TC nº 72-003.041.09-97

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. PREGÃO. SMS. Serviço de transporte com veículos. IRREGULAR. Votação unânime.

2.507ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado: 20/10/2010

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, bem como consoante notas taquigráficas insertas nos autos, a despeito de comungar das conclusões alcançadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo desta Corte, no sentido de que a ausência de publicação em jornal de grande circulação não impediu a competitividade do certame, em julgar irregular o edital do procedimento licitatório Pregão Presencial 021/2009-CRS.Leste, em face das irregularidades constantes no instrumento convocatório, quais sejam:

a) subitens 9.10.1, do edital, e 2.12.2, do Anexo II, eis que comprovadamente restritivos;

b) data de reajuste contratual em desacordo com o Decreto Municipal 48.971/07;

c) documentação exigida para fins de pagamento e para a liberação da garantia contratual, sem fundamento legal.

Participaram do julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor, Roberto Braguim e Eurípedes Sales.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

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

Edson Simões
Presidente

Maurício Faria
Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Em julgamento os TCs nºs 2.994.09-29 e 3.041.09-97, traduzidos, respectivamente, na Representação interposta pela Cooperativa Cometa em face do edital de Pregão nº 021/2009, promovido pela Coordenadoria Regional de Saúde Leste, cujo objeto contempla a prestação de serviços de transporte com veículos, incluindo motorista, combustível e quilometragem livre, e, de outro lado, no Procedimento de Fiscalização e Acompanhamento do referido Pregão.

No caso da Representação, esta se insurge contra as disposições contidas nos subitens 9.10.1, do edital, e 2.12.2, do Anexo II, do mesmo instrumento.

O primeiro subitem refere-se à necessidade de registro das cooperativas participantes na Organização das Cooperativas do Estado de São Paulo – OCESP, a ser comprovado no momento da apresentação das propostas. O segundo, por sua vez, refere-se à comprovação pelo vencedor do certame, na hipótese deste ser pessoa jurídica de direito privado, de que os veículos ofertados são de sua propriedade.

A suspensão cautelar pleiteada foi indeferida, posto que, em juízo liminar, não restou evidenciado o risco de dano irreparável.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se pela procedência parcial da Representação, entendendo que, segundo a disciplina federal aplicável à matéria, o registro das Cooperativas pode ocorrer tanto na Organização das Cooperativas do Estado de São Paulo – OCESP, como na entidade federal – Organização das Cooperativas Brasileiras – OCB, não sendo correto, portanto, afastar cooperativas que possuam apenas o registro na segunda entidade mencionada.

Quanto ao subitem 2.12.2, Anexo II, do edital, registrou que o referido dispositivo não se aplica às cooperativas. A estas, aplica-se o disposto nos subitens 6.6.3, do edital, e 11.2.1.1, do Anexo IV, cujo regramento permite a demonstração de disponibilidade dos veículos por meio da locação ou "leasing".

Registrou também, diante de uma análise mais ampla do edital, que a locação não é permitida pela Portaria nº 052/2006-SMG e que a data de aplicação do reajuste contratual deve ocorrer a partir da apresentação das propostas, conforme previsão do Decreto Municipal nº 48.971/07, e não a partir da vigência do contrato, como, de fato, constou da regra editalícia. No mesmo sentido de irregularidade, fez menção ainda aos requisitos para pagamento e liberação da garantia contratual e quanto à forma prevista para o julgamento das propostas - preço mensal por lote.

Notificada dos termos da Representação, a Origem defendeu a inexistência da controvérsia, alegando, em síntese, que a interpretação

do edital permitia concluir que as Cooperativas registradas tanto no órgão federal como nos órgãos das demais esferas da Federação estavam aptas a participar do certame. Já quanto à necessidade dos veículos serem de propriedade do contratado, argumentou que a questão insere-se no campo da conveniência e oportunidade da Administração, sendo válida a opção adotada pelo edital. Justificou, por fim, a necessidade de previsão no edital de regras que protejam a Administração de futuras ações trabalhistas.

Após os esclarecimentos da Origem, a Auditoria manifestou-se no sentido da improcedência do subitem 9.10.1, por entender que a regra não afastou a participação de cooperativas de outros estados no certame. Quanto ao subitem 2.12.2, do Anexo II, concluiu que a comprovação de disponibilidade dos veículos também deveria ser aceita por meio de "leasing", na forma prevista na Portaria nº 052/2006-SMG, manifestando-se, então, pela procedência parcial da Representação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em nova manifestação, opinou pelo conhecimento da Representação e, no mérito, pela sua procedência, em razão da restritividade dos subitens guerreados, sugerindo determinação à Origem no sentido de que, nos futuros editais, a cláusula relativa ao registro das cooperativas seja inequívoca ao possibilitar o seu registro nos diversos órgãos de registro oficiais e, ainda, que o edital passe a permitir a comprovação de disponibilidade dos veículos por meio de "leasing".

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se pelo conhecimento da Representação e, no mérito, opinou pela sua total improcedência.

Por fim, a Secretaria Geral opinou pelo conhecimento da Representação e, no mérito, no sentido da sua procedência.

Quanto ao Acompanhamento do Pregão, TC nº 72.003.042.09-97, a Auditoria concluiu também pela regularidade do procedimento licitatório, destacando, contudo, a ausência de publicação do aviso de licitação em jornal de grande circulação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo ponderou que a ausência de publicação em jornal de grande circulação não comprometeu o acesso ao certame e a ampla competição entre os interessados. Apontou novamente a irregularidade na data prevista para o reajuste contratual, bem como a exigência editalícia de apresentação de pesquisa de distribuição na Justiça do Trabalho para liberação da garantia contratual, disposição esta que tem sido rejeitada por esta E. Corte.

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento do Pregão, relevadas as impropriedades apontadas pelos órgãos técnicos.

A Secretaria Geral, de igual forma, opinou pelo acolhimento do procedimento, sem prejuízo de eventuais determinações.

É o relatório.

VOTO

Quanto à Representação, entendo presentes os requisitos legais de admissibilidade e, no mérito, a procedência dos argumentos lançados.

Quanto ao Procedimento de Fiscalização e Acompanhamento da Licitação, concluo pela irregularidade do Pregão nº 021/2009.

Para tanto, acompanho as conclusões da Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de que, da interpretação do subitem 9.10.1 do edital, não se pode extrair a conclusão pela possibilidade de participação no certame das cooperativas registradas tanto na Organização das Cooperativas do Estado de São Paulo – OCESP, como nos demais órgãos de registro da federação, conforme quer fazer crer a Origem.

A cláusula do edital é de fato restritiva e não encontra amparo legal na Lei nº 5.764/71, disciplinadora da Política Nacional do Cooperativismo. Com efeito, o art. 107 deste diploma é expresso ao afirmar que 'as cooperativas são obrigadas, para seu funcionamento, a registrar-se na Organização das Cooperativas Brasileiras ou na entidade estadual, se houver...'.

No que tange à comprovação, pelo vencedor do certame (pessoa jurídica), de que os veículos ofertados são de sua propriedade, é certo que referido dispositivo não se aplica às cooperativas. A estas, aplica-se o disposto nos subitens 6.6.3, do edital, e 11.2.1.1, do Anexo IV, cujo regramento permite a demonstração de disponibilidade dos veículos por meio da locação ou "leasing".

Nesse particular, cabe ainda destacar que o objeto ora licitado, prestação de serviço de transporte de pessoas ou cargas, com o fornecimento de motorista e combustível, não se confunde com a locação de veículos, única e exclusivamente.

A distinção se faz presente porque, quando o objeto do certame contemplar a primeira hipótese mencionada, a possibilidade de realização do objeto contratual por meio de veículos locados não configurará a sua subcontratação integral, uma vez que envolve outros serviços além do fornecimento dos veículos, ainda que ocorra em menor dimensão.

Diferente, nos casos de única e exclusiva locação de veículos, é a realização do contrato por meio de veículos sublocados, pois isso sim configuraria subcontratação integral do objeto, na medida em que a empresa

vencedora seria mera intermediadora, situação repelida pelo ordenamento jurídico, posto que violadora do princípio da licitação.

Feita essa distinção, é possível afirmar que, no caso "sub examine", é restritiva a exigência do subitem 2.12.2, Anexo II, do edital, que exclui a possibilidade de demonstração da disponibilidade dos veículos por meio da locação ou por contrato de "leasing".

Reforçando essa compreensão, pondero que a restrição contida na Portaria nº 052/2006-SMG, quando veta a disponibilidade dos veículos por meio de locação, mesmo em situações que não configurem a subcontratação integral do objeto licitado, não encontra fundamento legal no ordenamento jurídico vigente. Ademais, destaque-se, o discrímen procedido pela portaria não tem o condão de criar direitos ou obrigações e não guarda pertinência lógica com qualquer situação fática, técnica ou jurídica, que o sustente.

Quanto ao apontamento acerca da data de incidência do reajuste contratual, deve a Origem aplicar a regra do Decreto Municipal nº 48.971/07, na forma observada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

No que toca aos documentos exigidos para fins de pagamento e para a liberação da garantia contratual, ainda que busque a Origem cercar-se de garantias contra eventuais condenações trabalhistas, não há fundamento legal que permita à Administração Pública condicionar a realização dos pagamentos à contratada, bem como reter a garantia contratual na forma fixada no edital, devendo a questão ser tratada em sede de execução contratual, por meio da aplicação de penalidades ou até mesmo da eventual rescisão contratual. Nesse sentido, os Acórdãos proferidos nos TCs nºs 1.723.08-75, 1.733.09-00 e 2.057.08-00, entre outros.

Em face do quanto exposto, julgo procedente a Representação "sub examine", determinando à Origem que, nos futuros certames, não lance mão dos dispositivos veiculados pelos subitens 9.10.1, do edital, e 2.12.2, do Anexo II, eis que comprovadamente restritivos.

Determino, conjuntamente, que as exigências relativas às condições de pagamento, subitens 8.1.1.1, 8.1.1.2, 8.1.1.4, 8.1.1.5, 8.1.1.6, 8.1.1.7 e 8.1.1.8, e à devolução da garantia, subitem 7.3, não mais estejam presentes nos futuros editais, bem como que a incidência do reajuste contratual seja computada a partir da data de apresentação das propostas, nos termos do Decreto Municipal nº 48.971/07.

Quanto ao procedimento licitatório, a despeito de comungar das conclusões alcançadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de que a ausência de publicação em jornal de grande circulação não impediu a competitividade do certame, julgo-o irregular em face das irregularidades constantes no instrumento convocatório.

Por outro lado, entendo preservados, em princípio, os efeitos financeiros do ajuste decorrente, desde que não presente irregularidade na execução contratual, pois as falhas na licitação e no contrato decorrem de atos da Administração, não cabendo impor ônus descabido à contratada, nem, tampouco, dar ensejo ao enriquecimento sem causa do Poder Público, o que será apurado nos autos dos TCs nºs 850.10-51 e 942.10-98.

Oficie-se à empresa Representante, bem como à Origem, do teor da presente decisão.