TC 11.918/2018

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. SMSUB. Registro de preços. Serviços de manutenção de vias, logradouros, áreas públicas e desfazimento. 1. A documentação colacionada aos autos comprova a existência de motivação pela Pregoeira, bem como o uso de critério isonômico em sua atuação, extirpada a possibilidade de desvantagem econômica para a Administração. CONHECIDA. Votação unânime. IMPROCEDENTE. Votação por maioria.

3.085ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte de Contas.

ACORDAM, ainda, quanto ao mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, EDSON SIMÕES e DOMINGOS DISSEI, em julgá-la improcedente em todos os seus argumentos.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, que, consoante voto proferido em separado, julgou-a procedente.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar que se cumpra o disposto no artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, arquivando-se posteriormente estes autos.

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

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de fevereiro de 2020.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento a Representação oposta pelo Vereador Adilson Amadeu em face do Pregão Eletrônico 02/SMSUB/COGEL/2018, levado a efeito pela Secretaria Municipal das Subprefeituras, cujo objeto é o Registro de Preços para prestação de serviços de manutenção de vias, logradouros, áreas públicas e desfazimento para a Prefeitura do Município de São Paulo – PMSP.

Questiona o Representante, ao que se dessume, que:

(a) as Licitantes teriam sido indevidamente desclassificadas, sob a justificativa de divergências na composição de suas planilhas de custos unitários, apesar do critério de julgamento ser o menor valor global e

(b) o Edital não conteria regras sobre a aceitabilidade dos preços unitários.

Ao final, pugnou pela paralisação do Certame, bem como pela requisição de esclarecimentos por parte da Comissão de Licitação.

Ouvida, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC (peça 15) concluiu pela procedência das razões expostas na exordial, apontando potencial dano ao Erário decorrente da desclassificação de Licitantes que tinham apresentado menor preço global, considerando a possibilidade dos Contratos se estenderem por até 60 (sessenta) meses.

Por sua vez, a Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE (peças 16 e 17) entendeu que a Comissão de Licitações, ao desclassificar as propostas, não teria utilizado parâmetros suficientes para alcançar a objetividade necessária ao julgamento do Certame, razão pela qual recomendou a Suspensão do Pleito, como medida acautelatória.

Ao debruçar-me sobre a matéria, em análise preliminar, conheci da Representação, por presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte de Contas. No mais, considerando as manifestações até então exaradas pelas Áreas Técnicas, bem como o fato de que houve a publicação das Atas de Registro de Preços antes da homologação do Certame, determinei, em despacho publicado em 27/11/2018, que a Secretaria Municipal das Subprefeituras se abstivesse de praticar qualquer ato no âmbito do Pregão Eletrônico 02/SMSUB/COGEL/2018, inclusive assinatura de Contratos, até que, por meio de posterior liberação, houvesse autorização desta Casa, medida esta referendada pelo Plenário em 28/11/2018.

Em sua manifestação sobre a Representação (peça 30), a Secretaria Municipal das Subprefeituras argumentou, em suma, que, embora o critério de julgamento fosse o de "menor valor global mensal por equipe", o regime de execução estabelecido no Edital era o de "empreitada por preços unitários", motivo pelo qual a Comissão deveria verificar individualmente os valores ofertados pelas Licitantes na composição dos custos constantes de suas planilhas, evitando-se variação significativa, tanto para baixo, quanto para cima, em comparação com os preços estimados pela Pasta Licitante e, consequentemente, eventuais prejuízos para a Administração, inclusive quanto ao chamado "jogo de planilhas".

Por fim, requereu decisão favorável que permitisse a continuidade do Certame. Em nova análise (peça 37), a SFC reiterou a conclusão pela procedência das razões expostas na Representação, pois, segundo seu entendimento, o preço unitário do regime de execução, no caso concreto, se referia ao valor da equipe como um todo, e não à medição individual dos itens que a compõem.

Por sua vez, a AJCE (peça 39 e 41) corroborou o entendimento pela procedência da Representação e, mais adiante (peças 44 e 45), concluiu que, em princípio, o procedimento adotado pela Administração para a formalização das Atas de Registro de Preços não observou as determinações normativas.

Em nova defesa (peça 50), a Unidade Licitante enfrentou as conclusões expostas por SFC.

Para tanto, afirmou que, não obstante o Edital tivesse adotado o critério do "menor preço global por equipe", previa a medição e o pagamento dos serviços por hora efetivamente trabalhada, o que possibilitaria às empresas – conhecedoras da não utilização de uma só vez das equipes completas e de quais serviços são mais solicitados – ofertar um preço unitário baixo para os itens menos utilizados e um valor maior para os mais utilizados, configurando-se "jogo de planilha", razão pela qual os preços unitários deveriam ser analisados na Sessão Pública.

Alegou, ainda, que a Comissão de Licitação, em nenhum momento, se ateve a um determinado percentual para julgar as propostas. Submetida a defesa à análise da SFC (peça 56), esta manteve seu entendimento anterior pela procedência da Representação.

Chamada a se manifestar para o mesmo mister, a AJCE (peças 57 e 58), após acurada análise das Atas da Licitação e das razões que motivaram o julgamento dos recursos interpostos no curso do Procedimento Licitatório, destacou que, apesar do critério de julgamento previsto no Edital ter sido o de "menor valor global mensal", o regime de execução escolhido fora o da empreitada por preço unitário.

Nesse passo, alterou suas conclusões anteriores e entendeu justificada a desclassificação das Licitantes que apresentaram preços unitários acima dos valores de referência, levada a efeito pela Pregoeira, independentemente do percentual de representação financeira do item, quando comparado ao todo.

Continuou sua argumentação destacando que:

(a) a Pasta não estava obrigada a divulgar os preços unitários, pois o orçamento integra o processo, não se colocando como anexo obrigatório do Edital[1];

(b) haveria risco da ocorrência de jogo de planilha se a Pregoeira não tivesse procedido às desclassificações ora questionadas, com fundamento na análise acurada dos preços unitários apresentados pelos licitantes e

(c) não há impeditivo para desclassificar propostas, ainda que o percentual não estivesse previamente indicado no Edital, tendo em vista que a modalidade Pregão não se caracteriza pela regra da formalidade estrita.

Por fim, a AJCE concluiu pela improcedência da Representação em tela.

Em nova manifestação, a Secretaria Municipal das Subprefeituras (peça 64) destacou que os itens 6.2 e 6.6 do Edital evidenciavam a utilização dos preços unitários para o pagamento dos serviços medidos no mês, bem como lembrou que as propostas desclassificadas apresentaram variações de até 1.319% com relação ao valor referencial do sistema de rastreamento.

Ao final, informou que os valores registrados com as empresas vencedoras do Certame haviam sido negociados, para o fim de se igualarem aos menores preços propostos pelas Licitantes desclassificadas na Sessão Pública do Pregão Eletrônico em questão.

Encaminhados os autos à SFC, esta reafirmou sua discordância com os argumentos expostos pela Unidade Licitante (peça 69).

Na sequência, diante do silêncio sobre o tema, determinei o retorno dos autos à referida Área Técnica, a fim de que fosse consignada ou não a permanência de sua afirmação anterior, no sentido da existência de potencial dano ao Erário decorrente das desclassificações das Licitantes, notadamente diante da renegociação de valores efetuada entre a Secretaria Municipal das Subprefeituras e as empresas detentoras das Atas (peça

[1] Artigo 3º, inciso III, do da Lei nº 10.520/02: "*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, elaborados pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados".*

70).

Em resposta, a SFC analisou todos os Lotes do Certame, demonstrando que as empresas declaradas vencedoras ou haviam apresentado o mesmo preço ou aceitaram equipará-los aos das empresas desclassificadas.

Especificamente em relação ao Lote III, destacou que a sessão para retomada ainda se encontrava suspensa *sine die* (peça 72).

A AJCE (peças 74 e 77) reiterou sua divergência quanto ao entendimento apresentado pela SFC, concluindo que:

"(...) em razão da regularidade da decisão da Pregoeira, conforme anteriormente expendido por esta AJCE; da redução de valores negociada pela Origem com as empresas vencedoras dos Agrupamentos (economicidade); do desinteresse das demais licitantes na reversão das decisões de desclassificação; e da inexistência de indícios de irregularidades no certame, parece-me, s.m.j., que a cassação das desclassificações representaria a atuação deste E. Tribunal de Contas na tutela de direitos individuais dos licitantes".

Em mais um pronunciamento, a Secretaria Municipal das Subprefeituras (peça 83) acresceu a firmação de que, não retomado o Certame com relação ao Lote III, não haveria que se falar sobre valores vigentes para o referido Agrupamento, muito menos em eventual subsistência de prejuízos à Administração, porquanto ausentes as etapas de adjudicação e homologação, que precedem à consolidação de preços ofertados.

Convocadas para exarar suas derradeiras manifestações técnicas, a SFC (peça 87) reiterou sua conclusão pela procedência da Representação em tela, enquanto a AJCE opinou pelo seu conhecimento e improcedência total, sem deixar de esclarecer que a pendência do Procedimento Licitatório quanto ao Lote III tornava mera conjectura a afirmação de "potencial dano ao erário", antes efetuada pela SFC (peças 89 e 90).

Desta feita, em 27/03 p.p., nos termos do artigo 31, parágrafo 2º, inciso XVII, do Regimento Interno desta Casa, considerando especialmente os argumentos lavrados pela AJCE e os fatos subsequentes, que concluíram pela ausência de potencial prejuízo ao Erário decorrente das desclassificações efetuadas na sessão de Licitação, propus a retomada do Procedimento Licitatório, a qual, em 03/04 p.p., foi, à unanimidade, autorizada pelo Plenário desta Corte, tendo sido os Conselheiros Mauricio Faria e Domingos Dissei vencidos em relação à condicionante de anular o julgamento das propostas e atos posteriores, retomando-se o Procedimento a partir de então (peças 91 e 94).

No prosseguimento da instrução, em seu pronunciamento (peça 104), a Procuradoria da Fazenda Municipal requereu fosse declarada prejudicada a Representação, por entender superados os motivos que ensejaram a

suspensão do Certame.

Por sua vez, a Secretaria Geral (peças 106 e 107) opinou pelo conhecimento da Representação e, no mérito, considerando as razões reconhecidas na decisão do Plenário, que autorizaram a retomada do Certame, bem como perfilhando a manifestação expendida pela AJCE, concluiu pela improcedência da Representação.

É o relatório.

VOTO

A Representação em foco, em síntese, traz a debate o ato da Pregoeira que desclassificou algumas Licitantes, sob a justificativa de divergências na composição de suas planilhas de custos unitários, apesar do critério de julgamento ser o de "menor valor global mensal", além de o Edital não apresentar regras sobre a aceitabilidade dos preços unitários.

Desde logo, conheço da Representação, por presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta E. Corte de Contas. Quanto ao mérito, a instrução processual revelou um intenso debate entre as Áreas Técnicas deste Tribunal acerca do que me parece configurar a questão fundamental suscitada pelo Representante, qual seja, a legitimidade da atuação exercida pela Pregoeira durante a realização da Sessão Pública do Pregão Eletrônico 02/SMSUB/COGEL/2018, especialmente no que se refere à situação de algumas Licitantes que, não obstante terem ofertado o valor global mais baixo, foram desclassificadas por apresentarem preços unitários acima dos valores de referência orçados pela Administração.

A SFC durante toda a instrução opinou pela procedência da Representação, com base na atuação da Pregoeira, a qual reputou irregular.

Por sua vez, a AJCE opinou pela improcedência da Representação, iniciando sua explanação com um estudo sobre o instituto do Sistema de Registro de Preços e a necessidade a ele inerente de adoção do regime de execução por empreitada por preço unitário, já que não se sabe previamente qual a quantidade total a ser utilizada pela Administração.

Dessa forma, a remuneração deve ser pautada pelo valor unitário constante da planilha orçamentária apresentada pelo Licitante vencedor, sendo a escolha do critério de julgamento "menor preço global mensal" decorrente da impossibilidade de se adjudicar cada um dos itens da planilha a Licitantes distintos, tornando factível a escolha pela soma dos diversos preços unitários.

Acerca dessa questão, vale destacar trecho das razões expostas pela Comissão de Licitações, ao indeferir Recursos interpostos contra o

resultado do Certame, *in verbis*:

"O "valor global" advém da junção dos valores unitários, um a um, da mão de obra especializada para a execução dos serviços, dos materiais necessários para garantir a segurança da mão de obra, dos equipamentos que possibilitam a execução dos serviços e do sistema de rastreamento que garante que a Administração em tempo integral possa monitorar a execução dos serviços. Sabiamente, para que seja garantida a transparência ao procedimento, a Administração formula seus preços da forma mais cautelar e precisa possível, o que nos permite avaliar cada preço proposto pelas licitantes de forma a distinguir o exequível, o oneroso e o inexequível.

Por tratar-se do regime de execução de empreitada por preços unitários, apesar do critério de julgamento da licitação, a Comissão necessita verificar os preços unitários e a composição dos custos constantes de cada planilha, garantindo que os preços ofertados pelas licitantes ajuízem os preços praticados sem excessos, dentro da razoabilidade, o valor referencial apurado pela Administração. Tal entendimento encontra amparo na Lei 8.666/93, cujo artigo 40, obrigatoriamente prevê que no Edital deve constar o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global (inciso X) e também menciona no inciso I do § 2º que os anexos do instrumento convocatório deverão conter orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

Desta forma, mesmo em licitações cujo critério de julgamento seja o preço global, deve-se apresentar os valores unitários, para que se chegue ao preço global. Caso esses preços unitários variem significativamente, tanto para baixo quanto para cima do preço estimado, a proposta vencedora, poderá causar prejuízos para a Administração, podendo incorrer, inclusive, no chamado "jogo de planilhas". (...)

Assim, pode-se dizer que os detalhamentos das propostas e a avaliação da conformidade dos valores unitários é medida primordial para permitir a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração e/ou evitar que eventuais alterações contratuais que possam vir a desequilibrar as condições originalmente pactuadas".

Esclareceu a AJCE, ainda, que a Unidade Licitante não estava obrigada a divulgar previamente os preços unitários, porquanto, nos termos do inciso III, do artigo 3º da Lei 10.520/02, o orçamento integra o processo, não se colocando como anexo obrigatório do Edital. Além disso, durante a sessão do Pregão, a Pregoeira informou que todos os preços unitários seriam avaliados, deixando claro o risco do jogo de planilha decorrente do superfaturamento dos itens individualmente considerados.

No que tange à suposta utilização, pela Pregoeira, de um determinado percentual, não constante previamente do Edital, para avaliar a razoabilidade dos preços unitários, a Pasta esclareceu não ter utilizado rigidez na

análise, desclassificando apenas as propostas que efetivamente impactavam o preço referencial.

Quanto a esse tema, a AJCE destacou que, não obstante o Edital deixar de indicar percentual específico para a desclassificação de propostas, tal fato não configuraria qualquer impedimento para a decisão tomada, já que a modalidade Pregão não se caracteriza pela regra da formalidade estrita, como se verifica do disposto na Lei 8.666/1993.

De fato, as características da Contratação em apreço demandavam a verificação dos preços unitários, embora o critério de julgamento fosse o de menor valor global mensal. Além disso, a documentação colacionada aos autos comprova a existência de motivação desenvolvida pela Pregoeira quando da desclassificação das Licitantes, bem como o uso de critério isonômico em sua atuação, o que conduz à conclusão pela regularidade de sua conduta, merecendo destaque, por oportuno, a redução dos valores propostos como consequência da negociação realizada, ato que foi ao encontro do princípio da economicidade.

A esse respeito, após ouvidas as Áreas Técnicas, convenci-me, como de outra forma não poderia ser, que estava extirpada a possibilidade de desvantagem econômica para a Administração decorrente do ato de desclassificação de algumas Licitantes pela Pregoeira, questionado pela exordial. Especificamente com relação ao Lote III, insta consignar que a proposta de menor valor inicialmente apresentada e desclassificada pela Pregoeira era de R$ 103.000,00 (cento e três mil reais).

Ao final, o objeto foi adjudicado a outra empresa, mas em idêntico valor. Nesses termos, conhecendo da Representação ora em julgamento e, ante os fundamentos expostos ao longo deste pronunciamento, julgo-a IMPROCEDENTE, em todos os seus argumentos.

Cumpra-se o disposto no artigo 58 do Regimento Interno deste Tribunal, arquivando-se posteriormente os presentes autos.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Inicialmente, conheço da Representação interposta pelo Vereador ADILSON AMADEU, por presentes os requisitos regimentais de admissibilidade. No mérito, na esteira de voto divergente por mim proferido quando da apreciação da **proposta de retomada** do **Pregão Eletrônico 02/SMSUB/COGEL/2018**, em 19 de abril de 2019, apresento voto em separado, nos seguintes termos. Tendo presente a divergência de entendimento dos órgãos técnicos, explicitada no curso da instrução, filio-me às conclusões alcançadas pela Auditoria, no sentido de que houve, no caso concreto, desclassificação irregular de diversos licitantes, com afronta ao art. 3º da LF 8.666/93, nos termos denunciados

na Representação que ora se examina.

De fato, ainda que inegável a possibilidade de verificação e decomposição dos preços unitários, pela Comissão de Licitação, meu entendimento é o de que tal faculdade, diante das especificidades do caso concreto, não se mostrou adequada vez que os serviços licitados no âmbito do Pregão Eletrônico 02/SMSUB/COGEL/2018 tiveram como critério de julgamento adotado o de menor preço por equipe, compatível com o objeto do certame que é o registro de preços de "equipes por mês"[2].

A hipótese dos autos não trata, portanto, de medição por item de serviço, mas sim, de medição de serviços a partir do preço por equipe de composição fixa, a ser demandada em quantitativos compatíveis com as necessidades de cada agrupamento. Assim, os itens de serviços que definem as equipes deverão guardar estrita observância com as especificações técnicas contidas no Anexo I-A do Edital, sem possibilidade de alteração quantitativa na composição e formação das Equipes.

Por tal razão, considerando que não existiu previsão no Edital de que as equipes fossem medidas por hora de serviço prestado, conforme subitens 6.2 e 6.6 do Item 6 do Anexo IV do Edital, em meu entender, a análise dos preços deveria ter ocorrido, no caso concreto, à luz do critério legal estabelecido no art. 48, II da LF 8.666/93.

Tal situação já foi objeto de avaliação pelo Tribunal de Contas da União, conforme julgado abaixo:

Acórdão 637/2017-Plenário:

"9.5.2. A inexequibilidade de valores referentes a itens isolados da planilha de custos não caracteriza motivo suficiente para a desclassificação de proposta com fundamento no § 3º c/c inciso II, art. 48 da Lei 8.666/1993, pois o juízo sobre a inexequibilidade, em regra, tem como parâmetro o valor global da proposta."

Por fim, anoto que não merece guarida o argumento pela inexistência de prejuízo por conta da redução dos valores ofertados pelas licitantes que remanesceram no certame, na medida em que a mesma oportunidade de negociação foi ceifada dos licitantes indevidamente desclassificados, que poderiam, em tese, ter melhorado ainda mais os preços globais ofertados no âmbito do Pregão Eletrônico 02/SMPR/COGEL/2018.

Diante do exposto, no mérito, **julgo procedente a Representação interposta.**

[2] Anexo II-A – Modelo de Proposta, dos subitens 2.1 e 2.2 do Anexo IV da Minuta da Ata de Registro de Preços e do subitem 2.1 do Anexo V-A da Minuta do Contrato: **o preço unitário registrado na Ata, que trata o subitem 6.2 do Edital, refere-se ao preço global mensal por equipe**.