EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-002.212.15-90

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO ELETRÔNICO. SMS. Serviços de vigilância patrimonial armada e desarmada com instalação de sistema de CFTV, manutenção preventiva, corretiva, monitoramento de imagens e ronda eletrônica. Vedação da participação de empresas em consórcio e ausência de previsão de subcontratação. Poder discricionário da Administração. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 72-004.962.14-70 e 72-002.212.15-90.

2.854ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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 da representação, por presentes os requisitos de admissibilidade, consignados no Artigo 55 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, diante dos pleitos contidos na representação, vedação de participação de empresas reunidas em consórcio e ausência de previsão sobre a possibilidade de subcontratar serviços do Sistema CFTV, estarem afetos ao poder discricionário da Administração, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a remessa de ofício à representante e à representada, nos termos regimentais.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 2 de março de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento o TC 72-002.212.15-90, que cuida da Representação em face do Pregão 239/2014, cujo objeto é a prestação de serviços de vigilância patrimonial armada e desarmada, com instalação de sistema de CFTV com manutenção preventiva e corretiva do sistema de monitoramento de imagens e ronda eletrônica para as unidades pertencentes ao gabinete da SMS.

Insurge-se a Representante contra os seguintes itens do Edital: ausência de previsão sobre a possibilidade de subcontratar serviços do Sistema CFTV e à vedação de participação de empresas reunidas em Consórcio.

Por determinação desta Relatoria, a Auditoria manifestou-se às fls. 93/96 pela improcedência da Representação.

Em seguida, a Assessoria Jurídica de Controle Externo apresentou seu parecer opinando preliminarmente pelo conhecimento da Representação, eis que preenchidos os requisitos insculpidos no art. 55 do Regimento Interno desta E. Corte de Contas.

No mérito, opina pela improcedência da mesma, por entender que a minuta contratual – anexo VII do Edital – possibilita a subcontratação, desde que previamente autorizada pela Administração.

No tocante à vedação de participação de empresas reunidas em consórcio, ressalta tratar-se de matéria que envolve decisão de cunho discricionário do administrador público. Diante disso, houve indeferimento ao pedido liminar de suspensão e, na sequência, a expedição de ofício ao Secretário Municipal de Saúde, ao Senhor Pregoeiro e ao Representante para ciência da decisão.

Por seu turno, a Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se no sentido da improcedência da Representação.

A Secretaria Geral, encerrando a instrução processual, opina no sentido do conhecimento e improcedência da presente Representação.

É o relatório.

VOTO

Conheço da Representação apresentada, posto que atendidos os requisitos de admissibilidade consignados no art. 55 do Regimento Interno desta E. Corte de Contas.

Quanto ao mérito, nota-se que o objeto da Representação cinge-se a dois aspectos:

(i) vedação de participação de empresas reunidas em Consórcio e

(ii) ausência de previsão sobre a possibilidade de subcontratar serviços do Sistema CFTV.

Com efeito, da análise sistêmica do disposto no art. 33, da Lei 8.666/93, infere-se que a decisão sobre eventual participação de empresas reunidas em Consórcio e seus limites está afeta ao poder discricionário da Administração. Logo, cabe ao Administrador Público, a partir da definição do objeto a ser licitado, avaliar se a sua complexidade ou seu valor está a exigir ou não a formação de consórcio de empresas, de forma a viabilizar e ampliar a competividade.

Sobre o tema, Marçal Justen Filho[1] assim leciona:

> *"2) Consórcio e dominação de mercados.*
> *Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Assim se passa porque, como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. A formação de consórcio acarreta risco de dominação de mercado, através de pacto de eliminação de competição entre os empresários. No campo de licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre os eventuais interessados: em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam acordo para eliminar a competição. Aliás, a composição entre os potenciais interessados para participar de licitação pode alcançar a dimensão da criminalidade".*

Obviamente, no caso em tela há que se observar o núcleo intangível do mérito do ato administrativo, preservando, em última análise a discricionariedade qualificadora da decisão administrativa, sem adentrar, assim, na hipótese de controle de legalidade.

No caso presente, o que se verifica é que a decisão foi balizada na essência do objeto licitado que não reúne características que reclamem,

1 Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª ed. São Paulo: Editora RT, p. 658.

necessariamente, a participação de consórcios, como por exemplo: complexidade, atividades de naturezas distintas e/ou obras de grande vulto. No tocante à subcontratação, os itens 12.2, 12.2.1 e 12.2.2 do Anexo VII do Edital – Minuta do Termo de Contrato – em linhas gerais, condicionam a subcontratação, no todo ou em parte, à previa e expressa autorização da Origem.

Tais assertivas observam o disposto no art. 72 da Lei 8.666/93, não representando, portanto, qualquer óbice à plena satisfação da execução contratual. Vale destacar que a subcontratação também se insere na esfera de competência discricionária da Administração e, seguindo o raciocínio exposto anteriormente, referida discricionariedade ganha contornos próprios, já que caberá a Administração avaliar a cada caso se é possível a realização do serviço por terceiros estranhos à contratação.

Em paralelo, a subcontratação somente ocorrerá diante da análise concreta, evitando fragilizar o próprio conteúdo de execução do contrato.

À vista das manifestações dos órgãos técnicos constantes dos autos, cujas razões passam a integrar o presente, CONHEÇO da Representação, por presentes seus requisitos de admissibilidade, e, no mérito, voto pela IMPROCEDÊNCIA da mesma.

Dê-se ciência aos interessados da decisão proferida, nos termos regimentais.