TC 7.274/2019

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. CONCORRÊNCIA. SEHAB. Serviços técnicos especializados de trabalho social necessários a programas e ações. 1. Afastada a pretensa subjetividade no critério de julgamento. 2. Preponderância técnica e o escalonamento das pontuações devidamente equacionados. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

10ª Sessão Ordinária Não Presencial

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados 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 representação interposta, e, no mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o cumprimento dos termos do artigo 58 do Regimento Interno deste Tribunal, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EDSON SIMÕES.

São Paulo, 22 de abril de 2020.

JOÃO ANTONIO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trago a julgamento o TC 7.274/2019 consistente em Representação interposta por Herjacktech Tecnologia e Engenharia Ltda. em face do edital da Concorrência 002/2018 – SEHAB, cujo objeto é a contratação de empresa ou consórcio de empresas para prestação de serviços técnicos

especializados de trabalho social necessários a programas e ações de responsabilidade da Secretaria de Habitação do Município de São Paulo.

A Representante alegou, em síntese, que o instrumento convocatório ostentava as supostas infringências: (i) ausência de resposta pela SEHAB à impugnação apresentada pela Representante; (ii) critérios de avaliação da proposta técnica; (iii) exigência de atestados em nome da licitante; (iv) exigência de quantitativos mínimos quanto à comprovação da capacidade operacional.

Pleiteou, ao final, a Representante que fosse concedida medida liminar para suspensão do certame. A propósito, o pedido foi julgado prejudicado, face à suspensão do certame pela própria Origem, pois, com isso, deixou de haver perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil. Não obstante, cabia ser efetuada a análise de mérito das impugnações trazidas pela Representação, razão pela qual, de plano, foi intimada a Origem para se manifestar, o que culminou com a apresentação das justificativas e esclarecimentos constantes da peça eletrônica 20.

A Auditoria manifestou-se em seguida, resumindo os questionamentos suscitados nos itens 2.1 a 2.4 de sua conclusão, na qual afirma ser procedente apenas o item 2.2, referente à suposta subjetividade na avaliação da proposta técnica, afastando todos os demais pontos impugnados como improcedentes.

Considerando a manifestação preliminar de Subsecretaria de Fiscalização e Controle pela improcedência da Representação, bem como o adiamento da data de abertura da sessão, indeferi o pedido de suspensão cautelar do certame, visto não estarem presentes os requisitos de probabilidade do direito e de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Nesse ínterim, a Origem publicou comunicado em 1.º de junho de 2019, informando a retomada do certame e a redesignação de sessão para recebimento e abertura dos envelopes, o que renovou a obrigação desta Relatoria de apreciar a tutela de urgência pleiteada. Assim, ponderado que o único ponto tido como procedente pela Auditoria era uma questão já superada por ocasião da análise da primeira versão do edital veiculada no TC 13.305/2018, não foi vislumbrada a probabilidade do direito alegado, sendo expedida a decisão de indeferimento do pedido de suspensão cautelar do certame.

Seguindo a instrução do processo, foi ouvida a Assessoria Jurídica de Controle Externo que considerou que a Representação devesse ser conhecida, face ao atendimento dos requisitos de admissibilidade. Quanto ao mérito, reputou-a parcialmente procedente, em relação ao item 2.2 da manifestação da Auditoria, em razão da insuficiência dos parâmetros estabelecidos no edital, para a graduação das notas técnicas (subitem 15.4.4), o que resultaria, a seu ver, em subjetividade do julgamento. Registrou, no entanto, que a questão havia sido superada por ocasião da análise realizada no TC 13.305/2018.

Continuando a instrução, a Procuradoria da Fazenda Municipal foi ouvida. Em sua manifestação, considerou que todos os argumentos trazidos pela Representação foram devidamente superados pelos esclarecimentos trazidos pela Origem, razão pela qual pugnou pela improcedência da demanda.

Encerrando a instrução processual, a assessoria da Secretaria Geral opinou pelo conhecimento da Representação e, no mérito, considerou-a parcialmente procedente em relação ao item 2.2 referido, na esteira dos posicionamentos externados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Todavia, o Secretário Geral externou posicionamento diverso quanto ao mérito da Representação, por vislumbrar que também o item 2.2 deveria ser reputado improcedente, na medida em que no julgamento pela técnica e preço se faz inevitável certa margem de discricionariedade, que há de ser limitada em função de critérios razoáveis – reconhecidamente presentes no edital – e da própria justificativa concreta e pontual no julgamento feito quando da etapa correspondente no procedimento licitatório.

É o relatório.

V O T O

Conheço da Representação interposta por Herjacktech Tecnologia e Engenharia Ltda., posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno, e artigo 31 da Lei Orgânica, ambos referentes a este E. Tribunal de Contas, bem como no §1º, do artigo 113 da Lei Federal 8.666/93.

Quanto ao mérito, a instrução processual levada a cabo pelos Órgãos Técnicos afastou, de plano, 3 (três) dos 4 (quatro) pontos suscitados, cingindo-se a discussão apenas quanto à subjetividade dos critérios de avaliação julgamento da proposta técnica.

Em sede de liminar, apontei que tal questão já havia sido enfrentada e superada, por esta Relatoria, no TC 13.305/2018. Ademais, ponderei, em relação à objetividade dos critérios, que o que se impõe nesses casos é uma previsão referencial mínima predeterminada no ato convocatório, abaixo do qual as propostas são desclassificadas, ou, a partir do qual há uma elevação de nível que deve corresponder a uma maior pontuação da proposta.

Considerei ainda naquela mesma ocasião, que os parâmetros do item 15.4 do instrumento convocatório eram satisfatórios, pois graduavam as notas em patamares de valores mínimo a máximo. Além disso, registrei que o mais importante seria a Administração se desincumbir do ônus de avaliar e explicar minuciosamente sua análise, demonstrando, de forma

transparente, quais itens da proposta foram inadequados ou insatisfatoriamente abordados, no momento da pontuação. Desta forma, a Comissão se responsabiliza pela adequada análise de cada proposta, isoladamente e também de forma comparativa, garantindo a isonomia entre os licitantes.

A instrução realizada nos autos não conduz a conclusão diversa daquela já externada por ocasião da cognição sumária. Como bem anotado pelo Secretário Geral, no julgamento de licitações do tipo técnica e preço, faz-se inevitável a existência de certa margem de discricionariedade, o que torna imprescindível que a Administração faça suas escolhas de forma fundamentada, devidamente motivada e transparente, tanto para as licitantes, quanto para toda a coletividade.

Conforme preleciona o Ilustre Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, *"discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal. Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei"*.[1]

No caso em tela, considero que os parâmetros estabelecidos não deram margem a uma ação arbitrária, sobretudo à luz das atas da licitação publicadas no Diário Oficial da Cidade e constantes do Processo Administrativo SEI 6014.2018/0000218-4, pelas quais é possível concluir que as notas foram atribuídas por meio de critérios objetivos, baseados nos parâmetros constantes do edital, de modo a afastar a pretensa subjetividade alegada.

Ademais, a respeito do tema, o Tribunal de Contas da União afirma ser necessária uma gradação das notas, a fim de escalonar a pontuação técnica e permitir o julgamento objetivo das propostas, nas licitações do tipo técnica e preço[2]. Essa gradação foi trazida pela Origem em quatro níveis no instrumento convocatório, com valores mínimo, máximo e dois níveis intermediários, com o escalonamento preconizado.

Aquela Corte de Contas asseverou, no mesmo julgado que *"em licitações do tipo técnica e preço em que houver preponderância da proposta técnica, os fatores de ponderação entre técnica e preço devem ser expressamente fundamentados, a fim de evidenciar sua razoabilidade e demonstrar que não representam privilégio ou proporcionam aumento indevido de preço em decorrência de diferenças técnicas não substanciais".*

Quanto à devida razoabilidade e fundamentação dos critérios técnicos, verifica-se que a Origem, por meio do termo de referência apontou as características próprias no tocante aos locais de trabalho (áreas de risco, cortiços, favelas, empreendimentos já instalados, assentamentos precários) e

[1]Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editora, 13ª Edição, pág. 385.
[2] TCU, Acórdão 1785/2013-Plenário. Data da sessão: 10/07/2013. Relator: Marcos Bemquerer.

quanto à forma de intervenção (aquisição de imóvel, locação social, obras de infraestrutura urbana, obras de melhoria e requalificação do Parque Habitacional da SEHAB/COHAB). Ou seja, a preponderância técnica e o escalonamento das pontuações foram devidamente equacionados, de modo a afastar alegação de indevida subjetividade no critério de julgamento.

Diante do exposto, **CONHEÇO** da Representação para, no mérito, **JULGÁ-LA IMPROCEDENTE. OFICIE-SE** à Secretaria Municipal de Habitação e à Representante, para ciência do acórdão.

Após, arquivem-se os autos.