



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



30-07-13

SEB

=====

40 TC-000216/989/12

Representante: Jofege Pavimentação e Construção Ltda.

Representado: Prefeitura Municipal de Várzea Paulista.

Responsável: Eduardo Tadeu Pereira (Prefeito).

Assunto: Possíveis irregularidades ocorridas na Concorrência nº04/11, realizada pelo Executivo Municipal de Várzea Paulista, objetivando a contratação de empresa especializada para realização da obra de drenagem urbana e controle de erosão marítima e fluvial – reservatório de amortecimento de cheias R1 tipo on line e parque linear no Córrego Bertioga. Justificativas apresentadas em decorrência da assinatura de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, publicada no D.O.E. de 21-06-13.

Advogado: Antonio de Carvalho e outros.

=====

41 TC-000822/003/12

Contratante: Prefeitura Municipal de Várzea Paulista.

Contratada: Construtora Cappellano Ltda.

Autoridade Responsável pela Abertura do Certame Licitatório, pela Homologação e Autoridade que firmou os Instrumentos: Eduardo Tadeu Pereira (Prefeito).

Objeto: Execução de obra de drenagem urbana e controle de erosão marítima e fluvial – reservatório de amortecimento de cheias R1 tipo on line e parque linear no Córrego Bertioga.

Em Julgamento: Licitação – Concorrência. Contrato celebrado em 13-03-12. Valor – R\$10.244.046,70. Justificativas apresentadas em decorrência da assinatura de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, publicada no D.O.E. de 21-06-13.

Advogado: Adilson Messias.

1. RELATÓRIO

1.1 Versam os autos sobre o contrato nº 25/2012



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



(fls. 2514/2521), de 13-03-12¹, celebrado entre a **PREFEITURA MUNICIPAL DE VÁRZEA PAULISTA** e a **CONSTRUTORA CAPELLANO LTDA.**, que objetiva a execução de obra de drenagem urbana e controle de erosão marítima e fluvial – reservatório de amortecimento de cheias e parque linear no Córrego Bertioga, com prazo de vigência de 24 (vinte e quatro) meses, a partir de 15-03-12, no valor total de R\$ 10.244.046,70.

1.2 O ajuste foi precedido da **concorrência nº 04/2011**, do tipo menor preço, cujo edital foi divulgado em 26-11-11 no DOE e em jornal de grande circulação, com recebimento de propostas marcado para 04-01-12.

De acordo com as atas das sessões públicas de abertura e julgamento dos envelopes proposta e habilitação², o certame contou com a efetiva participação de 10 (dez) proponentes, ocorrendo 3 (três) desclassificações³ e 1 (uma) inabilitação⁴, sagrando-se vencedora a empresa que apresentou o 2º (segundo) menor preço⁵.

Negado provimento ao recurso interposto dentro do prazo legal⁶, o certame foi homologado pelo Prefeito Municipal, que também

¹ Extrato publicado em 16-03-12 (fl. 2523).

² Fls. 568/569, 1995/1996, 1999/2000 e 2191/2192.

³ Foram desclassificadas as seguintes empresas:

1) 'Jofege Pavimentação e Construção Ltda.', por apresentar preços unitários extremamente elevados e outros muito reduzidos, ensejando a ocorrência do 'jogo de planilhas';

2) 'Souza Compec Ltda.', por incluir itens indevidos na composição do BDI e de adotar percentuais de tributos abaixo do intervalo mínimo aceitável, conforme disciplinado no edital;

3) 'Soebe Construção e Pavimentação Ltda.', por não fazer constar na composição do BDI o percentual apurado, impossibilitando o adequado julgamento da proposta.

⁴ Foi inabilitada a empresa 'Bec Baquirivu Engenharia e Comércio Ltda.' por desatendimento aos subitens 7.5.3 e 7.5.7 do edital, que cuidam da comprovação da capacidade técnica da licitante.

⁵ A proposta de menor preço, de R\$ 9.569.162,43, foi a da empresa 'Jofegê Pavimentação e Construção Ltda.', posteriormente desclassificada.

⁶ O recurso foi interposto pela empresa 'Jofege Pavimentação e Construção Ltda.' (fls. 2217/2227), por meio do qual foi contestada sua desclassificação em virtude de preços unitários em certame com critério de julgamento pelo menor preço global. Após a apresentação de contrarrazões



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



adjudicou o objeto à vencedora⁷.

1.3 As partes se deram por cientes da remessa do ajuste a esta Corte e notificadas para acompanhar os trâmites do processo por meio de publicações na imprensa oficial⁸.

1.4 O processo ora em exame foi autuado e instruído em cumprimento à determinação do E. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga nos autos do TC-000216/989/12⁹, que trata de expediente, recebido como **representação**, no qual a interessada¹⁰ contestou sua desclassificação na concorrência nº 04/2011 em virtude de ter apresentado planilha contendo itens com alguns preços unitários muito superiores e outros muito inferiores à média de mercado e ao valor orçado pela Prefeitura, considerando que o critério de julgamento definido no edital era o de menor preço global.

Alegou que os itens cujos valores foram considerados inaceitáveis pela comissão de licitação "não mostram relevância para desclassificar uma proposta firme e válida", sustentando que a Tabela SINAPI, utilizada como referencial, "não pode ter validade absoluta para indicar o preço de mercado dos itens citados na Ata".

Asseverou que "a proposta de preços apresentada inclui todos os encargos necessários à execução dos serviços licitados, não havendo como prestigiar a decisão que desclassifica proposta flagrantemente mais vantajosa para o interesse público", registrando que "ofertou o preço global de R\$ 9.569.162,43, enquanto a proposta aceita pela Representada foi de R\$ 10.244.046,70", significando "uma diferença em prejuízo ao Erário Público no valor de R\$ 674.884,24 [...] mais de 7% de diferença entre uma proposta e outra".

pela empresa 'Construtora Capellano Ltda.' (fls. 2314/2376) e a análise pela Comissão Municipal de Licitação (fls. 2369/2376), foi negado provimento ao recurso (fl. 2506).

⁷ Fl. 2506.

⁸ Fl. 2512.

⁹ O processo, originalmente na forma eletrônica, foi arquivado eletronicamente e transformado em petição em papel, conforme determinação do E. Conselheiro Renato Martins Costa (fl. 118 do TC-000216/989/12).

¹⁰ A empresa Jofege Pavimentação e Construção Ltda.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Afirmou que o ato praticado pela Administração não encontra amparo nos princípios da economicidade e da razoabilidade, mencionando decisões deste Tribunal que condenam referido expediente¹¹ e requerendo, ao final, o reconhecimento da incorreção do critério utilizado para sua desclassificação e a realização de novo julgamento das propostas, baseado no critério de menor preço global.

1.5 Na instrução dos autos, a **Fiscalização** (fls. 2534/2540 e fls. 126/130 do TC-000216/989/12) concluiu pela regularidade da licitação e do contrato e pela improcedência da representação, citando decisões¹² que, no seu entender, dariam respaldo à desclassificação levada a efeito pela Administração.

1.6 Instada a se manifestar (fl. 2541 e fl. 131 do TC-000216/989/12), a **Assessoria Técnica** (fls. 2542/2548 e fls. 132/137 do TC-000216/989/12) igualmente opinou pela regularidade da licitação e do contrato e improcedência da representação.

1.7 Determinada a manifestação sobre a desclassificação da empresa Jofege Pavimentação e Construção Ltda. (fl. 2549), a D. **Secretaria-Diretoria Geral** (fls. 2550/2554) apontou que *"os fundamentos utilizados para desclassificação da peticionária [...] encerram condições conflitantes [...] com o tipo de licitação eleito pela Administração"*, eis que o edital *"não deixa dúvida quanto ao critério de julgamento, a saber, Menor Preço Global, o qual segundo o entendimento desta E. Corte não pode importar na possibilidade de eliminação de concorrentes com fundamento nos preços unitários [...] numa clara demonstração de descumprimento do princípio da vinculação ao edital"*, transcrevendo trechos de decisões¹³ desta Corte que repudiam atos da espécie.

1.8 Regularmente notificadas acerca do quanto apontado pela D.

¹¹ Dentre inúmeros outros, o TC-020160/026/09 (Pleno de 22-07-09 e o TC-44026/026/07 (Sentença proferida em 26-02-09).

¹² A saber, o TC-008510/026/07 (Pleno de 26-05-10) e decisões do TCU (Acórdãos nº 64/2004 e 219/2004) e do STJ (ROMS nº 15.051 e Recurso Especial nº 651.395).

¹³ Quais sejam, o TC-000635/009/08 (Pleno de 16-04-08) e o TC-008826/026/09 (Pleno de 01-02-12).



SDG (fl. 2555), as partes não apresentaram quaisquer alegações ou documentos no prazo assinalado por este Gabinete (fl. 2558).

2. VOTO

2.1 A despeito da instrução dos autos se encontrar dividida acerca da boa ordem da matéria, considero que a licitação e o contrato em exame não se encontram em condições de receber o beneplácito desta Corte de Contas.

2.2 Isto porque o reclamo constante na representação que originou a formação do processo de contratação ora em apreço é procedente, eis que, de fato, a Administração desclassificou indevidamente a proposta com o menor preço global em virtude da existência de itens contendo preços unitários superiores e inferiores à média de mercado e ao valor orçado pela Prefeitura.

Não desconheço que o Tribunal de Contas da União confere interpretação distinta ao assunto¹⁴, mas, no âmbito desta Corte de Contas, a jurisprudência dominante aponta que tais procedimentos vêm sendo reiteradamente reprovados, notadamente quando resta configurado prejuízo ao erário pela desclassificação de proposta(s) com preço(s) global(is) exequível(is) e inferior(es) àquele efetivamente contratado.

Neste sentido, verifica-se que, no caso concreto, houve um prejuízo ao erário municipal da ordem de R\$ 674.884,24, resultado da diferença entre o valor da proposta desclassificada – de R\$ 9.569.162,43 – e o da proposta ofertada pela licitante que se sagrou vencedora do certame – de R\$ 10.244.046,70, representando um dispêndio a maior de 7,05% e desrespeitando os princípios da economicidade, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório.

A este respeito, além dos pertinentes e elucidativos precedentes suscitados pela D. SDG, destaco decisão, em sede de recurso ordinário, apreciada e aprovada pelo E. Pleno em sessão de 20-02-13 (TC-010618/026/09), na qual tive a oportunidade de externar meu

¹⁴ Chegando até mesmo a consolidar entendimento, consubstanciado na Súmula nº 259/2010, a qual dispõe que “*Nas contratações de obras e serviços de engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor*”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



entendimento sobre o tema e cujo voto de mérito transcrevo a seguir:

3.2 De resto, a matéria não é nova.

Apesar de reiteradas decisões contrárias deste Tribunal, a recorrente persiste na prática de, embora adotado o critério de menor preço global, focalizar sua exequibilidade nos preços unitários dos insumos.

Com isso, afastam-se da disputa empresas que podem oferecer preços mais vantajosos, como ocorreu na hipótese vertente, em que se atribuiu o objeto à empresa que ofereceu o 5º menor preço, em detrimento até da primeira habilitada (fl. 2216).

3.3 Significativo, a propósito, o decidido no TC-994/026/07, em contrato análogo da mesma FDE, relator o eminentíssimo Conselheiro CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA:

"A questão está em saber se, em licitação como a agora examinada, com julgamento pelo critério do menor preço global, é correta a desclassificação da proposta de menor valor global sob o entendimento de que contém preços unitários inexequíveis.

A jurisprudência desta Corte veio a definir o entendimento de que desclassificação com esse fundamento afronta norma legal expressa, o artigo 48 da Lei n. 8.666/93:

(...)

Bem por isso, prevaleceu o entendimento de que o referido preceito define expressamente o critério de inexequibilidade de observância obrigatória, que não pode ser derrogado pelo edital. Evidentemente, o edital não pode prescrever critério contrário ao previsto na Lei; deve a ela se ajustar.

A reprovação do procedimento agora considerado é pertinente, sobretudo, quando dele decorre a adjudicação, pelo critério de menor preço global, a licitante que ofereceu preço muito superior ao de outras empresas que, embora habilitadas, tiveram suas propostas desclassificadas com ofensa ao citado artigo 48, eis que deveriam ser consideradas exequíveis. Nessa situação, o procedimento é claramente contrário também ao princípio constitucional da economicidade. A propósito, há precedente (TC-11776/026/054) em que a orientação adotada pela FDE conduziu à desclassificação de 21 propostas de menor valor global, exequíveis segundo o critério definido pelo citado artigo 48, o que, evidentemente, não atende ao princípio constitucional da economicidade."

O entendimento que veio a prevalecer nesta Corte é o sintetizado na ementa do voto do E. Conselheiro RENATO MARTINS COSTA, no acórdão proferido pelo E. Tribunal Pleno, em sessão de 02-07-08, em processo de interesse da própria FDE:

"Tratando-se de licitação para a execução de obra e serviço de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



engenharia, a exequibilidade das propostas pressupõe atendimento à regra do artigo 48, II, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/93”.

Também no TC-3762/026/08 ficou expresso que

“A jurisprudência desta Corte é pacífica a respeito do assunto, existindo dezenas de precedentes nesse sentido, inclusive em múltiplos contratos celebrados pela própria FDE.

Reitero que esse é o entendimento que deve prevalecer, já que atende às regras da Lei n. 8.666/93 e aos princípios fundamentais que regem a licitação.

A reprovação do procedimento agora considerado é pertinente, sobretudo quando dele decorre a adjudicação, pelo critério de menor preço global, à licitante que ofereceu preço superior ao de empresa que, embora habilitada, teve sua proposta desclassificada com suposta ofensa ao citado artigo 48, pois deveria ser considerada exequível.

Na hipótese, o descumprimento do artigo 48 da Lei n. 8.666/93 realmente conduziu a contratação que não atende ao princípio da economicidade.”

3.4 Ademais, não se veja antinomia entre as disposições dos artigos 44, § 3º e 48 da Lei n. 8.666/93.

Como adverte MARÇAL JUSTEN FILHO,

“O tema comporta uma ressalva prévia sobre a impossibilidade de eliminação de propostas vantajosas para o interesse sob tutela do Estado. A desclassificação por inexequibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas ... O núcleo da concepção ora adotada reside na impossibilidade de o Estado transformar-se em fiscal da lucratividade privada e na plena admissibilidade de propostas deficitárias ... Não cabe à Administração a tarefa de fiscalização da lucratividade empresarial privada. Sob esse ângulo, chega a ser paradoxal a recusa da Administração em receber proposta excessivamente vantajosa.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 11ª edição, pág. 455).

3.5 Em face do exposto, acolho as manifestações dos doutos órgãos técnicos e nego provimento ao recurso, afastada dos fundamentos do v. acórdão a imputação no início referida.

2.3 Diante o exposto, considero procedente a impugnação constante na representação e julgo irregulares a licitação e o contrato.

Determino as providências previstas no artigo 2º, XV e XXVII, da Lei Complementar estadual nº 709/93, ciente este Tribunal, em 60 dias, das medidas adotadas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Considerando a ocorrência de prejuízo ao erário e o desrespeito aos princípios da economicidade, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, aplico pena de multa ao Responsável Sr. Eduardo Tadeu Pereira, nos termos do artigo 104, II, da Lei Complementar referida, por infração aos dispositivos legais mencionados nesta decisão, que, à vista do valor das despesas efetuadas e de sua natureza, fixo no equivalente pecuniário de 500 UFESPs (quinhentas Unidades Fiscais do Estado de São Paulo), a ser recolhido no prazo de 30 dias.

Oficie-se ao DD. Ministério Público do Estado, encaminhando cópia do acórdão e das correspondentes notas taquigráficas, para conhecimento e adoção das providências que considerar cabíveis.

Sala das Sessões, 30 de julho de 2013.

***SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO***