
INSTRUMENTOS CONTRATUAIS

55 TC-029493/026/06

Contratante: Prefeitura Municipal de Taboão da Serra.

Contratada: Recoma - Construções, Comércio e Indústria Ltda.

Autoridade Responsável pela Abertura do Certame Licitatório, pela Homologação e Autoridade que firmou o Instrumento: Luiz Antonio de Lima (Secretário Municipal de Administração).

Objeto: Construção do Centro Olímpico, na estrada Tenente José Maria da Cunha - Jardim Record.

Em Julgamento: Licitação - Concorrência. Contrato celebrado em 08-08-06. Valor - R\$8.829.174,48. Justificativas apresentadas em decorrência das assinaturas de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII da Lei Complementar 709/93, pelo Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, publicadas em 10-02-07 e 04-10-07.

Advogados: Marcelo Palavéri, Marcelo Miranda Araújo, Francisco Antonio Miranda Rodriguez e outros.

Auditada por: GDF-4 - DSF-I.

Auditoria atual: GDF-2 - DSF-II.

RELATÓRIO

Em exame concorrência e contrato¹ firmado entre Prefeitura Municipal de Taboão da Serra e Recoma - Construções, Comércio e Indústria Ltda., visando à construção do Centro Olímpico.

Certame corretamente divulgado, trinta e sete empresas retiraram o edital, quatro apresentaram propostas, todas habilitadas, sagrando-se vencedora a que apresentou menor valor.

Após análise dos documentos, DF - 4 (fls. 648/660) conclui pela irregularidade. Aponta a ausência de pesquisa prévia de preços; alteração no edital sem a correta publicação e reabertura de prazo para elaboração de propostas (artigo 21, da Lei nº. 8.666/93); fixação de data para efetuar garantia anterior a entrega de documentação; descumprimento da Súmula nº 25 desta Corte², pelo item

¹ Contrato de 08/08/06 (fls. 619/927), prazo de 24 meses, valor de R\$ 8.829.174,48.

² "SÚMULA Nº 25 - Em procedimento licitatório, a comprovação de vínculo profissional pode se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, sendo possível a contratação de profissional autônomo que preencha os

3.3.4 do ato convocatório, ao exigir profissional responsável técnico pertencente ao quadro permanente da licitante; descumprimento às Súmulas n°s 17³ e 30⁴, pelo item 3.3.2, que impõem atestados comprovando experiência anterior em "fornecimento e execução de pista de atletismo sintética, sistema misto manta pré-fabricada e cobertura com EPDM de alta resistência" e "fornecimento e execução de pista de atletismo sintética de alta resistência, aprovado pela IAAF e CBAT"; justificativas não plausíveis para o interesse público envolvido na obra; entre outras falhas de natureza formal.

Já SDG questiona a *fixação de dia certo* para visita técnica e a obrigação de que fosse realizada pelo profissional responsável, providência que antecipa a comprovação do vínculo empregatício e que somente deve ser imposta para o momento de entrega das propostas; exigência de recolhimento de caução para participação em data anterior (seis dias) a abertura dos envelopes; capital social no valor mínimo de 10% do estimado, integralizado e registrado; visto do CREA-SP para licitantes domiciliados em outros Estados; utilização de orçamento defasado, com data base de junho/2005, para edital publicado em 13/04/06; transferência à contratada da responsabilidade pela escolha do indicador de reajuste.

Assinado prazo (fls. 662) comparece a origem com justificativas (fls. 670/720).

Destaca o interesse público envolvido na contratação. Assegura que efetuou levantamento de preços, utilizando como parâmetro tabela da Fundação para o Desenvolvimento da Educação - FDE - referência junho/2005, além de consultas em revistas especializadas (Tabela PINI da Revista Construção); assim, pode avaliar a adequação aos valores praticados no mercado. Discorda que tenha havido alterações no edital, apenas esclarecimentos posteriores, e ainda assim reabriu prazo.

Concorda que houve falhas no procedimento, como a fixação de data para efetuar a garantia para participação

requisitos e se responsabilize tecnicamente pela execução dos serviços."

³ "SÚMULA N° 17 - Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei."

⁴ "SÚMULA N° 30 - 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."

anterior a prevista para entrega das propostas e a restrição a profissional técnico do quadro permanente da licitante, mas já adotou providências para a modificação de seus próximos torneios.

Defende as exigências de capacitação técnica consignadas no edital, informa que efetuou as correções necessárias quando de solicitação de esclarecimentos por parte de interessados e menciona a obrigação de atendimento às diretrizes técnicas da Confederação Brasileira de Atletismo, mas acabou por aceitar materiais/produtos similares.

Considera inserido no poder discricionário do dirigente a escolha pela construção do Centro Olímpico e lembra a importância do esporte para a inclusão dos jovens em Município com poucas opções de lazer.

Não vê irregularidade na fixação de visita técnica três dias úteis antes da entrega das propostas, a ser realizada pelo responsável técnico da empresa, logo que é indispensável o conhecimento das condições físicas para a elaboração de propostas, dada a complexidade da obra, e teve por intuito aumentar a garantia de que será executada. Sustenta, ainda, que a efetivação em data única objetiva possibilitar a obtenção de idênticas informações a todos os licitantes e simplificar os trabalhos da Administração.

O recolhimento da caução em data anterior a abertura da licitação, aduz, tinha por intuito propiciar a compensação de cheques porventura recebidos.

Pondera que o valor do capital social estava de acordo com o limite legal de 10% e a sua integralização significava a efetiva disponibilização pela pessoa jurídica, e adverte sobre risco em se admitir apenas a sua subscrição, que não demonstra a real capacidade econômico-financeira dos interessados.

No que se refere ao visto do CREA de São Paulo, apenas buscou, afirma, resguardar-se de eventuais prejuízos, garantindo a idoneidade dos profissionais responsáveis, e a exigência encontra guarida no artigo 30, inciso I, da Lei n.º. 8.666/93 e em Resolução do CONFEA (Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia).

Entende que a elaboração de orçamento com data base de junho de 2005 não configurou prejuízo ao processo licitatório, logo que no período houve pouca variação nos preços.

Relata que a "proposição da Administração de estabelecer o índice de reajuste somente na ocasião do implemento dos preços, tem como justificativa o fato de que existem índices estipulados na fase de licitação que, ao longo do tempo, tornam-se extremamente onerosos à Administração e demonstram aumento maior do que a variação média verificada no período" e, embora a indicação fosse da contratada, a sua aceitação não seria compulsória.

Por fim, conclui que restou preservada a competitividade, motivo pelo qual defende sejam relevadas as falhas porventura remanescentes.

Conclui SDG (fls. 941/944) pela irregularidade, pelos motivos anteriormente considerados.

É o relatório.

GC/ECR
LCA/lca

VOTO

Registro, em princípio, que não desborda da esfera de discricionariedade do dirigente, desde que com base em justificativas de ordem técnica e/ou sociais, a execução de obras (no caso a construção de centro esportivo, destinado à prática de diversas modalidades e a promoção de torneios competitivos - em especial de atletismo) em região destituída de opções de lazer, com o intuito de promover a recreação, interação social e políticas de inclusão de jovens carentes.

No mais, ainda que falhas encontradas na análise efetuada pela auditoria desta Corte tenham sido esclarecidas pela apresentação de defesa ou se revestiam de caráter meramente formal, as diversas incorreções que subsistiram ao final, bem sintetizadas na manifestação de SDG (fls. 941/944), que aqui incorporo, maculam, de modo irremediável, os atos em exame e devem ter causado prejuízo concreto à competitividade, haja vista a retirada do edital por trinta e sete empresas e apresentação de propostas somente por quatro.

É o caso da exigência de que o responsável técnico pelos serviços, detentor dos atestados, faça parte do quadro permanente da licitante, condição por vezes condenada por este Tribunal e matéria atualmente sumulada (Súmula nº. 25). A atual interpretação do conceito de "quadro permanente" a que faz referência o artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 deve ser ampliativa, de molde a englobar outras categorias, haja vista a inserção do § 10, do mesmo artigo, bem como as atuais condições do mercado de trabalho.

Por outro lado, observa o órgão técnico "alterações ocorridas na redação dos itens 3.3.b e 3.3.4 do anexo 02 do edital, que afetaram a formulação de propostas e não foram divulgadas nos termos determinados pelo § 4º, do artigo 21, da Lei de Licitações. E, ainda, em 25/05/2006, a Prefeitura Municipal comunicou, através de publicação no DOE, a suspensão "sine die" para entrega e abertura dos envelopes, e em 31/05/2006 publicou ato marcando esse evento para 01/06/2006."

Prossegue: "Igualmente restritiva a imposição de visita técnica em dia único, porquanto em desacordo com o entendimento jurisprudencial desta E. Corte, a exemplo do

voto proferido pelo eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga no TC-39932/026/07, acolhido pelo E. Tribunal Pleno em sessão de 05/12/2007, no sentido de que a Administração deve "assegurar, durante o expediente de funcionamento de suas repartições e ao longo de todo o tempo que mediar entre a última publicação do edital e a data de entrega das propostas, possam os eventuais licitantes colher, pelos meios a seu alcance, as informações que reputam necessárias à boa execução das obras e serviços em perspectiva".

Inapropriada, de igual modo, a limitação a realização de visita técnica somente pelo profissional detentor de atestado, procedimento reprovado por esta Corte⁵ "porque antecipa a providência descrita no artigo 30, § 1º, I, da Lei de Licitações, que permite a comprovação do vínculo, com o respectivo responsável técnico, na data de entrega das propostas".

Reputa SDG, ainda, "desnecessária a exigência de recolhimento da caução para participação no certame, até 19/05/2006 às 16:30 horas, visto que tal fato poderia ser cumprido até a data de entrega dos invólucros (posteriormente remarcada para 01/06/2006), sem qualquer prejuízo à competitividade."

Autoriza a lei (artigo 31, § 3º, da Lei nº. 8.666/93), como prova de capacitação econômico-financeira, exigência de capital social ou patrimônio mínimo de 10%, mas não pode a Administração impor a sua integralização, bastando a subscrição⁶.

⁵Como anteriormente condenado, por exemplo, nos TC-000578/003/03, TC-001614/003/05 e no TC-10444/026/05, nos seguintes moldes: "(...) porque contraria o inciso I, § 1º do artigo 30 da Lei de Licitações, já que a Prefeitura impõe obrigações não previstas na legislação e, ao exigir a apresentação de atestado de capacidade para a visita técnica está antecipando o momento adequado para tal fim, desfigurando as fases imposta pela Lei. Matéria semelhante já foi decidida nos autos do TC-12245/026/04, também em sede de exame prévio."

E no TC-12245/026/04 - "Ementa: Licitação. Edital. Previsão de visita técnica. Exigência para que a realize o profissional pertencente ao quadro técnico da licitante, detentor do atestado de responsabilidade técnica por ser utilizado na demonstração de capacidade técnico-profissional. Antecipação de providência requerida pelo inc. I do § 1º do art. 30 da L. 8.666/93. Ilegalidade. Correção determinada."

⁶ Como decidido anteriormente nos TC-001826/006/07, TC-001827/006/07, TC-031707/026/07, TC-031708/026/07, TC-41726/026/06; TCs-36659/026/06, 36978/026/06, 37130/026/06, 37210/026/06, 37255/026/06; e, em especial, nos TC-26930/026/05 e 27409/026/05, voto do Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho:

"Não obstante, e ainda que a Sarda Engenharia Ltda. não tenha apresentado impugnação específica contra a exigência de capital social subscrito e integralizado, essa alínea "e", do item "4.4.3", deverá ser revista, a fim de que

Registro ou inscrição da empresa e do profissional no CREA especificamente do Estado de São Paulo, é solicitação que apenas se impõe ao vencedor do torneio e não a todos os proponentes⁷.

Novamente conforme SDG, "a utilização de orçamento com data base de junho/2005 e publicação do resumo do edital em 13/04/2006, configura emprego de orçamento defasado, prática também combatida pela jurisprudência desta Casa. A defesa informa que efetuou pesquisa de preços, porém não a formalizou ou documentou".

Por fim, agrava a situação a transferência ao contratado, ainda que sujeito à aprovação da Administração, como alega, da responsabilidade pela escolha do indicador de reajuste a ser aplicado.

Pelo exposto, voto pela **irregularidade da licitação e do contrato**, acionando, em consequência, os incisos XV e XXVII, do artigo 2º, da Lei Complementar nº 709/93.

GC/ECR
LCA/lca

passa a ser exigido somente um valor mínimo de capital subscrito, deixando de ser imposta a integralização desse mesmo capital social.

A propósito, Jessé Torres Pereira Júnior adverte que "...na exigência de capital mínimo não se acomoda exigência de prazo mínimo para a integralização de capital social, consoante decidido em precedente jurisprudencial..", e de outro lado, Marçal Justen Filho observa que "...apenas o capital subscrito pode ter relevância jurídica para fins de licitação", expondo, para tanto, que "...para fins de licitação, parece que o direito da sociedade relativamente ao capital apenas subscrito e não integralizado equivale a um direito de crédito (...). Não existe diferenciação, sob esse ângulo, entre esse e outros direitos de crédito que a sociedade possa deter..". (g.n.)

7

Exemplificativamente decisões nos TC-004489/026/07, TC-006691/026/07, TC-008364/026/07, TC-008725/026/07 e TC-009144/026/07.