TC nº 72-002.490.15-93

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. RDC. SIURB. Obras do Corredor Perimetral Itaim Paulista/São Mateus. Trechos 2 e 3. Terminal Itaim e Corredor Leste Radial. Trecho 3. Plano Municipal de Mobilidade Urbana da Secretaria Municipal de Transportes. Certame revogado. Perda do objeto. CONHECIDA. PREJUDICADA. Votação unânime.

Legislação citada: Lei 12.462/11. Arts. 27 a 33, Lei 8.666/93.

2.919ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 23/08/2017

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

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, tendo em vista que restaram atendidos os requisitos de admissibilidade exigidos nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, no mérito, em julgar prejudicado o pedido da exordial pela perda superveniente do objeto, em face da revogação do certame publicado no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, edição de 20/02/2016, página 86.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que se proceda nos termos do disposto no artigo 58 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, arquivando-se, após, os autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, DOMINGOS DISSEI e o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de abril de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Representação formulada pela ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE EMPRESÁRIOS DE OBRAS PÚBLICAS – APEOP, em face do Edital de RDC Presencial nº 3/2015/SIURB, da Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras, cujo objeto é a execução de obras do corredor perimetral Itaim Paulista/São Mateus - trechos 2 e 3 e Terminal Itaim e Corredor Leste Radial - trecho 3, integrantes do Plano Municipal de Mobilidade Urbana da SMT.

A Representante insurge-se, basicamente, contra: a) exigência de garantia para licitar – identificação prévia dos participantes; b) indefinição do critério de julgamento; contradição entre a data-base das propostas e a data-base para reajuste de preços; c) ausência de fracionamento do objeto; e d) fixação de BDI máximo.

Ao final, requer o conhecimento da Representação com a determinação de concessão de ordem de suspensão do certame e seja ela julgada procedente, com o reconhecimento das irregularidades suscitadas e consequente alteração do instrumento convocatório.

A sessão pública para entrega e abertura de propostas foi inicialmente adiada para o dia 30.06.15 e, depois, *"a fim de poder sanear as possíveis divergências"*, a Comissão Permanente de Licitação decidiu suspender *sine die*, fl. 210.

Em atendimento à determinação de fl. 187, os autos foram encaminhados para a Assessoria Jurídica de Controle Externo que, em manifestação de fls. 189/198, considerou o quanto se segue:

"1. De início, em relação à admissibilidade da presente Representação, entendo que foram atendidos os requisitos exigidos nos artigos. 54 e 55 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, pelo que opino por seu conhecimento.

2. Quanto à ***garantia para licitar****, alega a Representante que o Edital ao exigir o recolhimento da garantia de licitar até 01 (um) dia antes da data fixada para abertura da licitação (item 2.11), não observa o princípio da impessoalidade, já que torna possível saber antecipadamente quais serão os participantes do certame licitatório.*

A Lei Federal nº 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, prevê em seu art. 14 que na fase de habilitação, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos artigos 27 a 33 da lei nº 8.666/93, vejamos:

> *"Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte:*
> *I - poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação;*
> *II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto no caso de inversão de fases;*
> *III - no caso de inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados; e*
> *IV - em qualquer caso, os documentos relativos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante mais bem classificado."*

Referido diploma legal, ao tratar especificamente do critério de julgamento pela maior oferta de preço (frisa-se que o critério eleito no edital em análise é o de maior desconto, por lote), expressamente dispõe sobre a possibilidade de garantia:

> *"Art. 22. O julgamento pela maior oferta de preço será utilizado no caso de contratos que resultem em receita para a administração pública.*
> *§ 1º Quando utilizado o critério de julgamento pela maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira poderão ser dispensados, conforme dispuser o regulamento.*
> *§ 2º No julgamento pela maior oferta de preço, poderá ser exigida a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia, como requisito de habilitação, limitada a 5% (cinco por cento) do valor ofertado.*
> *§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o licitante vencedor perderá o valor da entrada em favor da administração pública caso não efetive o pagamento devido no prazo estipulado."*

Por seu turno, a Lei nº 8.666/93 ao tratar da qualificação econômica financeira dos licitantes, assim prescreve em seu art. 31, III:

> *"Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:*

> *III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação."*

Diante dos enunciados elencados e para uma melhor análise hermenêutica sobre o tema, importante trazer as lições de Marçal Justen Filho[1] sobre a melhor solução jurídica para aplicabilidade do depósito exigido no art. 22, §1º da lei do RDC:

> *"Rigorosamente, o depósito no valor de 5% não se configura- nem na Lei nº 8.666, nem perante a Lei nº 12.462 – como um requisito de habilitação. Trata-se de um requisito de participação no certame. É uma formalidade destinada a assegurar que o licitante que de modo sério e confiável.*
> *Justamente por isso, nada impediria que a exigência fosse imposta generalizadamente para todos os interessados em participar do certame, como pressuposto da admissão à disputa. E, tal como previsto no art. 33, §2º do Regulamento, caberia fixar o seu valor em montante correspondente ao valor mínimo para a arrematação."*

Na vertente da interpretação acima, prossegue o referido Autor, advertindo que a margem de discricionariedade da decisão de impor ou não a exigência de depósito deve nortear-se na real necessidade da exigência, vejamos:

"Mas se deve acentuar que a referida exigência apresenta maior sentido nos casos em que não são exigidos requisitos de qualificação econômico-financeira do sujeito. Em tal caso, não haverá a avaliação da idoneidade do sujeito para satisfazer a oferta de pagamento que realizou. No entanto, daí não se segue que seria vedada a exigência do depósito de 5% nos casos em que forem exigidos requisitos de qualificação econômico-financeira".

Contudo, além do critério eleito ser diverso daquele do art. 22 da lei do RDC, o Edital em comento e seu item 12.2.3 exige a qualificação econômico-financeira e dispõe sobre a análise da proposta de preços, com posterior análise dos documentos de habilitação, o que poderá gerar alguma dúvida, motivo pelo qual faz-se imprescindível a oitiva da Origem sobre o apontado.

Sobre o a garantia da proposta, esta AJCE[2], em parecer de lavra da I. Assessora de Controle Externo, Dra. Karina Houat Harb, ao analisar a licitude da exigência dissociada da fase de habilitação, com clareza assim expôs a celeuma:

---

[1] Comentários ao RDC. São Paulo: Dialética, 2013, p.. 402 e 403.

[2] Expediente AJCE 105-2015 – TID 13664893

*"De fato, compulsando o edital em comento observo que o seu **subitem 11.2** prescreve a etapa de abertura e análise do ENVELOPE 1 (garantia da proposta) anteriormente à etapa de abertura e análise do ENVELOPE 3 (documentos de habilitação), o que parece não restar amparado pela legislação de regência, haja vista que a referida garantia da proposta encontra-se prevista no **artigo 31, III da Lei nº 8.666/93**[3] que trata da qualificação econômico-financeira – componente da habilitação[4] – e, exigível nas PPP´s por força da **Lei nº 11.079/04**, que assim faculta no dispositivo abaixo:*

*Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, **podendo ainda prever**:*
*I – **exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do** inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666 , de 21 de junho de 1993;*

Por outro lado, no edital em análise encontra-se prevista a inversão de fases, o que significa dizer que a habilitação será feita após o julgamento de propostas.

Ora, se a garantia de proposta integra a qualificação econômico-financeira, de se presumir então que seria analisada na fase de habilitação, neste caso, contudo, o edital previu-a anteriormente a esta, por adotar a inversão, o que parece lógico, contudo, sem amparo legal por dissocia-la da habilitação como afirma o Representante. Assim, sugiro seja instada a Origem para justificar a inversão de fases e se esta se afigura realmente indispensável à concorrência internacional em questão pois, para fiel cumprimento da lei, a mim parece necessário que seja analisada dita garantia na fase de habilitação, o que leva à seguinte indagação: não seria o caso de a Origem realizar o procedimento sem a inversão de fases?" (GN)

3. Ademais, como devidamente extraído dos dispositivos anteriormente elencados, o regramento da disciplina não é suficiente para explicitar o momento exato para a efetivação do depósito, o que exige também uma exegese

---

[3] Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação

[4] Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
(...)
III - qualificação econômico-financeira;

que só poderá sobrevir diante do acesso às razões que levaram a Origem a optar em exigir o depósito da garantia de licitar até 01 dia antes da abertura do certame.

*4. A Representante alega ainda que a **garantia para licitar exigida nos termos do item 9.5 do Edital reputa-se arbitrária**, em especial no que concerne ao item 9.5.2 que exige que conste no verso da garantia apresentada o endosso que atribua a um estabelecimento bancário ou seguradora com domicílio na Cidade de São Paulo, total comprometimento, inclusive com responsabilidade solidária, com todos os termos de garantia.*

Entendo que referida exigência, somada ao valor da garantia prescrita no item 2.10, em uma análise global podem representar restritividade à busca da melhor proposta, o que também merecem a oitiva da Origem, inclusive com eventual análise por parte da área técnica desta Corte de Contas.

*5. No que tange, a **contradição entre a data-base das propostas e a data-base para reajuste de preços**, ressalta a Representante discrepância entre os enunciados dos itens 7.2, 10.2.1.1, 11.5 e 11.8.3 do edital e 5.2.2 da minuta do contrato.*

De fato, importante a oitiva da Origem sobre a contradição nos itens elencados pela Representante, com a definição objetiva de qual data-base será considerada para a análise das propostas, evitando, assim, qualquer tipo de obscuridade sobre o tema.

*6. Quanto ao **prazo para reajuste dos preços**, será concedido após 1 (um) ano da data-limite para apresentação da proposta, conforme disposto no art. 1º, do Decreto Municipal n.º 49.971/2007, art. 40, XI da Lei n.º 8666/93, c/c com as disposições do art. 39 e 41 da Lei Federal n.º 12.462/2011.*

*7. Em relação à ausência de **fracionamento do objeto** licitado, após a explanação do cenário econômico atual e a necessidade de fomento do desenvolvimento das atividades econômicas, a Representante aduz a necessidade do fracionamento do objeto para garantir a competitividade entre os licitantes, além de selecionar a proposta mais vantajosa.*

Com efeito, tanto a Lei Geral de Licitações em seu art. 23, §1º, como a Lei do RDC em seu art. 4º, VI[5], impõe o fracionamento como regra a ser seguida, garantindo, assim a ampla participação dos licitantes. Todavia, o

---

[5] A Lei nº 12.462/2011 em seu art. 11 também estabelece a possibilidade de parcelamento da contratação de serviços no regime do RDC, excetuando a aplicabilidade do artigo para os serviços de engenharia:
Art. 11. A administração pública poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala, quando:
I - o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; ou
II - a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública.
§ 1º Nas hipóteses previstas no caput deste artigo, a administração pública deverá manter o controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada uma das contratadas.
§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos serviços de engenharia.

fracionamento do objeto possuiu limites de ordem técnica e econômica, para a consecução da economia de escala.

Sendo assim, faz-se necessário conhecer as razões e reais necessidades que levaram a Origem a adotar os moldes do edital em comento, inclusive as justificativas das exigências dos subitens 12.2.4 d, 8.1 e 12.2.4 "d" do Edital, com a posterior análise de AUD das questões técnicas, tendo em vista o objeto licitado.

8. Por fim, questiona a Representante a ***fixação de BDI máximo****, o que gera insuficiência para pagamentos dos custos indiretos do lucro.*

O mérito do apontamento – possível restritividade do percentual máximo fixado de 26,97% - escapa a competência desta Assessoria Jurídica, motivo pelo qual, permito-me sugerir a oitiva da área técnica deste Tribunal de Contas, após as eventuais justificativas trazidas pela Origem, se assim ocorrer.

9. Por fim, ainda que não tenha sido objeto da Representação em comento, diante do exposto no §1º e §2º, do art. 8º, da Lei n.º 12.462/11, entendo oportuno o conhecimento das razões que levaram à Origem a optar pelo regime de contratação de empreitada por preço unitário.

10. Cabe registrar que em consulta ao andamento do procedimento licitatório em epígrafe constata-se o adiamento da sessão pública para a entrega das propostas para o dia 30/06/2015, às 10 horas, conforme documento anexo."

Por todo o exposto, concluiu pelo conhecimento da Representação em exame, uma vez que preenchidos os requisitos de admissibilidade e, no mérito, antes do parecer conclusivo desta AJCE, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, sugeriu oitiva da Origem para conhecer dos apontamentos da inicial e apresentar suas justificativas.

Em atendimento ao quanto solicitado, por determinação do Nobre Conselheiro Relator à fl. 201, foi oferecido prazo para que a Origem se manifestasse acerca do conteúdo dos autos.

Devidamente intimada, a SIURB apresentou os esclarecimentos às fls. 211/224 dos autos, informando que o edital foi republicado e disponibilizado aos interessados em 15.07.15, tendo sido a abertura das propostas fixada para 06.08.2015.

De posse dos esclarecimentos apresentados, a equipe técnica da coordenadoria VI, em manifestação de fls. 229/237, assim concluiu:

"Diante do exposto, da Representação oferecida pela Associação Paulista de Empresários de Obras Públicas – APEOP, em face dos termos do edital do RDC PRESENCIAL nº 003/15/SIURB, já consideradas as

alterações promovidas pela Administração, consubstanciadas no Edital republicado em 15.07.15, conclui-se:

***3.1** - Quanto à exigência de garantia para licitar - identificação prévia dos participantes; indevida restritividade, considera-se superada a questão.*

***3.2** - Quanto ao orçamento defasado: indefinição do critério de julgamento; contradição entre a data-base das propostas e a data-base para reajuste de preços, restam procedentes os apontamentos da Representante.*

***3.3** - Pela procedência dos argumentos opostos pela Representante no que se refere à restritividade nas exigências de qualificação técnica ao exigir que as obras tenham sido executadas em ambiente urbano e no que se refere à ausência de fracionamento.*

***3.4** - Quanto à fixação de BDI máximo: insuficiência para pagamento dos custos indiretos e do lucro, conclui-se pela improcedência dos argumentos opostos pela Representante."*

À fl. 238, consta r. despacho do Nobre Conselheiro Relator que entendeu prejudicado o pedido liminar de suspensão do procedimento licitatório, em razão da liminar de suspensão concedida nos autos dos TC's 72.002.235/15-95 e 72.002.234/15-23. Ademais, concedeu prazo de 10 dias para que a Origem se manifestasse acerca das conclusões da SFC.

Em resposta ao quanto determinado, a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB se manifestou às fls. 262/269, informando, em suma (fl. 263), que resolveu providenciar a REVOGAÇÃO da Concorrência RDC Presencial nº 3/2015/SIURB.

Consta à fl. 269, a informação de SIURB de que foi publicada no D.O.C. de 20.02.2016, pág. 86, a revogação do Edital de Licitação RDC Presencial nº 3/2015/SIURB.

Na sequência, de posse de tal informação, a equipe técnica da coordenadoria VI, em manifestação de fls. 272/272v°, considerou que o procedimento licitatório em exame perdeu o seu objeto.

A seu turno, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, em manifestação de fl. 275, considerou que, tal como destacado pela Equipe de Fiscalização, a revogação do procedimento licitatório implica na perda do objeto da Representação sub examine. Nesse sentido:

> *"REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. Locação de aparelho de PABX. Subprefeitura. **Edital revogado. Perda do objeto**. CONHECIDA. PREJUDICADA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime." (TCM-SP, TC nº 72-001.165.08-48,*

Rel. Cons. Eurípedes Sales, j. em 12.02.2009 – destaque nosso)

Desse modo, concluiu que restou prejudicado o exame da petição inicial, e opinou pela extinção do processo sem julgamento de mérito.

Por fim, a Procuradoria da Fazenda Municipal, em manifestação de fl. 277, requereu que a presente Representação fosse julgada prejudicada em virtude da perda de seu objeto decorrente da revogação do certame.

A Secretaria Geral, a seu turno, na manifestação de fls. 279/281, registrou primeiramente que a Representação em tela preenche todos os requisitos de admissibilidade, constantes do artigo 55 do Regimento Interno desta Corte, motivo pelo qual se manifestou pelo seu conhecimento.

Todavia, considerando a notícia de que o certame licitatório em questão, RDC Presencial nº 3/2015/SIURB, foi REVOGADO pela Origem, conforme publicação do D.O.C. de 20.02.2016 (fl. 269 destes autos), opinou pelo arquivamento dos autos em face da perda superveniente de seu objeto, tornando, assim, prejudicada a vertente Representação.

É o Relatório.

VOTO

Em julgamento a Representação formulada pela ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE EMPRESÁRIOS DE OBRAS PÚBLICAS – APEOP, em face do Edital de RDC nº 3/2015/SIURB, da Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras, cujo objeto é a execução de obras do corredor perimetral Itaim Paulista/São Mateus - trechos 2 e 3 e terminal Itaim e Corredor Leste Radial - trecho 3, integrantes do Plano Municipal de Mobilidade Urbana da SMT.

Preliminarmente, quanto à admissibilidade da exordial, entendo que restaram atendidos os requisitos exigidos nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

No mérito, a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB se manifestou às fls. 262/269, informando, em suma (fl. 263), que resolveu providenciar a REVOGAÇÃO da Concorrência RDC Presencial nº 3/2015/SIURB (fl. 269).

Desta feita, **CONHEÇO** da Representação formulada pela ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE EMPRESÁRIOS DE OBRAS PÚBLICAS – APEOP, em face do Edital de RDC nº 3/2015/SIURB, tendo em vista o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno deste Tribunal.

No tocante ao mérito, acompanho as conclusões apresentadas pelos órgãos técnicos desta Colenda Corte de Contas, no sentido de que houve a **PERDA** superveniente **DO OBJETO** da Representação, ao que julgo, pois, **PREJUDICADO** o pedido da exordial, em face da revogação do certame, conforme publicação do Diário Oficial de 20.02.2016, página 86.

Proceda-se nos termos do artigo 58 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, após, **ARQUIVEM-SE** os autos.

Este é o meu voto, Senhor Presidente.