TC nº 72-005.325.04-30

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SIURB. Obras de recuperação e reforço de viaduto. Ajuste rescindido sem realização de despesa. Perda do objeto. PREJUDICADOS. Votação unânime.

2.763ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 28/09/2015

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, em julgar prejudicadas as análises do Edital da Concorrência 8/02/Siurb e do Contrato 013/SIURB/2004, em razão da rescisão do contrato, assinado em 18 de maio de 2010, sem que tenha sido realizada nenhuma despesa, conforme consta no Sistema de Orçamento e Finanças – SOF da Secretaria Municipal de Finanças, registrando-se também que não foi localizado nenhum outro ajuste de mesmo objeto firmado em data posterior ao referido termo de rescisão.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento destes autos.

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

Ausente o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, por motivo previamente justificado.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de setembro de 2014.

MAURÍCIO FARIA

Conselheiro mais antigo, no exercício da Presidência, nos termos do disposto no artigo 14 do Regimento Interno desta Corte

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos da análise do Edital de Licitação nº 08/2002, na modalidade Concorrência, promovido pela Secretaria de Infra-Estrutura Urbana e Obras – SIURB -, bem como do Contrato nº 013/SIURB/2004**,** firmado com a empresa Concrejato Serviços Técnicos e Engenharia S.A., tendo por objeto a realização de obras de recuperação e reforço do viaduto São Carlos, no valor de R$ 2.539.435,27 (dois milhões, quinhentos e trinta e nove mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e vinte e sete centavos) com previsão de **prazo de execução** das obras e serviços de 650 (seiscentos e cinqüenta) dias corridos, a contar da data fixada na primeira Ordem de Serviço.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em análise do referido Edital, apontou as seguintes irregularidades:

1.- falta de disponibilização do Edital para os interessados no prazo legal, em desacordo com o artigo 21, parágrafo 3º, da Lei Federal nº 8.666/93; os Editais foram disponibilizados em 13/11/2002 e os envelopes foram abertos em 06/12/2002, ou seja, 23 (vinte e três) dias após, sendo que a lei prevê o prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias, contados da última publicação, até que se proceda à análise das propostas;

2.- falta de data e assinatura do Edital, o que desatende o estabelecido no artigo 40, parágrafo 1º, da Lei Federal nº 8.666/93;

3.- considerando que o único Edital constante no P.A. diz respeito a uma minuta que não se encontra datada e assinada, há dúvidas de que o despacho que autorizou a licitação tenha sido, de fato, exarado antes do Edital;

4.- ausência de cronograma, infringindo o artigo 7º, parágrafo 2º, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93;

5.- ausência no Edital de referência à minuta do contrato, como prescreve o artigo 40, parágrafo 2º, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93;

6.- por fim, solicita a Especializada a manifestação do profissional de engenharia desta Corte sobre os preços unitários ofertados pela licitante vencedora, a fim de comprovar sua adequabilidade (folhas 245/248).

E em referência ao Contrato nº 013/SIURB/2004 o Órgão Auditor formulou as seguintes ponderações:

1.- consta da Cláusula V do Contrato (folha 160) que o prazo de execução das obras e serviços será de 650 (seiscentos e cinqüenta) dias corridos, a contar da data fixada na primeira "Ordem de Serviço", entretanto, não há comprovação de que tal Ordem tenha sido emitida. Diante disso, sugere a Auditoria oficiar a Origem para encaminhar a este Tribunal cópia da respectiva "Ordem de Serviço", quando de sua emissão;

2.- o valor adjudicado, de R$ 2.041.520,64 (dois milhões, quarenta e um mil, quinhentos e vinte reais e sessenta e quatro centavos - folha 111) é distinto do valor contratado, de R$ 2.539.435,27 (dois milhões, quinhentos e trinta e nove mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e vinte e sete centavos – folha 158).

Tal alteração do valor foi pleiteada pela adjudicatária (folha 126) e deferido pela Origem, conforme despacho de folha 152, onde vem indicado que tal decisão se baseou no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, Lei Federal nº 10.192/01, Portaria SF nº 54/95, Ementa nº 10.016/01 da Assessoria Jurídico-Consultiva da PGM/SJ (folhas 128/130) e Acórdão proferido por este Tribunal no processo TC nº 72.002.208-96 89 (folha 143).

Embora tenha a Especializada considerado que os cálculos aritméticos empregados na atualização do valor adjudicado (folha 153) encontram-se corretos, propôs, diante do embasamento legal da decisão concessiva da atualização dos preços, que a presente matéria fosse apreciada pela AT-J (Assessoria Jurídica de Controle Externo) desta Corte;

1.- a data base (Io) estabelecida na Cláusula VI do Contrato (folha 160), como sendo a correspondente ao mês da assinatura do contrato (26.3.2004), não está correta, uma vez que o valor contratado foi atualizado de julho/2002 a janeiro/2004, conforme despacho e cálculos, respectivamente, de folhas 152 e 153, passando o Io a ser janeiro/2004;

2.- para determinação da suficiência do valor da nota de empenho faz-se necessário, em razão da natureza da despesa, do cronograma físico-financeiro de desenvolvimento das obras. O Contrato estabelece na Cláusula VIII (folha

161) que o cronograma deverá ser apresentado dentro de 05 (cinco) dias úteis a contar da Ordem de Início e estar conformado ao valor e prazo de execução das obras.

Como a Origem não emitiu a Ordem de Início, conseqüentemente, a Contratada não apresentou o Cronograma Físico, ficando assim prejudicada a avaliação por parte da Especializada.

Considerou, assim, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle que a formalização do Contrato nº 013/SIURB/2004 não se encontra de todo completa, "*tendo em vista a necessidade de Ordem de Serviço, Cronograma Físico-Financeiro e o Io do Reajuste*".

(folhas 245/252)

A Área de Engenharia, atendendo à solicitação expressa no relatório de Análise de Licitação e Contratação, às folhas 245/252, no sentido de esclarecer aspectos de engenharia do Contrato nº 013/SIURB/2004, alusivos à alteração do valor contratado, apresentou parecer nos seguintes termos:

a) Quanto aos preços unitários ofertados pela adjudicatária:
Constatou não ter havido fixação do limite superior dos preços unitários, muitos dos quais (itens 5.03, 8.50, 10.13.01, 10.13.02, 10.14, 10.17 e 10.19) encontram-se bem acima do orçamento da SIURB (60,2% a 450,2%). "*Esses itens, embora pouco significativos na planilha orçada, podem assumir importância se houver aumento das quantidades executadas, o que demonstra a necessidade de a Origem indicar no Edital o critério de aceitabilidade também dos preços unitários, estabelecendo um limite superior para os mesmos. Não houve a demonstração pelo licitante vencedor e apreciação pela Comissão de Licitação da exeqüibilidade dos preços unitários muito inferiores aos do orçamento da SIURB (com descontos de até 78,1%) em infringência do inciso II do artigo 48 da Lei Federal nº 8.666/93."*

b) Quanto à adequabilidade/aceitabilidade dos percentuais considerados para serviços complementares:
Consta da planilha orçamentária da licitante vencedora (folha 172) percentual de 10% do valor do contrato a título de "serviços complementares", sem discriminar, no entanto, quais seriam esses serviços, o que afronta o contido na alínea *f* do inciso IX do artigo 6º da Lei Federal nº 8.666/93, e o parágrafo 4º do artigo 7º, desse mesmo diploma legal.

c) Canteiro:
Também da referida planilha orçamentária vem indicada a destinação de 3% dos serviços essenciais a título de "canteiro", especificado como percentual

fechado, sem possibilidade, assim, de os clientes oferecerem percentuais menores, o que levou a Especializada a observar: "*Se eventualmente um licitante pudesse reduzir seu custo com canteiro, esse benefício não poderia ser repassado para a Administração, pois seria obrigado a adotar o percentual de 3% e não um menor*."

Ademais, não se encontra estabelecido o critério de pagamento dessa verba, se é totalmente paga no início, no fim, em parcelas mensais ou mediante apropriação do que é gasto pelo contratado, e com base em quais preços unitários.

d) BDI – Bonificações e Despesas Indiretas:
Tendo em vista que o BDI ofertado pela licitante vencedora foi de 30%, considerou a Auditoria ser essa taxa aceitável para o caso em tela, tendo em vista que a taxa atualmente adotada para orçamentos de pontes e recuperação estrutural é de 31,9%.

e) Sobre a necessidade de Cronograma Físico-Financeiro:
A Coordenadoria VI ressaltou ser o cronograma peça indispensável tanto para a fase de licitação como para a de execução da obra. A falta de cronograma físico-financeiro afronta o disposto nos artigos 6º e 7º, parágrafo 2º, inciso III, ambos da Lei Federal nº 8.666/93 (folhas 254/265).

Em relação ao valor do Contrato, de R$ 2.539.435,27 (dois milhões, quinhentos e trinta e nove mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e vinte e sete centavos), indicado à folha 158, diverso do valor adjudicado, de R$ 2.041.520,64 (dois milhões, quarenta e um mil, quinhentos e vinte reais e sessenta e quatro centavos), entendeu a Engenharia que o Edital prevê em seu item 11.1. (folha 60) que a proposta deverá ser mantida pelo prazo de 60 (sessenta) dias corridos, a partir da data de entrega dos envelopes. Como esse prazo já havia se esgotado antes mesmo da abertura das propostas comerciais, a Origem convocou os licitantes para que demonstrassem interesse em continuar participando da licitação com os mesmos preços anteriormente oferecidos.

Ponderou que a empresa Concrejato Serviços Técnicos de Engenharia S/A revalidou sua proposta de R$ 2.041.520,64 (dois milhões, quarenta e um mil, quinhentos e vinte reais e sessenta e quatro centavos), ganhando a licitação nesse valor (folhas 110 e 120). Não há que se falar, portanto, em atualização do valor da proposta para a data de assinatura do contrato. *Ora, se a adjudicatária não se encontrava mais obrigada a assinar o contrato e, ainda assim, aceitou firmá-lo, estava plenamente ciente de que deveria assumir tais preços pelo período de um ano* (folha 269).

Assim é, uma vez que a possibilidade de reajustamento se dá para contratos com prazo de duração igual ou superior a um ano, conforme a Lei

Federal nº 10.192/01, com o que ficam mantidas as condições contratuais por esse período, a partir do qual será concedido reajuste, com periodicidade anual; *Convém salientar que é vedada a concessão de reajuste se a execução do contrato não atingir 12 meses* (folha 270).

Já a data em que deva ser iniciada a contagem do reajuste, deverá ser contada a partir da data limite para apresentação da proposta, consoante dispõe o artigo 3º, parágrafo primeiro, também da Lei Federal nº 10.192/01.

Diante desses dois dispositivos de lei, entendeu a Área de Engenharia *que o reajuste do contrato só será possível caso seu prazo de duração seja igual ou superior a um ano, sendo concedido depois de decorridos doze meses de execução, mas retroagindo à data de apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir*.

Por conseguinte, concluiu a Auditoria pela irregularidade do Contrato, por entender ser ilegal o procedimento empregado pela Origem ao atender à solicitação da empresa vencedora do certame para atualizar o valor das obras a serem, então, contratadas.

Em resumo a conclusão foi vazada nos seguintes termos:

> *"Com relação às indagações suscitadas às fls. 245/252 concluímos que:*
>
> *Preços unitários*
> *Não houve a fixação do limite superior dos preços unitários. Os preços unitários dos itens 5.03, 8.50, 10.13.01, 10.13.02, 10.14, 10.17 e 10.19 estão muito acima do orçamento da SIURB (60,2% a 450,2%). Esses itens, embora pouco significativos na planilha orçada, podem assumir importância se houver aumento das quantidades executadas, o que demonstra a necessidade de a Origem indicar no Edital o critério de aceitabilidade também dos preços unitários, estabelecendo um limite superior para os mesmos. Não houve a demonstração pelo licitante vencedor e apreciação pela Comissão de Licitação da exeqüibilidade dos preços unitários muito inferiores aos do orçamento da SIURB (com descontos de até 78,1%), em infringência do inciso II do artigo 48 da Lei Federal nº 8.666/93.*
>
> *Serviços complementares*
> *Há alocação na planilha orçamentária do percentual de 10% do valor do contrato a título de "serviços complementares" sem discriminação de quais seriam esses serviços, em afronta ao contido na alínea f do inciso IX do artigo 6° e ao § 4º do artigo 7º da Lei Federal n° 8.666/93.*

Canteiro
Foi especificado o percentual fechado de 3% sem possibilidade de os licitantes oferecerem percentuais menores. Não foi especificado o critério de pagamento dessa verba.

BDI
A taxa atualmente adotada para orçamentos de pontes e recuperação estrutural é de 31,9%. Considerando que houve licitação e que o BDI ofertado pela licitante vencedora foi de 30,00 %, entendemos que essa taxa é aceitável para o caso em tela.

Cronograma
A presente contratação não apresenta cronograma físico-financeiro em afronta à definição de projeto básico contida no artigo 6º, bem como ao artigo 7º, § 2º, inciso III, ambos da Lei Federal n° 8.666/93"(folhas 266/271).

A Coordenadoria V, tendo em vista os relatórios de fls. 254 – 265 e 266 – 271, concluiu as análises de fls. 245 – 248 e 249 – 252 nos seguintes termos:

"1 – CONCORRÊNCIA Nº 008/02/SIURB

Com base nos relatórios acima citados, entendemos que a licitação sob análise encontra-se irregular em face do descumprimento dos seguintes parâmetros legais:

- artigo 40, § 1º, da Lei Federal 8.666/93 – o edital não está datado e assinado;

- artigo 21, § 3º, da Lei Federal 8.666/93 – os editais não estavam disponíveis no prazo legal;

- artigo 9º do DM nº 41.772/02 – não há no processo administrativo evidências da divulgação do instrumento convocatório na Internet;

- artigo 7º, § 2º, inciso III, da Lei Federal 8.666/93 – não há, no processo administrativo, cronograma de desembolso que demonstre a suficiência dos recursos;

- artigo 6º, inciso IX, alínea "f" e artigo 7º, § 4º, ambos da Lei Federal 8.666/93 – alocação de 10% do valor do contrato a título de "serviços complementares", sem discriminação de quais seriam esses serviços;

- artigo 40, inciso XIII, da Lei Federal 8.666/93 – foi especificado o percentual fechado de 3% para o canteiro, sem possibilidade de os licitantes oferecerem

percentuais menores. Não foi especificado o critério de pagamento dessa verba.

2 – CONTRATO Nº 013/SIURB/2004

Tendo em vista o apontado na fase licitatória, assim como as infringências a seguir discriminadas, concluímos pela irregularidade do ajuste sob exame.

- a licitante vencedora não apresentou seu cronograma físico-financeiro, contrariando o previsto no item 13 do edital (fl. 16) e na cláusula VIII do contrato (fl. 161);

- entendemos que a previsão de desembolso de R$110.000,00 (R$10.000,00 por mês, ao longo de 11 meses) não está justificada tecnicamente, pois a obra tem um valor de R$2.539.435,27 e um prazo de 650 dias corridos. Ou seja, prevê-se o desembolso de somente cerca de 4,3% do valor do contrato em praticamente a metade do prazo de execução. Assim, a Nota de Empenho efetuada com base nessa previsão está com seu valor claramente insuficiente para o desenvolvimento da obra, infringindo o artigo 61 da LF 4.320/64 e DM 23.639/87;

- Não houve a fixação do limite superior dos preços unitários. Os preços unitários dos itens 5.03, 8.50, 10.13.01, 10.13.02, 10.14, 10.17 e 10.19 estão muito acima do orçamento da SIURB (60,2% a 450,2%). Esses itens, embora pouco significativos na planilha orçada, podem assumir importância se houver aumento das quantidades executadas, o que demonstra a necessidade de a Origem indicar no Edital o critério de aceitabilidade também dos preços unitários, estabelecendo um limite superior para os mesmos. Não houve a demonstração pelo licitante vencedor e apreciação pela Comissão de Licitação da exequibilidade dos preços unitários muito inferiores aos do orçamento da SIURB (com descontos de até 78,1%), em infringência do inciso II do artigo 48 da Lei Federal nº 8.666/93.

- irregularidade do procedimento da Origem, de atualização do valor da proposta vencedora da licitação para a assinatura do contrato, pelos motivos expostos às fls. 266 – 271.

Assim, concluímos pela irregularidade da fase licitatória bem como do contrato sob exame, em face de todo o apontado nesta informação"(folhas 272/273).

Oficiada, a Secretaria de Infraestrutura Urbana informou, inicialmente, que o percentual de 10% destinado a serviços complementares divide-se em 5% para serviços eventuais e 5% para serviços exigidos pela CET. Sustentou que,

usualmente, a SIURB destina 5% a título de serviços eventuais para obras em locais de tráfego não intenso e que no caso em apreço o tráfego é intenso.

Quanto à ausência de cronograma físico-financeiro, afirmou que o mesmo não se utiliza em Obras de Recuperação, "*considerando que as prioridades da execução só podem ser definidas quando da execução dos serviços, bem como, da disponibilidade financeira da Secretaria*", como disposto à folha 283 dos autos.

Com relação aos demais apontamentos do relatório da Auditoria (folhas 245/273), a Origem não apresentou resposta (folhas 282/285).

Em nova manifestação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle rebateu as alegações da Origem argumentando, em síntese:

> a.- quanto à porcentagem de 10% do valor do contrato a título de serviços complementares, sem discriminar esses serviços: alegou que a introdução de *serviços eventuais* não é permitida pela Lei Federal nº 8.666/93, "*pois equivale à alocação de uma verba sem destinação específica que pode ser gasta como bem entender o administrador*." Como já assinalado, tais serviços eventuais representam uma infringência ao parágrafo 4º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/93. A questão da intensidade do tráfego, mais ou menos intenso, não ilide a aplicação da lei;
>
> b.- quanto à falta de cronograma físico-financeiro: arguiu a impossibilidade de identificar previamente os serviços que serão necessários, ou de estabelecer as prioridades de execução, sinaliza a insuficiência do projeto básico. "*Ora, se não há suficiência e precisão adequada, não pode haver licitação e contratação da obra. Sua existência é requisito legal e não pode ser dispensada. Não sendo caso de impossibilidade técnica e sim de insuficiência de investigação, consideramos injustificável tecnicamente e inaceitável a primeira parte da informação da Origem de que em obras de recuperação não há cronograma físico-financeiro*."
>
> "*Tão pouco se pode aceitar a alegação da Origem de que a disponibilização de recursos só pode ser definida quando da realização dos serviços. Isto significa que o "*modus operandi*" deste contrato é fazer a contratação com base em um projeto básico impreciso e definir o que vai ser feito e pago somente na hora da execução. Essa falta de planejamento é coibida pelo § 2º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/93*".

Com isso, repeliu a Auditoria a alegação da Origem de que em obras de recuperação não há cronograma físico-financeiro e, também por isso, manteve seu entendimento, anteriormente professado, de irregularidade da licitação e do contrato (folhas 289/292).

Intimados, os membros da Comissão Permanente de Licitação apresentaram defesa sustentando, de início, que a responsabilidade de seus membros circunscreve-se aos atos pertinentes ao processo licitatório, cabendo-lhe, por conseguinte, responder tão somente pelos pontos abaixo indicados e da forma como segue:

a) falta de assinatura e data do Edital: entenderam que tal ocorrência não compromete a regularidade do certame, uma vez que houve autorização do Secretário para sua publicação;

b) ausência de divulgação do instrumento convocatório na Internet: alegaram que tal questionamento deve ser dirigido à Coordenadoria de Governo Eletrônico de SGM, uma vez que incumbia a esse órgão diligenciar a divulgação do Edital na internet. Ponderaram, no entanto, que tal falha diz respeito à mera formalidade, "*não comprometendo as finalidades legalmente estabelecidas quanto à publicidade dos atos*".

c) não há cronograma de desembolso que demonstre a suficiência dos recursos: argumentaram não haver possibilidade de elaboração de cronograma de desembolso cuidando-se de execução de obras de reforma, restauro e conservação;

d) alocação de 10% do valor do contrato a título de *serviços complementares*, sem discriminação de quais seriam esses serviços: sustentaram que tal percentual destina-se à execução de serviços eventuais e "*está perfeitamente demonstrado não só no processo administrativo, como também em todas as informações preparatórias ou incidentais prestadas por OBRAS 2, pois em obras desta natureza há que se prever não só recurso para serviços eventuais como também para serviços complementares de sinalização viária, durante e após a execução da obra*."

e) percentual fechado de 3% para o canteiro, sem possibilidade de os licitantes oferecerem percentuais menores, e sem especificação do critério de pagamento desse quantitativo: afirmaram que aludido percentual é estabelecido pela unidade requisitante dos serviços, no caso, OBRAS 2, e os critérios de pagamentos desses recursos poderão ser obtidos em consulta à Contabilidade da SIURB;

f) cotados preços unitários superiores aos do orçamento da Prefeitura e falta de análise da exeqüibilidade de preços unitários inferiores aos desse orçamento:

argumentaram que o orçamento que embasa a licitação é apenas orientativo; "*que no Edital não há qualquer menção – e nem poderia haver – à fixação de valores máximos ou mínimos como critério de aceitabilidade de propostas; que a exeqüibilidade fica demonstrada pela apresentação das composições de preços, para as quais, quando aceitas, não há necessidade de qualquer justificativa, uma vez que há presunção legal de que quando aceitas atenderam às exigências legais e editalícias*."

g) atualização do valor da proposta vencedora: em essência, alegaram que *a previsão editalícia de concessão de reajuste de preços antes ou quando da assinatura do contrato, verificada no caso presente, decorre da necessidade de prevenção à defasagem de preços capaz de inviabilizar a execução do objeto do certame*.

Ante tais razões, requereram a procedência da defesa apresentada, afastando qualquer responsabilidade dos membros da Comissão Permanente de Licitação em relação aos atos administrativos preparatórios e posteriores ao processamento e julgamento da licitação em apreço (folhas 312/317).

Já o Ordenador da Despesa e Signatário do Contrato alegou que todas as irregularidades são de natureza formal, o que não impediu que os atos praticados no decorrer da execução do contrato alcançassem a finalidade pretendida, e "*jamais feriram o interesse público, a boa-fé do Requerido sempre esteve ao longo da execução contratual, e, por último, não houve prejuízo ao erário, razão pela qual deverão ser consideradas as eventuais irregularidades como meros vícios formais incapazes de macularem os atos outrora praticados*" (folhas 322/326).

Examinando as justificativas dos responsáveis, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle fez assinalar, inicialmente apreciando a defesa do Ordenador da Despesa, que a falta de assinatura do Edital e a inobservância dos prazos de publicidade compreendem ocorrências de responsabilidade da Comissão de Licitação.

Asseverou a Especializada que o cronograma físico-financeiro constitui elemento do projeto básico, tido, porém, pela SIURB como desnecessário e que, por isso, não constou desse projeto. Sustentou, contudo, que a quantidade de recursos a ser destinada a uma obra e sua distribuição no exercício são questões fundamentais e não apenas formais, ante o que reiterou a irregularidade apontada. E acrescentou que o Ordenador da Despesa é a autoridade que aprovou o projeto básico, "*ou deveria ter aprovado; portanto, é dele a responsabilidade por eventuais irregularidades*."

Frisou, ademais, que "*o cronograma a ser apresentado pela contratada deve ser uma mera adaptação do cronograma que embasou a licitação. Tal ajuste é necessário em função de os preços unitários contratados não serem*

necessariamente os mesmos do orçamento; portanto, os valores mensais a serem despendidos podem destoar ligeiramente daquilo que foi previsto no orçamento da licitação. Entenda-se bem, estamos falando de um pequeno ajuste de valores em uma circunstância onde as etapas físicas estão perfeitamente definidas. Não é o que ocorre no presente caso, a SIURB abdicou de sua prerrogativa de programar os serviços deixando-a a cargo da contratada. Programar as etapas físicas e seu conseqüente fluxo financeiro é questão fundamental e não de forma, portanto rejeitamos a alegação do defendente e reiteramos a irregularidade. O edital prescreve que a apresentação do cronograma pela contratada deve dar-se em até 5 dias após a data da ordem de início e esta não foi expedida até o momento. Em nosso entendimento, esse fato não saneia a questão, pois a irregularidade reside na elaboração do cronograma pela contratada."

No que alude à irregular alocação de 10% do valor do contrato a título de *serviços complementares*, sem discriminação dos mesmos, como também ao percentual de 3% para o canteiro, sem possibilidade de os licitantes oferecerem percentuais menores, configuram irregularidades do projeto básico que afetam os dispêndios com obra, não podendo significar meras irregularidades formais. Manteve, assim, o Órgão Auditor o anterior entendimento de insuperável irregularidade dessas anotações.

Ante a falta de análise dos preços unitários por parte da Comissão de Licitação, entendeu o Órgão Técnico haver responsabilidade solidária entre esta comissão e o Ordenador da Despesa: "*Originariamente a responsabilidade pela confecção e conteúdo do edital é da autoridade que o aprova. Posteriormente, durante a fase de licitação é a própria Comissão, que inclusive o assina, tendo nesse momento a oportunidade de encaminhar a correção das falhas que identificar. No momento do julgamento é a Comissão que aplica as regras do edital e decide sobre o feito. A apreciação desse ponto pode mudar o vencedor da licitação, razão pela qual não pode ser tomado como meramente formal, razão pela qual rejeitamos o argumento do defendente mantendo a opinião de irregularidade*."

Rebatendo a alegação do Ordenador da Despesa e Signatário do Ajuste, que alegou ser possível relevar a divergência entre o valor contratado e o valor adjudicado, afirmou a Especializada que a concessão de um reajuste indevido é questão de conteúdo e não de forma, sendo que o "*defendente é o responsável pela concessão do reajuste, pois foi sua a autorização para o ato, conforme se vê à fl. 152*."

Contra a alegação de que incumbia à Coordenadoria de Governo Eletrônico de SGM à época providenciar a divulgação do Edital na internet, afirmou a Especializada que, se ..."*compete às comissões de licitações processar as licitações e ao presidente da comissão datar e assinar os atos convocatórios, cumpre às mesmas comissões o controle dos prazos envolvidos, embora a competência para encaminhar as publicações possa ser de outro órgão da Administração*", razão pela qual entendeu caracterizada a irregularidade da falta de publicação do Edital.

Enfrentando o argumento de que em obras de reforma, restauro e conservação não há possibilidade de elaboração do cronograma físico-financeiro (falta reafirmada à folha 331, letra *d*), considerou que "*Se a Origem não consegue identificar de antemão os serviços que serão necessários, ou não consegue estabelecer as 'prioridades de execução', é sinal de insuficiência do projeto básico.* (...) *Ora, se não há suficiência e precisão adequada, não pode haver licitação e contratação da obra. Sua existência é requisito legal e não pode ser dispensada. Não sendo o caso de impossibilidade técnica e sim de insuficiência de investigação, consideramos injustificável tecnicamente e inaceitável a primeira parte da informação da Origem de que em obras de recuperação não há cronograma físico-financeiro*" (folha 291).

Quanto aos argumentos trazidos pela Comissão Licitante**,** entendeu o Órgão Auditor que os mesmos não justificam ou explicam a omissão do cronograma físico-financeiro, por ser este um elemento técnico previsto em lei como necessário à licitação; embora não sendo competência da Comissão a elaboração do cronograma físico-financeiro, "*cumpre à mesma verificar se o cronograma integra o projeto básico e fazer sua leitura para concluir se o recurso reservado é suficiente*"...

A Especializada rebateu, ainda, o argumento daquela Comissão de que a disponibilização de recursos só pode ser definida quando da realização dos serviços, o que permitiria depreender que "*o '*modus operandi' *deste contrato é fazer a contratação com base em um projeto básico impreciso e definir o que vai ser feito e pago somente na hora da execução*" (folha 291). Tal falta de planejamento, afirmou, é expressamente vedada pelo parágrafo 2º do artigo 7º da Lei Federal nº 8.666/96.

Opondo-se ao entendimento da Comissão de Licitação de que o orçamento que embasa a licitação é apenas opinativo, o que permitiria às licitantes apresentar preços unitários diversos dos orçados, embora em concordância com tal característica do orçamento da Prefeitura, fez destacar a Auditoria que "*daí não deflui que a fixação de limites para a aceitação dessa divergência de preços recaia inevitavelmente no tipo de preço-base como alega a Comissão*. (...) *Em nossos relatórios não foi apontada a necessidade de um limite inferior para o preço unitário e sim a falta de critério de aceitabilidade e a conseqüente ausência de análise dessa exeqüibilidade*."

Argumentou ainda a Especializada não haver maior fundamento no entendimento da referida Comissão de não ser possível adotar a fixação de valores máximos ou mínimos como critério de aceitabilidade de propostas, pois, diversamente, o inciso II do artigo 48 da Lei Federal nº 8.666/93 faculta à Administração o estabelecimento de um limite superior, além do qual as propostas dos licitantes serão desclassificadas.

É de apontar que o limite inferior do preço global resta bem determinado já que obtido por cálculos aritméticos a partir do valor orçado pela Administração e do valor das propostas dos licitantes, na exata conformidade com o também artigo 48 da Lei das Licitações.

E a fixação do limite superior dos preços unitários é igualmente uma faculdade da Administração, a teor do artigo 40, inciso X, também da Lei Federal nº 8.666/93.

Assim, reafirmou a Auditoria: "*Entendemos que não pode ser aceita a alegação da Comissão de que basta a licitante apresentar a composição do preço unitário e que não há necessidade de qualquer justificativa para sua aceitação*." Tal prática resulta por eliminar um dos traços asseguradores da legitimidade do ato administrativo, ou seja, sua indispensável motivação. Concluiu seu parecer afirmando que, quanto a esse ponto, estabelecida está a responsabilidade solidária entre o Ordenador da Despesa e a Comissão de Licitação (folhas 330/338).

Por tudo quanto argumentado, renova a Subsecretaria de Fiscalização e Controle suas conclusões sobre o procedimento licitatório em exame, assim como sobre o Contrato dele derivado, reafirmando as irregularidades, em essência, assim arroladas:

Com relação ao Edital de Licitação nº 08/2002

1. falta de disponibilização do Edital aos interessados no prazo legal, uma vez que os envelopes foram abertos apenas 23 (vinte e três) dias após a disponibilização, quando há disposição legal estabelecendo o prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias entre um ato e outro;

2. ausência de data e assinatura do Edital;

3. inexistência de cronograma físico-financeiro, o que afronta o disposto nos artigos 6º e 7º, parágrafo 2º, inciso III, ambos da Lei Federal nº 8.666/93;

4. o Edital não faz referência à minuta do Contrato, como o artigo 40, parágrafo 2º, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93;

5. ausência no Edital de referência à minuta do contrato, como prescreve o artigo 40, parágrafo 2º, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93;

6. não indicação dos critérios de aceitabilidade dos preços unitários ofertados pela licitante vencedora, deixando de estabelecer um limite superior para os mesmos a fim de comprovar sua adequabilidade.

Com relação ao Contrato nº 013/SIURB/2004

1. ausência da primeira "Ordem de Serviço" a partir da qual se iniciaria o prazo de execução das obras e serviços, com duração de 650 (seiscentos e cinquenta) dias corridos;

2. o valor adjudicado, de R$ 2.041.520,64 (dois milhões, quarenta e um mil, quinhentos e vinte reais e sessenta e quatro centavos) é diverso do valor contratado, de R$ 2.539.435,27 (dois milhões, quinhentos e trinta e nove mil, quatrocentos e trinta e cinco reais e vinte e sete centavos).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu irregular a Licitação nº 08/2002, como também o Contrato nº 013/SIURB/20, apresentando, contudo, algumas ressalvas quanto à implicação de certas incidências legais.

Ponderou, assim, que a anuência da autoridade aos termos do Instrumento Convocatório supriu inobservâncias quanto à forma devida, ou seja, data e assinatura, entendendo que a decisão homologatória do procedimento licitatório "*é signo presuntivo da aderência de vontade da autoridade competente ao quanto disposto no Edital*." Com isso, considerou que a referida infringência poderá ser relevada.

Entendeu, ainda, que, por imposição do artigo 40 da Lei Federal de Licitações, deve o Edital licitatório indicar o critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedada a fixação de preços mínimos, com o que, concluiu não ser possível apontar irregularidade pela fixação do limite superior dos preços unitários, uma vez que se trata de uma faculdade da Administração. Afastou, por isso, a irregularidade nesse ponto.

No mais, a Assessoria Jurídica se filiou às conclusões lançadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, opinando pela irregularidade da licitação e contratação em exame, acrescentando que as questões referentes à ausência de cronograma de desembolso, assim como à falta de apresentação de cronograma físico-financeiro, refletem a necessidade de planejamento por parte da Administração para o bom andamento da licitação e posterior execução do contrato. "*Trata-se de um dever geral – o dever de planejar – que deve ser observado em todas as licitações, e, em que pese o entendimento da Origem, mesmo nas obras de recuperação é necessário o estabelecimento desses instrumentos de planejamento, razão pela qual, acompanhando o entendimento de AUD, opinamos pela irregularidade, no ponto*."

O parecer foi vazado nos seguintes dizeres:

"De acordo com o art. 40, §1°, da Lei Federal de Licitações, o Edital deve ser datado, rubricado, e assinado pela autoridade que o expedir.

Esses cuidados são necessários para se indicar a anuência da autoridade competente ao conteúdo do Edital.

Contudo ainda que o Edital não seja datado, rubricado e assinado é possível, por meio de outros elementos constantes do processo administrativo, inferir a anuência da autoridade competente às disposições do Instrumento Convocatório.

No caso em tela consideramos que a decisão de homologação do procedimento licitatório é signo presuntivo da aderência de vontade da autoridade competente ao quanto disposto no Edital.

E, por esse motivo, consideramos que a referida infringência poderá ser relevada, a critério do Exmo. Sr. Conselheiro Relator.

Consideramos que houve desatendimento ao art. 21, §3°, da Lei Federal n° 8.666/93. De acordo com o referido dispositivo os prazos de publicidade "serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.".

De fato, observe-se a manifestação da Equipe Técnica nesse ponto:

> *"Levando-se em conta a data de 13.11.02, a partir da qual os editais foram efetivamente disponibilizados pela Unidade, entendemos, s.m.j., que a contagem do prazo de publicidade não foi atendido, consoante estabelece o Artigo 21, parágrafo 3° da Lei Federal n° 8.666/93, haja vista que os envelopes foram abertos em 06.12.02." (fl. 247 - grifamos)*

Ademais, consideramos restar configurada infringência ao art. 9°, do Decreto Municipal n° 41.772/02, pela falta de comprovação de publicação do Instrumento Convocatório na internet.

Observe-se a manifestação da Origem no ponto:

> *"A divulgação do Edital na Internet é feita regularmente, desde que a lei assim o exige. O respectivo comprovante, por um lapso, não foi juntado ao processo." (fl. 285)*

As questões referentes (i) à desobediência ao art. 7°, §2°, III, da Lei Federal n° 8.666/93, pela ausência de cronograma de desembolso; (ii) à falta de apresentação de cronograma físico-financeiro; e, (iii) à infração ao art. 61, da Lei Federal n° 4.320/64 e Decreto Municipal n° 23.639/87 são correlatas.

Essas questões se referem à necessidade de planejamento, por parte da Administração para o bom andamento da licitação, e posterior execução do contrato.

Trata-se de um dever geral – o dever de planejar – que deve ser observado em todas as licitações, e, em que pese o entendimento da Origem, mesmo nas obras de recuperação é necessário o estabelecimento desses instrumentos de planejamento, razão pela qual, acompanhando o entendimento de AUD, opinamos pela irregularidade, no ponto.

As desconformidades atinentes (i) à alocação de 10% do valor do contrato a título de 'serviços complementares', e (ii) à especificação do percentual fechado de 3% para o canteiro são reflexos da deficiência do projeto básico.

Nesse ponto, interessante transcrever a definição legal do que seja um projeto básico (art. 6°, IX, da Lei Federal de Licitações):

"Projeto Básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:
(...)
c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
(...)
f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados"

Assim, opinamos pela irregularidade da licitação, quanto à matéria.

De acordo com o art. 40, da Lei Federal de Licitações, o Instrumento Convocatório deve indicar o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos.

Em assim sendo, acreditamos não ser possível apontar irregularidade pela fixação do limite superior dos preços unitários – já que se trata de uma faculdade da Administração. Logo, afastada a irregularidade no ponto.

A legislação federal veda a fixação de preços unitários mínimos, há, porém, um limite mínimo para os preços em geral, esse limite é estabelecido pela exequibilidade do preço.

Em outras palavras, os concorrentes podem oferecer os seus preços no percentual de desconto que desejarem, desde que esse desconto proposto não comprometa a futura execução do objeto a ser contratado.

Resta saber qual o critério a ser utilizado para se aferir a exequibilidade dos preços propostos.

No caso em tela, por se tratar de licitação de menor preço, para obras e serviços de engenharia, os critérios a serem aplicados são aqueles previstos no art. 48, §1°, da Lei Federal n° 8.666/93.

Interpretando-se o referido artigo, conclui-se que será desclassificada toda proposta com preços manifestamente inexequíveis, se não for demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas que devem estar previstas no Edital.

Porém, embora haja previsão editalícia de necessidade de demonstração de exequibilidade, não consta, dos autos do processo administrativo, qualquer estudo de viabilidade dos preços propostos. Nesse sentido, observe-se a manifestação da Especializada:

"Foi pedida no Edital a demonstração da exequibilidade dos preços unitários diferentes dos orçados pela PMSP (item 6.1.2, fl. 51), porém a licitante vencedora apresentou somente sua composição. A Comissão de Licitação julgou aceitável a proposta como um todo e não há evidência nos autos da análise dessa exequibilidade." (fls. 257/258)

E, ainda, mais adiante:

"Diante do exposto, fica clara a necessidade de a Origem exigir e analisar a demonstração da exequibilidade dos preços unitários muito baixos, análise essa que não está evidenciada nos autos..." (fl. 260)

Por fim, há de se analisar a regularidade da atualização do valor da proposta vencedora para a assinatura do contrato.

Nesse ponto, observe-se o teor da defesa apresentada:

"... O procedimento implementado pela CPLO/SIURB nesse aspecto foi formal e legalmente perfeito; incumbia à autoridade administrativa competente para a celebração do contrato subjacente ao certame verificar, quando de sua formalização, se a tabela de preços unitários utilizada como base para a licitação já vigia há mais de um ano e conceder – ou não – o reajuste de preços contratuais nessa oportunidade (celebração do contrato), não podendo, portanto, ser imputada aos ora requerentes a eventual configuração de irregularidade quanto a esse aspecto da contratação." (fls. 316/317)

Para se chegar a uma conclusão quanto a tal matéria é necessário analisar, previamente, a cronologia dos fatos que levaram a esse reajuste.

Os envelopes com as propostas comerciais foram entregues pelos concorrentes em 03.12.02, porém esses envelopes só foram abertos em 11.09.03, ou seja, nove meses depois da entrega.

Observe-se que nesse intervalo de tempo a Origem convocou os licitantes para que, aqueles que mantivessem o interesse, revalidassem suas propostas comerciais.

Foi o caso da licitante vencedora.

A intimação para a assinatura do contrato foi publicada em 13.02.04, e à essa época, não havia obrigação de a licitante vencedora firmar ajuste com a Origem, isso pois, como bem demonstrou AUD, o prazo de validade da proposta havia expirado, e, portanto, tratava-se de uma opção da vencedora contratar ou não com a Administração.

No entanto, a Origem, mediante requerimento da licitante vencedora, optou por proceder a uma atualização do preço proposto antes da assinatura do contrato.

Entendemos que o procedimento adotado foi ilegal pois, muito embora os critérios de reajuste retroajam à data da proposta, a contagem do prazo de reajuste se conta a partir do início do prazo de validade do contrato.

Como bem frisado por AUD, no caso em tela, acaso a licitante vencedora não considerasse o preço proposto como compatível restar-lhe-ia a opção de não pactuar com a Administração já que, à época da assinatura do contrato, não estava obrigada a tanto. Assim, acompanhando a Equipe Técnica, apontamos irregularidade no ponto.

Em resumo, opinamos pela irregularidade da licitação e contratação em apreço, pelos motivos acima expostos" (folhas 342/352).

A Procuradoria da Fazenda Municipal adotou os termos das defesas ofertadas pela Origem, pela Comissão de Licitação e pelo Ordenador da Despesa, acrescentando que "*as impropriedades apontadas não são suficientes para comprometer a higidez da concorrência e do ajuste examinados*", como também que "*a invalidação dos atos administrativos deve sempre orientar-se pelo princípio do prejuízo*." Invocando, ainda, o critério teleológico que entende dever ser empregado na análise do intérprete e julgador, sustentou que "*a aparente incompatibilidade de determinado texto legal, confrontado com a situação vivenciada, se observado sob outro ângulo, 'data venia', ensejará outro posicionamento*".

Por fim, ressentindo-se de outros elementos de prova anteriormente requeridos (folha 359), mas indeferidos (folha 363), ressaltando a complexidade da matéria tratada no presente processo, valendo-se dos argumentos de defesa e considerando, ainda, a instrução do processo, entendendo, por fim, não ter havido prejuízo ao Erário, requereu a Procuradoria da Fazenda Municipal o acolhimento da Concorrência e do Contrato analisados, relevando-se as impropriedades apontadas.

A Secretaria Geral entendeu releváveis os seguintes pontos:

1 – a ausência de assinatura e data do respectivo instrumento, de forma excepcional, uma vez demonstrada a vontade da autoridade em aderir aos termos do Edital, opinando, assim, pela homologação do procedimento licitatório;

2 – a falta de disponibilização do Edital, no prazo legal, em razão de sua publicação posterior;

3 – a falta de divulgação do Instrumento Convocatório na internet, pois não teve o efeito de macular a legalidade da contratação, vez que, não obstante a previsão legal (artigo 9º do Decreto Municipal nº 41.772/2002), "*a presença de grande número de empresas interessadas admite que tal falha possa excepcionalmente ser relevada*."

Quanto aos demais apontamentos constantes dos autos, acompanhou a Subsecretaria de Fiscalização e Controle e a Assessoria Jurídica de Controle Externo pela irregularidade do Edital de Concorrência nº 08/2002, bem como do Contrato nº 013/SIURB/2004, ante as demais impropriedades apontadas pelos órgãos técnicos deste Tribunal de Contas.

Conforme publicação no Diário Oficial da Cidade de 18 de maio de 2010, foi assinado com a Contratada, *"TERMO DE RESCISÃO CONTRATUAL*

AMIGÁVEL nº 88 de 13/05/2010, com base no artigo 79, Inciso II da Lei Federal 8.666/93, dando-se mútua, plena, geral e irrevogável quitação de todos os direitos e obrigações oriundas desta contratação, para todos os efeitos legais."

É o Relatório.

VOTO

A Concorrência 08/02/SIURB e o Contrato 13/2004 dela decorrente foram considerados irregulares na instrução processada nestes autos.

Contudo, em consulta ao Diário Oficial da Cidade, verifica-se que em 18 de maio de 2010, foi assinado entre a Secretaria de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB e a Contratada o *"TERMO DE RESCISÃO CONTRATUAL AMIGÁVEL nº 88 de 13/05/2010, com base no artigo 79, Inciso II da Lei Federal 8.666/93, dando-se mútua, plena, geral e irrevogável quitação de todos os direitos e obrigações oriundas desta contratação, para todos os efeitos legais."*

Além disso, de acordo com informação extraída do Sistema de Orçamento e Finanças – SOF, da Prefeitura de São Paulo, nenhum pagamento foi feito à Contratada. Não foi emitida ordem de serviços, que não chegaram a ser executados e, por conseguinte, não foram pagos.

Registre-se também, que como resultado de pesquisa realizada no Diário Oficial, não foi localizado nenhum outro contrato de mesmo objeto firmado em data posterior ao referido termo de rescisão.

Por todo o exposto, julgo prejudicadas as análises do Edital de Concorrência nº 08/2002 e do Contrato nº 013/SIURB/2004, em razão da rescisão do contrato sem que tenha sido realizada nenhuma despesa, conforme consta no Sistema de Orçamento e Finanças-SOF da Secretaria Municipal de Finanças.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.