TC 9.897/2018

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. AMLURB. Serviços de recebimento e disposição final de resíduos Classe II-A. CONHECIDA. IMPROCEDENTE quanto à restrição de competitividade ao exigir prova de contratação do responsável técnico e ausência de planilha orçamentária com os custos unitários. PREJUDICADA, pela perda do objeto, em relação aos demais itens. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 9.177/2018 e 9.897/2018.

3.072ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/009177/2018 e TC/009897/2018, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

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 por Fabiano Alexandre Fava Borges e, no mérito, em julgá-la parcialmente improcedente, no que tange às infringências apontadas como itens 3.3 e 3.5 do relatório precedente nestes autos, considerando-a prejudicada, em razão da perda superveniente do objeto, em relação aos demais itens.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar o cumprimento do disposto no artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, EDSON SIMÕES e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda "ad hoc" CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 6 de novembro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trago a julgamento, de forma englobada, 2 (dois) processos que cuidam do Acompanhamento do Edital de Pregão Eletrônico 12/AMLURB/2018 e de Representação interposta por Fabiano Alexandre Fava Borges, contra o aludido Edital, respectivamente os e-TCM 9.177/2018 e 9.897/2018, publicado no âmbito da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – AMLURB, objetivando a prestação de serviços de recebimento e disposição final de resíduos sólidos classificados como Classe II–A pela ABNT NBR 10.004/2004, particularmente os provenientes dos serviços de limpeza de córregos, galerias, reservatórios de contenção de enchentes, limpeza e desobstrução de bueiros e bocas de lobo, resíduos provenientes de podas de árvores e roçagem, restos de móveis, colchões, e outros, coletados e transportados pela Prefeitura do Município de São Paulo, sendo 1 (um) Aterro contratado para cada um dos dois Agrupamentos definidos no Anexo II da Peça de Chamamento.

No processo eletrônico e-TCM 9.177/2018 (item I), em pronunciamento preliminar, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle suscitou 11 (onze) apontamentos, enunciados na sequência, que comprometiam a higidez do Procedimento:

4.1 - Os quantitativos estimados não foram detalhados, em desacordo com o princípio da motivação previsto no artigo 2º da Lei 14.141/06[1] e a exigência de fornecimento baseada em histórico previsto, que não se manterá com a redução dos quantitativos mensais, não se coaduna com atividade pertinente e compatível em quantidades com o objeto da Licitação, em infringência ao artigo 30, II da Lei 8.666/93[2];

4.2 - A ausência de justificativa fundamentada indica que os quantitativos foram estimados sem critérios claros, parâmetros definidos e estudos mais elaborados, contrariando o disposto no artigo 3º, inciso III da Lei 10.520/2002[3] c/c a alínea "f" do inciso IX[4] do artigo 6º e § 4º do artigo 7º[5] da Lei

[1] Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da primazia no atendimento ao interesse público, economicidade, eficiência, legalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade

[2] Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...) II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos

[3] Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte: (...) III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;

8.666/93;

4.3 - Os quantitativos exigidos para os Agrupamentos I e II no item 4.1.5 do Edital estão invertidos, comparados ao item 3.2 do Anexo I – Termo de Referência;

4.4 - A vinculação de cada Prefeitura Regional ao aterro que consta em seu Agrupamento contraria o princípio da economicidade;

4.5 - Exigência de que a Licitante apresente atestado comprovando a capacidade técnico-operacional com registro no CREA, em desacordo com a Resolução 1.025/09 do CONFEA;

4.6 - O preço da AMLURB é de R$ 84,16/tonelada, mas, no documento de oferta de compra na Bolsa Eletrônica de Compras, consta o preço de R$ 94,00/tonelada;

4.7 - O subitem 4.1.5.m do Edital não é claro quanto ao período de fornecimento exigido na comprovação de qualificação técnica, sendo que a exigência dessa experiência por período acima de um mês restringe a competitividade, em infringência ao artigo 3°, § 1º, inciso I[6] da Lei 8.666/93;

4.8 - Ausência de justificativa técnica para a exigência de integralização do capital social mínimo cumulada com os índices contábeis em infringência aos artigos 27[7] e 31, § 5º[8] da Lei 8.666/93;

---

[4] Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) IX - 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: (...) (f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

[5] Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência: (...) § 4º - É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.

[6] Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. § 1º - É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

[7] Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa à: I - habilitação jurídica; II - qualificação técnica; III - qualificação econômico-financeira; IV - regularidade fiscal e trabalhista; V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: I - balanço patrimonial e

4.9 - As subcláusulas 12.11 e 12.25 da Minuta do Contrato estão em desacordo com o Instituto da Responsabilidade Civil Objetiva do Estado previsto no artigo 37, § 6º[9], da Constituição;

4.10 - Não foi localizado no SEI o documento contendo a publicação em jornal de grande circulação, na forma do artigo 8º, inciso II[10] do Decreto 46.662/05;

4.11 - Na minuta do Contrato não consta cláusula estabelecendo a vinculação ao Edital de Licitação e à proposta do licitante vencedor, em desconformidade com o inciso II[11] do artigo 55 da Lei 8.666/1993. Além desses apontamentos, SFC propôs a expedição de 3 (três) recomendações à AMLURB, a saber:

4.12 - Adequar o regime de execução que consta no preâmbulo de forma a compatibilizá-lo com o regime de execução que consta no Termo de Referência e na Minuta do Contrato;

4.13 - Esclarecer no Edital acerca da vedação ou permissão de participação de consórcio, bem como a sua justificativa, dispondo expressamente as normas da Lei 8.666/93 que regulamentam a constituição dos consórcios e sua participação no certame;

4.14 - Criar um padrão de aplicação das multas para contratos com objeto e execução semelhantes, em respeito aos princípios da transparência e segurança jurídica que regem as contratações públicas.

Provocada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de

---

demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta; II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física; III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

[8] § 5º - A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

[9] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

[10] Art. 8º A convocação dos interessados em participar do certame será efetuada: (...) II - mediante publicação de aviso no Diário Oficial da Cidade, por meio eletrônico e em jornal de grande circulação local, regional ou nacional, conforme o caso, quando o valor estimado para a contratação for igual ou superior a R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

[11] Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

Controle Externo acompanhou as conclusões alcançadas pela SFC, à exceção da questão suscitada no item 4.9, uma vez que não vislumbrou a irregularidade apontada nos subitens 12.11 e 12.25 do Termo de Referência.

Amparado nas manifestações dos Órgãos Técnicos e visando à preservação da própria Administração e de eventuais interessados em participar do Certame em foco, determinei, "ad cautelam" e com fundamento nos artigos 113, § 2º[12], da Lei 8.666/93, 19, incisos VII e VIII da Lei 9.167/80[13] e 101, § 1º, alínea "d" do Regimento Interno[14], a Suspensão do Pregão Eletrônico em pauta, Decisão essa publicada no DOC de 11/10/2018, peça 18, referendada pelo Plenário na 3.007ª Sessão Ordinária.

Os esclarecimentos e as propostas de alteração no Edital apresentados no e-TCM 9.177/2018 (item I) (peças 33, 38, 47, 65/66, 71/72 e 87/88), resultaram na conclusão das Áreas Técnicas de superação dos apontamentos identificados em seus relatórios como 4.3, 4.4, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8, 4.10, 4.11 a 4.14, com condicionantes.

A SFC superou parcialmente os apontamentos 4.1 e 4.2, mantendo-os quanto à ausência de critérios para os quantitativos estimados, situação com possibilidade de relevação, de acordo com o entendimento da AJCE, considerando que a média histórica dos quantitativos obtida por meio de informações fornecidas pelo SISCOR, parâmetro usual em licitações públicas, não deve ser recusada.

Desta feita, alinhando-me ao entendimento expressado pela AJCE para os apontamentos 4.1, 4.2 e 4.9, submeti à decisão do E. Plenário a proposta de retomada do Certame em tela, com as condicionantes apontadas pelas Áreas Técnicas deste Tribunal e a devida republicação do Edital, medida essa acatada em 17/04/2019, na 3.034ª Sessão Ordinária.

---

[12] Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. (...) § 2º - Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

[13] Art. 19. Compete ao Tribunal: (...) VII - Assinar prazo para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificar ilegalidade ou irregularidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, transações e pensões concedidas pelo Município. VIII - Sustar a execução do ato, em caso de não atendimento da determinação do inciso anterior, exceto em relação aos contratos.

[14] Art. 101. Compete ao Relator e ao Juiz Singular: § 1º - Caberá ao Relator: (...) d) solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado, determinando, "ad referendum" do Pleno, as medidas corretivas pertinentes e a sustação do procedimento, se for o caso; observado, no caso de revogação da suspensão, o disposto no inciso XVII do parágrafo único do art. 31.

À margem da instrução do e-TCM 9.177/2018 (item I), foi interposta por Fabiano Alexandre Fava Borges, Representação contra o aludido Edital, protocolada em 08/10/2018, instruída no e-TCM 9.897/2018 (item II), apontando, em resumo, os seguintes questionamentos:

1. Duplicidade parcial de objetos com a Concorrência 01/AMLURB/2018, que tratava dos Serviços Indivisíveis de Limpeza Pública (varrição);

2. Restrições ilegais à formação de consórcio (itens 2.8, 2.8.3 e 4.1.1.f);

3. Cláusula restritiva à competitividade referente à capacidade técnico profissional;

4. O Item 3.5 do Termo de Referência prejudicaria a obtenção da proposta mais vantajosa à Licitante ao possibilitar a contratação de dois aterros, um para cada Região constante do Anexo II do Edital, sugerindo, como alternativa, a contratação de apenas um para obtenção da proposta mais vantajosa;

5. Ilegalidade na ausência de planilha orçamentária contendo custos unitários.

Levada a Representação à análise, os Órgãos Técnicos assim concluíram:

"3.1. Procedente no que tange à sobreposição da destinação de resíduos do Pregão Eletrônico 12/AMLURB/2018 e da Concorrência 01/AMLURB/2018, que tratava dos Serviços Indivisíveis de Limpeza Pública (varrição);

3.2. Procedente em relação à restrição de formação de consórcio a apenas três empresas, e que a empresa líder seja detentora de, pelo menos 51% da participação;

3.3. Improcedente quanto à restrição de competitividade ao exigir prova de contratação do responsável técnico, em virtude de justificativa pertinente da AMLURB;

3.4. Parcialmente procedente no que tange à contratação de 2 (dois) aterros, um para cada Região constante do Anexo II do Edital, visto ser improcedente a sugestão de que a única alternativa para obtenção da proposta mais vantajosa seria a contratação de apenas um aterro;

3.5. Improcedente quanto à ausência de planilha orçamentária contendo custos unitários." Superado o pedido cautelar da Representação, porquanto já suspenso o Certame nos autos do Acompanhamento

do Edital, (e-TCM 9.177/2018 – item I), os relatórios produzidos foram encaminhados ao Presidente da Autarquia e à Pregoeira, para manifestação e correção das impropriedades detectadas, em atendimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Os esclarecimentos prestados no e-TCM 9.897/2018 (item II), peça 18, levaram à conclusão das Áreas Técnicas pela superação das questões suscitadas nos itens 3.1, 3.2, restando pendente a 3.4, que guardava relação com o apontamento 4.4 do e-TCM 9.177/2018, então superado.

Decorridos 30 (trinta) dias após a comunicação de revogação da medida de suspensão do Certame e considerando a ausência de retomada do Pregão Eletrônico 12/AMLURB/2018, foi encaminhado ofício ao Presidente da AMLURB para apresentação das razões pelas quais não foram tomadas as providências devidas.

A AMLURB protocolou, em 28/05/2019, o Ofício 277/AMLURB-GAB-AJ/2019, acompanhado da manifestação da Diretoria Administrativa Financeira – DAF (peças 113/114), justificando questões de ordem financeira (insuficiência de recursos) para a não publicação da nova minuta de Edital, informando que o processo de suplementação orçamentária encontrava-se em análise da Secretaria Municipal da Fazenda.

Ato subsequente, encaminhei o e-TCM 9.177/2018 (item I) à SFC para acompanhamento da retomada do Procedimento Licitatório, o que foi possível após a superação das questões financeiras e a republicação do Edital em 19/06/2019, com Sessão de abertura agendada para 18/07/2019, peça 122. Nesse mister, SFC concluiu pela superação dos apontamentos 4.3, 4.4, 4.5, 4.7, 4.8, 4.10, 4.11 e 4.12, afastou a reanálise dos apontamentos 4.1, 4.2 e 4.9, visto que foram por mim superados, acompanhando entendimento da AJCE, e manutenção das recomendações acostadas nos itens 4.13 e 4.14, conforme consta do Relatório identificado como peça 123.

Em seu último pronunciamento, no e-TCM 9.177/2018 (item I), a AJCE concluiu no sentido de que o Certame reunia condições para prosseguimento (peças 125/126).

A partir de então, os autos e-TCM 9.177/2018 (item I) e 9.897/2018 (item II) passaram a tramitar em conjunto.

A PFM, em suas manifestações, pugnou pelo acolhimento do Edital em análise (peça 30 do e-TCM 9.897/2018) e pela perda superveniente do objeto posto que prejudicada a Representação em virtude das decisões proferidas no e-TCM 9.177/2018 (peça 131 do e-TCM 9.177/2018). Registro que as manifestações da d. Procuradoria da Fazenda Municipal encontram-se invertidas, posto que o parecer referente ao e-TCM 9.177/2018 foi anexado ao e-TCM 9.897/2018 e vice-versa, não decorrendo qualquer prejuízo

desse equívoco.

A Secretaria Geral, nos autos do e-TCM 9.177/2018 (item I), opinou pelo ACOLHIMENTO do Edital do Pregão Eletrônico 12/AMLURB/2018, promovido pela AUTORIDADE MUNICIPAL DE LIMPEZA URBANA – AMLURB (peças 133/134) e, no e-TCM 9.897/2018 (item II), pelo conhecimento da Representação e, no mérito, pela superação dos apontamentos 2.1 e 2.2; pela improcedência dos apontamentos 2.3 e 2.5 e pela procedência parcial do item 2.4, no que tange à contratação de dois aterros, um para cada Região constante do Anexo II do Edital, visto ser improcedente a sugestão de que a única alternativa para obtenção da proposta mais vantajosa seria a Contratação de apenas um aterro. (peças 32/33)

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Os dois processos, trazidos a julgamento nesta assentada, possuem um ponto agregador, pois o primeiro trata da análise do Edital de Pregão Eletrônico 12/AMLURB/2018, e o segundo refere-se a uma Representação, proposta por Fabiano Alexandre Fava Borges, em face do mesmo Instrumento Convocatório.

Depois de exaustiva instrução dos autos, com diversas manifestações das Áreas Técnicas deste Tribunal e da Unidade Licitante, a última versão do Instrumento Convocatório encaminhada e devidamente conferida após a republicação do Edital, revelou o acolhimento das determinações deste Tribunal por parte da Autoridade Municipal de Limpeza Urbana – AMLURB, peças 123 e 125/126 do e-TCM 9.177/2018 (item I), o que conduziu à superação dos apontamentos até então efetuados nos autos. Nesse processo, adotei o posicionamento da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica e da Secretaria Geral, no sentido do acolhimento do Edital de Pregão Eletrônico 12/AMLURB/2018.

Sobre o e-TCM 9897/2018 (Item II), superados o pedido cautelar, porquanto já se encontrava suspenso o Certame nos autos do Acompanhamento do Edital, (e-TCM 9.177/2018 – item I), bem como as questões arguidas na Representação consideradas em um primeiro momento procedentes, as identificadas como 3.1 e 3.2, peças 18, 22, 24 e 25, e aquela identificada como 3.4, que guardava relação com o apontamento 4.4 solucionado no e-TCM 9.177/2018 (item I), peças 92, 94, 123, 125/126 desses autos, todas após os esclarecimentos e as alterações efetuadas pela AMLURB, entendo que, a par da improcedência de 2 (dois) Itens, houve perda superveniente do objeto versado na Representação.

Assim, tendo em conta o exposto, acolho o Edital de

Pregão Eletrônico 12/AMLURB/2018, analisado no e-TCM 9.177/2018 (item I), e conheço da Representação interposta por Fabiano Alexandre Fava Borges, em trâmite no e-TCM 9.897/2018, julgo-a parcialmente improcedente, no que tange às infringências apontadas como itens 3.3 e 3.5 do relatório precedente, considerando-a prejudicada, em razão da perda superveniente do objeto, em relação aos demais itens.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se.