JURISPRUDÊNCIA

Processo nº 72.010.437-94*60

Representações - impugnação de edital - empreiteiro - registro de preços - desobstrução de bocas de lobo - desmembramento dos serviços por setores geográficos (agrupamentos) - possibilidade de o licitante concorrer a apenas um agrupamento - ausência de fundamento para o requisito de participação - restrição à participação - afronta ao princípio da isonomia - ilegalidade da licitação, com determinação à Administração para que expurgue as ilegalidades do ato - CF art. 37 XXI (m.v.) Lei 8666/93 - art. 3º e § 1º, I.

Egrégio Plenário

Em representação embasada no art. º 113, § 1º da Lei nº 8.666/93, o Sr. Edson José Lopes Criado trouxe a exame deste Tribunal questões relacionadas com o edital da concorrência nº 16/SAR/COGEL/94, tendo por objeto o registro de preços para prestação de serviços de desobstrução e limpeza mecânica de bocas-de-lobo, poços de visita e galeria de águas pluviais em áreas sob a jurisdição das Administrações regionais e Marginais Tietê e Pinheiros.

Em seu pedido vestibular enfatiza o postulante que os itens 8.3.5, 6.3.1 e item IX – "Do critério de aceitabilidade dos preços unitários" do edital estariam em desacordo com a Lei Federal de Licitações e, por essa razão, pede a sustação do procedimento pelo Tribunal, determinando-se a correção do ato convocatório.

A discussão acabou se centrando na análise do item 8.3.5 do edital, posto que os órgãos da Casa e a Procuradoria da Fazenda Municipal entenderam que não procediam as alegações no que tange aos outros dois pontos levantados pelo impugnante.

Aclare-se que o indigitado item 8.3.5 determina: "cada licitante poderá oferecer preço para um único agrupamento, e, em conseqüência, somente lhe poderá ser adjudicado esse agrupamento".

No que tange, pois, a essa regra editalícia propugnaram pela procedência da impugnação a Secretaria de Fiscalização e Controle e a Assessoria Técnica, para quem o item em questão fere os princípios da isonomia e da universalidade da concorrência.

Acolhendo a manifestação de sua Procuradoria, assim se posicionou a D. Assessora Chefe da A.T.:

> "Dessa forma, o procedimento licitatório, buscando o interesse imediato da Administração, deve assegurar a participação de todos aqueles que possam interessar-se em contratar com ela".

Em contrapartida, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria-Diretoria Geral posicionaram-se contrariamente, concluindo pelo acerto do edital, e, em particular, do item "sub examine".

Baseando-se nos esclarecimentos prestados pela Origem, assim se manifestou o órgão fazendário:

> "nos termos do ato convocatório, a delimitação da quantidade de serviços a serem adjudicados a cada um dos 13 (treze) proponentes é questão de

mera conveniência da Administração, no sentido de ampliar o número de prestadores de serviços, garantindo-lhe mais segurança, além de propiciar maior competitividade entre as empresas do ramo, o que não configura qualquer afronta ao princípio da isonomia."

A seu turno, entende S.D.G. que o "objeto licitado é uno, idêntico em sua natureza para todos os agrupamentos, e perfeitamente definido no Edital. Não existem condições diferentes para este ou aquele agrupamento. Sendo assim, não há prejuízo para qualquer ofertante."

E, mais adiante, o I. Secretário-Diretor Geral se expressa:

"... as alegações de que a liberdade integral de participação propiciaria preços menores, não passam de meras conjeturas. Em oposição, poder-se-ia argumentar que, ao contrário, o maior número de participantes é que asseguraria ofertas de preços mais convenientes...

De resto, afirmou ainda S.D.G., "não vejo agressão às normas da Lei Federal nº 8.666/93. Os dispositivos elencados pelo autor da representação não guardam correspondência com a matéria dos autos. Não existem condições secreta, ou subjacentes, que possam prejudicar qualquer interessado. Ao contrário, elas estão limpidamente enunciadas no edital".

Legítimo, por derradeiro, que foram anexadas ao TC peças do processo administrativo que trata da concorrência em foro, sendo que às fls. 20 e seguintes se encontra o edital, cujas cláusulas foram impugnadas.

É o relatório.

São Paulo, 21 de dezembro de 1994.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

V O T O

Prescreve o artigo 3º da Lei nº 8.666/93.

"A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos""

E no § 1º desse dispositivo:

"É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos da convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos litigantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;"

A seu turno, o comando constitucional, inciso XXI do art. 37º, prescreve:

"ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as

> condições efetivas da proposta, nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Entendo, à vista das disposições legais e constitucionais transcritas que o edital, ora examinado, contém regras que o tornam irregular.

De fato, a primeira norma, constitucional, é a obrigatoriedade de licitar, dispensável apenas nos casos indicados em lei.

A licitação, por óbvio, como toda a atividade da Administração, terá que se ater aos princípios gerais enunciados doutrinária e constitucionalmente.

Arredou o item editalício em apreço o princípio de isonomia de que deve se revestir todo procedimento licitatório, uma vez que não há embasamento legal para o discriminado no item 8.3.5, que admite a participação do licitante em apenas um agrupamento.

É evidente que a Administração pode e deve estabelecer requisitos de participação dos interessados para o fim de garantir a execução do contrato, mas não pode fazê-lo aleatoriamente, visto que, neste caso, estará ensejando o impedimento de participar, sem o necessário respaldo técnico, jurídico e econômico-financeiro.

A propósito do assunto, em sua obra "Licitação", pág. 40, ensina-nos Celso Antonio Bandeira de Mello:

> "Feitas estas considerações breves, pode-se aplicá-las ao problema em causa, tendo em vista os seguintes pontos ligados à matéria sub examine: a) Não pode haver licitação sem obediência à isonomia; b) não pode haver isonomia sem afluência do maior número possível de licitantes cujas condições não comprometam a viabilidade subjetiva de mantença das propostas. Daí serem cabíveis as seguintes conclusões: A) O critério de capacidade dos licitantes há de cifrar-se à exclusão dos que sabidamente não possam arrostar com os compromissos do objeto a ser licitado. Por isso os índices de capacitação têm que estar proporcionados aos encargos envolvidos; b) A entidade licitadora, para atender às razões finalísticas que alimentam seu poder de fixar os padrões pertinentes, necessita compor critérios e limites cingidos à obtenção desta específica certeza: obstar apenas e tão-somente o afluxo dos que, por ocasião da licitação, sejam baldos de meios para responder com segurança aos encargos do objeto posto em certame".

Ademais, não obstante os Órgãos da Casa e o fazendário tenham se atido ao exame dos itens do edital referidos na peça vestibular, outro há que ser trazido a lume, nesta ocasião, uma vez que igualmente destituído de base legal.

Refiro-me ao item 16.3 do ato convocatório, que dita:

> "A Administração, a seu critério, poderá, a qualquer tempo, redistribuir a quantidade do objeto adjudicado às demais detentoras na hipótese de rescisão das Atas de Registro de Preços, obedecendo os critérios estabelecidos no Edital de Licitação".

Esse preceito fere igualmente as normas legais e constitucionais que determinam que qualquer ajuste se faça precedido de licitação, a não ser que a lei excepcione a hipótese.

Cuidar-se-á, destarte, de contratação com dispensa de licitação ao arrepio da lei, mormente levando-se em conta que na concorrência examinada vedou-se a participação dos proponentes em outro agrupamentos.

Cancelada a ata ou as atas de Registro de Preços, por qualquer razão, a Administração estará adstrita à abertura de novo certame licitatório, não havendo respaldo para repasse do serviço a outra ou outras dententoras de outras atas, embora tenham feito parte do

mesmo procedimento licitatório, posto que cada ata der per si tem objeto distinto, representado por um dos treze agrupamentos.

Pelos fundamentos de direito expostos, voto pela ilegalidade dos itens 8.3.5 e 16.3 do edital da concorrência para Registro de Preços nº 16/SAR/COGEL/94, determinando-se à Origem que expurgue do ato convocatório as irregularidades apontadas.

São Paulo, 08 de fevereiro de 1995.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

Senhor Presidente

Solicito a inclusão no processo do meu VOTO

VOTO: Embora exista no processo manifestações discordantes no que tange a ilegalidade do procedimento adotado pela Origem, entendo, data vênia, que a representação promovida por parte do Sr. Edson José Lopes Criado, não tem condição de ser aceita. A impugnação central do requerente refere-se ao desmembramento dos serviços por Agrupamentos – que se delimitam por setores geográficos das várias Regionais – num total de 13 (treze), tendo sido estabelecido no Edital a condição de cada licitante somente concorrer a um Agrupamento. Manifesto-me de acordo com a orientação sustentada pela dd. Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria-Diretoria Geral, adotando, ainda, as considerações expendidas pela S.A.R. (fls. 95 a 100). O objeto licitado é uno, idêntico em sua natureza para todos os agrupamentos, tendo sido perfeitamente definido no Edital. Não existem condições diferentes para este ou aquele agrupamento, que possam causar prejuízos para qualquer dos ofertantes. Conseqüentemente, inexiste afronta à alegada isonomia, pois, o tratamento está sendo para todos. Entendo, também, que a alegada restrição aos licitantes no tocante à participação nos agrupamentos, não caracteriza ato ilegal a que se refere a vedação contida no inciso I, do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 8666/93, pois: a) o caráter competitivo da licitação permaneceu incólume, não havendo prejuízo a nenhum ofertante interessado; b) não houve a fixação de qualquer preferência, distinção ou circunstância, contrárias ao específico objeto do futuro contrato.

Face ao exposto, e mais o que ficou constando dos autos, conforme acima referido, VOTO em favor da ilegalidade do procedimento da Administração.

Plenário Cons. Paulo Planet Buarque, 15 de fevereiro de 1995.

WALTER ABRAHÃO
Conselheiro

RELATÓRIO

Nestes autos o que se discute é quanto à constitucionalidade ou ilegalidade do procedimento da Secretaria das Administrações Regionais, ao realizar concorrência

para contratação de empresas encarregadas da limpeza das centenas, quiçá milhares, de bueiros existentes na cidade.

Quanto à inconstitucionalidade alegada, no que tange à isonomia, não encontramos razões para que assim se entendesse. Cremos que a concorrência cuidou constitucionalmente da universalidade dos concorrentes. Não houve, segundo nosso juízo, qualquer inconstitucionalidade.

Já quanto à ilegalidade do procedimento, admitimos a sua existência, embora tenha nos parecido que a administração tão somente procurou, de forma efetiva, o melhor para a cidade, ou seja, a diversificação dos contratados para que, dessa forma, melhor fosse executado o serviço, e melhor pudesse ser a fiscalização do realizado.

No entanto, ao impedir que os concorrentes participassem de todos os grupos de licitação, estar-se-ia ferindo, de forma incontroversa, a legislação federal que rege as licitações. Não permitindo que uma empresa participasse de todos os grupos de licitações, pratica-se uma ilegalidade, o que torna nulo o procedimento adotado, ainda que especificado nos editais.

Assim agindo a administração, ainda que objetivando o melhor para execução dos serviços cerceia a participação, a habilitação dos interessados e, o que é pior, pode estar aviltando o preço, pois nunca se saberia se o participante neste grupo não estaria em condições de oferecer melhor preço no outro grupo. Melhor teria sido então que a concernentes aos preços pudesse estabelecer regras objetivas na proteção do erário, mercê da comparação desses preços.

Segundo nosso juízo, o processo licitatório em questão padece de manifesta ilegalidade.

VOTO

Voto pois pela ilegalidade do procedimento, determinando-se à administração que promova outra licitação sem as restrições havidas nesta.

PAULO PLANET BUARQUE
Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do TC nº 72-010.437/94*60, reincluídos em pauta pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator, após lhe terem sido devolvidos pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES, que teve vista dos autos na 1.573ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelo voto do Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator, acompanhado integralmente pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor e pelo Conselheiro PAULO PLANET BUARQUE, conforme voto em separado, pela ilegalidade do procedimento, determinando à Administração que expurgue do instrumento convocatório as ilegalidades dos itens 8.3.5 e 16.3 do edital da Concorrência para Registro de Preços nº 16/SAR/COGEL/94. Vencido o Conselheiro Walter Abrahão que votou pelo prosseguimento da licitação nos termos do voto em separado, que fica fazendo parte integrante deste.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, PLANET BUARQUE e WALTER ABRAHÃO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, com sustentação oral.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 08 de fevereiro de 1995.

FRANCISCO GIMENEZ
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator