TC nº 72-003.896.06-00

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. SMSP. Serviços de conservação de áreas urbanizadas, ajardinadas, praguejadas e em seu entorno e poda e remoção de árvores. Decorrente de Ata de RP. Ausência de justificativa para elevação do limite de garantia. Remessa e publicação extemporâneas. Apresentação incompleta da documentação. REGULARES excepcionalmente. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

TC citado 72-001.964.03-37.

2.952ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 11/04/2018

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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, considerando a existência de falhas que podem ser relevadas, em julgar excepcionalmente regulares a Concorrência 012/SMSP/COGEL/2004 e o Contrato 01/SP-AD/2006, no valor de R$ 1.078.706,80, firmado entre a Subprefeitura Cidade Ademar (atual Prefeitura Regional Cidade Ademar) e a empresa Amazônia Ambiental – Manutenção e Conservação de Paisagismo em Geral Ltda., decorrente da Ata de Registro de Preços 36/SMSP/Cogel/2004.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício dirigido à Subprefeitura Cidade Ademar, na pessoa de seu Subprefeito, para que tome ciência do presente Acórdão, acompanhado de cópia do relatório da Auditoria desta Corte de Contas, para que atente sobre eventuais irregularidades, semelhantes às examinadas nestes autos, a fim de serem evitadas em futuras licitações e contratações.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, após cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de outubro de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

O presente processo tem por objeto a análise da Concorrência para registro de preços 012/SMSP/COGEL/2004 e do Contrato 01/SP/AD/2006, firmado entre a Subprefeitura Cidade Ademar e a empresa Amazônia Ambiental – Manutenção e Conservação de Paisagismo em Geral Ltda., decorrente da Ata de Registro de Preços 036/SMSP/2004, e cujo objeto é a prestação de serviços de conservação de áreas urbanizadas, ajardinadas, praguejadas e em seu entorno e poda e remoção de árvores através de 04 (quatro) equipes/mês, para os meses de fevereiro a abril, e 02 (duas) equipes/mês para os meses de maio a agosto de 2006, no valor total de R$ 1.078.706,80 (um milhão, setenta e oito mil setecentos e seis reais e oitenta centavos).

Além da referida Ata de Registro de Preços, a Concorrência 012/SMSP/COGEL/2004 gerou, ainda, diversas outras atas, todas arroladas às folhas 1.129 e 1.130 dos autos do presente processo.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu seu relatório com o seguinte registro:

"À vista do que evidenciam as análises de fls. 1126 a 1132, entendemos, quanto ao aspecto contábil/orçamentário, que os procedimentos adotados na Concorrência 012/SMSP/COGEL/2004 encontram-se regulares e que o Termo de Contrato 01/SP/AD/2006, celebrado em 07.02.2006 encontra-se adequadamente formalizado, ressalvando a ausência no Processo Administrativo de evidência quanto à publicação do ajuste no DOM, em consonância com o artigo 26 da Lei Municipal 13.278/02." (17.01.2007 – folhas 1.126/1.133)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, após discorrer sobre a distinção entre a capacidade profissional da capacidade operacional para fins de qualificação técnica, afirmou:

"(...) importante se faz atentar para o teor do artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei Federal 8.666/93, que veda expressamente as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos para a comprovação de qualificação técnica profissional, não se aplicando a qualificação técnica operacional.

Não obstante a expressa disposição legal, o item 7.2.3 do instrumento convocatório sob análise incluiu exigência de comprovação de qualificação profissional com a imposição de quantidades mínimas e prazos máximos.

Ademais, a documentação acostada aos autos revela que o referido item editalício foi objeto de impugnações julgadas improcedentes, tendo sido invocado como motivo da inabilitação de licitantes, o que conduz à conclusão de que houve atuação administrativa contrária ao Princípio da Competitividade. (...)

Assim, a exigência de quantitativos mínimos obtidos através da soma de atestados, desde que referentes a serviços executados no período coincidente de trinta dias, contida no item 7.3.2. do instrumento convocatório, a meu ver, é contrária à lei e gera a irregularidade do edital, assim como do contrato dele decorrente. (...)

Por fim, conforme apontado pela Auditoria, verifica-se que não consta dos autos a comprovação da publicação do extrato de contrato no D.O.M., conforme determinado pelo artigo 26 da Lei Municipal 13.278/06.

A publicação é requisito de eficácia para as contratações públicas, pois somente a partir desta providência o contrato passa a gerar efeitos, sobretudo, perante terceiros, de modo, que a ausência de publicação do contrato viola a requisito formal essencial ao procedimento que não pode ser relevado. (...)

Assim, entendo que a irregularidade referente à ausência de publicação do extrato de contrato é apta a macular a contratação.

Ante o exposto, opino pela irregularidade da Concorrência 12/SMSP/COGEL/200, bem como do Contrato 01/SP/AD/2006, por advir de licitação irregular e em razão da ausência de publicação do extrato de contrato no Diário Oficial da Cidade." (07.10.2008 – folhas 1.137/1.141)

Apresentou a Origem defesa instruída com documentos, conforme consta das folhas 1.148/1.150, 1.153/1.154 e 1.158/1.160, acerca da qual a Subsecretaria de Fiscalização e Controle se pronunciou como segue:

"Acompanhando o raciocínio expendido pela Assessoria Jurídica, a capacidade técnico-operacional e a capacidade técnico-profissional representam conceitos diversos, sendo que no caso da última são vedadas expressamente as exigências de comprovação de capacidade com ‘quantidades mínimas ou prazos máximos’, a teor do que estabelece o inciso I do § 1º do art. 30 da LF 8.666/93.

Desse modo entendemos persistirem as irregularidades apontadas inicialmente pela Assessoria Jurídica, na medida em que os esclarecimentos prestados pela Origem não afastam a contrariedade das exigências

previstas nos itens 7.2.2, 7.2.3 e 7.2.3.1 do edital com o que dispõe o precitado art. 30, § 1], I, da LF 8.666/93." (...)

E quanto à falta de publicação no Diário Oficial da Cidade do extrato do Termo de Contrato 01/SP-AD/2006, acrescentou:

"Entendemos persistir a irregularidade apontada, na medida em que o alegado pela Origem não afasta a constatação da publicação extemporânea, em 08.04.2006 (fls. 1164), do extrato do termo de contrato, em desacordo com o prazo estabelecido pelo art. 26 da LM 13.278/02.

(...) considerando as defesas apresentadas às fls. 1.148/1.150, 1.153/1.154 e 1.158/1.160, concluímos que a Origem não apresentou justificativas adequadas para as irregularidades e ressalvas apontadas por esta Auditoria e pela Assessoria Jurídica." (20.01.2009 – folhas 1.165/1.167)

E a Assessoria Jurídica de Controle Externo, em manifestação sobre a defesa ofertada pela Origem, considerou não haver fatos novos capazes de alterar seu posicionamento anteriormente apresentado. (19.4.2010 – folhas 1.170/1.171)

Por outro lado, a Senhora Assessora Subchefe de Controle Externo ponderou que, embora os itens do edital 7.2.2 e 7.3.2 desatendam a prescrições legais, tal constatação não foi objeto de impugnação do instrumento convocatório e que, na hipótese concreta, não representou qualquer embaraço à competitividade. Considerou, por fim, que a publicação extemporânea não macula a contratação. Assim se manifestou:

"(...) em relação ao procedimento licitatório, entendo que o apontamento constante dos autos, referente aos itens 7.2.2 e 7.3.2 do edital, apesar de constituir uma irregularidade, não foi objeto de impugnação ao instrumento convocatório.

Tal fato, aliado ao significativo número de empresas participantes do certame, poderia, a meu ver e a critério do Nobre Conselheiro Relator, justificar o acolhimento dos efeitos jurídicos da Concorrência ora em exame.

Em relação ao contrato em tela, entendo que a publicação, ainda que extemporânea, atende à finalidade prevista na legislação vigente, razão pela qual opino, s.m.j., por seu acolhimento."

Tal posição foi acompanhada pelo Senhor Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo. (08.7.2010 – folhas 1.172/1.173)

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento da Concorrência 012/SMSP/COGEL/2004 e do Contrato 01/SP/AD/2006 ou o reconhecimento dos seus efeitos financeiros, após afirmar:

"A Fazenda se permite acompanhar os judiciosos pareceres das RS. Chefias da Jurídica dessa Corte, tendo em vista que restou claramente demonstrado que as impropriedades havidas não comprometem a licitação examinada.

Isto posto, na esteira do posicionamento da R. Chefia da AJCE, esta Procuradoria requer o acolhimento da Concorrência 012/SMSP/COGEL/2004 e do Contrato 01/SP/AD/2006, ou, ao menos, aguarda o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados, ante a ausência de prejuízo ao erário." (16.7.2010 – folhas 1.175/1.177)

Por fim, a Secretaria Geral assinalou seu entendimento:

"(...) considero que o atraso na publicação não macula o instrumento, pois atingiu a finalidade qual seja, a publicidade dos atos e contratos da administração.

No mais, acerca dos apontamentos que representariam obstáculos à competitividade, acompanho o posicionamento da Senhora Assessora Subchefe de Controle Externo e do Senhor Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo, no sentido de que a falha referente ao item 7.3.2, na hipótese em apreço, não causou prejuízos à Administração Pública e/ou aos licitantes, visto que não gerou nenhum empecilho à competitividade, tanto que vários foram os interessados que se apresentaram.

Assim, considerando a existência de falhas que podem ser relevadas, opino pelo acolhimento dos instrumentos sob análise, (...)". (13.9.2011 – folhas 1.179/1.182)

É o Relatório.

VOTO

Inicialmente, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle se manifestou pela regularidade dos instrumentos ora analisados, ou seja, a Concorrência para registro de preços 012/SMSP/COGEL/2004 e o Contrato 01/SP/AD/2006, com a ressalva de não haver comprovação da publicação do extrato de contrato no Diário Oficial da Cidade, consoante determina o artigo 26 da Lei Municipal 13.278/06. Assim, afirmou a Auditoria:

"À vista do que evidenciam as análises de fls. 1126 a 1132, entendemos, quanto ao aspecto contábil/orçamentário, que os procedimentos adotados na Concorrência 012/SMSP/COGEL/2004 encontram-se regulares e que o Termo de Contrato 01/SP/AD/2006, celebrado em 07.02.2006 encontra-se adequadamente formalizado, ressalvando a ausência no Processo Administrativo de evidência quanto à publicação do ajuste no DOM, em consonância com o artigo 26 da Lei Municipal 13.278/02."

Após a manifestação da Origem, a Auditoria se alinhou à Assessoria Jurídica de Controle Externo, que apontou a vedação por lei de exigências de comprovação de capacidade com quantidades mínimas ou prazos máximos, tal como previstas no edital. Irregularidade essa, somada à falta de publicação no Diário Oficial da Cidade do extrato do Termo do Contrato 01/SP/AD/2006, levaram-na a opinar pela irregularidade dos instrumentos objetos de análise neste TC.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em nova manifestação, reafirmou seu entendimento pela irregularidade do aludido edital de concorrência, assim como do contrato dela derivado.

Todavia, a Senhora Assessora Subchefe de Controle Externo ponderou que, embora os itens do edital 7.2.2 e 7.3.2 desatendam a prescrições legais, tal constatação não foi objeto de impugnação do instrumento convocatório e que, na hipótese concreta, não representou qualquer embaraço à competitividade. Considerou, por fim, que a publicação extemporânea não macula a contratação. Em conclusão, afirmou:

"(...) em relação ao procedimento licitatório, entendo que o apontamento constante dos autos, referente aos itens 7.2.2 e 7.3.2 do edital, apesar de constituir uma irregularidade, não foi objeto de impugnação ao instrumento convocatório.

Tal fato, aliado ao significativo número de empresas participantes do certame, poderia, a meu ver e a critério do Nobre Conselheiro Relator, justificar o acolhimento dos efeitos jurídicos da Concorrência ora em exame.

Em relação ao contrato em tela, entendo que a publicação, ainda que extemporânea, atende à finalidade prevista na legislação vigente, razão pela qual opino, s.m.j., por seu acolhimento."

Tal posição foi acompanhada pelo Senhor Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo e pela Procuradoria da Fazenda Municipal que afirmou:

"A Fazenda se permite acompanhar os judiciosos pareceres das RS. Chefias da Jurídica dessa Corte, tendo em vista que restou claramente demonstrado que as impropriedades havidas não comprometem a licitação examinada.

Isto posto, na esteira do posicionamento da R. Chefia da AJCE [Assessoria Jurídica de Controle Externo], esta Procuradoria requer o acolhimento da Concorrência 012/SMSP/COGEL/2004 e do Contrato 01/SP/AD/2006, ou, ao menos, aguarda o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados, ante a ausência de prejuízo ao erário."

E, por fim, a Secretaria Geral expressou seu entendimento pela regularidade dos instrumentos analisados ao afirmar:

"(...) considero que o atraso na publicação não macula o instrumento, pois atingiu a finalidade qual seja, a publicidade dos atos e contratos da administração.

No mais, acerca dos apontamentos que representariam obstáculos à competitividade, acompanho o posicionamento da Senhora Assessora Subchefe de Controle Externo e do Senhor Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo, no sentido de que a falha referente ao item 7.3.2, na hipótese em apreço, não causou prejuízos à Administração Pública e/ou aos licitantes, visto que não gerou nenhum empecilho à competitividade, tanto que vários foram os interessados que se apresentaram.

Assim, considerando a existência de falhas que podem ser relevadas, opino pelo acolhimento dos instrumentos sob análise, (...)".

Ante todo o exposto, acompanho as conclusões dos pareceres da Senhora Assessora Subchefe de Controle Externo e do Senhor Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo, como também da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral e JULGO excepcionalmente REGULARES a Concorrência 012/SMSP/COGEL/2004 e o Contrato 01/SP/AD/2006, no valor de R$ 1.078.706,80 (um milhão, setenta e oito mil setecentos e seis reais e oitenta centavos).

Expeça-se ofício dirigido à Subprefeitura Cidade Ademar, na pessoa de seu Subprefeito, para que tome ciência da presente decisão, devendo o ofício ser acompanhado de cópia do relatório da Auditoria desta Corte de Contas, para que atente sobre eventuais irregularidades, semelhantes às aqui examinadas, a fim de serem evitadas em futuras licitações e contratações.

Após, cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.