Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

II – ACÓRDÃO

Processo	-	TC/011501/2020
Representante	-	Associação dos Prestadores de Serviços e Construção do Estado de São Paulo – Aprescon
Representada	-	Secretaria Municipal das Subprefeituras
Objeto	-	Representação, de 22/09/2020, interposta em face do edital do Pregão Eletrônico 50/SMSub/Cogel/2019, cujo objeto é o registro de preços para prestação de serviços de conservação de pavimentos viários urbanos – Tapa-Buracos, por tonelada aplicada, com aplicação de concreto asfáltico e emulsão, com fresadora, caminhão de caçamba térmica e controle digital através do SGZ

3.192ª Sessão Ordinária

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMSUB. Registro de preços. Serviços de conservação de pavimentos viários urbanos. Tapa-Buracos. 1. Preclusão consumativa. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/011501/2020 e TC/012770/2020, 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 pela Associação dos Prestadores de Serviços e Construção do Estado de São Paulo – Aprescon, em face do edital do Pregão Eletrônico 50/SMSub/Cogel/2019, por preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 55 do Regimento Interno deste Tribunal, e, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, 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 EDUARDO TUMA – Revisor, DOMINGOS DISSEI e a Conselheira Substituta CLEIDE SODRÉ LOURENÇO.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 8 de dezembro de 2021.

JOÃO ANTONIO – Presidente
ROBERTO BRAGUIM – Relator

/affo

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO ROBERTO BRAGUIM – RELATOR

Processo:	**TC/011501/2020 (Item II)**
Interessadas:	Secretaria Municipal das Subprefeituras – SMSUB e APRESCON – Associação dos Prestadores de Serviços e Construção do Estado de São Paulo
Objeto:	Representação. Edital de Pregão Eletrônico n° 50/SMSUB/COGEL/2019. Contratação de empresas para prestação de serviços de conservação de pavimento viários urbanos – "TAPA-BURACOS", por tonelada aplicada, com aplicação de concreto asfáltico e emulsão da pintura de ligação, com fresadora, caminhão de caçamba térmica e controle digital através do SGZ
Processo:	**TC/012770/2020 (Item III)**
Interessadas:	Secretaria Municipal das Subprefeituras – SMSUB e APRESCON – Associação dos Prestadores de Serviços e Construção do Estado de São Paulo
Objeto:	Representação contra decisão do Pregoeiro no Pregão Eletrônico n° 50/SMSUB/COGEL/2019, objetivando a contratação de empresas para prestação de serviços de conservação de pavimento viários urbanos – "TAPA-BURACOS", por tonelada aplicada, com aplicação de concreto asfáltico e emulsão da pintura de ligação, com fresadora, caminhão de caçamba térmica e controle digital através do SGZ

RELATÓRIO

Em julgamento 2 (duas) Representações objeto dos TC/011501/2020 (Item II) e TC/012770/2020 (Item III) interpostas por APRESCON – Associação dos Prestadores de Serviços e Construção do Estado de São Paulo, em face do Pregão Eletrônico n° 50/SMSUB/COGEL/2019, publicado no âmbito da Secretaria Municipal das Subprefeituras – SMSUB, objetivando a contratação de serviços de conservação de pavimento viários urbanos, "TAPA-BURACOS", por tonelada aplicada, com aplicação de concreto asfáltico e emulsão da pintura de ligação, com fresadora, caminhão de caçamba térmica e controle digital através do SGZ.

No **TC/011501/2020 (item II)**, a Representante aduziu, em apertada síntese, que a Comissão de Licitação restringe a participação no Certame ao impedir, ilegalmente, que a capacidade técnica dos Licitantes seja comprovada por meio de atestados de transporte da massa asfáltica em caminhão equipado com caçamba convencional, requerendo, ao final, a suspensão imediata do Ato Convocatório e, ainda, que sejam extirpadas as exigências edilícias que reputa irregulares.

A análise do pedido cautelar formulado restou inviabilizada, tendo em vista que a Representação ingressou neste Tribunal às 08h45min do dia 24/09/2020, tendo sido

efetivamente recebida em meu Gabinete, para apreciação, às 11h35min, ou seja, após a abertura do Certame, marcada para ocorrer às 10h30min do mesmo dia.

Ademais, a publicação do Edital do Pregão Eletrônico ocorrera em 14/09/2020 e o esclarecimento ao questionamento da empresa citado na exordial, Roade Construção Civil e Locação de Equipamentos, em 17/09/2020, sendo certo assim que a Representante dispusera de tempo hábil para apresentar seu inconformismo de forma tempestiva, o que não ocorreu.

Desta feita, indeferi a Medida Cautelar requerida, por Despacho publicado no DOC de 25/09/2020, determinando o encaminhamento dos autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC para manifestação (peças 7 e 8).

A SFC apresentou detalhada análise dos argumentos apresentados (peças 11/12) e concluiu pela improcedência da Representação.

Cientificada, a Pasta corroborou o posicionamento da equipe técnica deste Tribunal, peças 13 a 19.

A seu turno, a Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM acompanhou as conclusões alcançadas pelos preopinantes, no sentido da improcedência da Representação, peça 23.

Por sua vez, a Secretaria-Geral concluiu pelo conhecimento da Representação e, no mérito, igualmente por sua improcedência, peças 25 e 26.

Por sua vez, a peça autuada no **TC/012770/2020 (Item III),** refere-se à Representação dirigida contra decisão do Pregoeiro que inabilitou empresa a ela associada, Marco Engenharia, no mesmo procedimento licitatório, qual seja, Pregão Eletrônico n° 50/SMSUB/COGEL/2019,

Aduziu a Representante, em apertada síntese, que:

(a) a Associada foi declarada vencedora nos Agrupamentos I e II e posteriormente inabilitada por decisão absurda e inflexível da Comissão de Licitações, que entendeu pela não comprovação da totalidade de sua capacidade técnico-operacional com caminhão térmico;

(b) a expertise para a execução dos trabalhos foi demonstrada de forma suficiente, tanto com relação a caminhão convencional, como com caminhão térmico (500 toneladas); e

(c) houve prejuízo aos cofres públicos, pois a Associada apresentou valores mais baixos que as empresas habilitadas pela Comissão de Licitações, nas seguintes proporções: 5,21% para o Agrupamento I (R$ 369,00 contra R$ 388,90 da empresa Terracon) e R$ 21,48% para o Agrupamento II (R$ 395,00 contra R$ 503,00 da empresa Corpotec).

Ao final, pleiteou a concessão de medida liminar para reformar a decisão que inabilitou uma Associada, Marco Engenharia.

Ressalta-se que o dispositivo questionado pela Representante, subitem 12.5.3.2 da peça edilícia, já tinha sido objeto de análise por SFC nos autos do TC/022229/2019, que tratou do Acompanhamento do Edital do Pregão Eletrônico nº 50/SMSUB/COGEL/2019.

Naquela oportunidade, o Órgão Técnico entendeu que a restritividade do subitem residia na exigência de qualificação técnica por meio de atestados que, isoladamente ou somados, comprovassem a execução dos serviços pelo período concomitante de 90 (noventa) dias. Feitas as devidas alterações por parte da Secretaria Municipal das Subprefeituras – SMSUB, SFC houve por bem superar tal apontamento.

A legalidade do referido Subitem 12.5.3.2 do Edital também já havia sido questionada perante este Tribunal pela própria Representante APRESCON quando, em setembro daquele ano, ingressou com a Representação, objeto do TC/011501/2020 (Item II), ocasião em que sustentou que o asfalto poderia ser transportado indistintamente por caminhão com caçamba térmica ou basculante, alegando restritivo o Edital ao não aceitar atestados de serviços prestados apenas com caminhões de caçambas convencionais.

A SFC concluiu pela improcedência da alegação, por falta de amparo técnico, já que a temperatura de aplicação da massa interfere na qualidade final do serviço, sendo tal temperatura diretamente associada ao transporte do material. Destacou, ainda, que a Administração optou pela utilização de equipamento superior ao caminhão basculante, opção esta, de acordo com a discricionariedade conferida ao Estado.

Ademais, a Representante insistiu, mais uma vez, e somente após a desclassificação de uma Associada, na discussão do mesmo Subitem 12.5.3.2 do Edital, agora sob o argumento de que seria restritiva a exigência de apresentação da totalidade dos atestados referentes a caminhões com caçamba térmica. Alegou que poderia ser aceita a somatória de atestados referentes a caminhões com caçamba basculante e térmica apresentado por sua associada, para este último tipo de caminhão, por entender suficiente para comprovar a expertise para a execução dos serviços.

Oficiado, peças 11/17, o Pregoeiro justificou que:

(a) ao elaborar as especificações técnicas do Pregão Eletrônico nº 50/SMSUB/COGEL/2019, a SMSUB adotou critérios objetivos e inovadores na forma de contratação, os quais, comprovadamente, otimizarão os serviços prestados à população;

(b) o Edital foi precedido de consulta pública, bem como objeto de discussão em vários processos em trâmite neste Tribunal, tendo a Administração acatado diversos apontamentos efetuados por sua Equipe de Fiscalização;

(c) a simples oferta de valor inferior ao das empresas declaradas vencedoras não necessariamente qualifica a Representante como detentora da melhor oferta para a Administração, tampouco atendimento ao interesse público; e

(d) ao inabilitar a Licitante, cumpriu com sua obrigação de fazer cumprir o Edital, respeitando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, porquanto, dos 16 (dezesseis) atestados exigidos para comprovação da capacidade técnico-profissional e operacional, a empresa Macor Engenharia apresentou apenas 02 (dois) referentes a execução dos serviços mediante o transporte com caminhões de caçamba térmica, em contrariedade ao item 12.5.3.2 do Edital.

Na sequência, em sua manifestação, SFC concluiu, em sua terceira análise sobre o mesmo Subitem, que, apesar do Pregoeiro ter seguido as regras constantes do Edital, a Representação era procedente no que tange à restrição à competitividade do Certame, pelo fato do Edital prever que a totalidade do quantitativo constante na qualificação técnica teria que ser com caçamba térmica.

A partir desse momento, cabendo-me decidir, ressaltei, desde logo, que o Edital de Pregão Eletrônico nº 50/SMSUB/COGEL/2019, além de ter sido objeto de Acompanhamento no TC/022229/2019, foi tema de outras 7 (sete) Representações[1] propostas por empresas e pessoas físicas perante este Tribunal, as quais foram exaustivamente analisadas pelos Órgãos Técnicos e por esta Relatoria, até a última Decisão exarada a respeito da matéria nos autos do TC/008752/2020, oportunidade em que o Plenário, por unanimidade, em Sessão realizada em 09/09/2020, entendeu que o Procedimento Licitatório estava em condições de regular prosseguimento.

Desta feita, restou evidenciado o amadurecimento das discussões a respeito da matéria, sendo certo que o subitem 12.5.3.2, notadamente no aspecto ora questionado pela Representante, estava presente no Instrumento Convocatório desde a sua primeira versão, publicada pela SMSUB em 17/12/2019, não tendo sido objeto de apontamentos, neste aspecto, por parte de SFC, tampouco de contrariedades por parte da Representante ou de outros interessados, no momento adequado.

Nesse sentido, considerei relevante a informação de que a Representante APRESCON já havia ingressado neste Tribunal, objetivando a discussão do mesmo subitem 12.5.3.2, também objeto da presente Representação.

Nesse desenho, a meu ver, a situação posta ensejaria a aplicação do instituto da preclusão, porquanto já exercitada pela Representante a faculdade de discussão acerca da legalidade da regra editalícia em tela, o qual não pode ser questionado em parcelas e de forma interminável, em busca da defesa de interesse próprio, conforme a ocorrência de eventos de cunho fático a ela tidos como desfavoráveis, tal qual a desclassificação de sua Associada em uma das etapas do Processo Licitatório, de que se cuida.

Como é cediço, o instituto da preclusão consumativa se aplica ao direito administrativo não apenas em razão de fundamentos de ordem jurídica, mas também em face de argumentos de cunho ético e político, notadamente em razão da necessidade da tutela do princípio da boa-fé, a fim de impedir a utilização de expedientes contrários à lealdade processual

[1] e-TCMs nº 8182/2020, 8218/2020, 8752/2020, 8800/2020, 8818/2020, 8825/2020, 11501/2020 (Item I).

que, no presente caso concreto, deve ser suscitada no intuito de impedir o ato de segregação de argumentos referentes a uma mesma regra editalícia, para uso estratégico pelo interessado de medidas administrativas que lhe convenham durante o curso do Certame, apesar do prévio conhecimento do Subitem 12.5.3.2 impugnado, em todos os seus aspectos.

Não menos importante é a necessidade de proteção da segurança jurídica envolvida na espécie, não apenas sob o ângulo das expectativas da Administração quanto ao aguardo das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas[2] para o prosseguimento dos Certames por ela levados a efeito, mas também em relação ao próprio atendimento do interesse público envolvido na Licitação que se analisa, o qual, no presente caso, consubstancia-se na prestação de serviço de extrema importância para a Cidade de São Paulo.

De se ter em contas, ademais, que por meio do Pregão Eletrônico 50/SMSUB/COGEL/2019 pretende a Administração Pública o Registro de Preços para prestação de serviços de conservação de pavimentos viários – "tapa-buracos" para atendimento de todo o Município de São Paulo, sendo importante considerar, nesse mister, que o último Certame realizado para o mesmo objeto ocorreu em 2014 (Pregão Eletrônico 12/SMSP/COGEL/2014), com contratos que ou já alcançaram seu termo final, sem possiblidade de prorrogação, ou se aproximavam dessa realidade.

Tal realidade, somada à natureza da alegação posta na exordial, a qual ensejaria a necessidade de republicação do Instrumento Convocatório, com o retorno do procedimento à sua fase inicial, poderia levar a Administração a cogitar de lançar mão de contratos emergenciais para a prestação dos serviços, o que parece não ser a melhor alternativa para se atender o interesse público posto diante da situação concreta.

Assim, naquele momento, na condição de Relator da matéria, e diante da necessidade de observância dos valores axiológicos postos ressaltados na Constituição Federal de 1988, notadamente os princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, entendi não haver razões suficientes para impedir que a Administração promovesse a assinatura dos contratos decorrentes do Pregão Eletrônico 50/SMSUB/COGEL/2019, já adjudicado e homologado, nos termos de publicação levada a efeito no Diário Oficial de 22.10.20.

Reforça este entendimento a informação de que, em todos os Agrupamentos do Certame, os valores adjudicados revelaram-se menores que os preços de referência utilizados como parâmetro pela Unidade Licitante. Ademais, ainda com relação aos valores, destaquei que o custo das empresas que atendem às exigências do Edital, tais como as que foram adjudicadas, tende a ser mais caro, porquanto cumpridoras das regras postas em relação aos equipamentos necessários à execução do objeto pretendido, no volume e margem de segurança desejados pelo Poder Público.

Salientei, ainda, nessa etapa processual, que o prejuízo da exigência

---

[2] Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União decidiu que: "A aceitação de outro recurso com o objetivo de alterar a decisão do primeiro, sempre que a parte contrária não se der por satisfeita com o julgamento, poderá fazer com que o processo não termine, o que não está em consonância com o interesse público, nem com a expectativa da sociedade e de pessoas que aguardam a posição final do TCU." (TC-003.289/2004-4 - AC-0044-01/12-P)

posta pelo Subitem 12.5.3.2 seria a restritividade alegada pela Representante e, nesse diapasão, importava considerar que 24 (vinte e quatro) empresas participaram do Certame, tendo sido configurada, portanto, sua competitividade.

Por acrescer que houve o reconhecimento por parte de SFC de que o Pregoeiro se ateve às regras previstas no Edital, em respeito à isonomia quando do julgamento das propostas. Além disso, na medida em que foi reconhecido pela mesma Área Técnica nos autos do TC/011501/2020, que o transporte com caminhão de caçamba térmica era essencial à qualidade dos serviços, parece ir ao encontro do princípio da razoabilidade, notadamente em face da situação fática ora posta, a conclusão de que a exigência editalícia objeto da exordial está em consonância com o disposto pelo artigo 30, inciso II da Lei Federal nº 8.666/93, o qual determina que documentação relativa à qualificação técnica deverá ser compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação.

Nessa senda, com base nos argumentos expostos, indeferi a Medida Cautelar requerida, conforme Despacho publicado no DOC de 29.10.20, peça 26 e 34, determinando o encaminhamento de ofício a Pasta e de intimação dos responsáveis pelo Certame para ciência das questões levantadas pela Representante e do Relatório do Órgão Técnico deste Tribunal, peças 27 a 32.

A seu turno, a Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM requereu que a Representação seja julgada totalmente improcedente, peça 39.

Por sua vez, a Secretaria-Geral, concluiu pelo não conhecimento da Representação, por ausentes os requisitos de admissibilidade ante a falta de comprovação da existência legal da Postulante e da legitimidade de seu representante e, caso seja conhecida, no mérito, por sua total improcedência, peças 41/42.

É o relatório.

VOTO

Como deixei consignado no relatório, estão em julgamento, de forma englobada, 2 (duas) Representações interpostas por APRESCON – Associação dos Prestadores de Serviços e Construção do Estado de São Paulo, em face do Edital de Pregão Eletrônico n° 50/SMSUB/COGEL/2019, publicado no âmbito da Secretaria Municipal das Subprefeituras – SMSUB, objetivando a contratação de serviços de conservação de pavimentos viários urbanos, "TAPA-BURACOS", por tonelada aplicada, com aplicação de concreto asfáltico e emulsão da pintura de ligação, com fresadora, caminhão de caçamba térmica e controle digital através do SGZ.

No primeiro deles, **TC/011501/2020 (item II)**, a Representante aduziu, em apertada síntese, que a Comissão de Licitação restringia a participação no Certame ao impedir, ilegalmente, a comprovação da capacidade técnica dos Licitantes por meio de atestados de transporte da massa asfáltica em caminhão equipado com caçamba convencional, na forma da exigência posta pelo Subitem 12.5.3.2 do Edital, requerendo, ao final, a suspensão imediata do Ato Convocatório e a extirpação das exigências edilícias que reputava irregulares.

A análise do pedido cautelar restou inviabilizada, tendo em vista que

a Representação ingressou neste Tribunal às 08h45min do dia 24/09/2020, tendo sido efetivamente recebida em meu Gabinete para análise às 11h35min, momento posterior à abertura do Certame, marcada para ocorrer às 10h30min do mesmo dia, o que me levou a indeferir a medida cautelar requerida (peças 7 e 8).

Levada a instrução, o Órgão Técnico apresentou detalhada análise dos argumentos apresentados e concluiu pela improcedência da Representação, peças 11/12.

No segundo, **TC/012770/2020 (Item III),** estando o Certame na fase de julgamento das propostas, a Representante conduziu seu pedido contra decisão do Pregoeiro que inabilitou empresa a ela associada, invocando novamente o Subitem 12.5.3.2 do Edital, agora sob o argumento de que seria restritiva a exigência de apresentação da totalidade dos atestados referentes a caminhões com caçamba térmica.

No curso da instrução processual a SFC concluiu, em sua terceira análise sobre o mesmo Subitem, que o argumento trazido pela Representante era procedente, apesar do Pregoeiro ter seguido as regras constantes do Edital, em respeito à isonomia quando do julgamento das propostas.

Naquele momento processual, entendi que se impunha a observância dos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, posto que o Pregão Eletrônico 50/SMSUB/COGEL/2019 já se encontrava adjudicado e homologado, conforme publicação levada a efeito no Diário Oficial da Cidade de 22.10.20.

De se destacar que já havia sido exercitada pela Representante a faculdade de discussão acerca da legalidade da regra editalícia em tela, imputando-se, assim, a aplicação do instituto da preclusão.

Como é cediço, o instituto da preclusão consumativa se aplica ao direito administrativo não apenas em razão de fundamentos de ordem jurídica, mas também em face de argumentos de cunho ético e político, notadamente em razão da necessidade da tutela do princípio da boa-fé, a fim de impedir a utilização de expedientes contrários à lealdade processual que, no presente caso concreto, deve ser suscitada no intuito de impedir o ato de segregação de argumentos referentes a uma mesma regra editalícia, para uso estratégico pelo interessado de medidas administrativas que lhe convenham durante o curso do Certame, apesar do prévio conhecimento do Subitem 12.5.3.2 impugnado, em todos os seus aspectos.

Ademais, a republicação do Instrumento Convocatório com o retorno do procedimento à sua fase inicial levaria a Administração a cogitar da celebração de contratos emergenciais para a prestação dos serviços, alternativa que não se coaduna com o interesse público diante da situação concreta.

Nessa senda, conclui não haver razões suficientes para impedir que a Administração promovesse a assinatura dos contratos decorrentes do Pregão Eletrônico

50/SMSUB/COGEL/2019, motivo pelo qual indeferi a Medida Cautelar requerida[3], peça 26.

Isto posto, conheço das Representações propostas por APRESCON – ASSOCIAÇÃO DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS E CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO, em face do Edital de Pregão Eletrônico n° 50/SMSUB/COGEL/2019, posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade previsto artigo 55 do Regimento Interno deste Tribunal e, no mérito, julgo-as improcedentes.

Informo aos meus pares que o Certame foi concluído e que a instauração de procedimento de fiscalização, objetivando o acompanhamento da execução dos contratos dele decorrentes, foi determinada por ocasião do julgamento do TC/008752/2020, que cuidou da Representação proposta por De Paula Comercial Construção e Logística Ltda., também em face do Edital de Pregão Eletrônico n° 50/SMSUB/COGEL/2019.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

TCM, 08 de dezembro de 2021.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro Vice-Presidente

ERR/RB

[3] DOC de 29/10/2020