JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-002.754.08-34

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. ATA DE RP. SMSP. Serviços de conservação de pavimentos viários. Nova edição edital. Perda do objeto. Votação Unânime. CONHECIDA. PREJUDICADA. Votação por maioria.

Transitado em julgado: 09.09.2010.

2.507ª Sessão Ordinária

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Edson Simões, após determinação de Sua Excelência, na 2.505ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros Eurípedes Sales e Maurício Faria, tendo os Conselheiros Roberto Braguim – Relator e Antonio Carlos Caruso – Revisor "ad hoc", votado na 2.493ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Roberto Braguim – Relator e Eurípedes Sales, bem como pelos votos apresentados em separado pelos Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor "ad hoc" e Maurício Faria, em conhecer da representação interposta pelo Senhor Michel Braz de Oliveira, uma vez que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim – Relator e Eurípedes Sales, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, quanto ao mérito, em julgá-la prejudicada, em razão da perda de seu objeto, tendo em vista que o edital de licitação fora substituído por decisão da Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras – SMSP. Vencidos, no mérito, os Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor "ad hoc" e Maurício Faria que a julgaram parcialmente procedente.

Vencidos, no mérito, os Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor “ad hoc” e Maurício Faria que a julgaram parcialmente procedente.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno deste Tribunal, o envio do V. Acórdão ao

representante e à representada, bem como a juntada de cópia do relatório e voto no processo TC 72.000.066.09-01, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor "ad hoc", Eurípedes Sales e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de agosto de 2010.

Edson Simões – Presidente, com voto.

Roberto Braguim – Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação interposta por Michel Braz de Oliveira, em face do Pregão Presencial nº 35/SMSP/COGEL/2008, realizado pela Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras, tendo por objeto a composição de Ata de Registro de Preços, por agrupamento, para prestação de serviços de conservação de pavimentos viários com aplicação de concreto asfáltico e emulsão da pintura de ligação, por tonelada.

O Representante questionou, em apertada síntese, os seguintes aspectos:

1) desigualdade entre o percentual mínimo de atestados exigidos para os agrupamentos;

2) ausência de exigência de atestados em nome do engenheiro pertencente ao quadro permanente da licitante, responsável pela execução dos serviços;

3) ausência de exigência de acervamento dos atestados junto ao Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – CREA;

4) falta de definição das condições de substituição dos caminhões constantes do edital;

5) ausência de especificação prévia de percentual mínimo de contratação;

6) irregularidade na previsão das multas;

7) transferência para o futuro contratado do dever legal da Administração em fiscalizar a execução do contrato.

Requereu, por fim, a suspensão do trâmite da Licitação, até o julgamento da Representação interposta.

Considerando a abertura próxima da licitação, determinei, desde logo e mesmo antes do enfrentamento do pedido liminar, que a Secretaria fosse oficiada para apresentar esclarecimentos, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Em resposta, a Pasta enviou o ofício que se acha anexado à fl. 94 dos autos, para informar que a abertura do certame fora suspensa, no intuito de possibilitar que sua área técnica efetivasse uma revisão completa do Edital.

Com base no agir da Secretaria proferi, então, o despacho inserto à fl. 95, para considerar prejudicado o pleito de suspensão liminar, determinando, porém, o exame do novo edital, quando de sua edição.

Na sequência os autos foram remetidos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, que esclareceu que a nova edição do Edital fora publicada em 07 de janeiro de 2009 e que para acompanhá-la fora instaurado o devido procedimento, com o nº 66.09-01, ainda em tramitação.

De sua parte, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral opinaram pelo arquivamento do processo, considerando a perda do objeto, já que o Edital em pauta fora substituído por outro.

É o relatório.

VOTO

Conheço da Representação, uma vez preenchidos pressupostos de admissibilidade.

De outra parte, já na esfera do mérito, inicio por apontar que, a conforme decorre do relatório, o Edital de Pregão nº 35/SMSP/COGEL/2008, na forma em que foi atacado pelo Representante, não vingou, por decisão da Secretaria licitante.

Decorre, ainda, que a nova versão daquele diploma, por minha determinação, passou a ser objeto do TC nº 66.09-01, ora em fase instrutória.

Considerando esses fatos, aos quais agrego as conclusões todas constantes dos autos, julgo prejudicada a presente Representação, em razão da perda de seu objeto.

Após as providências previstas no artigo 58 do Regimento Interno desta Casa, e com a juntada de cópia do relatório e voto no TC nº 66.09-01, arquivem-se os autos **(2.493ª S.O.)**.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso

Conheço da representação, posto que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Em consonância com meu posicionamento, exposto em matéria de julgamentos como a que ora se avalia, entendo que o mérito de uma representação deve ser sempre enfrentado, pouco importando se ocorreu modificação do edital ou, até mesmo, a frustração do certame licitatório.

Destarte, são procedentes as impugnações consubstanciadas nos seguintes itens do pedido vestibular:

A.2 – ausência de exigência de atestados em nome do engenheiro responsável pela execução dos serviços, pertencente ao quadro permanente da licitante;

A.3 – ausência de exigência de acervamento dos atestados junto ao CREA;

C – ausência de prévio estabelecimento do percentual mínimo de contratação;

D – irregularidade da cláusula IX do Anexo VIII do edital, referente às multas da minuta da Ata de Registro de Preços.

Improcedentes os demais apontamentos.

Destarte meu voto no mérito da representação é pela sua PROCEDÊNCIA PARCIAL **(2.493ª S.O.)**.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Conheço da Representação interposta pelo Sr. Michel Braz de Oliveira, considerando o posicionamento por mim adotado de que as Representações devem ser julgadas mesmo diante da revogação ou anulação da licitação, uma vez que compete ao Tribunal de Contas examinar a legalidade dos atos administrativos e, ainda, diante do caráter didático das decisões. No mérito, julgo-a parcialmente procedente, por entender que os atestados de capacidade técnica apresentados pela licitante deveriam estar devidamente registrados na entidade profissional competente, neste caso o Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA, conforme prescrição do art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Os demais itens objeto da insurgência da Representante não procedem, por não contrariarem disposições legais.

Sem prejuízo do exame mais aprofundado de alguns pontos tratados nesse processo, quando do julgamento do TC nº 66.09-01, que cuida da análise da nova versão do edital, entendo oportuno assinalar, desde já, que a licitação tem por objeto o registro de preços de serviços de conservação de pavimentos viários e não a contratação dos referidos serviços, razão pela qual não há que se falar em estabelecimento de percentual mínimo de contratação, como quer a Representante.

Nos termos da legislação em vigor, o registro de preços é um procedimento para aquisição e contratação pela Administração Pública, que, valendo-se de prévia licitação na modalidade concorrência ou pregão, firma um compromisso com o vencedor da licitação, o qual será levado a termo todas as vezes que a Administração necessitar do objeto, respeitada a capacidade de fornecimento do detentor da Ata de Registro de Preços, a limitação quantitativa estabelecida no parágrafo 2º do artigo 31 do Decreto Municipal nº 44.279/03, com a redação alterada pelo Decreto Municipal nº 51.278/10, e verificada a vantajosidade da compra ou da contratação.

Uma das principais características do sistema de registro de preços é a não obrigatoriedade da Administração em contratar o objeto cujo preço foi registrado, o que demonstra, por si só, a impossibilidade de exigir o estabelecimento de percentual mínimo para a contratação.

Isto posto, conheço da presente Representação e, no mérito, julgo-a parcialmente procedente **(2.505ª S.O.)**.

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões

Cuidam os autos do TC 2.754.08-34 de Representação oposta por Michel Braz de Oliveira em face do Edital do Pregão nº 35/2008, realizado

pela Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras, tendo por objeto a composição de Ata de Registro de Preços para prestação de serviços de conservação de pavimentos viários com aplicação de asfáltico e emulsão da pintura de ligação, por tonelada.

O Conselheiro Relator Vice-Presidente Roberto Braguim conheceu da Representação e no mérito julgou-a prejudicada, por entender que os itens questionados no edital foram corrigidos pela Origem, motivo pelo qual pereceu o seu objeto, sendo acompanhado pelo Conselheiro Corregedor Eurípedes Sales.

Divergiu o Conselheiro Revisor "ad hoc" Antonio Carlos Caruso que, no mérito, julgou-a parcialmente procedente, no que foi acompanhado pelo Conselheiro Maurício Faria, dissentindo apenas quanto à fundamentação.

Com efeito, registrou-se empate quanto ao mérito da Representação e consoante disposição legal profiro o VOTO DE DESEMPATE.

Filio-me à corrente que entende prejudicada a Representação.

Isso porque, neste caso, em especial, dos itens questionados pelo Representante, três deles já haviam sido revistos pela Origem quando da interposição da Representação perante este Tribunal, a qual foi interposta perante a versão original do Edital, sendo que a nova versão não continha mais os seguintes pontos: (1) ausência de exigência de atestados em nome do engenheiro responsável pertencente ao quadro permanente da licitante; (2) ausência de exigência de acervamento dos atestados junto ao CREA; e (3) ausência de percentual mínimo de contratação.

Outros dois itens, quais sejam: (1) desigualdade entre o percentual mínimo de atestados entre os agrupamentos e (2) transferência do dever legal da administração em fiscalizar a execução do contrato para o futuro contratado, foram alterados pela Origem, em razão das impugnações interpostas perante a própria Comissão de Licitação.

Com efeito, as alterações produzidas no Edital não foram consequência da manifestação deste Tribunal.

Aliás, os Órgãos Técnicos do Tribunal sequer se manifestaram, nestes autos, sobre a legalidade ou não dos pontos questionados pelo Representante.

Assim, considerando que as correções efetivadas no Edital questionado não foram decorrentes da atuação deste Tribunal, VOTO alinhado à corrente perfilhada pelo Conselheiro Relator Vice-Presidente Roberto Braguim e pelo

Conselheiro Corregedor Eurípedes Sales, restando assim, por maioria de votos, julgada prejudicada a Representação.