JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-002.659.09-94

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMS. Serviços de transporte de pessoas e cargas. Pregão anulado. Perda do objeto. CONHECIDA. Votação unânime. PREJUDICADA. RECOMENDAÇÃO. Votação por maioria.

Relatório e voto englobado TCs: 72.002.529.09-89 e 72.002.626.09-35.

Transitado em julgado: 18/10/2011

TC's citados: 72.001.644.08, 72.001.723.08, 72.002.057.08, 72.001.270.08, 72.001.271.08 e 72.001.272.08.

2.575ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.002.529.09-89 e 72.002.626.09-35, e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na **2.573ª S.O.**, para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, a Conselheira Substituta YARA NASCIMENTO TACCONI – Revisora e os Conselheiros EURÍPEDES SALES e 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 formulada pela empresa TB Serviços, Transporte, Limpeza, Gerenciamento e Recursos Humanos Ltda., visto que preenchidos os requisitos de admissibilidade prescritos no artigo 55 do Regimento Interno deste Tribunal.

ACORDAM, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES, consoante notas taquigráficas – referentes à 2.573ª S.O. – anteriormente insertas nos autos, e ROBERTO BRAGUIM, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em julgá-la prejudicada, tendo em vista a perda de seu objeto, diante da edição de novo edital.

Vencidos, quanto ao mérito, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator e a Conselheira Substituta YARA NASCIMENTO TACCONI – Revisora que a julgaram procedente, quanto às alegações de retenção de pagamentos, de inadequação do termo inicial para a aplicação do reajuste contratual e da matéria referente à correção monetária.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, o envio de cópia do presente Acórdão à representante e à representada, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para conhecimento.

Participaram do julgamento o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, a Conselheira Substituta YARA NASCIMENTO TACCONI – Revisora e o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 31 de agosto de 2011.

EDSON SIMÕES - Presidente, com voto.

EURÍPEDES SALES - Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Em julgamento o acompanhamento do edital e as Representações interpostas pelas empresas Autoplan Locação de Veículos Ltda. e TB Serviços, Transporte, Limpeza, Gerenciamento e Recursos Humanos Ltda. em face do edital nº 237/09, promovido pela Secretaria Municipal da Saúde, preordenado à seleção de empresa prestadora de serviços de transporte de pessoas e cargas com fornecimento de veículos, com e sem motorista, e de combustível.

O relatório de acompanhamento de edital realizado pela Auditoria (TC 72.002.529.09-89) concluiu que o mesmo apresenta as seguintes impropriedades:

a) Divergências na descrição do objeto, referente aos veículos executivos, não restando claro se os mesmos devem ser com ou sem motoristas;

b) Divergência na descrição relativa ao subitem 1.5 Tipo D1 Van ou Mini Van, não restando claro se os veículos devem ser para transporte misto (pessoas e cargas) ou somente para transporte de pessoas;

c) Referência indevida a lotes, uma vez que o objeto não é licitado por lotes.

Apontou, ainda, a necessidade de demonstração, no respectivo processo administrativo, de autorização da Secretaria Municipal de Gestão para que o edital contemple regra que permita idade mínima dos veículos não superior a 5 (cinco) anos, diferentemente da regra geral da Portaria 52/06 – SMG1, cujo limite máximo para a idade dos veículos é de 2 (dois) anos.

A Origem informou que as divergências apontadas pela Auditoria desta E. Corte foram corrigidas, bem como regularizada a autorização da Secretaria Municipal de Gestão para a exigência da idade mínima dos veículos de 5 (cinco) anos.

Informou, ainda, que o pregão foi suspenso, em razão da interposição de impugnações ao edital e da constatação de incorreções nas especificações técnicas constantes do instrumento.

A Auditoria, quando da análise dos esclarecimentos da Origem, entendeu necessária a conferência dos referidos itens na oportunidade da divulgação do novo edital.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo sugeriu que a Origem fosse notificada para informar se as alterações no edital já haviam sido efetuadas. Entendeu sanada a questão relativa à autorização de SMG para a idade mínima dos veículos. Destacou, ainda, a necessidade de correção do edital quanto aos aspectos lançados também nas representações, as quais seguem abaixo relatadas.

A Representação interposta pela Autoplan, processada nos autos do TC 72.002.626.09-35, questionou as exigências de qualificação técnica, sob o argumento de que os quantitativos de veículos sem motoristas, a serem comprovados nos atestados de desempenho anterior, são superiores ao próprio objeto licitado.

Instada a se manifestar a Origem reconheceu que houve um erro de digitação no subitem 11.2.1.1 do edital e que o quantitativo exigido para fins de comprovação de capacidade técnica refere-se mesmo aos veículos com motoristas. Informou a correção do edital e a sua republicação.

A Auditoria manifestou-se pela procedência da representação, por entender que os atestados, na forma como exigidos, são restritivos. Todavia, tendo em vista os esclarecimentos ofertados pela Origem, concluiu pela perda de objeto dessa representação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se, igualmente, pela perda do objeto. Apontou, contudo, impropriedades relativas à descrição do referido objeto e ao julgamento por lotes, cujo teor guarda identidade

com os apontamentos lançados por Aud no Relatório de Acompanhamento do Edital. Destacou, ainda, a necessidade de autorização de SMG, com relação à idade mínima dos veículos licitados.

Instada a se manifestar, a Origem apresentou seus esclarecimentos conjuntamente com os esclarecimentos feitos nos autos do TC 2.529.09-89. Informou, na oportunidade, que os apontamentos lançados pela AJCE foram corrigidos, sem, todavia, manifestar-se acerca das questões relativas ao balanço patrimonial e índices contábeis. Informou, ainda, que devido às impugnações ofertadas pelos licitantes e aos apontamentos lançados por esta E. Corte, deliberou-se pela revisão total do edital, motivo pelo qual deixou de anexar cópia do mesmo às informações apresentadas.

Acrescentou, ainda, a superveniência da Portaria 167/SMG/2009, publicada em 29/12/2009, que define as regras para a utilização do sistema de registro de preços e os serviços e bens que devem ser contratados pelo sistema, cuja competência para a sua gestão foi atribuída a Coordenadoria de Gestão e Suprimento de Serviços, inserido-se a locação de veículos no rol de objetos a serem contratados pelo sistema de registro de preços, o que poderia acarretar a necessidade de novas adaptações do edital.

A representação ofertada pela empresa TB Serviços, Transporte, Limpeza, Gerenciamento e Recursos Humanos, processada nos do TC 2.659.09-94, questionou o item 8.1 do edital, por entender que o mesmo exige prova de quitação de tributos como condição para o pagamento dos serviços prestados. Insurgiu-se também contra o item 16.2, pois referida cláusula fixou a incidência do reajuste contratual após um ano de vigência do contrato, ao passo que o Decreto Municipal 48.971/07 determina que o mesmo seja aplicado após um ano da data limite para a apresentação das propostas. Questionou, por fim, a ausência de previsão na minuta do contrato de clausula que preveja o pagamento de encargo financeiro na hipótese de atraso no pagamento por parte da Contratante.

A Origem, ao manifestar-se sobre os questionamentos lançados pela empresa TB, defendeu a improcedência dos mesmos, sob o argumento de que, em relação ao item 8.1, o dispositivo não determina a retenção de pagamentos, caso não reste comprovada a regularidade fiscal da empresa, mas tão somente a verificação periódica da regularidade fiscal da contratada por meio dos referidos documentos. Asseverou, ainda, que a minuta do edital é padronizada nos termos propostos pela Portaria 52/06 – SMG, o que por si só impõe a manutenção da referida cláusula. Esse mesmo argumento – minuta padrão – foi empregado para justificar o item 16.2 do edital, relativo à data de aplicação do reajuste contratual, bem como a ausência de correção monetária em razão de atraso nos pagamentos.

A Auditoria entendeu improcedentes as alegações ofertadas pela empresa TB, à exceção daquela relativa ao reajuste contratual, que deve seguir a disciplina do Decreto Municipal nº 48.971/07.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se pela irregularidade da clausula 8.1 do edital, por entender configurada a retenção de pagamentos, situação desprovida de fundamento legal, uma vez que não se encontra no rol de sanções administrativas elencadas pelo art. 87 da Lei 8.666/93. No que toca ao termo inicial para a aplicação do reajuste contratual, concluiu pela aplicação da regra geral contida no Decreto Municipal nº 48.971/07. Sobre a correção monetária, também manifestou-se favoravelmente à pretensão do representante, fundamentada no art. 40, XIV, "c" e art. 55, III, ambos da Lei Federal 8.666/93. Concluiu, portanto, pela procedência total da representação ofertada pela empresa TB.

Diante do tempo decorrido desde a suspensão do edital pela Origem – setembro de 2009 – esta Relatoria indagou-lhe quais as providências haviam sido tomadas para a correção do edital e instauração do certame, bem como acerca da existência de contratação emergencial para suportar a demanda pelos serviços.

Nenhuma medida concreta foi apontada pela Origem no sentido de instaurar novo certame. Quanto à demanda, respondeu que a mesma está prejudicada e que não há contratação emergencial em curso.

A Procuradoria da Fazenda Municipal apoiou-se na presunção de legalidade dos atos administrativos para fundamentar sua opinião pela legalidade do edital.

A Secretaria Geral alegou, em síntese, diante da informação da Origem da edição de novo edital, que as análises das representações encontram-se prejudicadas.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Recebo as Representações ofertadas pelas empresas Autoplan Locação de Veículos Ltda. e TB Serviços, Transporte, Limpeza, Gerenciamento e Recursos Humanos Ltda., diante do preenchimento dos requisitos legais de admissibilidade.

Quanto ao mérito, a despeito da alteração do edital e da não realização do certame, cujo processo foi arquivado em 15 de fevereiro de 2011, passo a enfrentá-lo pontualmente e em conjunto com as impropriedades apontadas por SFC no Relatório de Acompanhamento do Edital.

1) Imprecisões na definição do objeto. As imprecisões apontadas pela Auditoria foram confirmadas e corrigidas pela Origem.

Não posso, nesta oportunidade, deixar de manifestar a minha contrariedade com a falta de cuidado da Origem na elaboração de seus editais, haja vista que o edital do Pregão 020/2008, também promovido pela Secretaria Municipal de Saúde, com objeto idêntico ao presente, padeceu exatamente da mesma irregularidade: imprecisão na definição do seu objeto, o que resultou na sua suspensão e decisão pela sua irregularidade (TCs 1270.08-22, 1271.08-95 e 1272.08-58).

2) Autorização da SMG para a fixação da idade mínima dos veículos em 5 (cinco) anos. Restou comprovada a existência da referida autorização, motivo pelo qual afasto a impropriedade apontada.

3) Quantitativo dos atestados de desempenho anterior. Procede a alegação da Representante. A própria Origem confirmou a existência de um erro de digitação no subitem 11.2.1.1 do edital, que comprometeu a legalidade do dispositivo.

4) Retenção de pagamentos. A questão já foi amplamente debatida nesta E. Corte, restando consolidado o entendimento no sentido da ilegalidade do condicionamento dos pagamentos devidos à contratada à comprovação de regularidade fiscal ao longo da execução contratual, em razão de ausência de fundamento legal, bem como do princípio que veda o enriquecimento ilícito. Neste sentido os Acórdãos proferidos quando do julgamento dos TCs 1.644.08-09, 1.723.08-75 e 2.057.08-00, entre outros. Procede, portanto, a representação interposta no que diz respeito ao item 8.1 do Edital e item 6.5 do anexo VI, do mesmo instrumento. Prodedente, portanto, a alegação da Representante. Registre-se que, cabe, sim, a verificação pela contratante da manutenção das condições de regularidade fiscal durante a execução do ajuste, mas com aplicação, se for o caso, das sanções contratuais admitidas legalmente.

5) Termo inicial para a aplicação do reajuste contratual. Razão assiste ao Representante, conforme apontado pela AJCE. O termo inicial para a incidência do reajuste é de um ano contado da data de apresentação da proposta, na forma indicada no Decreto Municipal n. 48.971/07.

6) Correção monetária em razão de atraso nos pagamentos em favor da contratada. Acompanho a manifestação da AJCE pela procedência do presente questionamento, ante a previsão legal constante dos arts. 40, XIV, “c” e 55, III, ambos da Lei Federal 8.666/93.

Ante o exposto, julgo irregular o Edital do Pregão nº 237/09 e procedentes as Representações interpostas pelas empresas Autoplan Locação de Veículos Ltda. e TB Serviços, Transporte, Limpeza, Gerenciamento e Recursos Humanos Ltda., para determinar à Secretaria Municipal de Saúde que elabore seus editais em consonância com o entendimento estabelecido na jurisprudência desta Corte, não repetindo o cometimento das falhas elementares ora repreendidas.

Por fim, registre-se como estranhável a informação de que a demanda que fez surgir o Pregão não foi suprida por qualquer outra forma após o cancelamento do certame.

Oficie-se às Representantes, bem como a Origem do teor da presente decisão, bem como envie-se cópia ao Ministério Público Estadual. **(2.573ª S.O.)**.

VOTO DE DESEMPATE ENGLOBADO proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões **(2.575ª S.O.)**

Cuidam os autos dos TCs 2.529.09-89, 2.626.09-35 e 2.659.09-94, respectivamente, do **acompanhamento** do Edital do Pregão 237/2009 realizado pela Secretaria Municipal da Saúde, tendo por objeto a prestação de serviços de transporte de pessoas e cargas, com fornecimento de 126 veículos e, de **representações** formuladas por Autoplan Locação de Veículos Ltda. e TB Serviços, Transporte, Limpeza, Gerenciamento e Recursos Humanos Ltda., em face desse edital.

O Conselheiro Relator Maurício Faria julgou irregular o edital do pregão, conheceu das representações e, no mérito, julgou-as procedentes, sendo acompanhado pela Conselheira Revisora Yara Nascimento Tacconi.

Divergiu o Conselheiro Eurípedes Sales que julgou prejudicadas as representações, por perda de objeto, expedindo recomendação de análise do novo edital pela Auditoria, no que foi acompanhado pelo Conselheiro Corregedor Roberto Braguim.

Com efeito, registrou-se empate quanto ao mérito das representações e, consoante disposição legal, profiro o voto de desempate.

Com a anulação do pregão as representações de fato ficaram prejudicadas.

Assim, voto, com fundamento nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral e, em consonância com o posicionamento por mim já adotado nos TCs 2.170.08-13, 2.254.08-01, 3.751.09-62, 1.106.08-89 e 2.168.08-71, alinhado à corrente do Conselheiro Eurípedes Sales e do Conselheiro Roberto Braguim, restando, por maioria, julgadas prejudicadas as representações, por perda de objeto, mantendo-se a determinação para que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle realize o acompanhamento do novo edital elaborado pela Origem.