TC nº 72-002.470.10-71

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. AHM. Serviços de manutenção preventiva e corretiva de cabines primárias, secundárias e grupo de geradores. ACOLHIDOS. Votação unânime.

307ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara

Trânsito em julgado: 01/11/2017

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, acolher o Pregão Presencial 042/2009, o Contrato 030/2009 e os Termos Aditivos 001/2009, 001/2010, 002/2010 e 003/2010.

DECIDEM, ainda, determinar o envio de cópia desta Decisão, acompanhada do relatório e voto do Relator ao Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania – DPPC, em atenção ao Ofício 0466/2010-fon.

DECIDEM, afinal, à unanimidade, determinar que se envie cópia do presente julgado aos interessados, com o posterior arquivamento dos autos.

Participou do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES.

Presentes o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO e o Procurador FÁBIO COSTA COUTO FILHO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de março de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento o exame do Pregão Presencial nº 042/2009, do Contrato nº 030/2009 e dos Termos Aditivos nº 01/2009, n° 01/2010, nº 02/2010 e 03/2010, firmados entre a AHM - Autarquia Hospitalar Municipal e Empreitec Construções Elétricas Ltda., cujo objeto é a prestação de serviços de Manutenção Preventiva e Corretiva de Cabines Primárias, Secundárias e Grupo de Geradores (Energia Elétrica de Emergência).

A instauração do presente procedimento de fiscalização se deu em razão do recebimento do Ofício nº 0466/2010-fon, da 1ª Delegacia de Polícia – Divisão de Investigações sobre crimes contra a Administração, o qual noticiou a instauração de inquérito policial para apurar eventuais irregularidades na contratação em questão, em razão da constatação, no decurso da licitação, de que os quadros societários das empresas RETIFICA MOTOR VIDRO LTDA., RETPEÇAS LTDA. e MOVIGAS LTDA. pertenciam, em parte, à mesma família, além de terem sido apresentados preços que excluiriam dos demais concorrentes a possibilidade de ofertar lances. Solicitou, por fim, informações desta Corte sobre eventual julgamento da licitação, em razão de tumulto ocorrido pela interferência das referidas empresas.

A análise da Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela irregularidade do Pregão Presencial nº 042/2009 em razão dos seguintes apontamentos:

(i) as declarações apresentadas para fins de habilitação pela empresa vencedora do certame indicavam data do ano anterior, descumprindo a regra estabelecida no subitem 9.3 do edital;

(ii) as desclassificações das empresas MOVIGÁS LTDA., RETIFICA MOTOR VIDRO LTDA. e RETPEÇAS LTDA., por incompatibilidade entre seu objeto social e o objeto licitado, foram irregulares, pois ocorreram na fase de apresentação das propostas e não na fase de habilitação do certame.

Em relação ao Contrato nº 030/2009, foi considerado irregular por ser decorrente de licitação formalmente irregular e por infringência ao art. 1° da Lei Municipal n° 13.226/01, em razão da falta de disponibilização das informações na Internet, no site da PMSP (compras.prefeitura.sp.gov.br/contratos).

Quanto aos Termos de Aditamento, todos foram considerados irregulares por sucederem ao Contrato n° 030/2009, tido formalmente por irregular e, ainda, especificamente, pelos seguintes apontamentos:

a) Termo de Aditamento n° 01/2009: por infringência ao artigo 26 da Lei Municipal n° 13.278/02, em razão do atraso na publicação do ajuste no Diário Oficial da Cidade, por infringência ao art. 1° da Lei Municipal n° 13.226/01, em razão da falta de disponibilização das informações na Internet, no site da PMSP (compras.prefeitura.sp.gov.br/contratos) e por incorreção no valor total excluído, em razão da redução do objeto contratual, constante do Despacho Reti-Ratificador.

b) Termo de Aditamento n° 01/2010: por infringência ao artigo 61 da Lei Federal n° 4.320/64 e ao Decreto Municipal n° 23.639/87, em razão da insuficiência de recursos empenhados para o exercício, por infringência ao artigo 26 da Lei Municipal n° 13.278/02, em razão do atraso na publicação do ajuste no Diário Oficial da Cidade e por infringência ao art. 1° da Lei Municipal n° 13.226/01, em razão da falta de disponibilização das informações na Internet, no site da PMSP (compras.prefeitura.sp.gov.br/contratos).

c) Termo de Aditamento n° 02/2010: por infringência ao artigo 61 da Lei Federal n° 4.320/64 e ao Decreto Municipal n° 23.639/87, em razão da insuficiência de recursos empenhados para o exercício e por infringência ao art. 1° da Lei Municipal n° 13.226/01, em razão da falta de disponibilização das informações na Internet, no site da PMSP (compras.prefeitura.sp.gov.br/contratos).

d) Termo de Aditamento n° 03/2010: por infringência ao artigo 26 da Lei Municipal n° 13.278/02, em razão do atraso na publicação do ajuste no Diário Oficial da Cidade, por infringência ao art. 1° da Lei Municipal n° 13.226/01, em razão da falta de disponibilização das informações na Internet, no site da PMSP (compras.prefeitura.sp.gov.br/contratos) e por incorreção no valor global e no valor mencionado para o ano de 2010, em razão da redução do objeto contratual.

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo sugeriu, preliminarmente à sua manifestação, a oitiva dos interessados.

Origem e Pregoeiro alegaram, em síntese, que:

(i) as datas das declarações apresentadas pela empresa vencedora do certame foram objeto de mero equivoco, *"uma vez que os dados insertos e referentes ao Pregão e ao processo conferem com os dados do indigitado certame: REF: PREGÃO PREENCIAL Nº 042/2009 – PROCESSO Nº 2009-0.106.102-2 indicando que JAMAIS PODERIAM TER SIDO FIRMADOS EM DATA DE 2008..."*;

(ii) a desclassificação das empresas por inadequação do objeto social ao objeto licitado se deu no momento oportuno, ou seja, na fase de análise das propostas, posto tratar-se de condição de participação no certame;

(iii) não ocorreu empenhamento *a posteriori* na medida em que houve tempestiva autorização administrativa, tendo os recursos empenhados para o exercício de 2010 sido efetivados de acordo com a liberação trimestral das cotas financeiras, devido a escassez de recursos.

A Contratada manifestou-se unicamente sobre as datas das declarações por ela apresentadas no certame, esclarecendo ter se tratado de mero erro de digitação, visto que o conteúdo das mesmas se mostrava correto e atualizado.

Em nova manifestação, a Auditoria entendeu superado o apontamento relativo à data constante nas declarações apresentadas pela empresa vencedora do certame, visto ter restado caracterizado mero erro de digitação. Quanto ao Contrato e Termos de Aditamento, entendeu por superados os apontamentos relativos:

(i) à infringência ao art. 1° da Lei Municipal n° 13.226/01, em razão da falta de disponibilização das informações na Internet, no site da PMSP, por não ser condição de eficácia dos atos, conforme já decidido nos TC nºs 72-002.336.08-74 e 72-003.083.09-37;

(ii) à infringência ao artigo 26 da Lei Municipal n° 13.278/02, em razão do atraso na publicação do ajuste no Diário Oficial da Cidade, por já haver decisões deste Tribunal pela relevação de tal infração, conforme TC nºs 72-000.233.05-18 e 72-003.561.02-50.

Os demais apontamentos foram ratificados pela Especializada.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, discordando da Auditoria, manifestou-se pela regularidade dos procedimentos adotados pelo Pregoeiro em relação à desclassificação das empresas MOVIGÁS LTDA., RETIFICA MOTOR VIDRO LTDA. e RETPEÇAS LTDA. na fase de análise da proposta e não na fase de habilitação, na medida em que a compatibilidade do objeto social das licitantes com o objeto da licitação deve ser verificada em momento inicial, conforme previsto no art. 4º, VII da Lei Federal nº 10.520/02. Ratificou a posição da Especializada quanto à superação do apontamento relativo à data das declarações apresentadas pela licitante vencedora, discordando, contudo, da possibilidade de relevação das infrações relativas à disponibilização das informações no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal e ao atraso na publicação dos ajustes no Diário Oficial da Cidade.

Em particular, o Assessor Subchefe de Controle Externo, acompanhado pelo Assessor Chefe, manifestou-se pelo afastamento dos seguintes apontamentos:

a) no que concerne às incorreções referentes ao valor total excluído constante do Despacho Reti-Ratificador do Termo de Aditamento n° 01/2009 e ao valor global e valor mencionado para 2010, constantes do Termo Aditivo n° 003/2010, entendeu não ser possível extrair das apontadas divergências nenhum vício substancial, *"na medida em que não repercutiram nas condições pactuadas e tampouco revelaram desrespeito aos limites estabelecidos em lei para a alteração contratual"*.

b) quanto à insuficiência de recursos empenhados para o exercício, apontada nos Termos de Aditamento n°s 01/10 e 02/10, concluiu que os empenhos foram efetivados de acordo com a liberação trimestral dos recursos orçamentários, na forma do Decreto Municipal nº 51.194/2010, não devendo ser

atribuídas as consequências das limitações das cotas orçamentárias aos agentes públicos, visto que estão vinculados ao regime definido pelo Chefe do Poder Executivo Municipal.

c) em relação à falta de disponibilização das informações no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal e ao atraso na publicação dos ajustes no Diário Oficial da Cidade, entendeu pela necessidade do apontamento das falhas, sugerindo recomendação à Origem para o estrito cumprimento de tais providências, sob pena de responsabilização do servidor competente, porém, registrou que tais falhas não eram capazes de macular os respectivos instrumentos, concluindo, ao final, pelo acolhimento dos ajustes.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento dos atos em exame, nos termos das manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e do Assessor Chefe e Subchefe de Controle Externo.

A Secretaria Geral opinou pelo acolhimento dos instrumentos, sem prejuízo de eventuais recomendações desta Relatoria.

É o relatório.

VOTO

A Auditoria conclui pela irregularidade do Pregão Presencial nº 042/2009 por entender que as desclassificações das empresas MOVIGÁS LTDA., RETIFICA MOTOR VIDRO LTDA. e RETPEÇAS LTDA., por incompatibilidade entre seu objeto social e o objeto licitado, deveriam ter ocorrido na fase de habilitação do certame e não no momento inicial de análise das propostas, como efetivado pelo Pregoeiro.

Verifico não assistir razão à Especializada, na medida em que a compatibilidade entre o objeto social das licitantes e o objeto licitado se mostra como condição de participação no certame, contando, inclusive, com previsão expressa no item 3.1.2 do Edital. Dessa forma, e levando-se em conta as regras específicas da modalidade Pregão, sob a forma presencial, a desclassificação em momento inicial se mostrou adequada, de forma a evitar a contaminação do procedimento com a aceitação de propostas e consequente oferta de lances incapazes de produzir efeitos jurídicos.

Ainda que se possa argumentar que o mais apropriado seria a não aceitação do credenciamento dos referidos licitantes e, consequentemente, de suas propostas, o fato de as mesmas terem sido recebidas e abertas não torna irregular a atuação do Pregoeiro de, posteriormente, tê-las desclassificado.

Nesse passo, entendimento de Marçal Justen Filho que aborda de forma precisa a questão:

> *"Quanto antes for apurada a existência do defeito, tanto mais satisfatória terá sido a conduta da Administração. Excluir a proposta defeituosa já no primeiro momento significa eliminar disputas, controvérsias e problemas que surgirão no futuro. Mais ainda, equivale a prevenir dificuldades insuperáveis, que acarretarão a provável invalidade integral do pregão. É que a nulidade da proposta poderá contaminar os demais atos do procedimento licitatório, com graves prejuízos aos interesses perseguidos pela Administração e aos demais licitantes.*
> *(...)*
> *O julgamento da habilitação ocorre apenas depois de exaurida a fase de lances. A Administração não se ocupa do exame dos requisitos habilitação na oportunidade de abertura das propostas. Mas se a Administração tiver conhecimento objetivo da ausência de requisito de participação, deverá adotar as providências cabíveis"*
> (Justen Filho, Marçal. Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico), 6º ed. São Paulo: Dialética, 2013, p.160 e 164).

No que respeita ao Contrato nº 030/2009 e aos Termos Aditivos nºs 01/2009, n° 01/2010, nº 02/2010 e 03/2010, observo que a Especializada, bem como a Assessoria Jurídica de Controle Externo, acabaram por afastar as falhas inicialmente apontadas.

Nesse sentido, acerca da insuficiência de recursos empenhados para o exercício de 2010, com infração ao artigo 61 da Lei Federal n° 4.320/64 e ao Decreto Municipal n° 23.639/87, relativa aos Termos de Aditamento n° 01/10 e nº 02/10, anoto que a Origem efetivou a liberação dos recursos orçamentários na forma prevista nos Decretos Municipais nºs 51.194/10 e 51.200/10, os quais estabeleceram as normas para a execução das despesas orçamentárias para o exercício de 2010, com a fixação da liberação trimestral dos recursos orçamentários. Dessa forma, entendo afastada a irregularidade, não havendo como atribuir à Origem e seus agentes as consequências de tais limitações, visto que submetidos às regras dos referidos Decretos, os quais foram, inclusive, respaldados em orientação da Procuradoria Geral do Município por meio da Ementa nº 11.492.

Quanto às incorreções dos valores constantes nos Termos de Aditamento n° 01/2009 e n° 03/2010, em razão da redução do objeto contratual, compartilho do posicionamento dos ilustres Assessores Jurídicos Chefe e Subchefe de Controle Externo, na medida em que as referidas divergências de valores não acarretaram vício substancial aos ajustes, visto não terem repercutido nas condições pactuadas e tampouco desrespeitado as regras legais para alterações contratuais. Demais disso, a retificação dos valores, como noticiado pela Origem, afastaria a questão.

Por fim, entendo que as falhas relativas ao atraso na publicação dos aditamentos no Diário Oficial da Cidade e à falta de disponibilização das informações no site da PMSP não se mostraram capazes de macular os ajustes, uma vez que sua finalidade de dar publicidade e eficácia ao ato praticado pela Administração foi alcançada, ainda que de forma intempestiva. Nesse sentido, as decisões proferidas nos TCs nºs 72-002336.08-74, 72-003.083.09-37, 72-000.233.05-18 e 72-003.561.02-50.

Diante do exposto, e em conformidade com os posicionamentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, ACOLHO o Pregão Presencial nº 042/2009, o Contrato nº 030/2009 e os Termos Aditivos nº 01/2009, n° 01/2010, nº 02/2010 e 03/2010, firmados entre a AHM - Autarquia Hospitalar Municipal e Empreitec Construções Elétricas Ltda.

Determino que cópia da decisão que resultar deste julgamento, acompanhada deste Relatório e Voto, seja encaminhada ao Departamento de Polícia de Proteção à Cidadania – DPPC, em atenção ao Ofício n° 0466/2010-fon.

Envie-se cópia do presente julgado aos interessados. Após, arquivem-se os autos.