EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-004.121.07-06

PETIÇÃO. CMSP. Auditoria do Contrato. SES. Serviços indivisíveis de limpeza pública. Agrupamento V. CONHECIDA. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 72.000.208.08-13 e 72.004.120.07.35

2.784ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na 2.754ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, uma vez que acompanham o processo TC 72.000.208.08-13, o qual aguarda voto de desempate.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em determinar o envio de ofício, acompanhado de cópia do Acórdão proferido nos autos do processo TC 72.000.208.08-13, à Egrégia Câmara Municipal de São Paulo, em resposta ao Ofício 34/Lid_Pr/07, requerimento do Excelentíssimo Senhor Vereador Aurélio Miguel, para ciência do Nobre Edil.

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

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de dezembro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trata-se, nos autos do TC 208.08-13, da análise da contratação de 'Execução dos serviços indivisíveis de limpeza pública no Município de São Paulo, compreendendo: varrição manual de vias e logradouros públicos; varrição mecanizada de vias e logradouros públicos, coleta e transporte de resíduos da varrição de vias públicas, lavagem de logradouros públicos; limpeza de monumentos; varrição manual, lavagem e desinfecção de vias públicas após as feiras-livres; e serviços complementares e acessórios de limpeza, nas áreas e vias pertencentes ao Agrupamento V, compreendendo toda área das seguintes Subprefeituras: Butantã, Lapa e Pinheiros'.

Já nos demais TCs que integram este Voto, analisam-se os requerimentos dos Nobres Vereadores Aurélio Miguel – TC 4.120.07-35 – e Paulo Fiorilo – TC 4.121.07-86, endereçados a esta Corte de Contas, ambos questionando a legalidade da contratação em julgamento.

A presente análise tem por base o Contrato nº 045/SES/2007, celebrado pela Prefeitura do Município de São Paulo, através da Secretaria Municipal de Serviços com a empresa Delta Construções S.A. para a execução dos serviços anteriormente referidos no âmbito das Subprefeituras do Butantã, Lapa e Pinheiros.

Em análise preliminar pela Auditoria desta Casa, a mesma concluiu pela irregularidade do Contrato em tela pela seguinte razão:

- Adjudicação do objeto à Contratada Delta Contruções S.A., classificada em terceiro lugar na tábua de classificação das propostas, pelo valor original de sua proposta, a saber, R$ 34.660.697,02 (trinta e quatro milhões, seiscentos e sessenta mil, seiscentos e noventa e sete reais e dois centavos), sem que fosse exigido da referida empresa que a mesma reduzisse seu preço nas mesmas condições do primeiro classificado, tendo por isso, violado o § 2° do artigo 64 da Lei Federal n° 8.666/93.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em parecer de folhas 334/338, da mesma maneira concluiu pela irregularidade do ajuste, ou seja, violação do § 2 do artigo 64 da Lei 8.666/93.

Por seu turno, o Assessor Subchefe da Douta AJCE opinou pela irregularidade do contrato por ofensa ao princípio da obrigatoriedade de licitar, afeta à Administração Pública, conforme inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal ou, em última análise, pela violação ao referido § 2° do artigo 64 e ao inciso XI do artigo 24, ambos da Lei Federal n° 8.666/93.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, de maneira diversa, opinou pelo acolhimento do ajuste, conforme manifestação de folhas 404.

Em parecer saneador, a Secretaria Geral opinou pela irregularidade do Contrato nº 045/SES/2007, celebrado pela Secretaria Municipal de Serviços e a empresa Delta Construções S.A., por desrespeito ao princípio estatuido no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e, supletivamente, pela violação ao § 2°, do artigo 64 e ao inciso XI, do artigo 24, ambos da Lei Federal n° 8.666/93.

O Contrato nº 045/SES/07 decorreu da Concorrência nº 001/SES/05, cujo Edital foi analisado por esta Casa nos autos do TC nº 2.958.06-12. Na oportunidade, foram licitados 5 (cinco) Agrupamentos, os quais englobavam as 31 (trinta e uma) Subprefeituras do Município.

O critério de escolha da licitante vencedora, para cada um dos Agrupamentos licitados, foi o de menor preço total, observada a limitação a um Agrupamento por licitante, nos termos dos subitens 14 e 15 do Edital.

Em relação especificamente ao Agrupamento V, que aqui se cuida, a licitante vencedora, por força de decisão judicial, foi a empresa Evolu Servic Ambiental Ltda., com a proposta de R$ 29.991.268,65 (vinte e nove milhões, novecentos e noventa e um mil, duzentos e sessenta e oito reais e sessenta e cinco centavos).

No entanto, a decisão liminar que amparava o resultado preliminar do certame em favor da empresa Evolu Servic Ambiental Ltda. foi revertida judicialmente. Desta forma, a Secretaria Municipal de Serviços convocou a empresa classificada em segundo lugar, Construtora Gomes Lourenço Ltda., para que esta manifestasse o interesse em revalidar a sua proposta anteriormente ofertada e, assim, ter-lhe adjudicado o objeto.

De acordo com o noticiado nos autos, a Construtora Gomes Lourenço Ltda. recusou-se a revalidar sua proposta. Assim, a empresa Delta Construções S.A., terceira colocada na tábua de classificação para o Agrupamento V foi convocada para revalidar sua proposta, a qual concordou, sendo-lhe, ao final, adjudicado o objeto da referida Concorrência.

No entanto, a Secretaria Municipal de Serviços, ao convocar a Delta Construções S.A. para que confirmasse sua proposta, não observou o disposto no § 2º do artigo 64 da Lei Federal nº 8.666/93 que dispõe:

'§ 2°: É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.'

De fato, conforme apontado pela Auditoria 'os serviços licitados foram adjudicados à empresa Delta Construções S.A., no valor original de

sua proposta, perfazendo R$ 34.660.697,02' (trinta e quatro milhões, seiscentos e sessenta mil, seiscentos e noventa e sete reais e dois centavos). Portanto, a ilegalidade é manifesta.

De fato, o Relatório da Auditoria apontou que os valores ofertados pelas três primeiras colocadas na Concorrência, para o referido Lote V, foram: 1º - Evolu Servic Ambiental Ltda. R$ 29.991.268,65; 2º - Construtora Gomes Lourenço R$ 30.749.399,33; 3º - Delta Construções S.A. R$ 34.660.697,02. Com a reversão da medida liminar que garantia a Evolu Servic Ambiental Ltda. como primeira colocada, a Construtora Gomes Lourenço foi considerada a real vencedora do certame.

Como a Construtora Gomes Lourenço recusou-se a confirmar sua proposta, ao convocar a Delta Construções S.A., a Origem deveria impor como condição de ser-lhe adjudicado o objeto que esta concordasse com as mesmas condições da proposta vencedora e, também, com os preços devidamente atualizados, conforme dispõe o parágrafo 2º do artigo 64 da Lei 8.666/93. Porém, conforme se pode constatar, a Secretaria Municipal de Serviços firmou o contrato com a empresa Delta Construções S.A. pelo preço originalmente ofertado, violando o dispositivo legal em comento. Segundo apontou o Relatório da Auditoria, '(...) quando da adjudicação do serviço à empresa DELTA CONSTRUÇÕES S.A., esta teria que ter se dado pelo valor ofertado pela CONSTRUTORA GOMES LOURENÇO LTDA., e não pelo valor original de sua proposta como de fato ocorreu, o que geraria uma diferença a menor de R$ 3.911.297,69'. Por outro lado, outra solução possível para o caso seria a Secretaria Municipal de Serviços optar pela revogação do certame, no tocante especificamente ao Agrupamento V, e realizar nova licitação, conforme disposto na parte final do já referido § 2º do artigo 64 do Lei 8.666/93.

Aliás, esta foi a solução primeira apontada pela Subchefia da Assessoria Jurídica desta Corte em seu parecer. Desta forma, a Secretaria Municipal de Serviços ao adjudicar o objeto licitado para a empresa Delta Construções S.A., segunda colocada na tabulação das propostas válidas, sem impor-lhe a exigência legal de aceitar as condições e preços ofertados pelo licitante vencedor, violou disposição expressa de lei. Além do mais, a contratação se deu por uma diferença, a maior, de R$ 3.911.297,69 (três milhões, novecentos e onze mil, duzentos e noventa e sete reais e sessenta e nove centavos), causando considerável prejuízo ao Erário.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Diante de todo o exposto, JULGO IRREGULAR o Contrato nº 045/SES/2007 firmado pela Secretaria Municipal de Serviços e a empresa Delta Construções S.A., uma vez que celebrado com a licitante classificada em segundo lugar na tábua de propostas válidas, sem a observância do comando do parágrafo 2º do artigo 64 da Lei Federal nº 8.666/93.

DETERMINO, ainda que sejam encaminhados os ofícios, a saber:

(i) ao Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de São Paulo, para que proponha as medidas judiciais cabíveis para ressarcimento integral do prejuízo aos cofres públicos aqui apurados, no total de R$ 3.911.297,69 (três milhões, novecentos e onze mil, duzentos e noventa e sete reais e sessenta e nove centavos), devidamente corrigidos;

(ii) à Controladoria Geral do Município, para que adote as medidas de sua competência, segundo o disposto no inciso II do artigo 138 da Lei Municipal nº 15.764/13, "in verbis":

'art. 138: Compete ao Controlador Geral: (...) II – determinar a instauração de apurações preliminares, inspeções, sindicâncias e demais procedimentos disciplinares de preparação e investigação, inclusive inquéritos administrativos para o exercício da pretensão punitiva, nos termos do art. 208, parágrafo único, da Lei nº 8.989, de 29 de outubro de 1979, sem prejuízo das competências da Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos'.

(iii) ao Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social, fazendo-se referência ao Inquérito Civel nº 1433/09, da 5ª PJ, com as conclusões e as irregularidades apuradas por esta Corte de Contas em relação ao Contrato nº 045/SES/2007; (iv) à Egrégia Câmara Municipal de São Paulo, em resposta aos Ofícios nº 520/2007, requerimento do Nobre Vereador Paulo Fiorilo e nº 34/Lid_Pr/07, requerimento do Nobre Vereador Aurélio Miguel, tratados no âmbito desta Corte através dos TCs nºs 4.120.07-35 e 4.121.07-06 respectivamente, dando ciência aos Nobres Edis sobre as conclusões alcançadas no presente julgamento.

Como decorrência das irregularidades apuradas, APLICO ao ordenador da despesa, a MULTA prevista no inciso II do artigo 52 da Lei Municipal nº 9.167/80, cominada no seu grau mais elevado, conforme disposto no artigo 53 da mesma Lei.

Determino, ainda, que os Órgãos de Fiscalização desta Corte acompanhem, através de INSPEÇÃO, junto ao Município, o fiel cumprimento do que ficou aqui determinado.

Após as comunicações de praxe, ARQUIVEM-SE OS autos. Este é o meu voto, Senhor Presidente **(2.731ª S.O.)**.

Voto em separado englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Como assinalado pela Auditoria, com a cassação da liminar que amparava a assinatura do contrato com a empresa EVOLU SERVIC AMBIENTAL LTDA, operou-se a **invalidação** do ato que havia declarado a empresa vencedora (fl. 212).

Essa invalidação somente atingiu a adjudicação à empresa EVOLU SERVIC AMBIENTAL LTDA. e comprometeu sua proposta “ab

initio", posto que os efeitos da decisão judicial não confrontaram com o conteúdo expresso no procedimento da licitação propriamente dita.

Assim, com a retomada do certame a partir da nova classificação (que excluiu a proposta, agora tida como inexistente da empresa EVOLU SERVIC AMBIENTAL LTDA), a Origem convocou a empresa CONSTRUTORA GOMES LOURENÇO, classificada inicialmente em segundo lugar (que passou então a ser a primeira colocada).

No entanto, esta não aceitou revalidar sua proposta.

Por tal razão, foi convocada a terceira colocada (que passou a ser agora a segunda colocada), que aceitou revalidar sua proposta e assinar o contrato pelo valor inicialmente ofertado.

Nesse sentido ocorre a inaplicabilidade do disposto no § 2ºdo artigo 64 da Lei de Licitações e Contratos, posto que somente admitida na hipótese de o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, o que não ocorreu nos autos.

Frise-se que a contratação de aproximadamente um ano com a empresa EVOLU SERVIC AMBIENTAL se deu por força de decisão judicial. Com a cassação da liminar que amparou essa contratação e a consequente invalidação da adjudicação, inadmissível a aplicação do disposto no § 2º do art. 64 da Lei nº 8.666/93. Da leitura dos dispositivos, podemos extrair, pelo menos dois requisitos para sua aplicação, quais sejam: a) contratação frustrada em virtude do não comparecimento do convocado; e b) propostas dentro do prazo de validade.

Nenhum desses requisitos se mostraram presentes.

No contrato ora em julgamento, não se trata de convocação dos demais licitantes. Com a invalidação da contratação daquela que, por determinação judicial, foi a primeira colocada, operou-se a retomada do certame **a partir da sua homologação**.

O cenário que se apresenta é semelhante ao de uma licitação realizada em que não ocorre o ato de adjudicação como consequência imediata. É como se a licitação tivesse sido homologada e após o transcurso de um prazo realizou-se a adjudicação, sendo que no presente caso, o primeiro classificado não aceitou validar sua proposta, o que foi aceito pelo segundo classificado, ou seja, empresa DELTA CONSTRUÇÕES S/A. Nesta situação, não se tem como referência o valor praticado no contrato firmado com a empresa que firmou contrato por força de decisão judicial (proposta que invalidada, deverá ser considerada inexistente), mas sim os atos praticados pela Administração durante a realização do procedimento licitatório, o qual classificou as empresas CONSTRUTORA GOMES LOURENÇO – que não aceitou revalidar sua proposta, e a DELTA CONSTRUÇÕES S/A.

Por óbvio que tal procedimento não supera o fato de que, por cautela e para refutar qualquer questionamento sobre a matéria, deveria a Administração ter realizado um novo certame especificamente para o Agrupamento V, até porque, para a retomada do certame, deveria se certificar muito claramente da consistência dos preços praticados pelas empresas classificadas, com análise sobre tais preços e o valor estimado para contratação.

Não obstante, entendo que a conduta da Administração não infringiu o § 2º do art. 64 da Lei de Licitações e Contratos, posto que, como já demonstrado inaplicável no presente caso, razão pela qual excepcionalmente, julgo regular o contrato ora em análise. **(2.754ª S.O.)**.

Voto de desempate englobado proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões:

Cuidam os autos dos **TCs 208.08-13, 4.120.07-35 e 4.121.07-35** da análise, (realizada em decorrência de requerimento formulado pelos então Vereadores Paulo Fiorilo e Aurélio Miguel) do Contrato 45/07 firmado entre a Secretaria Municipal de Serviços e Delta Construções S.A, tendo por objeto a execução de serviços indivisíveis de limpeza pública no Município de São Paulo, compreendendo varrição manual de vias e logradouros públicos, coleta e transporte de resíduos e outros.

Na sessão 2.731ª, o Conselheiro Relator João Antonio conheceu das solicitações e julgou irregular o Contrato 45/2007 pois celebrado com a licitante classificada em segundo lugar, sem a observância do § 2º do artigo 64 da Lei Federal 8.666/93.

Na Sessão 2.737ª o Conselheiro Revisor Vice-Presidente Roberto Braguim acompanhou o voto do Relator.

Na sessão 2.754ª divergiu o Conselheiro Maurício Faria que conheceu das solicitações e julgou regular o Contrato por entender que com a invalidação do contrato firmado com a primeira colocada, por decisão judicial, operou-se a retomada do certame a partir da sua homologação. Assim, a conduta da Administração não infringiu o §2º do artigo 64 da Lei de Licitações, pois inaplicável na espécie.

O Conselheiro Corregedor Domingos Dissei acompanhou o voto do Conselheiro Maurício Faria.

Com efeito registrou-se empate, e consoante disposição legal, profiro o voto de desempate.

A classificação inicial das propostas foi a seguinte:

1ª classificada: Evolu Servic. Ltda.

2ª classificada: Gomes Lourenço

3ª classificada: Delta Construções S/A.

Com a reversão, pelo poder judiciário, da medida liminar que garantia a Evolu Servic Ambiental Ltda. como primeira colocada no certame, a sua proposta foi considerada inexistente.

Isso porque, com a invalidação do contrato celebrado com a primeira colocada por decisão judicial, o certame é retomado desde a fase de classificação. antes que houvesse uma nova classificação, a empresa Gomes Lourenço (que passaria a ser a primeira classificada) foi consultada se tinha interesse em firmar o contrato. contudo, a Gomes Lourenço não aceitou revalidar a sua proposta nos termos do parágrafo 3º do artigo 64 da lei de licitações. (pois ultrapassado o prazo de validade de 60 dias).

Diante disso e considerando que a proposta da Gomes Lourenço tornou-se inválida, foi consultada a próxima empresa na ordem da classificação, a Delta ConstruçõesS/A. que aceitou revalidar a sua proposta e celebrar o contrato. por conseguinte, foi convocada a empresa Delta Construções S/A. que passou a ser a primeira colocada, facultando à administração contratá-la nos preços de sua proposta original, não se aplicando o parágrafo 2º do artigo 64 da lei de licitações.

Diante do exposto, acompanho a corrente perfilhada pelos Conselheiros Maurício Faria e Domingos Dissei, restando assim, por maioria de votos, conhecidas as solicitações e julgado regular o contrato 45/2007, pelas razões expostas em seus votos.