

28-04-09

CFA

=====
TC-000853/007/06

Contratante: Prefeitura Municipal da Estância Balneária de São Sebastião.

Contratada: Construtora e Pavimentadora Latina Ltda.

Autoridade Responsável pela Abertura do Certame Licitatório e pela Homologação: Alberto Guilherme Carlini (Secretário Municipal de Administração).

Autoridade que firmou o Instrumento: Juan Manoel Pons Garcia (Prefeito Municipal).

Objeto: Execução de serviços de engenharia para complementação dos serviços de construção da Unidade Básica de Saúde (UBS) da Topolândia.

Em Julgamento: Licitação - Concorrência. Contrato celebrado em 03-02-06. Valor de R\$ 1.907.703,29. Justificativas apresentadas em decorrência das assinaturas de prazo, nos termos do artigo 2º, XIII, da Lei Complementar estadual n. 709/93, publicadas em 29-07-06 e 18-07-07.

Advogados: Roberto Eduardo Silva Junior, Marcelo Palavéri, Flávia Maria Palavéri Machado e outros.

Acompanha: TC-007681/026/09.
=====

TC-031226/026/06

Representante: Fonseca Corte Engenheiros Associados, por intermédio de seu representante - Manuel J. Fonseca Corte.

Representado: Prefeitura Municipal da Estância Balneária de São Sebastião.

Assunto: Possíveis irregularidades ocorridas na concorrência n. 5/05, realizada pela Prefeitura Municipal de São Sebastião, visando à contratação de prestação de serviços de engenharia para complementação das obras de construção da UBS da Topolândia.
=====

1. RELATÓRIO

1.1 O processo TC-853 versa sobre contrato, celebrado em 03-02-06 entre a **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO SEBASTIÃO** e a **CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA LATINA LTDA.**, visando à execução de serviços de engenharia para complementação dos serviços de construção da Unidade Básica de Saúde (UBS) da Topolândia, no valor de R\$ 1.907.703,29 e prazo de 360 dias (fls. 1024/1031).

A contratação decorreu de interrupção de ajuste anterior, celebrado em 03-11-03 com a COM ENGENHARIA & COMÉRCIO LTDA., julgado irregular, com a licitação que o

precedeu, pela E. Segunda Câmara, em sessão de 10-04-07, decisão confirmada pelo C. Tribunal Pleno, em sessão de 28-11-07 (fls. 1444 e 1504 do TC-2358/007/03).

1.2 Já o processo TC-31226 abriga representação formulada por **FONSECA CORTE ENGENHEIROS ASSOCIADOS**, aponta ilegalidades do edital em análise: falta de projeto básico; falta de projeto executivo de arquitetura estrutural, de estrutura metálica, de elétrica, hidráulico, de impermeabilização, de instalações mecânicas e outros; previsão de preços irrealistas, fora do mercado¹.

1.3 O contrato agora em exame foi precedido de concorrência, cujo edital foi publicado no DOESP e em jornais locais (fls. 153/155). Sete empresas apresentaram-se ao certame, cinco das quais foram habilitadas (fl. 897). O objeto foi adjudicado à Contratada pelo critério do menor preço (fls. 1012 e 1014).

1.4 A Auditoria detectou várias falhas:

a) Em se tratando de complementação dos serviços de construção, deveriam ser especificados quais os serviços já executados e quais os pendentes; a omissão indica que o objeto não foi devidamente definido, em desacordo com o artigo 40, I, da Lei de Licitações².

b) O resumo do edital não foi publicado em jornal diário de grande circulação no Estado, como determina o artigo 21, III, da mesma Lei.

c) Ausência de parecer técnico-jurídico sobre as minutas do edital e do contrato (artigo 38, parágrafo único, da Lei de Licitações).

d) O item 5.1.3, "b", do edital exige a apresentação de atestados em nome da licitante. No entanto, a Lei determina que a comprovação de aptidão para o desempenho de atividade será limitada à exigência de comprovação do licitante de possuir em seu quadro

¹ No TC-853 também está expediente (TC-938/007/06) com representação oferecida por FONSECA CORTE ENGENHEIROS ASSOCIADOS versando sobre a mesma matéria (fls. 1326/1455); pelo despacho de fl. 1493, determinei procedimento conjunto.

² "O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara".

permanente profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente (artigo 30, § 1º, I).

e) O índice de endividamento ($\leq 0,40$) está abaixo do usualmente adotado.

f) O item 5.1.3, "e", do edital exige certidão de pessoa física, expedida pelo CREA-SP, em nome do responsável técnico indicado pela licitante para acompanhar a execução da obra; no entanto, o artigo 30, I, da Lei de Licitações prescreve certidão em nome da licitante.

g) O item 5.1.3, "f", do edital infringe o artigo 30, § 1º, I, da Lei 8.666/93, visto que exige a comprovação do registro de profissionais no CREA como responsáveis técnicos até a data da publicação do edital.

h) Não foi elaborada planilha orçamentária.

i) O memorial descritivo prevê a execução de dois reservatórios superiores de 12.600 litros cada, mas eles não constam da planilha orçamentária e nem dos projetos.

j) Não há projetos das instalações elétricas e hidráulicas, embora o Município tenha determinado a quantidade de materiais referentes a esses serviços.

k) Não houve pesquisa de preços, pelo que não é possível saber se os praticados são compatíveis com os de mercado. Contudo, a Prefeitura havia orçado os serviços em R\$ 2.934.048,05 (fls. 93/94) e a proposta vencedora foi de R\$ 1.907.703,29 (fls. 946/962), 65,02% do orçado, exequível.

l) Não foi desclassificada a empresa vencedora, embora tenha apresentado cronograma físico-financeiro prevendo pagamento antecipado no primeiro e segundo mês, de R\$ 59.858,94.

Por todas estas razões, a UR-7 concluiu pela irregularidade (fls. 1169/1192).

1.5 A Unidade de Engenharia Técnica solicitou apresentasse a Administração um relatório dos serviços executados no primeiro ajuste, com indicação dos serviços remanescentes (fl. 1194).

1.6 Assinado prazo de 30 dias (fl. 1196), o Prefeito Municipal ofereceu defesa, alegando, sobre a definição do objeto, que a cláusula 2 do edital prescreveu: "*Contratação de empresa para execução de serviços de engenharia na forma de execução indireta e no regime de empreitada por preços unitários, tendo por objeto a complementação dos serviços de construção da UBS da Topolândia, com fornecimento de material e mão de obra e equipamentos*". Se não bastasse,

exigiu também visita técnica para que as licitantes conhecessem o local das obras e pudessem especificar, em suas planilhas quantitativas, todo o material necessário. Assim, o objeto foi apresentado de forma clara e objetiva.

A divulgação do edital em jornal diário de grande circulação no Estado foi feita pelo Diário Oficial do Estado e também pelo Diário de Comércio e Indústria (doc. 3).

O parecer jurídico sobre a contratação foi dado pelo Procurador Jurídico da Prefeitura (doc. 5).

As cartas de fiança das licitantes estão sendo juntadas agora (doc. 6), além do que no procedimento administrativo constam os recibos emitidos pela Tesouraria da Prefeitura, comprovando o recolhimento das cartas de fiança para licitar (fls. 293, 458, 344, 526, 743 e 887).

Em relação à exigência de atestados em nome da licitante, invocou a súmula 24 deste Tribunal³.

Os índices de liquidez e de endividamento foram fixados nos limites necessários à avaliação da capacidade econômico-financeira das licitantes e exprimiram, de forma criteriosa, cautela e diligência da Administração no resguardo do interesse público.

A exigência de certidão de pessoa física expedida pelo CREA, ao contrário do afirmado, não consta do edital.

A comprovação de registro dos profissionais no CREA, conforme dispõe o item 5.1.3 do instrumento convocatório, podia ser feita até a data da publicação do edital ou da celebração do contrato.

Para elidir a alegação de ausência de projeto básico, planilhas orçamentárias, memorial descritivo e pesquisa de preços, a defesa juntou os documentos 7 a 9.

O suposto pagamento antecipado à vencedora não ocorreu, conforme comprovantes de pagamento, empenho e medições realizadas (doc. 12) - (fls. 1205/1233).

1.7 A Assessoria Técnica de Engenharia considerou satisfatórias as justificativas e pertinentes os documentos juntados e manifestou-se pela regularidade (fls. 1235/1237). Instada a manifestar-se também sobre o TC-31226, a

³ Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal n. 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Engenharia, então, questionou a exigência de comprovação da capacidade operacional mediante a apresentação apenas de atestados em nome da licitante, mas não da Certidão de Acervo Técnico - CAT respectiva. Esta só foi solicitada ao profissional que compoinha o quadro permanente da licitante. Mais: foi exigido responsável técnico do quadro permanente, exigência repelida por este Tribunal, que aceita o contrato de prestação de serviço, além de outras formas também admitidas. O item 5.13. "e", do edital (certidão de pessoa física, expedida pelo CREA, em nome do responsável técnico indicado pela licitante para acompanhar a execução da obra) contraria o inciso I do artigo 30 da Lei 8.666/93. A pesquisa de preços não foi encontrada no documento indicado (doc. 7); entretanto, a data-base está na fl. 104 do TC-853 (junho/05). Considerando esta data-base, foram pesquisados os preços orçados inicialmente (planilha anexa). Comparando os preços orçados com os preços oficiais da época, verifica-se que os valores estão bem acima dos de mercado. Por estas razões, o parecer agora é pela irregularidade (fls. 1239/1243).

Também pela irregularidade manifestou-se a Unidade de Economia, que alude ao descumprimento dos artigos 31, § 5º; 6º, IX; 7º, § 2º, I e II, todos da Lei n. 8.666/93⁴.

⁴ "Artigo 31, § 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".

Artigo 6º, 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:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

A Assessoria Jurídica, por sua vez, observou que o item 5.1.3, "b" do edital, que trata da Qualificação Técnica, contraria a súmula 30 desta Corte⁵. Tal alínea exige a demonstração, por meio de atestados, de "que a licitante executou obras em um Pronto Socorro ou obra similar".

Considerando que tal exigência motivou a inabilitação de duas das licitantes (fl. 897) e não foi objeto de questionamento anterior, sugeriu a aplicação do artigo 2º, XIII, da Lei Complementar estadual n. 709/93, no que foi acompanhada pela Chefia e SDG (fls. 1245/1248).

1.8 Assinado o prazo de 30 dias (fl. 1249), a Administração insistiu em que a lei em nenhum momento prevê expressamente o valor máximo ou mínimo para cada item contábil. E nem poderia ser diferente porque, obviamente, a qualificação econômico-financeira terá índices de exigibilidade maior ou menor de acordo com a complexidade do objeto, de sorte a garantir a perfeita execução do contrato. No caso, os índices exigidos não ensejaram nenhuma restrição aos interessados, pois se trata de quociente de endividamento aceito pela jurisprudência desta Corte, como se vê no TC-023176/026/07, a afirmar que "consideram razoáveis à avaliação do grau de endividamento o patamar de 0,30 a 0,50 e de Liquidez Geral e Corrente o de 1,0 a 1,5".

Com relação ao projeto básico e planilha orçamentária, a própria Unidade de Engenharia da Assessoria Técnica asseverou que "o documento n. 1 do anexo, traz de

d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

Artigo 7º - As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo".

⁵ Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica, poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, ficando vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens.

forma clara e definida o objeto a ser contratado...". Ademais, os projetos, o memorial descritivo, a planilha orçamentária e o cronograma físico-financeiro foram disponibilizados em CD. No entanto, para ratificar a regularidade dos atos praticados, a defesa junta a composição analítica de preço unitário (doc. 1).

Quanto ao item 5.1.3 "b" do edital, temos que a presente contratação possui características próprias e singulares, que se tornam ainda mais específicas por se tratar de execução já iniciada. É evidente que, quando o legislador determina que a comprovação de aptidão para desempenho de atividade seja pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, essa comprovação deve ser considerada sobre parâmetros técnicos. Além disso, o edital permitiu também a comprovação por meio de atestado de execução de **obra similar**. Invocou a lição de ADILSON ABREU DALLARI, para quem *"É certo que a preocupação em ampliar o universo de proponentes e facilitar a habilitação é bastante louvável, mas não pode ir ao ponto de comprometer a garantia de boa execução do futuro contrato..."* (destaques da defesa). Recorde-se que o edital em apreço foi publicado em 12-10-05 e a abertura do certame ocorreu em 18-11-05, antes da súmula n. 30. É certo que as súmulas decorrem de entendimento reiterado desta Corte, no entanto, antes de sua formalização, não se pode negar a existência de decisões divergentes. É exatamente para pacificar o entendimento que se editam as súmulas, tendo este Tribunal admitido que procedimentos divergentes, em época anterior, se circunscrevam ao campo das recomendações, como no TC-13882/026/02, em que se deu provimento a recurso com fundamento na tese de que a jurisprudência só se consolidou em momento posterior (fls. 1496/1516).

1.9 A Assessoria Técnica de Engenharia reiterou o parecer pela irregularidade (fl. 1525).

No mesmo sentido a Unidade Jurídica, para quem as justificativas não infirmaram as imputações. Além das irregularidades apontadas pela Auditoria, das quais muitas resultaram injustificadas, a inabilitação de dois concorrentes com base em requisitos condenados pela súmula 30 já é motivo suficiente para macular a legalidade do certame. Por outro lado, não há falar em edição da súmula depois da publicação do edital, por isso que aquela não inova a legislação, mas se limita a explicitar a interpretação que dá a lei já existente. Nessa esteira citou o TC-751/010/03, Relator o E. Conselheiro FULVIO JULIÃO BIAZZI, que condenou exigência editalícia de

comprovação de execução específica em construção de escola de características semelhantes, por isso que "a construção de prédio escolar não exige qualquer tecnologia ou formação especializada para a sua execução...". Destacou, por fim, que 34 empresas retiraram o edital, mas apenas 7 ofereceram propostas e duas foram inabilitadas por conta da restrição apontada (fls. 1526/ 1530).

A Chefia entendeu que a pontuação fixada para comprovação dos índices econômico-financeiros não extrapola os limites tolerados pela jurisprudência deste Tribunal e a alegada ausência de projeto básico foi bem elidida pela origem. No entanto, a reclamada prova de experiência anterior em atividade específica não pode ser permitida. "Pela análise do memorial descritivo de fls. 1355, verifica-se que a unidade básica de saúde é composta de apenas dois pavimentos destinados a abrigar consultórios médicos, farmácia, auditório, casa de máquinas e banheiros. Trata-se de obra comum, cuja comprovação de execução pode ser efetuada por qualquer empresa que atue na área de construção civil, não se referindo, portanto, a atividade específica". Por isso, manifestou-se também pela irregularidade (fls. 1531/1534).

1.10 A SDG perfilhou o mesmo entendimento pela irregularidade, basicamente por dois motivos suficientemente graves.

A compatibilidade dos preços orçados com os de mercado não resultou esclarecida, até porque não há comprovação da pesquisa que a origem alega ter efetuado, nem de sua fonte. No caso, o valor orçado pela municipalidade foi de R\$ 2.934.048,05 e a contratação se deu por R\$ 1.907.703,29, existindo uma enorme discrepância (R\$ 1.026.344,76) entre os valores orçados e os contratados. Destaque-se ainda que os reflexos provenientes de um orçamento fora da realidade afetam até os valores que deverão ser apresentados pelas empresas, relacionados ao capital social e à garantia de participação no certame, o que também pode ter restringido a competitividade na medida em que, das 34 empresas que retiraram o edital, só 7 apresentaram propostas. Aliás, a falta de demonstração da compatibilidade dos preços ensejou o julgamento de irregularidade da contratação anterior (TC-2358/007/03).

Aliado a essa irregularidade, encontra-se o requisito estabelecido no item 5.1.3 "b" do edital, que exige atestado comprovando que a licitante executou serviços de um pronto socorro ou obra similar, o que motivou a inabilitação de duas proponentes, além de confrontar-se com a jurisprudência desta Corte, consolidada

na Súmula n. 30 (fls. 1535/1538).

1.11 O Ministério Público solicitou informações a respeito deste procedimento (fls. 1260/1263 e 1546/1548; TC-007681, que acompanha os autos TC-853).

1.12 As partes contratantes deram-se por cientes da remessa a este Tribunal da documentação correspondente à licitação e ao contrato em apreço e por notificadas a acompanhar sua tramitação por meio das publicações na imprensa oficial (fl. 1095).

2. VOTO

2.1 Dentre as várias irregularidades detectadas - algumas elididas pela defesa - sobressaem duas que, pela sua gravidade, não podem ser relevadas.

2.2 A compatibilidade dos preços com os de mercado não resultou evidenciada, consequência, aliás, de pesquisa alegadamente feita, mas não constante de nenhum dos documentos juntados. Nem a fonte dos valores do orçamento foi apresentada, como observou a SDG, o que talvez explique a enorme discrepância entre o valor orçado e o contratado, com todas as ilações apontadas.

A pesquisa prévia de preços é exigência expressa da Lei de Licitações (formulada, entre outros, pelos artigos 15, § 1º; 43, IV; 48, II).

Como realçou a digna SDG, no caso o valor orçado pela Prefeitura foi de R\$ 2.934.048,05 e a contratação se deu por R\$ 1.907.703,29, existindo uma enorme discrepância (R\$ 1.026.344,76) entre os valores orçados e os contratados. Destaque-se ainda que os reflexos provenientes de um orçamento fora da realidade afetam até os valores que deverão ser apresentados pelas empresas, relacionados ao capital social e à garantia de participação no certame, o que também pode ter restringido a competitividade na medida em que, das 34 empresas que retiraram o edital, só 7 apresentaram propostas e duas foram inabilitadas.

Ademais, a falta de demonstração da compatibilidade dos preços já fora motivo do decreto de irregularidade do ajuste contrato anterior (TC-2358/007/03) que ensejou o julgamento de irregularidade da contratação e a consequente contratação *sub judice*.

2.3 Por outro lado, a exigência do item 5.1.3. "b" do edital (comprovação de execução de pronto socorro ou

similar) não é tolerada pela jurisprudência desta Corte, que erigiu em súmula (n. 30, nota de rodapé n. 5) a proibição de exigência de execução de obra específica. Justamente porque resultante de reiteradas decisões no mesmo sentido, a súmula não pode ser ignorada, mesmo a pretexto de que sua publicação foi posterior à licitação.

No caso, a violação é agravada pela constatação de que se trata de uma obra comum, sem nenhuma complexidade, que qualquer empresa do ramo da construção civil poderia executar. Como bem sintetizou a ilustre Chefia da Assessoria Técnica, *"pela análise do memorial descritivo de fls. 1355, verifica-se que a unidade básica de saúde é composta de apenas dois pavimentos destinados a abrigar consultórios médicos, farmácia, auditório, casa de máquinas e banheiros. Trata-se de obra comum, cuja comprovação de execução pode ser efetuada por qualquer empresa que atue na área de construção civil, não se referindo, portanto, a atividade específica"*.

Duas licitantes foram alijadas do certame por conta da exigência desnecessária, a evidenciar que ela restringiu, concretamente, a competitividade do certame, excluindo possibilidade de obtenção de melhor proposta pela Administração e ofendendo o artigo 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações.

2.4 Nos termos expostos, acolho as manifestações dos doutos órgãos técnicos e julgo procedente a representação e irregulares a licitação e o contrato, bem como ilegais as decorrentes despesas, aplicando o artigo 2º, XV e XXVII, da Lei Complementar estadual n. 709/93, devendo a origem, no prazo de sessenta dias, informar a este Tribunal as providências adotadas em face do julgamento.

Oficie-se ao Ministério Público encaminhando, como solicitado, cópia desta decisão.

Oficie-se, também, à Representante, encaminhando cópia desta decisão.

Sala das Sessões, 28 de abril de 2009.

CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA
CONSELHEIRO