JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.005.317.01-60

Representação - impugnação a Edital de Licitação - atestado de capacidade técnica - somatória - improcedente a Representação quanto ao alegado aspecto restritivo - comissão de licitações aceitou mais de um atestado - recomendação à origem para que se abstenha de exigir de maneira genérica a comprovação da capacidade técnica através de atestados de desempenho anterior. Vencido o Conselheiro Edson Simões.

Egrégio Plenário

Trata o presente de impugnação ao edital nº 51/2001 referente a certame licitatório na modalidade de Concorrência Pública, visando a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de preparo e fornecimento de alimentação escolar.

Consta dos autos que publicado o edital, foi o mesmo impugnado pela empresa APETECE Sistemas de Alimentação Ltda., que se insurgiu contra o subitem 2.3.2.2, por considerá-lo restritivo, uma vez que exigia a apresentação de no mínimo 1 (um) atestado de capacidade técnica de fornecimento de refeições com a quantidade exigida, não importando se a concorrente pudesse consegui-lo na somatória de vários atestados.

A cláusula impugnada está redigida da seguinte forma:

2.3.2.2 – Apresentar no mínimo 1 (um) Atestado de Capacidade Técnica indicando, no mínimo o fornecimento de 32.000 refeições dia, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a aptidão da licitante para desempenho em atividades compatíveis com o objeto do edital, relativas à natureza e outras características dos serviços prestados, devidamente registrado no Conselho Regional de Nutrição – CRN. As empresas que não possuem sede no estado de São Paulo, deverão averbar o(s) atestado(s) no CRN-SP"

Propugnou a empresa pela correção do vício para viabilizar a ampliação do número de concorrentes, por entender a cláusula restritiva, sobretudo em face do objeto descrito no item 1.6 do ANEXO I, que determinou que o preparo e fornecimento das refeições deveriam necessariamente ser feitos nas unidades atendidas,

e somente de forma excepcional e a critério da SEMAB seria admitida a distribuição da refeição já preparada em outra unidade.

Argumentou a empresa impugnante, que em face da descrição da cláusula 1.6 do ANEXO I, seria descabida a exigência de um atestado na ordem de 32.000 refeições porque referido item transformou cada unidade escolar em uma unidade produtora. Questionou ainda a legalidade da exigência da comprovação de quantidades de refeições fornecidas, para a comprovação da aptidão para a execução do objeto contratual.

A municipalidade julgou improcedente a impugnação considerando que a previsão editalícia encontrava respaldo na exigência contida no artigo 30, II da Lei 8.666/93, dando seguimento ao certame.

Em 14/11/01, a empresa APETECE protocolou nesta Corte de Contas cópia da impugnação solicitando orientação e providências, tendo sido os autos encaminhados para a assessoria técnica em 23/11/01 para averiguação da procedência da impugnação.

A assessoria técnica, em manifestação datada de 27/02/02 considerou que a impugnação procedia em parte porque a exigência constante do item 2.3.2.2 revelava-se restritiva na medida em que vedava o somatório dos atestados, mas a exigência de quantidade de refeições fornecidas para a comprovação técnica era compatível com o objeto do edital.

Às fls. 166/169 manifestou-se ATJ pelo acolhimento parcial, endossando as conclusões da DT VI. O parecer foi encaminhado ao então Conselheiro Relator em 06/05/02 que determinou o encaminhamento de ofício ao Secretário de SEMAB e ao Presidente da Comissão de Licitações, com cópia do relatório da Auditoria e da Assessoria Técnica Jurídica, o que ocorreu em 05/09/02.

SEMAB apresentou manifestação às fls. 180 informando que o certame teve início em 19/11/01, tendo sido homologado em 25/02/02, antes, portanto, do recebimento ou mesmo da emissão dos pareceres. Informou que cientificada das manifestações contrárias, aquela Secretaria passaria a adotar a exigência de apresentação de atestados de capacidade que comprovem o atendimento de 50% do objeto a ser licitado e não mais a obrigatoriedade da apresentação de somente um atestado.

Retornando os autos às áreas técnicas consignou a auditoria que a simples retirada da exigência de apenas um atestado bastaria para afastar o caráter restritivo, manifestando preocupação com o percentual adotado de forma genérica pela Secretaria. Deixou consignado que o certame foi realizado nos termos inicialmente previstos no edital.

A Secretaria de Fiscalização e Controle ratificou a conclusão da auditoria pela ilegalidade do subitem 2.3.2.2 do edital.

A Procuradoria da Fazenda Municipal considerou que a origem reconheceu a impropriedade e que a notícia da homologação do certame anteriormente à notificação deste E. Tribunal de Contas não impede que o mesmo seja anulado caso reste constatado que efetivamente a falha configurou restrição de participação no certame.

SDG acompanhou as manifestações precedentes entendendo restritiva a cláusula 2.3.2.2. do edital, por ser a exigência excessiva, e na questão relativa ao quantitativo, entendeu ser compatível com o objeto do edital. Opinou pela procedência parcial da representação, mas consignou que o certame foi homologado em 26.02.02, gerando ata de registro de preços com validade compreendida entre 26.02.02 e 25.02.03, restando inviável a reposição da situação fática ao estado anterior. Considerou, desta forma, oportuna a indagação à Origem acerca da irregularidade constatada em face da situação concreta, ou seja, se efetivamente feriu o caráter competitivo do certame.

Notificada por determinação deste Conselheiro, a Origem informou que todas as empresas que demonstraram a capacidade técnica para cumprimento do objeto nas quantidades exigidas foram habilitadas, tendo a Comissão admitido a apresentação de mais de um atestado, desde que a somatória atingisse a quantia descrita no edital.

É o relatório.

V O T O

A imprecisão da cláusula considerada restritiva foi objeto de averiguação diante da sua aplicação no caso concreto em face da constatação de que a ata de julgamento de habilitação fez constar "atestados de capacidade técnica", suscitando dúvidas acerca do critério efetivamente utilizado por ocasião do julgamento. Tal dúvida foi dirimida por ocasião das informações oficiais prestadas pela Origem que confirmou que todas as empresas que demonstraram capacidade técnica, através de um ou mais atestados, foram devidamente habilitadas.

Embora a redação da cláusula editalícia pudesse num primeiro momento levar à conclusão da existência de aspectos restritivos, verifica-se que no caso concreto, por ocasião da habilitação dos participantes, foi afastada a restrição em razão da adoção da interpretação da Comissão de Licitações pela aceitação de mais de um atestado.

Ainda que seja viável admitir que a imprecisão da cláusula eventualmente possa ter afastado a participação de outros interessados, é verdade

também que a ambiguidade da redação dava respaldo à interpretação no sentido de que mais de um atestado seria admitido, o que de fato ocorreu

É inegável que as cláusulas editalícias devem ser claras e precisas de modo a não comportarem interpretação ambígua, mas não há que se falar em invalidação do ato diante no presente caso, diante da constatação de que não foi aplicada de forma a operar a restrição proibida pela lei.

Com relação ao questionamento acerca do quantitativo fixado no edital, acompanhando as manifestações das áreas técnicas desta Corte, entendo que a exigência é compatível com o objeto licitado.

Ainda que os efeitos do procedimento já tenham se consolidado porque a Ata de Registro de Preços que dele decorreu expirou em 25 de fevereiro do corrente ano, a regularidade formal do procedimento licitatório, com enfoque nos preços registrados está sendo analisada através dos TC's nºs 5.316.01-05 e 1.254.02-80.

Em face de todo o exposto, conheço da impugnação, recebendo-a como representação, para no mérito julgá-la improcedente, recomendando à Origem que se abstenha de adotar a prática noticiada de exigir de maneira genérica a comprovação da capacidade técnica através de atestados de desempenho anterior equivalentes a 50% do objeto a ser licitado, bastando a eliminação da referência a "um atestado', a fim de evitar a ambiguidade que levou as áreas técnicas a concluírem pela restritividade da cláusula.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 06 de agosto de 2003.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Diante das manifestações dos Órgãos Técnicos, acompanho o parecer da Secretaria-Diretoria Geral, **CONHEÇO A REPRESENTAÇÃO** e **JULGO-A PROCEDENTE EM PARTE**, tendo em vista que o item 2.3.2.2 do edital revelou-se restritivo, pois a vedação do somatório de atestados para a comprovação da quantidade mínima exigida de 32.000 (trinta e dois mil) refeições diárias não encontra respaldo legal, por restringir, injustificadamente, o universo de licitantes.

Assim, entendo ilegal o item 2.3.2.2 do ato convocatório, por ofensa ao artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, que autoriza apenas o mínimo de exigências, ao artigo 3º, parágrafo 1º, inciso I da Lei 8.666/93 e ao artigo 30, parágrafo 5º da mesma lei que veda limitações irrelevantes para o efeito de se aferir tal aptidão.

Em relação ao quantitativo de 32.000 (trinta e dois mil) refeições/dia, entendo que está compatível com o objeto licitado. Portanto, **IMPROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO** nesse contexto.

Releva mencionar a impossibilidade de reposição da situação fática ao estado anterior, tendo em vista que o procedimento licitatório gerou ata de registro de preços, com validade compreendida entre 26/02/02 e 25/02/03.

Dê-se ciência do presente julgado à empresa representante e à Origem para ciência.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 06 de agosto de 2003.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da impugnação, recebendo-a como representação.

ACORDAM, outrossim, por maioria, nos termos do relatório e voto do Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, bem assim pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM, no mérito, em julgar improcedente a representação quanto ao alegado aspecto restritivo do subitem 2.3.2.2 do edital, por entenderem que o mesmo foi afastado, uma vez que a Comissão de Licitações adotou a interpretação que aceitava mais de um atestado, não se operando, destarte, a restrição proibida pela lei.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em recomendar à Origem que se abstenha de adotar a prática noticiada, de exigir de maneira genérica a comprovação da capacidade técnica através de atestados de desempenho anterior equivalentes a 50% do objeto a ser licitado, bastando a eliminação da referência a "um atestado", a fim de evitar a ambigüidade que levou as áreas técnicas a concluírem pela restritividade da cláusula.

Vencido, neste tópico, o Conselheiro EDSON SIMÕES – Revisor, que, nos termos do voto apresentado em separado, julgou procedente a representação, no que diz respeito ao subitem 2.3.2.2 do edital.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, no mérito, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, bem assim pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, apresentado em separado, EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM, em julgar improcedente a representação, no que tange ao quantitativo de 32.000 (trinta e duas mil) refeições fixado no edital, por entenderem que a exigência é compatível com o objeto licitado e pelo fato de – ainda que os efeitos do procedimento já tenham se consolidado, porque a Ata de Registro de Preços que dele decorreu expirou em 25 de fevereiro do corrente ano – a regularidade formal do procedimento licitatório, com enfoque nos preços registrados, estar sendo analisada através dos processos TC 72.005.316.01-05 e 72.001.254.02-80.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar as comunicações de praxe, previstas no artigo 58 do Regimento Interno desta Corte.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 06 de agosto de 2003.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator