TC 2.935/2011

REPRESENTAÇÃO. EDITAIS. CONCORRÊNCIAS. SIURB. Serviços de manutenção, conservação e melhorias da malha viária. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

3.155ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA, após vista que lhe fora concedida na 2.769ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator e ROBERTO BRAGUIM – Revisor.

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, pois presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte, e, no mérito, em julgá-la improcedente, por entender que os editais guerreados não abrigam as irregularidades reclamadas pelo representante.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar que se encaminhe cópia do presente Acórdão às 3ª e 5ª Promotorias de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, em atendimento ao pedido formulado nos autos, bem como à Controladoria Geral do Município.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar que se proceda nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, arquivando-se, após, estes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 23 de junho de 2021.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Corregedor no exercício da Presidência, em substituição ao Conselheiro Edson Simões, Presidente à época, na 2.769ª S.O., de 08/10/2014 – por previsão do

parágrafo único do artigo 172 do Regimento Interno, na redação introduzida pelo artigo 2º da Resolução 13/2018

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata o TC nº 2.935.11-84 da Representação interposta por CAIO JÚLIO BRANDÃO PINTO, em face dos Editais de Concorrência nº 30, 31, 32 e 33/2011, formulados pela Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras (SIURB).

O objeto dos referidos editais consiste no Registro de Preços para:

• Concorrência nº 030/2011/SIURB – serviços de conservação e melhoria de malha viária, incluindo drenagem, microfresagem, microrevestimento, reciclagem de materiais provenientes de resíduos sólidos de construção civil e/ou aqueles dos serviços de fresagem de pavimento asfáltico com espuma de asfalto, demolições e demais serviços pertinentes.

• Concorrência nº 031/2011/SIURB – serviços pontuais de conservação em vias públicas pavimentadas, ruas de terra e serviços complementares.

• Concorrência nº 032/2011/SIURB – serviços de manutenção de pavimentos rígidos de concreto de cimento “Portland” em vários dispositivos e sistemas viários da cidade.

• Concorrência nº 033/2011/SIURB – serviços de conservação de obras de arte especiais.

Insurge-se o Representante contra os citados editais, requerendo a suspensão dos certames, questionando, em síntese, a contratação de obras e serviços de engenharia através do Registro de Preços, a inexistência de projeto e quantitativos, a pesquisa de preços, o fator K, o BDI, que seria excessivo e os equipamentos (vistoria, propriedade e compromisso de terceiros), estranhos à licitação.

Em juízo cautelar, verifica-se o indeferimento do pedido liminar requerido, sob o fundamento da ausência dos requisitos do “fumus boni juris” e do “periculum in mora”, ressaltando que as questões são controversas e merecem um estudo percuciente. Determina-se o encaminhamento da Representação à Secretaria de Infraestrutura Urbana e Obras (SIURB) para apresentar os

esclarecimentos cabíveis.

A Coordenadoria VI, da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, após exame dos documentos encaminhados pela Pasta interessada, concluiu pela procedência parcial da Representação, em razão do que segue:

1 - Contratação de obras e serviços de engenharia através do Registro de Preços:

O representante insurgiu-se contra supostas ilegalidades presentes nos editais, que implicam na impossibilidade de utilização do Sistema de Registro de Preços às contratações pretendidas.

Para a Origem, o representante está alegando a incompatibilidade entre os objetos dos certames e a realização de Sistema de Registro de Preços, vez que se trata de obras, e não de serviços. Na defesa do seu ponto de vista a Secretaria alega a existência de uma jurisprudência específica deste TCM e entendimento favorável do Tribunal de Justiça de São Paulo e do STJ.

Sobre a jurisprudência, a Auditoria aponta a existência de julgados deste Tribunal aprovando duas concorrências para a contratação de serviços de fresagem e recapeamento asfáltico. São elas:

• ATA nº 46/SIS/COGEL/2002 – TC 72.003.564.03-20,
• ATA nº 01/SMSP/COGEL/2006 – TC 72.000.239.07-66.

Na visão da Auditoria, são situações diferentes. A estrutura das contratações questionadas contém elementos que possibilitam seu emprego em verdadeiras obras de reforma e não em simples serviços de manutenção.

Embora haja divergência na jurisprudência sobre a possibilidade ou não da contratação de serviços de engenharia através do Registro de Preços, todos são unânimes em vetar a possibilidade de utilizar esse sistema para a contratação de obras. Ressalta que, segundo a conceituação do inciso I do art. 6º da Lei Federal nº 8.666/93 , a reforma é obra.

Dessa forma, entende que as atas sob exame infringem a lei de licitações nos tópicos que seguem:

a) Atas de Registro de Preços com elevado número de preços unitários assumem a característica de obras e devem submeter-se ao ritual destas,

b) Há a inversão na elaboração do projeto; é a empresa que define os serviços a serem executados e elabora o orçamento,

c) Fuga à obrigação de dividir (§ 1º do art. 23 da Lei Federal nº 8.666/93) na medida em que a detentora da ata é agraciada com

inúmeros contratos,

d) A reunião de vários pequenos serviços para formar um agrupamento eleva as exigências de capacidade técnica e prejudica as pequenas empresas que poderiam candidatar-se à execução de parcelas, ferindo o inciso IV do art. 15 da Lei Federal nº 8.666/93 , e

e) A multiplicação das atas induz à cartelização de suas áreas, pois a Prefeitura é uma grande contratante e as empresas menores são obrigadas a subcontratar da detentora da ata.

Conclui que assiste razão ao representante.

2 - Inexistência de projeto e quantitativos:

Aponta o representante para a inexistência do projeto, inclusive como elemento orientador das exigências de qualificação técnica.

Sobre essa insurgência, a Origem apresenta extensa defesa da legalidade da exigência da capacidade técnico-operacional. Cita jurisprudência do TCU e do TCE-SP, dando conta de que os percentuais exigíveis para os quantitativos variam entre 50% e 60% daqueles previstos para serem executados.

Aduz a Auditoria que os editais das concorrências alcançados por esta representação não consignam os quantitativos previstos para execução ao longo da validade da ata, de modo a possibilitar a avaliação do percentual exigido. Apresentam somente um limite financeiro.

Em resumo, a lei estabelece que para a contratação de obras e serviços de engenharia a Administração decide que tipo de obra vai fazer, elabora um projeto básico antes da licitação, estabelece seu custo e prevê os recursos necessários para execução.

Ressalta que a ausência do projeto básico é um conflito inerente à utilização do Registro de Preços para a execução de obras, somente se resolvendo com a não utilização.

Conclui que assiste razão ao representante quanto à ausência de projeto básico, pois essa decorre do uso indevido do Registro de Preços para obras.

Conclui também que assiste razão ao representante quanto à ausência dos quantitativos necessários para justificar a exigência da capacidade técnica.

3 - Pesquisa de preços:

O representante alega a não comprovação de ampla

pesquisa de mercado para preços de obras e serviços que ainda não têm definida a data de sua contratação.

Sobre esse assunto, a Origem apresentou documentos comprovando que as pesquisas de mercado foram realizadas.

Conclui a Auditoria que não procede a oposição do representante.

4 - Fator K:

O representante combate a aplicação do coeficiente de descontos, denominado fator “K”, aos preços unitários.

Nesse aspecto, a Origem defende que o § 1º do inciso IX do artigo 9º do Decreto Federal nº 3.931/2001 demonstra que as hipóteses em que é cabível a oferta de desconto não são exaustivas, de modo que tal critério poderá ser adotado sempre que a Administração Pública reputar conveniente.

Informa a Auditoria que o representante alega infringência ao Decreto Federal nº 3.931, não lhe assistindo razão, pois o decreto é federal e não aplicável ao município. A propósito, o citado decreto foi revogado pelo Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013.

Quanto à adoção do fator “K” (coeficiente linear de desconto), não vislumbrou óbice de natureza legal ou jurídica que inquinasse sua adoção na apreciação das representações. Conclui que é improcedente essa impugnação.

5 - BDI excessivo:

O representante tem a opinião de que o BDI utilizado na licitação (35,2%) é excessivo.

Segundo a Auditoria, não assiste razão ao representante, vez que o BDI de 35,2% é o padrão da SIURB aplicável às obras de pavimentação.

6 - Equipamentos: vistoria, propriedade, compromisso de terceiros estranhos à licitação:

Por fim, o representante insurge-se contra previsões contidas nos subitens 9.5 e 9.5.1 do edital quanto à vistoria de equipamentos e/ou apresentação de compromisso firmado com terceiros estranhos à licitação.

Informa a Origem que o instrumento convocatório exigiu tão somente a apresentação de declaração de disponibilidade dos equipamentos considerados essenciais ao cumprimento do objeto da licitação.

Para a Auditoria, o subitem 5.3.4.1 do edital modifica o sentido do subitem 5.3.4, passando a exigir alternativamente o arrendamento, aluguel ou compromisso do proprietário. Tais disposições estão em conflito com o § 6º do art. 30 da Lei Federal nº 8.666/93 que admite simplesmente a declaração de disponibilidade.

Por outro lado, a vistoria técnica insere-se como um critério de julgamento das propostas, subitem 9.5 do edital. Não cabe desclassificação por motivo relacionado com a habilitação, conforme vedação do § 5º do art. 43 da Lei Federal nº 8.666/93 .

Conclui que assiste razão ao representante.

Em sua conclusão, a Coordenadoria VI manifestou-se pela procedência das insurgências relativas à (1) contratação de obras e serviços de engenharia através do registro de preços; (2) inexistência de projeto e (6) quantitativos e equipamentos: vistoria, propriedade, compromisso de terceiros.

Por outro lado, entendeu improcedentes as insurgências relativas à (3) pesquisa de preços; (4) fator k e (5) BDI excessivo.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou as conclusões alcançadas pela Auditoria em razão do atributo técnico dos questionamentos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em sua análise, sugeriu a intimação da Origem para melhor instrução probatória, o que foi deferido.

A Coordenadoria VI, após análise dos argumentos e justificativas apresentados pela Origem, concluiu pela manutenção de suas conclusões já lançada nos autos, acompanhada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em nova manifestação, pondera que os esclarecimentos apresentados pela Origem se mostraram extremamente pertinentes e razoáveis. Aduz que a matéria é complexa, comportando posicionamentos divergentes no mundo jurídico.

Propugna, ao final, pela extinção da presente Representação, na medida em que a mesma perdeu o seu objeto ou, caso não seja esse o entendimento, requer seja decretada a improcedência do pedido.

A Secretaria Geral manifestou-se, preliminarmente, pelo conhecimento da Representação e, no mérito, pela sua procedência parcial, acompanhando as conclusões dos órgãos técnicos deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Em julgamento a Representação interposta por CAIO JÚLIO BRANDÃO PINTO, em face dos Editais de Concorrência nº 30, 31, 32 e 33/2011, formulados pela Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras (SIURB).

Em juízo preliminar, o Conselheiro Relator à época indeferiu o pedido cautelar, afirmando que as questões alegadas pelo Representante eram controversas e mereciam um estudo percuciente.

Em sua intervenção nos autos, a Auditoria considerou procedentes as insurgências relativas à (1) contratação de obras e serviços de engenharia através do registro de preços; (2) inexistência de projeto e quantitativos e (6) equipamentos: vistoria, propriedade, compromisso de terceiros. Por outro lado, entendeu improcedentes as questões relacionadas à (3) pesquisa de preços; (4) fator k e (5) BDI excessivo.

Primeiramente, verifico que, ao contrário do alegado pelo representante e apontado no relatório da Auditoria, as licitações questionadas não têm por objeto a execução de obras de engenharia, mas o Registro de Preços para a execução de serviços de engenharia, habituais e rotineiros, indispensáveis para o atendimento do interesse público.

Nos casos concretos, os serviços compreendidos nas licitações não estão destinados a promover uma modificação significativa e autônoma no ambiente natural, não se caracterizando, portanto, como obras de engenharia.

Na realidade, os procedimentos licitatórios em exame têm por objetivo o Registro de Preços para execução de serviços rotineiros, que não podem ser previamente identificados e quantificados, nem tampouco podem aguardar a instauração e conclusão de uma licitação, dada sua morosidade.

Pelo que se depreende da análise dos autos, todos os serviços contemplados nas Atas de Registro de Preços têm a mesma característica, pois são serviços rotineiros e habituais, sendo que a necessidade de sua execução pode ocorrer a qualquer momento no Município de São Paulo.

Diga-se, de passagem, que no âmbito do Município de São Paulo, a matéria encontra guarida no artigo 3º, da Lei nº 13.278/2002, a saber:

> *Art. 3º - O fornecimento de materiais em geral e a prestação de quaisquer serviços, em ambos os casos, desde que habituais ou rotineiros, poderão ser contratados pelo sistema de registro de preços.*

O Decreto Municipal regulamentador nº 44.279/2003, assim prevê em seu artigo 26:

> *Art. 26 - Poderão ser objeto de registro de preços os materiais e os serviços, considerados de uso habitual ou rotineiro, para os quais não se possa prever o exato quantitativo a ser demandado pela administração, em especial quando houver:*
> *I - necessidade de contratações frequentes; ou*
> *II - conveniência de entregas parceladas; ou*
> *III - necessidade de atendimento a mais de um órgão ou entidade.*

Como amplamente demonstrado, a utilização do Sistema de Registro de Preços nos presentes casos é plenamente justificável, pois quando se afigura a possibilidade de se utilizar esse sistema, não resta outra opção ao Administrador.

No que diz respeito à inexistência de projeto e quantitativos, destaque-se que os serviços licitados pelo Sistema de Registro de Preços se revestem de características exigidas na legislação, de impossível definição das quantidades a serem demandadas.

Por esse motivo, inexiste a necessidade e até mesmo a possibilidade de elaboração de projeto básico para consulta dos interessados em participar dos procedimentos licitatórios.

De fato, a exigência de projeto básico não se compatibiliza com o sistema de registro de preços.

No outro questionamento, o representante insurge-se contra previsões contidas nos subitens 9.5 e 9.5.1 do edital quanto à vistoria de equipamentos e/ou apresentação de compromisso firmado com terceiros estranhos à licitação.

Segundo a Origem, as regras dispostas nos mencionados subitens do edital não se apresentam para efeito de julgamento da habilitação dos proponentes, mas como condição de classificação das propostas comerciais.

Informa, ainda, que o instrumento convocatório exigiu tão somente a apresentação de declaração de disponibilidade dos equipamentos considerados essenciais ao cumprimento do objeto da licitação.

Assim, fica claro que as exigências de realização de vistoria técnica dos equipamentos necessários à consecução do objeto licitado e a comprovação de disponibilidade de veículos e equipamentos como condição para julgamento das propostas comerciais, têm por objetivo assegurar à Administração

que o proponente vencedor detém as condições de executar o objeto licitado pelo menor preço e, igualmente, mantém aparelhamento necessário e indispensável à satisfação do futuro contrato.

Quanto às demais insurgências apontadas pelo Representante, deixo de tecer quaisquer comentários, considerando que, à unanimidade, foram consideradas improcedentes.

Por todo o exposto, CONHEÇO da Representação formulada por CAIO JÚLIO BRANDÃO PINTO, pois presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno deste Tribunal.

No mérito, julgo-a IMPROCEDENTE, por entender que os editais guerreados não abrigam as irregularidades reclamadas pelo Representante.

Encaminhe-se cópia da decisão a ser alcançada pelo Plenário às 3ª e 5ª Promotorias de Justiça, do Ministério Público do Estado de São Paulo, em atendimento ao pedido formulado nos autos, bem como à Controladoria Geral do Município.

Proceda-se nos termos do art. 58 do Regimento Interno deste Tribunal e, após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

É o meu voto, Senhor Presidente.