JURISPRUDÊNCIA

TC nº 4.096/95*47

Denúncia - Apócrifa - GEPROCAV - concorrência - licitação do tipo técnica e preço - nota de avaliação - critério subjetivo - a fórmula adotada para pontuação da proposta comercial que frusta a competição quanto ao preço - não conhecimento da denúncia, oficiando-se à SVP no sentido de que aperfeiçoe o procedimento licitatório - maioria de votos, vencido o Consº Antonio Carlos Caruso - CF. art. 37, XXI e Lei 8666/93, art. 3º e art. 45, § 5º.

Exmo. Sr. Conselheiro Relator

1. Cuida-se de denúncia, formulada por carta sem assinatura, acompanhada por envelope com remetente "Eng. José A. da Silva", onde se indica determinado endereço (fls. 3 a 8);
2. O teor da queixa é que, nas licitações do GEPROCAV, a fórmula matemática para apuração do ganhador de licitação de técnica e preço, reduz a zero o valor do fator preço, deixando a apuração vinculada somente ao fator técnica;
3. O artifício usado para isso, na fórmula, é penalizar toda e qualquer diferença preço, em relação ao orçado, de molde a obrigar todos os concorrentes, na prática, a oferecer justamente o preço orçado;
4. Submetida a queixa ao GAP da SFC, apurou que o fato da denúncia é verdadeiro (fls. 16);
5. Indo os autos à ATJ, solicitou manifestação de Engenharia (fls. 19), que veio, endossando o apurado pelo GAP de SFC (fls. 20).
6. Voltando os autos a ATJ, foi de parecer pela procedência da denúncia, sugerindo oficio à Origem para esclarecimentos (fls. 47);
7. Chefia de ATJ opinou no mesmo sentido (fls. 50);
8. Notificada a Origem, respondeu, argüindo aceitação das licitações por um número enorme de concorrentes e obediência legal (fls. 58);
9. Colhida manifestação de PFM, deu, preliminarmente, pelo não conhecimento da denúncia, por anônima, e, no mérito pela correção dos procedimentos da Origem, (fls. 62). Invocou artigo 68, do Regimento Interno desta Corte, para suporte da preliminar (ibidem);
10. Falando, SDG, a final, deu pelo não conhecimento, face ao estatuído no art. 5º, IV, da Constituição da República e, no mérito, sugeriu oficio à Origem, para aperfeiçoamento do procedimento licitatório, face à indução de valor zero no fator preço (fls. 69);
11. Em diligência final, apurou-se que o endereço fornecido pelo denunciante é falso (fls. 71 verso);
12. Nosso parecer, preliminarmente, é pelo não conhecimento da denúncia, pela vedação de anonimato posta na Constituição da República (CR 5º, IV, finis "vedado o anonimato");
13. No mérito, entretanto, nosso parecer seria pela procedência da denúncia eis que, realmente, o que se apregoa como licitação de técnica e preço, na verdade é reduzida a mera técnica. Embora a lei permita licitação apenas por técnica (LF 8666/93, 45, §1º, II), a nosso ver extirpar-se o fator preço trai a economicidade do certame. Impor preço orçado é impor também, por via de conseqüência, um preço mínimo, o que não é legítimo e, também, trai o melhor interesse administrativo. Ninguém, em sã consciência, poderá dar, como inexistente, a possibilidade de

um concorrente fazer o serviço por 95% do preço orçado. Basta que este concorrente aperfeiçoe em um ponto, ou outro, a tecnologia comum de produção (LF 8666/93, 40, X);

14. Propomos, portanto, não conhecimento da denúncia, mas conhecimento ex-officio do fato relatado, para se determinar a Origem, que reveja a fórmula de apuração do ganhador, de molde a não permitir penalização de preço abaixo do orçado.

É o que submetemos à consideração de V. Exa.

São Paulo, 07 de fevereiro de 1996.

Nelson Planet Júnior
Assessor de Gabinete

Egrégio Plenário

Retorno este TC a julgamento, após vista que me foi concedida na sessão de 12 de junho p.p., e passo a proferir o meu VOTO, conforme segue.

A denúncia em análise teve o condão de trazer ao Tribunal informação de que em licitações do GEPROCAV estaria havendo inobservância de princípios licitatórios, arredando-se, em face do critério de julgamento, a livre competição quanto ao preço.

A despeito de apócrifa, entendo não ser referida representação inepta, visto conter inteligível narração dos fatos, atacando, de maneira clara e precisa, o ponto fulcral da matéria enfocada, ponto esse que, tendo reconhecida sua relevância por este Tribunal, mereceu estudos técnico-jurídicos que se desenvolveram neste processo.

Demais disso, a própria lei orgânica desta Corte faculta aos Conselheiros a apreciação, de ofício, de assuntos de competência do Tribunal (art. 34, "b", Lei nº 9.167/80), permitindo-lhes, dessarte, assumir a investigação de fatos objeto de denúncia, ainda que esta seja formalmente imperfeita.

Por essa razão, voto pelo conhecimento da denúncia de que trata estes autos, posto que se refere a questão fiscalizatória dos atos da Administração, no âmbito da competência desta Corte.

No mérito, julgo-a procedente.

Os órgãos desta Casa – o Sr. Assessor Econômico de SFC, às fls. 16/17, AT-Engenharia, às fls. 46/50 – concluíram pelo ferimento das disposições do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e do art. 3º da Lei Federal nº 8666/93.

Isto porque a questão pontual residiu no emprego de fórmula matemática para aferição da proposta comercial em que o quociente é tomado por módulo, ou seja, se for diferente de zero será sempre positivo.

Analisando-a, o I. Assessor Subchefe da Engenharia, Eng.º Marcos Arrivabene Sanches, assim expôs:

> "Claro está que qualquer valor da proposta comercial, oferecido pelos licitantes, diferente (maior ou menor) do valor orçado pela PMSP implica em pontuação menor possível para a pontuação da proposta comercial (PC máximo 100).
>
> Assim sendo, tal critério de pontuação induz o valor orçado pela PMSP ser fixado, pelos participantes da concorrência, como referência, eliminando-se assim a possível competição relativa aos preços.
>
> Visto ser uma concorrência do tipo "técnica e preço", uma vez frustrada a competição no que diz respeito a preços, a pontuação final – por força da fórmula que a define (Pont. Final = 0,7 x Pont. Técnica + 0,3 x Pont. Comercial) – acompanhará a pontuação técnica (PT) que tem peso significativo (70%) e, via de regra, sua avaliação está sujeita a critérios subjetivos" (fls. 20 do processado).

Em relação a tal conclusão, vou mais além, aduzindo que a aplicação da referida fórmula faz com que o único critério de julgamento seja a pontuação técnica, por quanto todos os licitantes acabarão ofertando o preço orçado pela Prefeitura (apenas a título de ilustração, lembro que nem na licitação do tipo "melhor técnica" isso ocorre, "ex-vi" do disposto no art. 46, § 1º, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93, sendo, portanto, os preços ofertados sempre levados em consideração para efeito de apuração do vencedor).

Dessarte, sob o aspecto formal de licitação de técnica e preço, criou a Administração um outro tipo de licitação não previsto nos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.666/93, ferindo, em conseqüência, o disposto no § 5º do art. 45 do diploma legal mencionado.

Por todo o exposto, meu voto, como dito, é pelo conhecimento da denúncia e, no mérito, pela sua procedência, julgando-se irregular o procedimento em exame e determinando-se à Origem a sua correção, sem prejuízo do que for deliberado por esta Corte em relação às contratações já realizadas, a serem examinadas em processos específicos.

São Paulo, 17 de julho de 1996.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.004.096/95*47, devolvidos, na presente sessão, pelo conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, após vista que lhe fora concedida na 1.670ª S.O., quando votou o Conselheiro PAULO PLANET BUARQUE – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos do Conselheiro PAULO PLANET BUARQUE – Relator, da Conselheira Substituta MARIA CRISTINA JUNQUEIRA – Revisora e do Conselheiro FRANCISCO MARTIN GIMENEZ, em não conhecer da denúncia formulada, oficiando-se à Secretaria de Vias Públicas no sentido de que aperfeiçoe o procedimento licitatório. Vencido o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, que votou pelo conhecimento da denúncia e, no mérito, pela sua procedência, julgando-se irregular o procedimento em exame e determinando-se à Origem a sua correção.

Participaram do julgamento a Conselheira Substituta MARIA CRISTINA JUNQUEIRA – Revisora e os Conselheiros FRANCISCO MARTIN GIMENEZ e ANTONIO CARLOS CARUSO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto RENATO TUFI SALIM.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de julho de 1996.

EURÍPEDES SALES
Presidente

JOÃO ALBERTO GUEDES
Conselheiro Substituto
Relator