TC 10.446/2017

DENÚNCIA. CMSP. Verificação de suposta ilegalidade na desclassificação de licitante em Pregão Eletrônico. Não se trata de simples correção dos vícios. Permitir a correção no caso configura afronta aos princípios da isonomia, da vinculação ao edital e ao procedimento como um todo. Art. 41, caput, Lei 8.666/93. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

3.044ª Sessão Ordinária

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 conhecer da denúncia formulada por meio da Ouvidoria deste Tribunal de Contas, e, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar a remessa de ofício ao denunciante e à denunciada, conforme estabelece o artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, arquivando-se, após, estes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de junho de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Denúncia formulada por meio da Ouvidoria deste Tribunal de Contas, na qual se alega suposta ilegalidade da desclassificação de licitante Lang Serviços Eireli – ME do Pregão Eletrônico 29/2017, da Câmara Municipal de São Paulo, em virtude de erros na planilha de custos que, na visão do denunciante, poderiam ser sanados.

Interposta e autuada a denúncia, foi determinada a expedição de ofícios à Câmara Municipal de São Paulo para ciência e apresentação de defesa.

Intimada, a Origem manifestou-se às fls. 25/67, juntou documentos e defendeu a licitude da desclassificação da empresa, tendo em vista a existência de erros graves nas planilhas apresentadas, incluindo o número superior de cozinheiros em relação ao requerido, valor de adicional obrigatório para os encarregados inferiores ao devido e ausência de previsão de pagamento de plano de saúde aos empregados.

Providenciada a junção das defesas apresentadas pela Origem, a Assessoria Jurídica de Controle Externo emitiu parecer e, por intermédio da Assessora Subchefe de Controle Externo, opinou pelo conhecimento da denúncia e, no mérito, pela sua improcedência, sob os seguintes fundamentos:

"... Dos elementos que constam do presente expediente não vislumbramos qualquer irregularidade na desclassificação da empresa Lang serviços Ltda. ME. O artigo 43 da Lei 8.666/93 prevê a possibilidade de correção de vícios que não se revelarem insanáveis. No presente caso, a licitante se comprometeu a manter o preço proposto caso lhe fosse oportunizada a correção dos erros constantes de sua proposta.

No entanto, tal correção segundo a Origem não seria suficiente para sanar a proposta, posto que, a planilha apresentada pela então primeira colocada continha erros que lhe permitiam, caso lhe fosse possível alterar o documento, em tese, modificar todos os valores. Portanto, em outras palavras, seria o mesmo que oferecer a licitante oportunidade de apresentar nova proposta, que seria inadmissível, em decorrência dos princípios da isonomia e vinculação ao instrumento convocatório presentes no art. 3º da Lei Federal 8.666/93, pois estaria simplesmente privilegiando um licitante que não procedeu com a devida diligência em detrimento do outros licitantes que, com a devida acuidade e atenção, elaboraram sua proposta nos exatos termos do edital.

Neste sentido, dispõe o art. 41, caput, da Lei n. 8.666/93: 'A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada'.

Trata-se de um princípio inerente a todo procedimento licitatório, pois estabelece as regras do certame, de modo a garantir, dentro da própria licitação, a justa competição entre os concorrentes.

O outro princípio inerente às licitações é o da isonomia entre as partes, sendo que de acordo com o art. 37, XXI, da Constituição Federal, resta claro que: 'ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados 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, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações' (negritamos).

Nesse sentido, percebe-se que a licitante não cumpriu as determinações exigidas, sendo ela mesma a responsável por sua desclassificação no certame, visto que apresentou sua proposta de forma diferente daquela prevista no instrumento convocatório e na própria legislação pertinente, em detrimento das concorrentes que apresentaram suas propostas de acordo com as determinações do edital.

Ante o exposto, posicionamo-nos pela improcedência da denúncia.

A Auditoria procedeu à análise da Denúncia e concluiu pela existência de embasamento legal e precedentes jurisprudenciais que permitem à Comissão de Licitação a realização de diligências para esclarecimento de dúvidas e eventuais incorreções, mas desde que não haja afronta à isonomia entre os participantes, majoração do preço ou mesmo a inexequibilidade da proposta, sob pena de desclassificação.

Diante das conclusões da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, foi determinada nova intimação da Origem para ciência e manifestação dos pareceres técnicos, bem como acerca da interposição de Mandado de Segurança pela empresa Lang Serviços Ltda. – ME (autos 1033199-41.2017.8.26.0053) visando à anulação do ato que a desclassificou do certame.

Intimada, a Câmara Municipal de São Paulo prestou novas informações às fls. 93/114, juntou documentos e reiterou a licitude da desclassificação operada, já que fundamentada em regras dispostas no instrumento convocatório, mas não observadas pela licitante.

Com o acrescido, a Auditoria emitiu novo parecer e reiterou suas conclusões, nos seguintes termos:

"...No parecer 792/2017 a Procuradora Legislativa ressalta que a desclassificação da proposta da empresa ocorreu após a constatação, pela Comissão de Licitações, de inconsistências nas planilhas de preço, devidamente apontadas na Ata de Realização do Pregão e que o pregoeiro deliberou a desclassificação por os erros não serem passíveis de ajuste, já que as alterações demandariam modificação de toda a proposta apresentada. Apontou como

principais erros da planilha o número de cozinheiros calculados, o adicional obrigatório calculado a menor para compor a remuneração dos Encarregados e a ausência de previsão para pagamento de plano de saúde aos empregados.

Conclui no parecer que a Administração afastou a proposta da primeira empresa, bem como das demais que apresentaram erros não passíveis de correção sem causar desvantagens à competição, enfatizando que a deliberação seguiu rigorosamente os ditames da Lei Federal 8.666/63, sobretudo o artigo 43, § 3º, que permite a realização de diligência em procedimento, desde que não resulte em nova oportunidade para a juntada de documento novo ou que cause prejuízo aos interessados.

Destaca a Origem que já celebrou com a licitante vencedora do certame o Contrato 50/2017, oriundo do pregão 29/2017 e que por esse motivo a denúncia realizada perante o TCM já perdeu seu objeto.

Informa que foi impetrado pela empresa denunciante Mandado de Segurança, perante a 5ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, e que as informações prestadas ao D. Juízo, dando conta da insubsistência de seus fundamentos, estavam juntadas às fls. 106/114v ...

A argumentação apresentada não acrescentou fatos novos aos autos e, por essa razão, ratificamos as conclusões do relatório de fls. 77/83...".

Com o acrescido, a Assessoria Jurídica manifestou-se de forma conclusiva e, na esteira do seu parecer anterior, reiterou pela improcedência da denúncia, sob os seguintes fundamentos:

"...De uma análise jurídica pontual, considerando os esclarecimentos encaminhados pela Origem (fls. 93/114), especialmente os relatórios da Equipe de Fiscalização deste Tribunal (fls. 77/83 e 117/118), não vislumbramos qualquer fato capaz de alterar nossas conclusões anteriores. Em tese é evidente que não seria razoável perder uma proposta de menor valor por um erro formal. Todavia, a [há] um limite do que é possível permitir corrigir na 'proposta', pequenos erros formais que não desnature [m] a proposta na sua essencialidade são permitidos dentro do objetivo de assegurar a proposta mais vantajosa.

No caso concreto, parece que esse limite foi ultrapassado, porque demandaria correções que iriam modificar a proposta, a exemplo de inferir plano de saúde e custos decorrentes [s] de Convenção Coletiva, o que não se mostra adequado aos princípios da isonomia, da vinculação ao edital e ao procedimento como um todo, porque já passou do que seria razoável, aliás, como bem apontado pela Auditora, tais correções poderia [m] gerar uma proposta inexequível (fls. 82)...

Ante o exposto, reiteramos o posicionamento desta Assessoria Jurídica, pela improcedência da presente Denúncia...".

Dada ciência à Origem das conclusões finais alcançadas, a Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se às fls. 137/138 e, na esteira do parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo, requereu pela improcedência da Denúncia, nos seguintes termos:

"...De fato, o equívoco cometido pela empresa na elaboração da planilha de preços não se limitou a um simples erro de multiplicação ou somatória, mas um erro substancial na composição dos preços, qual seja, a ausência de previsão dos custos com planos de saúde.

Ressalte-se que o referido benefício encontra-se previsto na Convenção Coletiva que regula as empresas do setor, conforme noticiado nos autos. Trata-se, portanto, de um erro material relevante, cuja eventual correção por parte da empresa desnaturaria a proposta anteriormente apresentada... Nesta linha, esta Fazenda Municipal entende que a Câmara Municipal agiu com correção ao desclassificar a denunciante, posicionando-se, portanto, pela improcedência da presente.".

A Secretaria Geral emitiu parecer e opinou pelo não conhecimento e, no mérito, pela improcedência da denúncia formulada, sob os seguintes fundamentos:

"...a rigor, a Denúncia não poderia ser recebida. Caso, todavia, o Nobre Conselheiro Relator decida pelo seu recebimento, quanto ao mérito, acompanho o entendimento da SFC no sentido de que não houve irregularidade na desclassificação da proposta comercial da empresa Lang Serviços Ltda. ME (fls. 77/83 e 117/118).

Do exposto, opino pelo não conhecimento da Denúncia, tendo em vista o descumprimento do disposto no art. 55, III e IV, do Regimento Interno desta Egrégia Corte de Contas. Caso, todavia, o Nobre Conselheiro Relator decida pelo seu recebimento, no mérito, opino pela improcedência da Denúncia".

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de Denúncia formulada por meio da Ouvidoria deste Tribunal de Contas, na qual se alega suposta ilegalidade da desclassificação da licitante Lang Serviços Eireli – ME, do Pregão Eletrônico 29/2017, da Câmara Municipal de São Paulo, cujo objeto é a prestação de serviços de copeiragem, em virtude de erros na planilha de custos que, na visão da denunciante, poderiam ser sanados. Entretanto, consoante se infere do processado, a desclassificação da empresa Lang Serviços Eireli ocorreu devido a deficiências constantes na planilha de custos apresentada, sem que se verifique ilicitude na conduta adotada pela Origem.

Em que pese a possibilidade de correção de vícios que não se revelem insanáveis, estabelecida no artigo 43 da Lei 8.666, tal hipótese não se verifica no caso em exame, pois incontroverso nos autos que a planilha apresentada continha número superior de cozinheiros em relação ao requerido, valor de adicional obrigatório para os encarregados inferior ao devido e ausência de previsão de pagamento de plano de saúde obrigatório aos empregados, previsto nas normas coletivas da categoria.

Conforme apurado pelo Pregoeiro, as falhas detectadas não permitiriam uma simples correção de erros materiais sem alteração do valor final apresentado, sendo certo que, da forma como pretendida, tal retificação acabaria por conferir à empresa oportunidade de apresentar nova proposta e, como consequência, tratamento diferenciado em relação às demais participantes, em patente afronta aos princípios da isonomia e vinculação ao instrumento convocatório, presentes no artigo 3º da Lei Federal 8.666/93.

Neste sentido, o artigo 41, caput, da referida lei é claro ao estabelecer que "a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada", o que foi observado no decorrer da licitação. Como destacado pela Assessoria Jurídica em seu parecer e reiterado pelos demais Órgãos Técnicos, "é evidente que não seria razoável perder uma proposta de menor valor por um erro formal.

Todavia, há um limite do que é possível permitir corrigir na 'proposta', pequenos erros formais que não desnaturem a proposta na sua essencialidade são permitidos dentro do objetivo de assegurar a proposta mais vantajosa.

No caso concreto, parece que esse limite foi ultrapassado, porque demandaria correções que iriam modificar a proposta, a exemplo de inferir plano de saúde e custos decorrentes de Convenção Coletiva, o que não se mostra adequado aos princípios da isonomia, da vinculação ao edital e ao procedimento como um todo, porque já passou do que seria razoável, aliás, como bem apontado pela Auditora, tais correções poderia [m] gerar uma proposta inexequível (fls. 82)".

Desta forma, uma vez que a licitante não cumpriu as determinações exigidas, sendo ela a responsável por sua desclassificação no certame, improcede a denúncia.

Corroborando o alegado, a sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança interposto pela empresa Lang Serviços (Processo 1033199-41.2017.8.26.0053), já transitada em julgado, que, adotando o parecer do promotor oficiante, no sentido de que "tencionava a impetrante com a presente ação apenas que fosse anulada a decisão que a desclassificou, possibilitando sua participação na fase de habilitação, e não a anulação da licitação...", entendeu por prejudicada e extinguiu sem julgamento de mérito a ação, tendo em vista a homologação do certame antes da análise judicial sobre o caso.

E ainda a desclassificação de outras empresas que apresentaram planilhas com erros insanáveis, o que indica não ter havido rigor excessivo ou mesmo tratamento diferenciado em relação à licitante.

Ante o exposto, com amparo nos pareceres da Auditoria, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, que adoto como razões de decidir e passam a integrar a presente decisão, CONHEÇO DA DENÚNCIA apresentada e, no mérito, JULGO-A IMPROCEDENTE.

Intimem-se a Origem e a Denunciante, esta última por intermédio da Ouvidoria deste Tribunal, acerca da presente decisão.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.