TC 3.370/2009

ACOMPANHAMENTO. ETAPAS DA CONCORRÊNCIA. SPTrans. Serviços de gerenciamento de execução das obras e serviços no sistema viário e implantação de terminais de transferência. Sistema de Transporte Coletivo. Critérios para a análise das propostas do tipo técnica e preço tecnicamente adequados. REGULAR. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 3.370/2009, 3.369/2009, 947/2009, 945/2009.

3.048ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/000945/2009, TC/000947/2009, TC/003.369/2009 e TC/003.370/2009, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regulares os procedimentos da Concorrência 004/2009-SPTrans.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de julho de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuidam os autos dos TCs 947/09 e 945/09, respectivamente, da análise dos Editais das Licitações, na modalidade Concorrência 03 e 04 de 2009, do tipo técnica e preço, pelo regime de execução indireta na forma de empreitada por preços unitários, realizada pela São Paulo Transporte S/A – SPTrans, objetivando a contratação de empresa para execução de serviços técnicos especializados de engenharia de gerenciamento e de apoio à fiscalização e supervisão relativos à implantação das intervenções contempladas no Convênio firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes e São Paulo Transporte S.A.

O citado Convênio celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a São Paulo Transporte S/A teve por objeto viabilizar a execução das obras e serviços no sistema viário e implantação de terminais de transferência voltados ao sistema de transporte coletivo urbano de passageiros, e, por conseguinte alicerçar a realização das licitações ora sob exame.

Referido Convênio foi objeto de exame nos autos do TC 2.701.08-78, julgado regular pelo Pleno deste Tribunal na sessão 3044 de 19 de junho de 2019.

De outra parte, cuidam os TCs 3.369/09-40 e 3.370/09-29, ora julgados de forma englobada, do acompanhamento do procedimento das Concorrências 3 e 4 de 2009, do tipo técnica e preço, pelo regime de execução indireta, na forma de empreitada por preços unitários, realizadas pela São Paulo Transporte S/A – SPTrans, objetivando a primeira a contratação de empresa para execução de serviços técnicos especializados de engenharia de apoio ao gerenciamento de responsabilidade da SPTrans e a segunda, a prestação de serviços de apoio à fiscalização e supervisão, ambas relativas à implantação das intervenções contempladas no convênio firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a São Paulo Transporte S.A.

O valor estimado para a contratação decorrente do Edital 3/2009 era de R$ 5.750.515,44 (cinco milhões, setecentos e cinquenta mil quinhentos e quinze reais e quarenta e quatro centavos) e de R$ 6.680.604,66 (seis milhões, seiscentos e oitenta mil seiscentos e quatro reais e sessenta e seis centavos) para o Contrato decorrente do Edital 4/2009.

A Coordenadoria V, à vista da análise dos aspectos formais e legais dos Editais das Concorrências 03 e 04 de 2009, concluiu, inicialmente, que eles não reuniam condições de prosseguimento, em razão das seguintes impropriedades:

1) Falta de justificativa legal para a contratação, vez que o objeto pretendido coincide com o objeto do Convênio firmado com a Secretaria Municipal de Transportes, além de constar de seu próprio estatuto social, infringindo o disposto no art. 2º, I, do Decreto Municipal 44.279/03 c/c artigo 111 da Constituição Estadual;

2) As ingerências dispostas nos subitens 6.7.2 e 6.7.3.1 do edital infringem o disposto no art. 33 da Lei Federal 8.666/93, pois, uma vez permitida à participação de empresas reunidas em consórcio, a Administração deve regrá-la de forma adstrita aos limites legais;

3) Irregularidades no objeto:

(a) os serviços ora licitados coincidem com as atividades assumidas pela SPTrans por meio do convênio com a Secretaria Municipal de Transportes, infringindo o disposto nos artigos 2º, V, e 15 do Decreto Municipal 49.539/08;

(b) a SPTrans busca contratar mão de obra para consecução de algumas atividades inerentes à sua própria atuação, o que caracteriza infringência ao art. 59 do Decreto Municipal 44.279/03, que autoriza tão somente a terceirização referente as atividades-meio da entidade;

(c) a definição dos serviços não está em conformidade com o art. 7º, I a III, e art. 40, § 2º, I da Lei Federal 8.666/93, uma vez que os serviços não estão devidamente detalhados e que há mera referência a um conjunto de obras e intervenções que não constam do instrumento convocatório, sobre as quais a Administração, desde já, adverte quanto a possíveis modificações;

4) indefinição dos serviços passíveis de subcontratação, constantes na cláusula 14.1.2 da minuta do contrato, com infringência do artigo 72 da Lei Federal 8.666/93;

5) ausência de definição de metas, prazos, produtividades, critérios, recursos, resultados ou quantidades, tornando inviáveis tanto a definição qualitativa como a quantitativa da mão de obra que será necessária para a execução das tarefas que se pretende obter pela contratação, comprometendo a análise dos critérios de fornecimento e medição do serviço, o que viola o disposto no artigo 55, inciso II, da Lei Federal 8.666/93;

6) A valoração dos serviços não atende à orientação dada pela alínea *f* do inciso IX do artigo 6º da Lei Federal 8.666/93 no que tange a fornecimentos propriamente avaliados;

7) as quantidades incluídas na Planilha de Orçamento não se amparam em previsões reais, uma vez que não há, na documentação autuada analisada, justificativas técnicas que respaldem a necessidade dos quantitativos licitados, o que infringe o § 4º do artigo 7º da Lei Federal 8.666/93;

8) O subitem 6.5.1.1 do edital afronta o disposto no inciso I, § 1º, do artigo 3º da Lei Federal 8.666/93;

9) A ponderação real não é aquela descrita no instrumento convocatório, havendo infringência ao § 2º, inciso II, do artigo 46 da Lei

8.666/93 e, ainda, infringência ao § 1º do artigo 44, ao *caput* do artigo 45, ao inciso I, § 1º, do artigo 46 e inciso VII do artigo 40, todos da Lei Federal 8.666/93, além dos princípios da igualdade e do julgamento objetivo, uma vez que todo o procedimento de escolha da vencedora do certame está calcado nos critérios de avaliação da proposta técnica, os quais são subjetivos;

10) A convenção prévia e fixa do percentual previsto no item 12.4.1, para fins de atualização financeira, o que infringe o determinado no § 4º do artigo 56 da Lei Federal 8.666/93;

11) A exigência editalícia de realização de visita técnica (subitem 6.6.3 do edital) deveria constar do aviso da licitação, cujo objetivo é a efetiva publicidade da abertura do certame e de todas as informações sobre a licitação, restando atendido apenas em parte o desiderato do § 1º do artigo 21 da Lei Federal 8.666/93;

12) Irregularidade no procedimento de inversão de fases da licitação utilizado, por entender não condizente com a modalidade da concorrência.

Recomendou, ainda, o seguinte:

a) adequação da redação do subitem 13.1.1.1 às características específicas da presente contratação, para que posteriormente não seja alegada a inaplicabilidade da penalidade estipulada.

b) exigência, pela SPTrans, da Contratada, de comprovação do recolhimento dos encargos sociais e trabalhistas referente aos empregados envolvidos na contratação, a fim de evitar a responsabilização da estatal em caso de inadimplemento, observando, ainda, as exigências contidas no DM 48.197/07.

Com lastro na conclusão da Especializada, foi determinada a suspensão dos certames, sendo fixado prazo para a apresentação de esclarecimentos pela Origem. (folha 428 e 504).

Em suas alegações, a SPTrans manifestou-se contrariamente à maioria dos apontamentos, mas consentiu em alterar as disposições editalícias referentes a alguns itens do relatório da Coordenadoria V. (folhas 435/619 e 511/687).

Remetidos os autos à Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta opinou pela possibilidade de prosseguimento do certame, considerando o seguinte:

a) a Origem se propôs a modificar o edital, em especial, no que concerne ao item 4.6 das Conclusões, em relação aos rádios de comunicação, aos equipamentos de informática e copiadoras e ao coeficiente de

manutenção (k), de 1,20 e também em relação aos itens 4.9 e 4.11 das "Conclusões da Auditoria" e à adequação do subitem 13.1.1.1 e, por fim, revisão e ajuste das condições estabelecidas no edital em relação ao consórcio;

b) restou cumprido o disposto no inciso VI, artigo 38, da Lei Federal 8.666/93, pois houve manifestação prévia da Assessoria Jurídica da SPTrans, destacando ainda que "não cabe a este Tribunal alertar cada profissional de suas responsabilidades funcionais, pois não se pode afastar a presunção de que todos os servidores têm ciência e conhecimento da dimensão de suas atribuições";

c) Não há como se questionar o procedimento utilizado de inversão de fases na licitação, prevista na Lei Municipal 14.145/06. Isso porque a citada Lei encontra-se em plena vigência, não havendo, até este momento, nenhuma decisão sobre eventuais questionamentos jurídicos acerca de sua constitucionalidade;

d) o Convênio celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a São Paulo Transporte S/A dá respaldo à licitação, não estando o citado Convênio sob exame neste processo;

e) a terceirização dos serviços de gerenciamento das obras voltadas ao sistema de transporte coletivo não se encontra abarcada na gestão do sistema e, portanto, não constitui delegação da atividade-fim da empresa e não ofende os termos do Convênio; e) não há ilegalidade na cláusula do edital que prevê subcontratação;

f) são razoáveis as ponderações da Origem em relação às exigências de qualificação técnica.

g) que as intervenções que compõem o objeto "estão perfeitamente identificadas e definidas". (folhas 624/627 e 692/695).

À vista das considerações favoráveis ao prosseguimento da licitação, ilustradas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, foi autorizado o prosseguimento das licitações, desde que praticadas as modificações dos apontamentos acolhidos pela Origem nos itens 4.2, 4.6, 4.9, 4.11 (identificados no relatório da Auditoria de folhas 406/425 e 502/503), e no subitem 13.1.1.1 dos editais (identificado no item 3.19 do mesmo relatório da Auditoria).

Ressalte-se que a decisão de retomada do certame deu-se monocraticamente, nos termos do Regimento Interno vigente à época (2009), qual seja, antes das alterações promovidas por meio da Resolução 6/2012, de 10 de outubro de 2012 *(que Incluiu o inciso XVII no parágrafo único do artigo 31 e altera a redação da alínea "d" do § 1º do artigo 101 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Município de São Paulo)*, a qual determinou que as decisões de revogação de suspensão cautelar dos certames deveriam ser propostas/autorizadas por decisão do Plenário do Tribunal de Contas nos seguintes dizeres:

"Resolução 6/2012

Art. 1º – Fica acrescido o inciso XVII ao parágrafo único do artigo 31 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, com a seguinte redação:

Art. 31 – (...)

Parágrafo único (...)

XVII – decidir a respeito da revogação de medida liminar eventualmente concedida, nos termos do inciso anterior.

"Art. 2º – A alínea "d" do § 1º do artigo 101 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 101 (...)

§ 1º (...)

d) solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado, determinando, "ad referendum" do Pleno, as medidas corretivas pertinentes e a sustação do procedimento, se for o caso; observado, no caso de revogação da suspensão, o disposto no inciso XVII do parágrafo único do art. 31."

Art. 3º – Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Plenário Conselheiro "Paulo Planet Buarque", 10 de outubro de 2012." (folha 628 e 696).

Em virtude da republicação dos editais (folha 998) com as correções propostas pelos Técnicos deste Tribunal, foram realizadas novas análises pela Coordenadoria V, que entendeu que as alterações efetivadas nos *itens 4.2, 4.6* e a nova equação constante dos subitens 13.1.1.1 atendem às determinações do Tribunal; as alterações perpetradas nos itens 4.9 atendem parcialmente à determinação e, por fim, a modificação dos itens 4.11 não atende à determinação constante dos despachos de folha 628 e 696.

A conclusão da Auditoria, acima, deu-se nos seguintes exatos dizeres:

"CONCLUSÃO:

Em vista das análises dos aspectos formais e legais das alterações realizadas pela SPTrans no edital da Concorrência 04/2009, entendemos

que as mesmas atendem apenas parcialmente à r. determinação do Conselheiro Relator, conforme segue:

- Item 4.2: as alterações atendem à determinação;

- Item 4.6: as alterações atendem à determinação;

- Item 4.9: as alterações atendem parcialmente à determinação, pois não foram suficientes para superar a subjetividade dos critérios de análise das propostas técnicas;

- Item 4.11: a alteração não atende à determinação;

- adequação do subitem 13.1.1.1 do edital: atende à determinação.

Os demais itens alterados não ofendem o ordenamento jurídico vigente." (folhas 1002/1007).

Encaminhados os autos à apreciação da Assessoria Jurídica, esta entendeu, quanto ao item 4.11 (atinente à ausência de informações sobre a visita técnica no aviso da licitação), que apesar de a questão ter sido objeto de determinação por este Tribunal, observou que tal omissão não está apta a macular o certame, haja vista que a legislação não é taxativa quanto a esta obrigatoriedade.

Somou a este ponto o fato de o edital estar disponibilizado na internet, de maneira que o acesso à integralidade de seu conteúdo não seria dificultoso.

Quanto aos critérios de análise das propostas, anotou que, estando as nomenclaturas, dadas as graduações escolhidas, aptas para os fins previstos, a regularidade do procedimento seria atestada pela motivação própria dos atos administrativos.

Assim, opinou pela continuidade do procedimento licitatório, por não vislumbrar impedimentos remanescentes, sugerindo o acompanhamento do procedimento licitatório a fim de verificar o procedimento adotado pela Origem quando da avaliação das propostas. (folhas 875/877 e 1012/1015).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, na esteira da manifestação da Jurídica e com amparo nas alterações promovidas no edital pela Origem, propugnou pelo acolhimento do Edital. (folha 883/885 e 1020).

A Secretaria-Geral, por seu turno, concluiu pela regularidade do Edital sob os mesmos fundamentos esposados pela Área Jurídica. (folhas 887/890 e 1022/1029).

No que diz respeito ao procedimento licitatório das concorrências 3 e 4 de 2009 (da abertura dos envelopes até a homologação do objeto), os TCs 3.370/09-29 e 3.369.09-40 registraram o que segue:

A Coordenadoria V destacou, inicialmente, que o processo licitatório da Concorrência 003/09 foi homologado em 14.07.10, tendo o seu objeto sido adjudicado ao Consórcio Logos-Maubertec, firmando o respectivo, no valor global de R$ 5.597.122,04, enquanto o processo da Concorrência 04/2009 foi homologado em 03.08.10, com a consequente adjudicação do seu objeto ao Consórcio Transvias-SP, no valor global de R$ 6.522.382,28.

A CONCLUSÃO alcançada foi de que, "*excluindo as questões suscitadas por esta Coordenadoria no TC 947.09-78, concluímos especificamente em relação aos procedimentos conduzidos pela Comissão Permanente de Licitações na Concorrência 003/2009 – SMT.GAB, verificado no presente Acompanhamento*, *os procedimentos conduzidos pela Comissão de Licitação seguiram dentro dos limites da legislação aplicável à espécie".*

Ressaltou, por fim, em atendimento à sugestão da Assessoria Jurídica de Controle Externo, feita nos autos do TC 947/09-78 (em que se analisou o Edital), que não há objetividade na definição de critérios para classificação e análise das propostas técnicas como 'ótimo', 'bom', 'médio', 'regular', 'insuficiente' e 'não abordado'. (folhas 469/478 e 206/212).

Oficiada, a São Paulo Transporte apresentou as suas justificativas sobre a conclusão da Auditoria, notadamente no que concerne à apontada ausência de objetividade nos critérios adotados para avaliação das propostas técnicas, alegando, em síntese, que não caberiam questionamentos acerca da subjetividade do critério de avaliação das propostas, pois a matéria ficou superada com a autorização do prosseguimento do certame. Informou que a empresa vencedora apresentou a maior nota técnica e a menor proposta de preço.

Finalmente, arguiu que não houve por parte dos demais licitantes quaisquer questionamentos sobre as notas atribuídas às concorrentes, bem como sobre a conclusão/resultado do certame. (folhas 482/495 e 217/228).

Em novo exame, a Coordenadoria V manteve a sua conclusão. (folhas 498/499).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, acolhendo os esclarecimentos da Origem, consignou não vislumbrar nenhuma irregularidade nas análises procedidas, visto que as pontuações concedidas aos licitantes foram tecnicamente fundamentadas, sem que se fosse possível observar conclusões parciais ou subjetivas.

Consignou que, considerando a "informação trazida pela Origem de que não houve qualquer questionamento das licitantes, maiores

interessadas no processo, quanto aos critérios adotados, entendeu que, o caso específico desta situação se reveste de um caráter decisivo."

Pontuou que esta informação, acrescida à informação, trazida pelos Auditores que acompanharam o processo licitatório, de que os procedimentos conduzidos pela Comissão Permanente de Licitações na Concorrência seguiram dentro dos limites da legislação aplicável à espécie, levou a concluir que a Concorrência 004/2009 se encontra regular.

Desta forma, a Assessoria Jurídica considerou superados os questionamentos quanto à alegada subjetividade nos critérios utilizados para a análise das propostas técnicas, acompanhando, no mais, a conclusão da Subsecretaria de Fiscalização e Controle no sentido da regularidade da licitação, visto que os procedimentos realizados seguiram dentro da legalidade.(folhas 502/504 e 231/234 -05/07/2011)

A Procuradoria da Fazenda Municipal, na esteira da manifestação da Jurídica, propugnou pelo acolhimento da Concorrência. (folha 507/508 e 237).

A Secretaria Geral, por seu turno, também concordou com o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo no sentido de que *"as pontuações concedidas aos licitantes foram tecnicamente fundamentadas, não havendo que se falar em subjetividade no critério de classificação das propostas técnicas",* motivo pelo qual opinou pela regularidade do procedimento licitatório. (folhas 510/511 e 240/241).

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Cuidam os autos do exame dos Editais e do procedimento das respectivas Concorrências 3 e 4 de 2009 realizadas pela SPTrans, tendo por objeto a contratação de empresa para prestação de serviços técnicos especializados de engenharia de apoio ao gerenciamento e apoio à fiscalização e supervisão da implantação das obras e serviços contemplados no convênio celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e a São Paulo Transporte S/A. visando, em síntese, a execução das obras e serviços no sistema viário e implantação de Terminais de Transferência voltados ao Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros.

O aludido Convênio, que DEU AMPARO às Concorrências 3 e 4 de 2009, foi objeto de exame nos autos do TC 2.701/08, sendo julgado REGULAR, por votação unânime deste Plenário, na Sessão Ordinária 3.044, de 19 de junho de 2019.

Consoante se infere da instrução, as irregularidades inicialmente apontadas pela Auditoria (que motivaram a suspensão cautelar dos certames) foram, em parte, objeto de proposta de correção pela São Paulo Transporte, e, em parte, justificadas, sendo as respostas da Origem acolhidas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria-Geral quando emitiram pareceres favoráveis à retomada dos certames, condicionada à efetivação das modificações anunciadas.

Após a análise da publicação dos EDITAIS reformulados, a conclusão conjugada da Auditoria, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria-Geral foi no sentido de que a Origem cumpriu as determinações deste Tribunal quando da autorização de retomada das concorrências.

Nos dizeres da Assessoria Jurídica de Controle Externo:

"Conforme relatado pela Área Técnica, a Origem adequou o Edital de Licitações em atendimento aos apontamentos deste Tribunal de Contas, a exceção ao que tange aos critérios de análise das propostas técnicas e a ausência de informações quanto à visita técnica no aviso da licitação.

No que se refere ao item denominado 4.11, que trata da ausência de informações sobre a visita técnica no aviso da licitação, em que pese tal providência ter sido objeto de determinação expressa deste Tribunal, entendo que a omissão não é apta a macular o certame, haja vista a legislação não ser taxativa quanto a esta obrigatoriedade. Tem-se, ainda, que os Editais foram disponibilizados na internet, de maneira que o acesso à integralidade de seu conteúdo não é dificultoso.

Quanto aos critérios utilizados para a análise das propostas técnicas, considero os mesmos usuais em licitações do tipo técnica e preço.

É certo que a análise das propostas técnicas, se não procedida da forma devida, ou seja, com as necessárias justificativas para a cada pontuação imposta, poderá ensejar em conclusões parciais ou subjetivas.

Entendo assim, que eventual subjetividade poderá ocorrer, mas não em razão da nomenclatura dada as graduações escolhidas, que considero aptas para os fins previstos, desde que as conclusões alcançadas sejam sempre acompanhadas da motivação própria dos atos administrativos.

Ante o exposto, concluo que a Origem atendeu em parte as determinações deste Tribunal e opino pela viabilidade da continuidade do certame, visto que os apontamentos remanescentes não são impeditivos."

No mesmo diapasão a Secretaria-Geral opinou: *"Entendo que a Origem atendeu em parte as determinações desta Corte de Contas, razão pela qual, opino pelo acolhimento do Edital."*

Como complemento, nos processos que cuidaram do acompanhamento dos PROCEDIMENTOS licitatórios, eventuais dúvidas foram eliminadas, comprovando-se que transcorreram dentro da legalidade, a saber:

A conclusão alcançada pela Auditoria deu-se nos seguintes termos: *"Os procedimentos seguiram de acordo com a legislação aplicável."*

De acordo com a Assessoria Jurídica de Controle Externo: *"O presente acompanhamento de licitação visa, sobretudo, verificar a regularidade na análise das propostas técnicas, nos termos da sugestão desta Assessoria Jurídica".*

Não vislumbro qualquer irregularidade nas análises procedidas, visto que as pontuações concedidas aos licitantes foram tecnicamente fundamentadas, sem que se fosse possível observar conclusões parciais ou subjetivas.

Desta forma considero superados os questionamentos quanto à subjetividade nos critérios utilizados para a análise das propostas técnicas.

Por fim e conforme demonstra o Relatório de Auditoria, entendo que os procedimentos realizados seguiram dentro da legalidade. Ante o exposto, concluo pela regularidade do procedimento licitatório da Concorrência 003/2009.

Na mesma linha concluiu a Secretaria Geral: *"Considerando-se as conclusões alcançadas nos autos (que analisam os editais), as conclusões alcançadas pelas Especializadas desta Corte de Contas nos presentes autos, bem como os esclarecimentos apresentados pela Origem, opino pela regularidade dos procedimentos licitatórios em exame."*

Diante do exposto, com resguardo nos pronunciamentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria-Geral e, no que couber, da Auditoria, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, JULGO REGULARES OS EDITAIS e os PROCEDIMENTOS DAS CONCORRÊNCIAS 03 e 04 de 2009.

Após o cumprimento das formalidades legais, autorizo o oportuno ARQUIVAMENTO dos autos.