TC nº 72-001.854.04-10

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SIURB. Construção e substituição da EMEF. REGULARES. Votação unânime.

Legislação citada: Arts. 6º, IX, 7º, §§ 2º, I, 4º e 6º, IX; 30, § 1º, I; 40, § 2º, I, Lei 8.666/93.

2.741ª Sessão Ordinária

Transito em julgado: 03/07/2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regulares a Concorrência C12/SSO/03 e o Contrato 242/EDIF/03.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício à atual Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – Siurb, a fim de que, em futuros editais da espécie, observe as sugestões formuladas pela Coordenadoria II da Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte, em relação ao projeto básico e a cláusula que impede os licitantes de alterar os coeficientes das composições dos custos unitários – (folhas 137/147).

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o arquivamento dos presentes autos, após o cumprimento das formalidades legais devidas.

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

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda "ad hoc" CLAUDIA ADRI DE VASCONCELLOS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 8 de maio de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos da análise e julgamento da Concorrência nº C 12/SSO/03 e do Contrato nº 242/EDIF/03 da mesma decorrente, celebrado entre a Secretaria de Serviços e Obras – EDIF e a empresa Lopes Kalil Engenharia e Comércio Ltda. objetivando a execução de serviços e obras para a construção da Escola Municipal de Educação Fundamental – Jardim Britânia.

O Contrato apresenta o valor de R$ 1.704.168,42 (um milhão, setecentos e quatro mil, cento e sessenta e oito reais e quarenta e dois centavos) - (folhaS 08/47 e 51/62).

Em inicial manifestação a Coordenadoria II opinou pela regularidade da Licitação e do Ajuste, tendo sido os autos encaminhados ao setor de Engenharia da Casa por determinação do Subsecretário de Fiscalização e Controle (folhas 65/69).

A Especializada opinou pela irregularidade da Licitação e do Contrato em razão do seguinte:

1- A demonstração da capacitação técnica exigida no edital conflita com o disposto no artigo 30, § 1º, inciso I da Lei Federal nº 8.666/93, que proíbe exigir nos atestados de capacidade técnico-profissional quantidades mínimas– subitem 2.1.1.

2- O projeto básico de implantação não está assinado pela autoridade competente, encontrando-se, portanto em desacordo com o disposto no inciso I, § 2º do artigo 7º da Lei 8.666/93 – item 2.1.2.

3- O projeto básico não contém todos os elementos necessários à devida caracterização da obra, em ofensa com o estatuído no artigo 7º, § 4º e artigo 6º, inciso IX combinado com o artigo 40, § 2º, inciso I, da Lei 8.666/93.

Propugnou pela expedição de recomendação à Origem, para que nos futuros editais não faça constar a cláusula que impeça os licitantes de alterarem os coeficientes das composições dos custos unitários, pois a mesma conflita com o artigo 3º, § 1º, inciso I e artigo 40, inciso X da Lei n 8.666/93 (folhas 137/147).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo endossou a manifestação da Engenharia no tocante à irregularidade da licitação e do Contrato, asseverando no respeitante à área específica de sua atuação, que a exigência

referente à demonstração da capacidade técnica de desempenho anterior de atividade condizente e compatível com o objeto do pleito *"pode ter implicado em restritividade à competição no presente certame"* (subitem 3.1.4) e afrontou o disposto no artigo 30, § 1º, I da Lei Federal nº 8.666/93, ao exigir *"que o responsável técnico houvesse executado obra nova de edificação com área construída superior a 2.000 m^2 (dois mil metros quadrados), conforme se infere dos itens ora transcritos, de folhas 12 e 26 dos autos"* folhas 150/154.

Foram intimados os Membros da Comissão de Licitação, o Ordenador da Despesa (folha 47) e o Signatário do Contrato (folha 62) (folhas 47, 62, 156/159, 160, 163).

A Assessoria Jurídica, quanto à infringência do subitem 3.4.1 do Edital (demonstração da capacidade técnica), propugnou pela relevação da falha, em caráter excepcional, afirmando que o pleito contou com a participação de 30 (trinta) empresas e que não foram apresentadas impugnações ao certame e, também, que nenhuma empresa foi alijada da competição por descumprimento da aludida condição.

Sugeriu a oitiva da Coordenadoria VI no respeitante à possibilidade de responsabilização funcional dos Defendentes em relação aos demais questionamentos suscitados quanto ao Edital (folhas 245/249)

A Especializada sobre a matéria assim concluiu: *"A nosso ver, assiste razão aos membros da Comissão de licitação quanto à sua ausência de responsabilidade no que se refere à insuficiência dos projetos utilizados para a licitação, pois, a análise e aprovação de assuntos técnicos não cabe à comissão. No entanto, deve ser ressaltado que permanecem as infringências aos artigos 6, inciso IX, 7º, parágrafo 4º e 40, parágrafo 2º, inciso I da Lei Federal nº 8.666/93. Ratificam-se as demais constatações do relatório de folhas 137 - 145"* (folhas 253/266).

Em complementação ao pronunciamento exarado, a Assessoria Jurídica ratificou as conclusões alcançadas em seu parecer de folhas 245/248, quanto à comprovação da capacitação técnico-profissional das licitantes, e pelo parcial atendimento ao artigo 7º, § 2º da Lei Federal nº 8.666/93, no tocante à ausência de assinatura pela autoridade competente no projeto básico de implantação.

Concluiu posicionando-se pelo acolhimento em caráter excepcional dos atos em julgamento, sem embargo das determinações pertinentes, a critério superior (folhas 269/271).

O Órgão Fazendário insurgiu-se contra os termos do despacho, que indeferiu sua pretensão de nova oitiva da Administração Municipal, ante a constatação de que à todos os responsáveis foi conferida a oportunidade do exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Quanto ao mérito, sustentou que não obstante possam ser feitas restrições a impropriedades apontadas, não existem elementos suficientes a impedir o acolhimento dos procedimentos examinados, pois deverão ser analisada com as devidas cautelas, ante a ausência de dolo, má-fé ou de prejuízo para o Erário.

Propugnou pelo acolhimento dos atos praticados, relevando-se as impropriedades apontadas, no seu entender entendidas como de caráter meramente formal, ou alternativamente, pela aceitação dos efeitos jurídicos produzidos (folhas 283/293).

A Secretaria Geral se propôs o acolhimento em caráter excepcional da Concorrência e do Contrato, sem embargo da expedição das determinações pertinentes, em razão dos seguintes argumentos:

a. No respeitante à exigência de demonstração da capacidade técnica no (item 3.4.1 do Edital) afirmou: *"como consta das justificativas da Origem, por este critério nenhuma empresa foi inabilitada, nem tampouco contou com a prévia impugnação ao edital (folhas 230/231)", e .*

b. *"No que tange a ausência de assinatura ao projeto básico de implantação, por autoridade competente, em desacordo com o artigo 7º, inciso I parágrafo 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, como bem observou a AJCE em suas manifestações, os atos posteriores praticados pela autoridade competente foram suficientes para configurar a validade do procedimento em tela"* (folhas 295/299).

É o relatório.

VOTO

Embora a Engenharia da Casa tenha se pronunciado pela irregularidade do Edital pela infringência ao artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, que veda a apresentação de atestados de capacitação técnico-profissional com menção a quantidades mínimas ou prazos máximos, é pacífico o entendimento da Doutrina e da Jurisprudência no sentido da legalidade da inserção de referidas condições.

Neste sentido é a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 155.681-SP – 1ª Turma. estampada na obra *"Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública"*, Editora Renovar, 7ª edição, citado por Jessé Torres Pereiras Júnior nos comentários ao citado artigo, que, no essencial preceitua que " não há efetivamente vedação legal à exigência da espécie":

E, em assim sendo, concluíram a Assessoria Jurídica e a Secretaria Geral, no sentido de que não houve ofensa à competitividade do pleito por ter a Origem exigido das interessadas na construção da Escola Municipal de Ensino

Infantil – Jardim Britânia, a apresentação de atestado comprobatório da execução de obra nova com área de edificação superior a 2.000 m^2 (dois mil metros quadrados) – (folha 139).

Quanto à afirmação da Engenharia de ter havido infração ao artigo 7º, inciso I, e §§ 2º e 4º, da Lei nº 8.666/93, em razão de não se encontrar o projeto básico da obra assinado pela autoridade competente e não conter todos os elementos necessários à caracterização da edificação, verifica-se pelas circunstâncias ocorridas na Concorrência C12/SSO/03, haver se registrado, na espécie, a ocorrência do princípio largamente empregado pelos Tribunais Superiores da instrumentalidade do processo como primado da efetividade da tutela dos direitos dos responsáveis, significando, singelamente falando que não há nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

Vale ressaltar, por oportuno, que o procedimento licitatório transcorreu em perfeita harmonia e observância com o ordenamento jurídico vigente, pois, da Ata de Deliberação da Concorrência C 12/SSO03 (fls. 32/33) constou: "*Considerando que a empresa SCOPUS, primeira colocada no certame* não prorrogou o prazo de validade de sua proposta*, e que a segunda classificada Lopes Kalil –Engenharia e Comercio Ltda manifestou interesse em realizar a obra objeto da licitação pelo valor proposto pela primeira colocada" ...foi-lhe adjudicado o objeto.*

Em consonância com o exposto e o teor da Ata de Julgamento acima referida, infere-se que não há que se falar em responsabilização funcional dos agentes envolvidos em virtude das impropriedades suscitadas nos autos.

Isto porque, do pleito participaram 29 (vinte e nove) empresas, tendo sido habilitadas 27 (vinte e sete), e foi adjudicado o objeto do pleito licitado à Contratada Kalil – Engenharia e Comércio Ltda., segunda classificada, que concordou em realizar a obra pelo valor proposto pela primeira classificada, a qual não prorrogou a validade de sua proposta comercial.

Na situação em análise, há, ainda, que se ter presente, que as apontadas impropriedades do edital não atentaram contra o princípio da supremacia do interesse público, que restou preservado com o comparecimento de grande número de participantes ao pleito.

Em face do exposto, e de conformidade com os pronunciamentos favoráveis da Assessoria Jurídica e da Secretaria Geral, que subscrevo e ficam fazendo parte integrante do presente como razões de decidir, Julgo Regulares a Concorrência nº C12/sso/03 e o Contrato nº 242/EDIF/03.

Determino, no entanto, a expedição de ofício à atual Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – Siurb, a fim de que, em futuros editais da espécie, observe as sugestões formuladas pela Coordenadoria II em relação ao projeto básico e a cláusula que impede os licitantes de alterar os coeficientes das composições dos custos unitários –(folhas 137/147).

Uma vez cumpridas as formalidades legais **devidas, arquivem-se os** autos.