TC nº 72-002.007.07-51

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. CONCORRÊNCIA. SP-URBANISMO e SP-OBRAS. Remanejamento das linhas de alta tensão, implantação da Alça de Acesso Morumbi. Operacionalização do Complexo Viário Real Parque. CONHECIDA. Votação unânime. IMPROCEDENTE. Votação por maioria.

Relatório e voto englobado TC 72.001.611.07-60, 72.002.476.08-81

Legislação citada: Art. 6º, IX e 12, VII, Lei 8.666/93. Art. 25, Lei 13.260/01. Art. 6º, Res. 061/CADES/2001**.**

2.719ª Sessão Ordinária

Transito em julgado 23.06.2014

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 2.501ª S.O., na fase de discussão, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

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 da representação interposta.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, EURÍPEDES SALES – Revisor e DOMINGOS DISSEI, no mérito, em julgá-la improcedente.

Vencido, no mérito, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, que julgou a representação parcialmente procedente, nos termos do seu voto apresentado em separado.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar que se encaminhe cópia deste Acórdão à representante e à representada, em cumprimento ao que dispõe o artigo 58 do Regimento Interno desta Corte.

Participaram do julgamento o Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de dezembro de 2013.

EDSON SIMÕES
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO E VOTO ENGLOBADO

Cuida o TC 1.611.07-60 (item I) do acompanhamento do Edital da Concorrência 006970100, da Empresa Municipal de Urbanização – Emurb, tendo por objeto a contratação de empresa especializada de engenharia para execução do remanejamento das linhas de alta tensão, implantação da Alça de Acesso Morumbi, incluindo projeto executivo e execução das obras complementares necessárias à operacionalização do Complexo Viário Real Parque.

As primeiras conclusões alcançadas no Relatório de Acompanhamento apontaram questões que poderiam comprometer a higidez do procedimento licitatório em tela (fls. 182/226), razão pela qual determinei a suspensão temporária do Certame.

Oficiada, a Empresa ofereceu justificativas e esclarecimentos acerca do apontado, em razão dos quais o órgão auditor considerou superados vários questionamentos.

Entretanto, manifestou-se pela permanência, ainda, de outras impropriedades, que levaram a Auditoria a manter seu posicionamento anterior pela não continuidade da Licitação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por seu turno, considerou, dentre os questionamentos remanescentes, que somente a ausência de consulta ao Departamento de Controle Ambiental para o licenciamento da obra poderia impedir o seguimento da Licitação. Quanto à ausência de justificativa de alguns preços unitários ou de quantitativos orçados, e à falta de relevância de alguns serviços exigidos na comprovação de qualificação técnica, deixou de opinar, tendo em vista a conotação técnica do assunto.

A Chefia da Assessoria Jurídica de Controle Externo, por sua vez, ponderou que os aludidos apontamentos foram também satisfatoriamente justificados e, em face da especificidade da matéria, entendeu que a empresa deveria conhecer o relatório complementar e, no caso da manutenção das exigências técnicas conforme a minuta, apresentar as justificativas pertinentes. O

parecer conclusivo da Chefia da área jurídica foi pelo prosseguimento do certame, após os ajustes já admitidos pela Licitante.

Assim, calcado nas judiciosas e ponderadas colocações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, autorizei a continuidade do Certame. Adotadas as providências para verificar se as alterações no Edital foram implementadas, informou a Auditoria que, exceto em relação ao Termo de Referência – que indica o objeto da contratação, o escopo dos trabalhos, os serviços a serem realizados, a forma de sua remuneração e o prazo necessário –, a Empresa efetivara as modificações a que se comprometera, deixando apenas de alterar o prazo de execução das obras, compatibilizando-o com o cronograma físico-financeiro.

Entretanto, não foram localizadas no processo as justificativas das exigências relativas à qualificação técnica. Em pronunciamento de fls. 599/603, a Assessoria Jurídica de Controle Externo sugeriu a relevação da falta de adequação do Termo de Referência e nova intimação da Licitante para justificar as exigências de qualificação técnica nos itens apontados.

Após analisar os esclarecimentos oferecidos, os Órgãos Técnicos desta Corte mantiveram o entendimento anterior no que se refere às exigências relativas à qualificação técnica, pela falta de relevância financeira daqueles itens.

Divergindo das conclusões da Auditoria, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Procuradoria da Fazenda Municipal consideraram superado o único questionamento restante e opinaram pelo acolhimento do Edital (fls. 623 e 624/631).

O D. Secretário Geral, em derradeira manifestação, asseverou que a empresa adotou as medidas necessárias ao saneamento das falhas, restando demonstrado que foram solucionadas as questões relativas ao Edital, remanescendo, tão somente, a falta de adequação do Termo de Referência, passível de relevação. Ressaltou, ainda, que o saneamento das impropriedades, ademais, ensejou a autorização para que o Certame prosseguisse, tornando superado qualquer outro questionamento acerca da legitimidade das exigências formuladas. Assim, acompanhou os pronunciamentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Procuradoria da Fazenda Municipal, propondo o acolhimento do Edital examinado.

Tramita em conjunto com o presente o TC 2.007.07-51 (item II), que trata de Representação interposta por Construcap – CCPS Engenharia e Comércio S.A., em face do Edital analisado, impugnando o item que vedava a participação de empresas em consórcio e o que versava sobre a qualificação técnica.

Os técnicos designados para a necessária análise manifestaram-se pelo acolhimento parcial do pedido.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, entretanto, concluiu pela improcedência da Representação, tendo em vista o contido no TC 1.611.07-60, que analisou o Edital, no que foi acompanhada pela Procuradoria da Fazenda Municipal.

A Secretaria Geral, calcada no que restou demonstrado nos autos do acompanhamento do Edital, opinou pelo conhecimento da Representação e, no mérito, pelo seu improvimento, eis que restaram superados os questionamentos formulados.

É o relatório. **(2.501ª S.O.)**

VOTO ENGLOBADO

Desde logo, calcado nos minuciosos pareceres dos Órgãos Técnicos, da Procuradoria da Fazenda e da Secretaria Geral, que ficam fazendo parte integrante deste voto, ACOLHO o Edital de Concorrência nº 006970100-EMURB, analisado nos autos do TC nº 72.001.611.07-60.

Assim o faço, ademais, porque consoante salientou a Secretaria Geral, a Empresa adotou as providências adequadas ao saneamento das falhas apontadas pela Auditoria, na medida em que:

1) Incluiu na minuta do contrato, na cláusula de obrigações da contratada, subitem específico (7.1.3) indicando que no início dos serviços deverá ser apresentado laudo geotécnico para a confirmação da fundação;

2) Apresentou nova planilha orçamentária, com as alterações propostas pelos Órgãos Técnicos;

3) Inseriu no subitem 3.3 disposição específica, definindo o seu percentual de remuneração;

4) Fez constar, no subitem 12.1.4, a exigência de autorização e ato de registro ou autorização para funcionamento no caso de empresa estrangeira;

5) Justificou os índices econômico-financeiros exigidos dos licitantes;

6) Reformulou o subitem 12.1.4, que passou a prever a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, de recuperação extrajudicial e de pedido de falência ou concordata, ou de pedido de insolvência civil;

7) Suprimiu a exigência de reconhecimento das assinaturas da apólice de seguro;

8) Reformulou os subitens 12.1.21 e 12.1.22, relativos à declaração da disponibilidade de equipamentos e pessoal técnico;

9) Atualizou a alínea "d" do subitem 10.1, para fazer constar a restrição de participação de empresas em processo de falência, concordata, recuperação judicial ou extrajudicial;

10) Inseriu previsão de penalidade para o caso de inexecução total do contrato;

11) Com a publicação do edital reformulado, o prazo para sua aquisição e para prestação de garantia foi prorrogado.

Dessa forma, restou comprovado que as questões relativas ao Edital foram solucionadas, remanescendo somente a falta de adequação do Termo de Referência, que pode ser relevada.

Do mesmo modo, e com esteio nos mesmos pareceres, conheço da Representação interposta por Construcap-CCPS Engenharia e Comércio, para, no mérito, julgá-la improcedente.

Proceda-se na forma do artigo 58 do Regimento Interno e encaminhem-se cópias ao Senhor Prefeito, ao Presidente da Câmara Municipal e ao Presidente da Empresa Municipal de Urbanização e à Representante.

Na sequência, arquivem-se os autos.

VOTO em separado englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

O Edital da Concorrência Pública em exame, conforme relatado, foi publicado objetivando a contratação de empresa de engenharia especializada para execução das obras de implantação da alça de acesso Morumbi, bem como a execução de suas obras complementares e remanejamento das linhas de alta tensão, na esteira do constante do 'Termo de Referência' anexo ao Edital.

Em conformidade com as justificativas lançadas nos autos, bem como com os pareceres da Auditoria, constata-se que as denominadas "obras complementares" licitadas pela Concorrência em exame cuidam de objeto parcialmente destacado do contrato principal voltado à execução do Complexo Viário Real Parque, anteriormente licitado através da Concorrência Pública nº 011830100,

cujos processos foram julgados regulares à unanimidade por esta Corte de Contas[1], tendo este Conselheiro se declarado impedido.

Nesta senda, esclarece inicialmente o Relatório de Auditoria (fls.183/184 do TC 72.001.611.07-650):

"... Consta da introdução do Termo de Referência (Anexo 1 do Edital – fls. 85-86):

"... A presente contratação tem por objetivo a execução de obras e serviços que complementarão as obras principais citadas acima, de forma a tornar operacional o Complexo Viário e garantir a sua inserção urbana, além de aumentar sua abrangência com a implantação de uma Alça de acesso direto ao bairro Morumbi.

A implantação destas obras complementares deverá se desenvolver em perfeita sintonia com as que já estão em execução. De fato, algumas atividades, tais como, o remanejamento de linha de alta tensão da Eletropaulo na margem esquerda do rio Pinheiros e a recolocação da torre d´água da Estação de Bombeamento da SIURB, constituem-se na remoção de interferências para permitir a conclusão das Pontes Estaiadas em execução." (grifo nosso).

Nessa medida, a análise da Concorrência 006970100, ora em julgamento, não pode ser realizada sem prévia análise do contexto das obras principais e serviços complementares do Complexo Viário Real Parque, executadas por meio do Contrato nº 0118301000/EMURB, para a devida compreensão da regularidade de seu objeto.

- **O objeto original licitado: o Complexo Viário Real Parque**

Em breve histórico da execução do Complexo Viário Real Parque, verifica-se que, em conformidade com o projeto básico que subsidiou esta licitação e respectivo contrato, previu-se inicialmente a construção de duas pontes estaiadas retas, a 45° em relação ao eixo da marginal do Rio Pinheiros, apoiadas em dois mastros, com o cruzamento das pistas ocorrendo próximo à Avenida Roberto Marinho.

Em 2004 foi celebrado o Termo Aditivo nº 01, que teve por objeto alteração do projeto básico, com eliminação das estruturas mistas (aço estrutural + concreto) e a adoção de 02 pontes em curva apoiadas num único mastro. Nessa época a execução daquele contrato ainda alcançava o percentual de 16,50%, relacionados aos serviços de infraestrutura e início da mesoestrutura. Em suma, o referido Aditivo suprimiu as estruturas mistas e substituiu os 02 mastros originais por apenas 01, como único apoio das pontes cujo traçado passou a ser em curva: quando da retomada da obra, após os questionamentos e renegociações, o

[1] **TC´s 2.869.03/41; 175.04/32; 87.04/77; 1.743.07/00**

reequilíbrio do contrato se mostrava indispensável, e, se feito, disponibilizaria recursos dentro do próprio contrato, da ordem de 16%, que, somados ao limite legal de 25% para aditamentos, atingiria o percentual de 41%, ou aproximadamente 60 milhões de reais, alterações essas necessárias para atender às demandas extraordinárias geradas pelo desenvolvimento do projeto executivo.

Dos estudos desenvolvidos posteriormente para o projeto executivo, apurou-se que, perpendicular aos mastros, inicialmente projetados, e no ponto onde estes deveriam se apoiar, existia enterrada a linha de transmissão Xavantes, a maior do País, com 345 kV de tensão e que abastece um terço da cidade, e é de propriedade da Emae (Empresa Metropolitana de Águas e Energia). De igual forma, outras interferências surgiram, a saber: a) rede de tubulações com 1.000 mm de diâmetro, que controla a vazão e eleva as águas do córrego Água Espraiada em direção ao Rio Pinheiros, existente em posição transversal ao mastro adotado pela alteração do projeto, fato que exigiria soluções de infraestrutura alternativas; b) existência de linhas de trem da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM; e c) linhas de transmissão aérea da AES Eletropaulo, que interferiam no traçado e gabarito das alças de acesso das pontes e demandariam serviços de alteamento que levariam a um acréscimo em torno de R$ 20 milhões no valor do contrato.

A despeito disso, foi dada continuidade à execução do contrato, tendo sido promovidos, no total, 23 Termos Aditivos, de inserção de itens extracontratuais em mais de 36% do valor do contrato original, de adequação de quantitativos e cronogramas, com supressões que compensaram a extrapolação do limite de 25%. Porém, tais alterações não foram suficientes para absorver as demandas do projeto executivo desenvolvido(remoção das interferências; execução do fundamental e indispensável monitoramento dinâmico de longa duração das estruturas; sinalização (indissociável da obra viária segundo o Código Brasileiro de Trânsito), paisagismo e iluminação cênica e pública das pontes), indispensáveis à sua consecução, não admitindo a alegação de serem elas obras complementares.

É nessa medida que alguns dos serviços integrantes do contrato nº 0118301000/EMURB (de execução das obras da ponte estaiada) foram excluídos ou tiveram seus quantitativos reduzidos, e inseridos neste Edital que ora se analisa - dos 112 itens iniciais, cerca de 56 foram excluídos ou reduzidos.

Reiteramos, nesse particular, apontamento destacado inicialmente pela Auditoria, quanto à falta de planejamento adequado por parte da Administração e que demandou esta nova licitação para a conclusão de obra já contratada e iniciada.

- **O Edital de Concorrência 006970100**

Destaco, nesta oportunidade, que a análise da adequação das supressões/exclusões de itens feitas no contrato original, em seus aspectos legal e técnico de engenharia, não será objeto de análise neste voto, na medida que

tal discussão encontra sede própria em outros processos desta Corte em que se analisa aquela obra.

O que cabe aferir, neste julgamento, são os aspectos negativos dessa transferência. Evidencia-se que os denominados serviços complementares incluídos no novo certame não têm natureza acessória, POR SEREM OS MESMOS SERVIÇOS INDISPENSÁVEIS À TOTAL CONSECUSSÃO DO OBJETO DO CONTRATO PRINCIPAL, em NADA GUARDANDO relação COM a alça de acesso tida como licitada, mas SIM COM a própria ponte estaiada.

Nessa medida, a pretensão de licitar tais serviços de forma apartada, na forma do Edital que se examina, exigiria a necessária renegociação do contrato original, com as devidas revisões de preços, reequilíbrio econômico-financeiro, com consequente disponibilização dos recursos a ele vinculados, da ordem de 60 milhões de reais.

Assim, verifica-se, da análise do Termo de Referência constante do Anexo 1 do **Edital de Concorrência 006970100,** que foram trazidos os seguintes itens de serviços do contrato original:

- *'**Obras Complementares':** item que englobou os serviços de monitoramento de longa duração, no valor aproximado de **5 milhões** de reais.* Conforme anotação da empresa ANTW Engenharia de Projetos, contratada para a elaboração do projeto executivo, quando da redação do termo de referência relativo ao monitoramento dinâmico das estruturas das pontes estaiadas, estes serviços tem vinculação com o objeto do contrato 0118301000, os quais foram divididos em duas fases*: (a) a primeira durante a execução dos estais e da própria estrutura, **como de fato ocorreu no âmbito do contrato 0118301000 por termo aditivo**, e (b) a segunda, após a entrada de todo o conjunto em operação pelo período de dois anos, o que acabou sendo incluído na nova licitação, apesar de ser uma continuidade da primeira fase e não guardar nenhum vínculo com as obras complementares;*

- ***pavimentação das pontes e toda a sinalização horizontal, vertical e semafórica, incluídas no grupo 'Adequação Marginal':*** *Esse conjunto de serviços atingiu a cifra aproximada de **15 milhões** de reais, e também não evidencia natureza complementar, até por força das normas constantes do Código Brasileiro de Trânsito, razão pela qual não deveria ter sido desmembrado do contrato 0118301000;*

- ***Alça de Acesso Morumbi prevista no edital 006970100:*** *este item teve valor estimado em torno de **9,5 milhões** de reais, ou 14% do previsto no edital.* Todavia, como consta dos relatórios da Auditoria, a referida alça de acesso não foi executada e, não obstante, não restou saldo contratual suficiente para tanto.

- **As irregularidades do Edital de Concorrência 006970100**

Por derradeiro, resta enfrentar as irregularidades pontuais destacadas pela Auditoria nos autos da Análise do Edital (TC 1.611.07-60) e da Representação interposta (TC 2.007.07-51), ambos em julgamento, apesar das alterações promovidas no Edital pela EMURB, em cumprimento à determinação exarada pelo Excelentíssimo Senhor Conselheiro Relator, em seu despacho de fl. 473.

Não obstante as manifestações lançadas no curso da instrução dos processos pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, bem como o entendimento do nobre Conselheiro Relator, entendo não superadas as seguintes irregularidades, tidas como de maior relevância, na esteira dos pronunciamentos da Auditoria:

Ausência de licenciamento ambiental prévio *(subitem 4.1 do Relatório de Acompanhamento de Edital)*

Neste item, entendo que a irregularidade não restou afastada, considerando que a solução encontrada pela Origem – *postergar as providências necessárias ao licenciamento para o momento da elaboração do projeto executivo* - não se coaduna com os ditames legais impostos a uma licitação, cuja definição do objeto deve ser prévia à sua realização.

Nessa medida, não se pode admitir que a obtenção da licença da instalação seja postergada para após a assinatura do contrato, uma vez que eventual incompatibilidade da mesma implicaria não apenas adequação do cronograma das obras, mas também na necessária revisão dos itens de serviços licitados e do preço proposto no certame pelos interessados, mantendo-se, portanto, a irregularidade apontada, de ausência de consulta prévia ao Departamento de Controle da Qualidade Ambiental, com ofensa aos artigos 6.º, inciso IX, e 12, inciso VII, da Lei Federal n.º 8.666/93 e ao artigo 6.º da Resolução n.º 061/CADES/2001.

Em meu entendimento, inviável a postergação de estudos de diagnóstico próprios da fase prévia da licitação para as fases posteriores, mantendo sob condicionante a obtenção do necessário licenciamento ambiental. Tal procedimento deve ser prévio à elaboração do projeto básico para viabilizar o fornecimento dos elementos mínimos necessários para a adequada caracterização da obra. Aliás, esse é o entendimento já consolidado pelo Tribunal de Contas da União, em seu Manual de Licenciamento Ambiental, disponível em seu portal eletrônico, que assim aborda a questão:

"O adequado tratamento da questão ambiental no projeto básico significa adotar, na sua elaboração, a localização e a solução técnica aprovadas na licença prévia e incluir as medidas mitigadoras e compensatórias definidas como condicionantes na licença prévia no item identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra.

A elaboração do projeto básico antes da concessão da licença prévia não deve ser adotada. Ao solicitar essa licença, o empreendedor não tem garantia de que ela será outorgada. Também é possível que, para ser autorizada, o projeto tenha que sofrer modificações em itens como localização e solução técnica. Por isso, não faz sentido gastarem-se recursos com a elaboração de projeto básico que pode não ser autorizado ou possivelmente tenha de ser modificado na sua essência. Recomenda-se assim que ele seja elaborado após a concessão da licença prévia, quando estará atestada a viabilidade ambiental no que concerne à localização e à concepção do empreendimento.

Reconhecendo a necessidade da existência de licença prévia anterior ao projeto básico, o TCU proferiu o Acórdão 516/2003-TCUPlenário, qualificando como indício de irregularidade grave, para efeitos de suspensão de repasses de recursos federais, a juízo do Congresso Nacional, a contratação de obras com base em projeto básico elaborado sem a existência de licença ambiental prévia (subitem 9.2.3.1).”

Não há como acatar, portanto, a manifestação da Assessora Chefe da AJCE, neste particular, quando remete à fase de execução do contrato questão indispensável à regularidade da licitação e do ajuste.

Insuficiência de informações para subsidiar a escolha do tipo de fundação e de seu dimensionamento - sondagens (*subitem 4.2 do Relatório de Acompanhamento de Edital)*

Esta irregularidade teve como fundamento o fato de que a Origem, para a consecução do projeto básico da licitação ora em julgamento, valeu-se de dados colhidos na sondagem da construção das pontes estaiadas e das alças principais do Complexo Viário Real Parque. Todavia, como bem observado pela Auditoria desta Casa, as informações reaproveitadas não bastam para validar o método adotado como premissa no projeto das obras complementares objeto da concorrência em exame.

Nesse particular, destacou a Auditoria que, à fl. 194, constatou-se duas sondagens localizadas no entorno da alça de acesso, utilizadas para o pré-dimensionamento das fundações, que apresentaram significativa variabilidade, fato este que evidencia, por si só, que havia necessidade de sondagem própria para a alça de acesso posteriormente licitada, em local diverso daquele dos dados colhidos anteriormente, caracterizando a ofensa ao artigo 6.°, inciso IX, da Lei Federal n° 8.666/93, por insuficientes as informações do projeto básico que deu suporte ao Edital em exame.

Diante disso, num esforço de regularizar a questão, o mecanismo encontrado pela Origem foi comprometer-se a inserir, na cláusula de obrigações da contratada, subitem específico indicando que, previamente ao início dos serviços, deveria a contratada apresentar laudo geotécnico para a confirmação da fundação, adequada às necessidades locais.

Todavia, tal prática em nada soluciona a questão, na medida que remete à fase de execução contratual o conhecimento de informações que devem ser prévias à licitação, tendo em vista que a realização de sondagens específica para cada obra é fundamental para o dimensionamento adequado das fundações, minimizando as possibilidades de aditamento ao futuro contrato.

Nessa senda, por amor à brevidade, acompanho o parecer exarado pela Auditoria neste item como fundamento da irregularidade apontada, a qual, em meu entender, não restou afastada pela manifestação da Assessora Chefe da AJCE, por ausência de argumentação técnica.

Desapropriações *(subitem **4.3** do Relatório de Acompanhamento de Edital)*

Argumentou a AJCE pela superação deste apontamento, considerando que a identificação exata das áreas a serem desapropriadas somente seria possível quando da elaboração do projeto executivo da obra, evitando-se, assim, eventual despesa indevida aos cofres públicos com uma possível desapropriação desnecessária.

Todavia, neste particular, também acompanho o entendimento da Auditoria, no sentido de que o conceito de planejamento da ação administrativa exige que esta questão seja devidamente equacionada previamente à licitação, para que as obras não venham sofrer interrupções e atrasos no curso de sua execução, com possibilidade de prejuízo decorrente de eventual necessidade de indenização ao contratado.

Ademais, licitar uma obra sem que o projeto básico contemple informações sobre os locais em que serão necessárias as desapropriações, plenamente disponíveis, inviabiliza a realização das soluções técnicas advindas do projeto executivo e dos itens extraordinários decorrentes dessas soluções, por impedimento de posse e acesso prévio à área de intervenção, afetando os custos e o cronograma da obra, conforme esclarecido no item precedente deste voto.

Considerando que **as obras vinculadas ao Complexo Viário Real Parque integram a Operação Urbana Água Espraiada**, submete-se o exame desta questão ao art. 25 da **Lei nº 13.260 de 2001, com as alterações promovidas pela Lei nº 15.416/2011**, nos seguintes termos:

"Art. 3º. O art. 25 da Lei nº 13.260, de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art.25. A São Paulo Obras – SPObras e a São Paulo Urbanismo – SPUrbanismo ficam autorizadas a praticar todos os atos necessários à realização da Operação Urbana Consorciada Água Espraiada, em especial para atender o Programa de Intervenções estabelecido no art. 3º

desta lei, visando a redução dos impactos e resguardando a qualidade de vida e o interesse coletivo.

§ 1º. As desapropriações judiciais serão obrigatoriamente conduzidas pela São Paulo Obras e pela São Paulo Urbanismo, com o apoio técnico e jurídico da Procuradoria Geral do Município, em especial do Departamento de Desapropriações.

§ 2º. A fase declaratória da desapropriação, a avaliação e a desapropriação amigável poderão ser realizadas pela Municipalidade, nos termos do Decreto nº 51.638, de 19 de julho de 2010."

A leitura das normas supratranscritas dá a dimensão da interface entre diversos órgãos da Administração, além de evidenciar a questão envolvendo a possível morosidade intrínseca ao processo expropriatório: a propositura da ação judicial demanda, pois, tempo considerável entre o preparo dos elementos técnicos necessários ao seu ajuizamento, tais como elaboração da planta expropriatória, estudo dominial executado sobre o levantamento topográfico, etc., até a definição sobre o valor indenizatório prévio para fins de depósito judicial, que implica em avaliação pericial provisória, para só então ocorrer a efetiva emissão na posse.

Todo esse detalhamento deve ser necessariamente definido anteriormente à licitação, para a exata definição do objeto licitado e da execução física e financeira do projeto a ser implantado.

Sobre o tema, uma vez mais invoco a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, que, em julgamento de Auditoria realizada em convênio firmado entre o DNER e o Departamento de Viação e Obras Públicas do Estado de Mato Grosso para obras de implantação e pavimentação da variante da Serra de São Vicente na BR 070/163/364, fez constar as seguintes determinações no Acórdão exarado:

"(...)

8.3.5 providencie a regularização da propriedade dos imóveis no segundo segmento da rodovia (antigo leito terroso da BR 163/364/070 pré-existente);

8.3.6 observe o disposto no art. 7º, II, da IN 01/97 - STN, no sentido de que o termo do convênio deve especificar a obrigação de cada um dos participantes, inclusive a responsabilidade pelas necessárias desapropriações e pela contrapartida;

8.3.7 observe o disposto no art. 21 da IN 01/97 - STN, no sentido de que a transferência de recursos financeiros destinados ao objeto do convênio deve

obedecer ao Plano de Trabalho previamente aprovado, tendo por base o cronograma de desembolso, cuja elaboração deverá ter como parâmetro para a definição das parcelas o detalhamento da execução física do objeto, detalhamento esse que deve necessariamente contemplar as prévias desapropriações necessárias à realização da obra;

(...)"

Nesse particular, pois, entendo não ser tecnicamente aceitável remeter à fase de execução do contrato questão indispensável à regularidade da licitação e ao bom desenvolvimento do ajuste dela decorrente, razão pela qual entendo que deva prevalecer o entendimento da Auditoria expresso nos autos, pela irregularidade do procedimento.

Itens de serviços com preços unitários e/ou quantitativos não justificados *(subitem **4.4** do Relatório de Acompanhamento de Edital)*

A Auditoria, após sucessivos esclarecimentos prestados pela Origem, manteve o entendimento no sentido de que alguns dos preços unitários ou quantitativos orçados na planilha orçamentária não restaram justificados, para subsidiar o Edital em exame.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por sua vez, opinou que as divergências de entendimentos entre os Auditores desta Corte e os técnicos da EMURB não teriam influência no julgamento final das propostas e tampouco poderiam ter o condão de ocasionar prejuízo à Administração.

Todavia, tal argumento não procede, uma vez que a análise da Auditoria evidenciou que alguns dos itens continham sobrepreço e baixo quantitativo, e outros, ao contrário, apresentaram baixos preços e grandes quantitativos. O resultado desse apontamento tem clara repercussão na proposta e na execução do contrato, considerando que eventualmente os quantitativos dos itens com sobrepreço podem ser acrescidos e os de baixos preços, reduzidos ou suprimidos, apresentando-se o risco do denominado "jogo de planilhas".

Aliás, vale breve menção no sentido de que esse cenário de fato ocorreu, o que se constata dos relatórios de Auditoria no processo específico que faz o acompanhamento da execução do contrato decorrente deste certame (TC 72.002.476.08-81), ainda pendente de julgamento, onde se constata inúmeros aditivos para adequação de planilha e acréscimo de serviços, quantitativos e valor ao contrato, sem que paradoxalmente o objeto Alça Morumbi tivesse sido construído e as desapropriações, realizadas.

Sem adentrar no âmbito do julgamento da execução do ajuste, ainda em fase de instrução, a questão é que a evidenciação fática da não

execução da Alça Morumbi, por si só, já basta para afastar o argumento genérico da Assessoria Jurídica de Controle Externo, de ausência de prejuízo na falta da devida justificativa dos preços unitários, falha grave indicada nos relatórios de Auditoria que instruíram os autos.

Nessa medida, acompanho uma vez mais o entendimento exarado nos autos pela Auditoria, conclusivo quanto à ausência de justificativa para os seguintes itens de serviço: 11 (em relação à consideração de custos mensais e fixos em apenas uma composição); 119; 120; 139, 140 e 141 (em relação aos coeficientes para o guindaste hidráulico e para a plataforma elevatória); 262 (acompanhamento técnico de obras) e 265 (mobilização e instalação do canteiro de obras).

As implicações deste apontamento deverão ser objeto de detida análise na fase de execução contratual, para identificar possíveis prejuízos financeiros decorrentes das alterações contratuais posteriormente concretizadas, a partir dos aditivos firmados.

Restrição à participação de empresas reunidas sob a forma de consórcio *(subitem 10.1 do Edital)*

Cumpre, nesse passo, abordar a questão da vedação à participação de empresas reunidas em consórcio no certame.

A razoabilidade da opção administrativa não restou justificada nos autos, o que, no meu entender, inibiu a natural ampliação do universo de participantes no certame, ressaltando a natureza restritiva da cláusula editalícia, que, aliada aos atestados técnico-operacionais e técnico-profissionais exigidos com referência a inúmeros itens de serviço a serem executados, inviabilizou a busca efetiva de proposta mais vantajosa para a obra licitada, limitando sem justificativa plausível o universo de empresas interessadas. Nesse sentido, a doutrina de Carlos Ari Sundfeld:

> **‘Na licitação, deve-se sempre buscar a máxima competitividade, através de condições que permitam a máxima afluência de licitantes. Por isso, sobretudo quando a contratação é de porte elevado ou envolve múltiplas especialidades, deve-se admitir o consórcio, viabilizando a participação de pessoas que, isoladas, não teriam capacitação suficiente para concorrer.**
> **(...)**
> **A lei não contém disposição expressa exigindo a admissão de consórcios. Mas disso não deriva a total discricionariedade para a Administração decidir a respeito, pois a incidência do princípio da competitividade pode, nos casos concretos, determinar sua obrigatoriedade.’**

Assim, também neste aspecto acompanho o entendimento exarado pela Auditoria quanto à restritividade decorrente de tal vedação, considerando a diversidade dos serviços licitados, que envolveram múltiplos ramos de atividade, tais como os serviços pertinentes à rede de alta tensão, que caberiam a uma empresa instaladora, e os serviços de execução das alças de acesso, que caberiam a uma empresa de construção civil.

Limitação de número de atestados *(subitem 12.1.18.3 do Edital)*

Referido subitem do Edital limitou o número de atestados a serem utilizados para a prova de qualificação técnica, em um máximo de 5 (cinco), para atendimento de todos os serviços indicados no subitem 12.1.18.2.

Tal exigência, aliada à vedação dos interessados de se reunirem em consórcio, mostra-se também restritiva, diante da diversidade dos serviços e da especificidade exigida, conforme já assinalado.

Assim, no caso concreto, tendo por base a diversidade do objeto licitado e os quantitativos exigidos, entendo que o argumento trazido pela Representante foi procedente, pois a regra editalícia restringiu o universo de interessados àqueles que tivessem em seu acervo a execução de grandes obras, que contemplassem, ao mesmo tempo, grande parte dos serviços exigidos, cenário este que não me parece compatível com a finalidade da Lei de Licitações.

Inadequação de exigência de comprovação técnica de experiência em alguns serviços

Neste tema, por fim, limito-me a acompanhar o entendimento exarado pela Auditoria, no sentido da ausência de justificativa para a exigência de comprovação técnica dos seguintes serviços, dada a natureza técnica da análise, evidenciando o caráter restritivo dos seguintes itens do Edital:

Subitem 12.1.18.2, alínea "a1": comprovação para qualificação técnica de experiência em **detalhamento de projetos executivos** de remoção e execução de linha de transmissão de energia, remoção e execução de redes existentes de média e alta tensão, superestrutura em concreto protendido, terraplenagem, pavimentação, drenagem, iluminação pública, luminotécnica, sinalização horizontal e vertical, urbanização e paisagismo. Neste particular, conforme anotado pela Auditoria, os serviços de projetos geralmente são subcontratados, não havendo lógica em exigir experiência em sua execução, o que, aliás, inviabilizaria a terceirização dos serviços, além do fato de não possuírem relevância financeira no contrato;

Subitem 12.1.18.2, alínea "a6": comprovação para qualificação técnica de experiência em serviços de execução de estrutura metálica curva ou angular para efeito aerodinâmico em tabuleiros de pontes ou viadutos maior ou igual a 1.650m2. Conforme destacado pela Auditoria, esse tipo de estrutura em

pontes e viadutos é utilizado em casos muito particulares e, portanto, a exigência prevista no Edital restringe o universo de possíveis licitantes.

Subitem 12.1.18.2, alínea "a7": comprovação de experiência em serviços de execução de luminotécnica cênica externa com instalação de luminárias tipo projetor (para lâmpadas de vapor metálico), em número maior ou igual a 160 unidades. Aqui o caráter restritivo está no quantitativo fixado, na medida que, segundo a Especializada, *não há diferença técnica na instalação de 50, 100 ou 160 unidades de luminárias cênicas, restringindo, pois, a possibilidade de um número maior de interessados.*

Assim, em que pese ter sido autorizada a continuidade da CONCORRÊNCIA nº 006970100 – EMURB pelo i. Conselheiro Relator, calcado nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, entendo que não restaram superadas relevantes questões técnicas de engenharia pontuadas pela Auditoria desta Corte, no curso da instrução, passíveis de comprometer a regularidade do certame, por refletir natureza restritiva à ampla competitividade dos interessados.

Diante do exposto, julgo **irregular o Edital de CP nº 0006970100. Conheço da Representação que tramita em conjunto, por presentes seus pressupostos de admissibilidade e, no mérito, julgo-a parcialmente procedente, quanto aos subitens do Edital 10.1 (vedação à participação de empresas reunidas em consórcio), 12.1.18.3 (limitação do número de atestados) e 12.1.18.2, alíneas "a1", "a6" e "a7" (requisitos restritivos de comprovação de qualificação técnica), na esteira do parecer da Auditoria.**