TC nº 72-005.093.03-76

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SES. Serviços e obras para construção. EMEF. Impedimento de alteração de coeficiente da composição de custo unitário. Cláusula restritiva. Apresentação de projeto básico incompleto. ACOLHIDOS excepcionalmente. RECOMENDAÇÕES. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 3º, §1º, I, art. 7º, §§ 4º e 6º, IX, e art. 40, § 2º, I e X, Lei nº 8.666/93.

2.796ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 31/08/2015

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 que os atos ora examinados não ocasionaram ônus ao interesse público, seja de ordem financeira ou técnica, em acolher, em caráter excepcional, a Concorrência C18/SSO/02 e o Contrato 040/Edif/03.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, consoante proposta do Conselheiro DOMINGOS DISSEI, constante de seu voto proferido em separado, em recomendar à Origem que:

1 – SIURB/EDIF deverá rever o modelo de seus editais de concorrência para excluir a cláusula que impede os licitantes de alterarem os coeficientes de composição dos custos unitários, por conflitar com o disposto no artigo 3º, § 1º, inciso I, e artigo 40, inciso X, ambos da Lei Federal 8.666/93.

2 – SIURB/EDIF deverá elaborar o parecer técnico das fundações previamente, de modo a definir no edital o tipo de fundação que realmente se pretende executar em conformidade com o disposto nos artigos 7º, § 4º, e 6º, inciso IX, combinados com o artigo 40, § 2º, inciso I, da Lei Federal 8.666/93.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de ofício à Secretaria Municipal Serviços, acompanhado das considerações enunciadas às folhas 145/151 dos autos, visando a aprimorar os futuros editais que tenham objeto semelhante ao ora tratado.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em autorizar, uma vez cumpridas as formalidades legais pertinentes, o arquivamento dos autos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de março de 2015.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos da análise da **CONCORRÊNCIA nº 018/ SSO/2002 e do CONTRATO nº 040 EDIF/03**, tendo por objeto a execução de serviços e obras para a construção da Escola Municipal de Educação Fundamental – EMEF Conjunto Habitacional Perus.

Sagrou-se vencedora do certame a empresa TEMAFE-ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA, tendo sido formalizado pela antiga SECRETARIA MUNICIPAL de SERVIÇOS E OBRAS, atual Secretaria Municipal de Serviços, o **CONTRATO nº 040/EDIF/03**, no valor de R$ 1.600.000,00 (um milhão e seiscentos mil de reais) pelo prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle e a Assessoria Jurídica de Controle Externo, em inicial manifestação, concluíram pela **regularidade da licitação e do Ajuste**.

Foram os autos novamente remetidos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle com a finalidade de ser exarado pronunciamento sobre a matéria de engenheiro lotado naquela unidade.

Anexada a documentação de folhas 116/144, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle endossou o parecer do profissional da área de engenharia, nos seguintes termos:

"*- SSO deveria rever o modelo de seus editais de concorrência, para excluir a cláusula que impede os licitantes de alterarem os coeficientes das composições dos custos unitários, pois a mesma conflita com o disposto na Lei nº 8.666/93, art. 3º §1º e art. 40, inciso X*".

"*-SSO deveria elaborar o parecer técnico de fundações previamente, de modo a definir no edital o tipo de fundações que realmente pretende executar, em conformidade com o disposto nos arts. 7º, § 2º, inciso I, da Lei nº 8.666/93*".

Foram oficiados, a fim de apresentarem manifestações acerca das conclusões da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Secretaria de Serviços e Obras e o Diretor do Departamento de Edificações-EDIF.

Em síntese, o Secretário Municipal de Serviços e Obras posicionou-se no sentido da inexistência de irregularidades aos dispositivos da Lei Federal nº 8.666/93, apontados pela Auditoria.

Quanto à alegada violação ao artigo 40, inciso X, da citada lei federal, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle afirmou não procederem as alegações da Origem por entender que "*a fixação de preços mínimos na composição dos itens do orçamento é que viola frontalmente o disposto*" na norma federal mencionada.

E, no respeitante à propalada necessidade de prévia elaboração de parecer técnico das fundações a ser executada (consoante disposto no artigo 7º, parágrafo 2º, inciso I, da referida lei federal), afirmou que a "*a Origem em suas colocações tratou o tema de maneira genérica se referindo a obras emergenciais de escolas, creches e hospitais outros, e em nenhum momento se preocupou em caracterizar como obra emergencial a licitação em análise*".

Arrematou seu pronunciamento, praticamente reiterando sua precedente manifestação nos seguintes termos:

"***3.1 –*** *A Administração deve rever o modelo de seus editais de concorrência nos quais impõe aos licitantes a obrigatoriedade de utilizarem os mesmos coeficientes e componentes das composições de custos unitários do orçamento elaborado pela Prefeitura, sob o risco de continuar infringindo a legislação pertinente.*

3.2 – *O procedimento de arbitrar, sem o amparo de sondagens e parecer de fundação, o tipo de fundação da obra para a elaboração do orçamento que integra o Edital é irregular por atentar contra normas e princípios da Lei de* Licitações".

O Diretor do Departamento de Edificações igualmente sustentou a regularidade dos atos em exame, tendo a Área Auditora reiterado os termos de seu pronunciamento pela irregularidade.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em face dos elementos acrescidos nos autos, endossou o parecer da área técnica por entender também "*que a lei não autoriza a fixação de preços mínimos. Ao estabelecer no edital cláusulas que obrigam as licitantes a adotarem os índices de produtividade estabelecidos na Tabela de SSO/EDIF, a Origem impede a oferta de proposta mais vantajosa à Administração, em ofensa ao disposto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93.*

Por outro lado, entendo da mesma forma que a ausência de parecer técnico das fundações, antes da abertura do procedimento, pode provocar a incerteza no resultado da licitação e atentar contra as regras estabelecidas nos artigos 7º, § 2º, inciso I, § 4º e artigo 40, § 2º, inciso I da Lei Federal nº 8.666/93".

Ressaltou, no entanto, que referidas irregularidades não provocaram prejuízo à Administração e que como "*Enfatizou a área técnica à fl. 147, que a proposta vencedora da licitação foi elaborada com base em critérios técnicos aceitáveis, não se opondo, destarte ao valor contratado. No concernente à fundação, não obstante a alteração do tipo inicialmente licitado, salientou à fl. 148 que a mudança não deve implicar em ônus para o contrato*".

Propugnou, a critério superior, pelo acolhimento do Ajuste em caráter excepcional, com a expedição de recomendações à Origem, para que, no futuro, reveja os termos de seus editais, como proposto pela Auditoria.

Em face das conclusões manifestadas pelos Órgãos Técnicos no sentido da irregularidade da licitação e do Ajuste, foram intimados os membros da Comissão de Licitação, o Ordenador da despesa e o Signatário do Contrato para apresentação de defesas.

A certidão exarada aos autos noticia que os membros da Comissão Licitante deixaram fluir o prazo legal fixado sem manifestação, enquanto o Ordenador da Despesa e o Signatário do Ajuste apresentaram defesas.

A respeito das defesas apresentadas assim se manifestou a Coordenadoria VI:

"*3.1- No mérito, seguimos entendendo que o engessamento dos coeficientes de produtividade* ***significa um mecanismo de fixação de preços mínimos****. No caso concreto, desde que se verifique que o EDIF não utiliza mais essa regra em seus editais o apontamento está solucionado.*

3.2- Mantemos nosso entendimento de que é irregular a execução do parecer das fundações ***após a contratação da obra, pois caracteriza a incompletude do projeto básico***".

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, pelos pareceres da Assessora Subchefe e do Assessor Chefe, manifestaram-se no *sentido* **"***do acolhimento do ajuste em tela, notadamente diante da afirmação de que, dos apontamentos efetuados pela Especializada deste E. Corte de Contas, não decorreu qualquer ônus ao interesse público, seja de ordem financeira ou técnica (fl.147/148)*".

O Órgão Fazendário acompanhou as manifestações lançadas nos autos e requereu "*a regularidade dos instrumentos em exame, eis que formalmente regulares, sem prejuízo das recomendações que o Nobre Conselheiro entender pertinentes*".

A Secretaria Geral acompanhou as "*manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Sra. Assessora Subchefe de Controle Externo, do Sr. Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo, bem como da D. Procuradoria da Fazenda Municipal pelo acolhimento excepcional dos instrumentos 'sub examine', sem embargo das determinações e/ou recomendações cabíveis tendentes a não repetição do fato*".

É o relatório.

V O T O

De conformidade com o apontado pela Auditoria, o Edital da CONCORRÊNCIA nº 18/SSO/2002 consubstanciou disposições que infringem os artigos 3º, § 1º, e 40, inciso X, da Lei Federal nº 8.666/93, o artigo 7º, § 4º e o artigo 6º, inciso IX, combinados com o artigo 40, inciso I, todos da lei federal mencionada, a saber:

1- O item 4.3.2.1 do edital da concorrência que impede aos licitantes de alterarem os coeficientes das composições dos custos unitários fixados, pois isto equivale à fixação de preços mínimos, o que é expressamente vedado pelo inciso X do artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/93 , redundando na possibilidade da apresentação de proposta comercial menos vantajosa para a Administração Municipal;

2- Fornecimento de materiais e serviços sem a exata previsão de quantidades.

Dispõem os referidos dispositivos ser vedado que os agentes públicos admitam nos editais "*cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo*". Enquanto o inciso X do artigo 40 prescreve que, no instrumento convocatório, é vedada "*a fixação de preços mínimos*".

Assim sendo, ao restar fixado na Cláusula Quarta – item 4.3.2, subitem 4.3.2.1, que as licitantes deveriam adotar os índices de produtividade estabelecidos na Tabela SSO/EDIF, o fato implicou ofensa ao artigo 3º da lei federal mencionada, impedindo, em consequência, que as licitantes ofertassem nas propostas comerciais apresentadas preços mais vantajosos para a Administração Municipal.

Não há como negar que, em assim agindo, a própria Administração Municipal **determinou a obediência de preços mínimos a serem**

ofertados pelas licitantes (aqueles estabelecidos na Tabela SSO/EDIF), em flagrante ofensa ao disposto no inciso X do artigo 40 da lei federal de regência.

Apontou, também, a Auditoria, que restaram consubstanciadas no Edital ofensas ao disposto no artigo 7º, § 4º, e ao artigo 6º, inciso IX, combinados com o prescrito no artigo 40, inciso I, da Lei nº 8.666/93, os quais, em síntese, **vedam o fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades**, fato que implicou, portanto, **a apresentação de projeto básico incompleto,** redundando, ao não definir de maneira prévia o tipo de fundações que pretendia executar, na impossibilidade de **ser aferido o efetivo custo dos serviços e obras da construção da Escola Municipal de Ensino Fundamental-EMEF do Conjunto Habitacional Perus.**

Apesar do apontamento das referidas irregularidades, a Assessoria Jurídica de Controle Externo destacou com especial ênfase as seguintes ponderações formuladas pela Auditoria ora transcritas: "*não há a opor em relação ao valor contratado para os serviços*", uma vez que "*análise da oscilação dos valores unitários da proposta vencedora em relação aos da Prefeitura (fls. 119-143)* ***mostra que a proposta foi elaborada com base em critérios técnicos aceitáveis***" (grifos nossos).

E quanto à sugerida necessidade de ser previamente definido o tipo de fundações da obra a executar, afirmou que: "*foi licitado um tipo de fundação constituído de estacas pré-moldadas de concreto foi inteiramente substituído após a contratação, (...) por outro tipo de fundações constituído por tubulões*". E arrematou asseverando que, "***No caso em apreço essa mudança não deve implicar em ônus para o contrato***" **fl. 148** (grifos nossos).

O Referido Órgão Técnico concluiu seu pronunciamento ressaltando (fls. 224/227) que o reconhecimento efetuado pela própria Auditoria no sentido de que apesar de verificadas as irregularidades apontadas, estas **não geraram** "***qualquer ônus ao interesse público, seja de ordem financeira ou técnica***", e admite a possibilidade de **acolhimento em caráter excepcional do ajuste**, sem prejuízo das determinações que o conselheiro julgador entender cabíveis.

Em face do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, e considerando que os atos ora em exame não ocasionaram ônus ao interesse público, seja de ordem financeira ou técnica, **ACOLHO, em caráter excepcional**, a **CONCORRÊNCIA nº 018/ SSO/ 2002 e o CONTRATO Nº 040 EDIF/ 2003,** endossando os pronunciamentos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle (fls. 151), da Assessoria Jurídica de Controle Externo (fls. 217/222) e da Secretaria Geral (fls. 229//232), cujos fundamentos integram o presente voto como razões de decidir.

Em face do caráter pedagógico de que se revestem as decisões deste Tribunal, **DETERMINO A EXPEDIÇÃO** das **CONSIDERAÇÕES** enunciadas às folhas 145/151, dirigidas à Secretaria Municipal Serviços, visando

aprimorar os futuros editais que tenham por objeto semelhante ao tratado nos presentes autos.

AUTORIZO, uma vez cumpridas as formalidades legais pertinentes, o **ARQUIVAMENTO** dos autos.

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Domingos Dissei:

Na esteira das manifestações da AJCE e da PFM, cujas conclusões adoto como forma de decidir, ACOLHO EXCEPCIONALMENTE os instrumentos "sub examine", sem embargo das seguintes recomendações à Origem:

1 – SIURB/EDIF deverá rever o modelo de seus editais de concorrência para excluir a cláusula que impede os Licitantes de alterarem os coeficientes de composição dos custos unitários, por conflitar com o disposto no artigo 3º, parágrafo 1º, inciso I e artigo 40, inciso X, ambos da Lei nº 8.666/93.

2 – SIURB/EDIF deverá elaborar o parecer técnico das fundações previamente, de modo a definir no edital o tipo de fundação que realmente se pretende executar em conformidade com o disposto nos artigos 7º, parágrafo 4º e 6º, inciso IX, combinados com o artigo 40, parágrafo 2º, inciso I, da Lei 8.666/93.