critérios adotados para a escolha dos índices de ponderação (Técnica x Preço) para o cálculo da Pontuação Final (PF), assim como a adoção da fórmula utilizada no cálculo da Pontuação de Preço (PP), não estão tecnicamente justificados e, além disso, estão equivocados, visto que no formato atual somente 9% (nove por cento) da Pontuação Final é efetivamente afetada pelo preço ofertado. Portanto, o real fator de ponderação relativo ao preço não é de 30% (trinta por cento) como indica o item 16.8 do Edital.

4.4. Por não tratar o presente edital de serviços de natureza continuada, o seu subitem 20.1 deve ser revisto para se adequar à legislação pertinente.

4.5. Embora os coeficientes arbitrados para os índices contábeis utilizados para a qualificação econômico-financeira não nos pareçam restritivos, verificamos que não estão justificados. Sendo assim, não restou atendido o disposto no artigo 31, §5º, da Lei n.º 8.666/93.

4.6. Visando evitar a subjetividade, a condição constante do subitem 24.11 do Edital deve explicitar o período ao qual se referirão os recolhimentos dos encargos trabalhistas e tributários a serem comprovados a cada medição a ser paga.

4.7. Cabe à COHAB-SP esclarecer quanto à imposição de penalidades a si própria no caso de atraso no pagamento, e quanto à adoção de atualização financeira no percentual de 1% (um por cento) ao mês sobre o valor de atraso que, no caso devida, deveria ser calculada "pro rata tempore".

Intimada, a Origem se manifestou (folhas 163/288) argumentando, em síntese: *"1. A compatibilização dos vários serviços elencados constitui serviços de forma continuada; 2. O critério de avaliação para pontuação foi realizado com fundamento no enfrentamento das atividades a serem desenvolvidas no futuro contrato; 3. Os critérios adotados no edital para a avaliação das Propostas de Preços e cálculo da Pontuação Final não estão equivocados, pois registram de forma objetiva os parâmetros considerados adequados pela COHAB-SP para a seleção da melhor proposta para a Administração; 4. Os serviços são de*

natureza continuada; 5. As justificativas dos índices encontram-se nos autos do processo administrativo. Estão de acordo com a legislação e fundamentam-se na necessidade de contratar empresas que cumpriram devidamente o contrato; 6. Os recolhimentos do INSS, FGTS e ISS já estão claramente explicitados no Edital; de acordo com os itens 24.11 com os estabelecidos nos subitens 24.1, 24.3 e 24.4; 7 – A previsão de multa por atraso no pagamento atende orientação do TCM/SP, e está de acordo com o princípio da razoabilidade e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.".

A Especializada manteve sua orientação anterior, reafirmando os itens 4.1, 4.2, 4.3, 4.4 e 4.6, e destacou que os percentuais propostos para a multa por pagamento em atraso (2% - dois por cento - sobre o valor da parcela vencida), e para a atualização financeira, de 1% (um por cento) ao mês, independente do número de dias decorridos, contidos no subitem 24.13 do Edital, devem ser revistos, sendo a atualização financeira calculada "pro rata tempore", restando caracterizada a flagrante desproporção entre o dano causado pelo atraso no cumprimento da obrigação e a possível indenização, arcando a Municipalidade com um custo desarrazoado.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo apresentou sua manifestação (folhas 302/308) e apontou que as irregularidades são em sua maioria de caráter técnico e de análise especifica de AUD e engenharia, ratificando seu entendimento. Apenas consignou em desacordo com a Especializada, em relação ao subitem 24.11 do Edital, acerca da sua subjetividade, pois considerando que a contratada deve manter sua condição de habilitação durante todo o contrato e as obrigações trabalhistas não podem estar condicionadas à liberação do pagamento.

Com relação aos percentuais propostos para a multa por pagamento em atraso e para a atualização monetária, conforme contido nos subitens 24.13 do Edital, bem como a questão da discricionariedade na aplicação das multas, acrescentou a douta Assessoria que discricionariedade no que tange às penalidades só é admitida quando a lei prevê diversas penalidades para a mesma infração, podendo o administrador optar por uma delas, que deverá estar vinculada às regras processuais previstas para a apuração da infração. Sendo assim, a aplicação de penalidade e o processo para verificação da infração são atos administrativos de natureza discricionária (escolha da penalidade) e vinculada (regras estabelecidas para apuração da infração), respectivamente.

Ao concluir, a AJCE entendeu que o edital não possuía condições de prosseguir. Todavia, destacou que o mesmo já produziu resultado com a assinatura do Contrato n.º 86/10, firmado entre a COHAB e a empresa Geris Engenharia e Serviços Ltda., em 29 de novembro de 2010.

A Origem prestou nova informação (folhas 339/342) e a Auditoria manteve o posicionamento anterior, com exceção ao subitem 4.6, por considerá-lo sanado, e a Assessoria Jurídica, por sua vez, também ratificando entendimento, opinou pelo não acolhimento do Edital de Concorrência.

Em ato sequente houve a manifestação da Procuradoria da Fazenda Municipal, endossando a defesa da origem (folhas 163/288 e 314/335), e requereu o acolhimento do Edital.

Por fim, manifestou-se a Secretaria Geral (folhas 351/355) opinando pela irregularidade do Edital, em consonância com os apontamentos trazidos pelos órgãos técnicos. Destacou a informação que o instrumento convocatório em análise produziu o Contrato de nº 86/10, firmado entre a COHAB e a empresa Geris Engenharia e Serviços Ltda. em 29.11.2010, no valor de R$ 10.940.830,59, consoante pesquisa realizada no sistema RADAR deste Tribunal (folhas 299).

É o RELATÓRIO.

VOTO ENGLOBADO

Dos pontos encartados pela Auditoria desta Corte, que culminaram na indicação de irregularidade do Edital e consequente vício original na referida contratação, pontuaremos individualmente suas incursões.

1) Infringência ao artigo 7º, §2º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93

O dispositivo de referência indica a necessidade de Projeto Básico para que obras e serviços possam ser licitados.

A equipe de Auditoria apontou os documentos integrantes que poderiam ser considerados como parte do projeto básico (folhas 150/151 – item 3.2.9 do relatório) e destacou:

"Portanto, devido a falta de dados e estudos técnicos, os quantitativos constantes do Orçamento COHAB-SP (folha 74) não foram tecnicamente justificados, resultando num valor total previsto para os serviços também tecnicamente injustificado.

Não há, também, nos anexos acima listados ou nos autos do processo interno que cuida dessa licitação, informações quanto às datas de início e término desses empreendimentos, ou mesmo dos seus prazos de execução. Consta apenas a quantidade dos empreendimentos, cuja execução será objeto de ordens de serviço individuais, a serem emitidas durante o período contratual.

Portanto, como o Orçamento COHAB-SP carece de embasamento técnico e de justificativas, está caracterizada a infringência ao artigo 7º, §2º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93."

As justificativas apresentadas pela Origem não foram suficientes para afastar as irregularidades apontadas. A Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral concordaram com AUD.

Assim, entendo pela pertinência da irregularidade por falta de projeto básico, com elementos suficientes para gerar um dado fundamentado para que o interessado pudesse qualificar e quantificar todas as fases necessárias à sua execução.

2) Critérios de Julgamento da Proposta Técnica

A Auditoria apontou que o julgamento das propostas técnicas estava embasado em elementos de análise subjetiva e expostos de forma precária (folhas 152/153, item 3.2.11 da manifestação) infringindo o artigo 44 da Lei Federal nº 8.666/93.

Os critérios devem estar estabelecidos de forma objetiva. A Especializada indicou que no Anexo II do Edital (folhas 68-70), localizam-se os critérios de julgamento da proposta técnica, com a aferição de notas máximas dos itens "Conhecimento e Problema" e "Metodologia e Plano de Trabalho", cujo destaque transcrevo para melhor ponderação:

"Quando se trata de avaliar CONHECIMENTO e PLANO DE TRABALHO não se pode aceitar que apenas existam, de um lado, as propostas perfeitas, excelentes e, de outro, as propostas péssimas, sofríveis. Assim procedendo, não estará sendo realizada uma adequada avaliação da capacidade técnica das empresas proponentes; sempre haverá diferenças entre as propostas das licitantes e são essas diferenças que deverão ser pontuadas para que se possa selecionar a melhor das propostas."

Destarte, como bem apontado pela Especializada, os critérios adotados pela Origem evidenciam um excesso de subjetividade em sua análise, infringindo o disposto no parágrafo primeiro, do artigo 44, da Lei n.º 8.666/93.

3) Pontuação das Propostas Técnica-Preço

O critério de escolha da pontuação das propostas técnica-preço por parte da Origem ocasionou um problema quanto a possibilidade de contratação da proposta mais vantajosa, segundo a análise formulada pela Auditoria (folhas 153/154, item 3.2.12).

Segundo o relatório de AUD, o critério de cálculo disposto no edital observa uma vantagem considerável para avaliação da melhor técnica em relação à proposta comercial. A pontuação do preço tem um peso de 30% (trinta por cento), enquanto a pontuação da proposta técnica tem um peso de avaliação de 70% (setenta por cento). Nesta situação a Administração deveria adotar a licitação do tipo técnica, em que, após serem classificadas as

concorrentes com pontuação mínima, é possível a negociação com a finalidade de se obter o preço mais vantajoso.

Ainda, a AUD frisou que as fórmulas adotadas pela COHAB-SP para que se calcule a Pontuação de Preço (PP) e a Pontuação Final (PF) são equivocadas e não possuem o condão de estimular os licitantes a ofertar valores mais competitivos em suas propostas comerciais, em destaque:

"Considerando que na Pontuação Final 210 pontos, independentemente do valor ofertado, serão conferidos a todos os licitantes, podemos concluir que 91% (noventa e um por cento) dessa pontuação (PF) independe do valor proposto pelo licitante.

Dessa forma, o percentual efetivo de ponderação relativo ao preço é de apenas 9% (nove por cento), o que demandaria, por razoável, a adoção de licitação do tipo "melhor técnica".

(...)

Diante do exposto, os critérios adotados para a escolha dos índices de ponderação (Técnica x Preço) para o cálculo da Pontuação Final (PF), assim como a adoção da fórmula utilizada no cálculo da Pontuação de Preço (PP), não estão tecnicamente justificados e, além disso, estão equivocados, visto que no formato atual somente 9% (nove por cento) da Pontuação Final é efetivamente afetada pelo preço ofertado. Portanto, o real fato de ponderação relativo ao preço não é 30% (trinta por cento) como indica o item 16.8 do Edital (folha 49).".

A Origem em suas manifestações apenas reafirmou o disposto no Edital, sem acrescentar elementos afirmativos sobre a validade dos critérios adotados, razão pela qual entendo pela irregularidade do item.

4) Do prazo contratual – Prorrogação

O subitem 20.1 do Edital destaca que o prazo para execução dos serviços será de 24 meses consecutivos, obedecidos os critérios do artigo 57, inciso II, da Lei 8.666/93.

O dispositivo legal em destaque na cláusula do edital dispõe:

*"**Art. 57** A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos.*

(...)

II – à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses."

Com o destaque da Auditoria, trata o presente de um contrato de escopo, e assim a sua duração deveria ser definida em função do tempo necessário à execução dos serviços contemplados no objeto. Não há dentre os serviços ora licitados, constantes do Plano Estratégico da COHAB-SP, qualquer um que possa ser considerado como serviço de natureza continuada.

Este entendimento foi ratificado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral.

Destarte, por não se tratar de prestação de serviço continuado e frente à necessidade de fixação de prazo para que a COHAB-SP possa exigir da contratada executante um mínimo de eficiência e celeridade necessária para satisfação do interesse público, entendo pela irregularidade do item.

5) Multa por atraso no pagamento

Prevê o Edital a multa por atraso de pagamento em 2% (dois por cento) sobre o valor da parcela vencida e atualização de 1% (um por cento) ao mês.

A indicação da Auditoria foi no sentido de que não caberia à Administração presumir a própria inadimplência e se autopunir, bem como deveria justificar a escolha do critério de adoção de atualização financeira no percentual de 1% (um por cento) ao mês sobre o valor em atraso que, caso devida, deveria ser calculado pelo tempo proporcionalmente decorrido (*pro rata tempore*).

As argumentações da Origem não justificaram o fato destacado por AUD, cujo atraso de apenas um dia na liquidação de alguma medição poderá acarretar o pagamento de 3% (três por cento) do valor da parcela à contratada, a título de multa e compensação financeira.

Por fim, registre-se a informação de folhas 299 da Coordenadoria VI, no sentido de que o instrumento convocatório em análise já produziu o Contrato de nº 86/10, firmado entre a COHAB e a empresa Geris Engenharia e Serviços Ltda., em 29 de novembro de 2010, no valor de R$ 10.940.830,59 (dez milhões, novecentos e quarenta mil, oitocentos e trinta reais e cinquenta e nove centavos).

Ante o exposto, **VOTO PELA IRREGULARIDADE** do Edital de Licitação Concorrência nº 004/10/COHAB-SP.

Quanto à representação formulada por Grécia Cavalcante Martins, malgrado a ausência de documentos necessários para seu regular recebimento, **CONHEÇO DA PRESENTE REPRESENTAÇÃO** em caráter excepcional, porém, ante a singularidade dos objetos JULGO PROCEDENTE com fundamento nos argumentos do TC nº 72.001.755-10-86.

DETERMINO o retorno dos Autos a Especializada, para que analise a execução contratual, com destaque nos prejuízos evidenciados em razão da adoção de critérios apontados como irregulares no edital de referência, para o fim de possibilitar o julgamento quanto aceitação dos efeitos financeiros. **(2.754ª S.O.)**.

VOTO em separado englobado apresentado pelo Conselheiro Domingos Dissei:

Senhor Presidente, meu voto é divergente do voto do Nobre Conselheiro Relator. Não conheço da representação, por ausência dos pressupostos para sua admissibilidade previstos no art. 55, parágrafo 1º, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal. Com relação ao TC 1.755.10-86, que aprecia o acompanhamento da licitação, ressalto que, apesar das irregularidades apontadas não terem sido justificadas pela Origem, o procedimento licitatório não teve sua abertura obstada por esta Corte, de modo que seu processamento ocorreu de maneira regular, culminando, inclusive, com a celebração do Contrato n° 86/10, firmado com a empresa Geris Engenharia e Serviços Ltda., sendo que este efeito produzido não pode ser ignorado, diante da modificação produzida na esfera jurídica das partes envolvidas.

Isto posto, CONHEÇO da Concorrência 04/10/COHAB-SP, em caráter excepcional, e determino à Origem que, de futuro, observe fielmente a legislação pertinente à matéria, de maneira que não mais se reproduzam, em seus futuros editais, os apontamentos elaborados pela área auditora deste Tribunal.