



PRIMEIRA CÂMARA - SESSÃO DE 24/09/2013

14 TC-032402/026/09

Contratante: Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo - CDHU.

Contratada: HE Engenharia, Comércio e Representações Ltda.

Abertura do Certame Licitatório por: Resolução de Diretoria em 17-02-09.

Autoridade(s) Responsável(is) pela Homologação: Lair Alberto Soares Krähenbühl (Diretor Presidente).

Autoridade(s) que firmou(aram) o(s) Instrumento(s): João Abukater Neto (Diretor Técnico) e Lair Alberto Soares Krähenbühl (Diretor Presidente).

Objeto: Execução de obras e serviços de engenharia, para urbanização de área de ocupação irregular com atendimento a 1044 lotes e execução de empreendimento com 93 unidades habitacionais denominado Hortolândia "A1/A2", no município de Hortolândia/SP.

Em Julgamento: Licitação – Concorrência. Contrato celebrado em 12-08-09. Valor – R\$21.904.674,33. Recibo de Caução Contratual. Justificativas apresentadas em decorrência da(s) assinatura(s) de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Substituto de Conselheiro Marcos Renato Böttcher e Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, publicada(s) no D.O.E. de 19-08-10 e 21-09-12.

Advogado(s): Roberto Corrêa de Sampaio, Mariangela Zinezi, Ana Lúcia Fernandes Abreu Zaorob e outros.

Procurador(es) da Fazenda: Vitorino Francisco Antunes Neto.

Fiscalizada por: GDF-7 - DSF-II.

Fiscalização atual: GDF-2 - DSF-I.

1. RELATÓRIO

1.1. Em análise, **Concorrência nº 06/2009** e **Contrato nº 0212/09**, firmado em 12/08/09, entre a **Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU/SP** e a **empresa HE Engenharia, Comércio e Representações Ltda.**, tendo como objeto a execução de obras e serviços de engenharia, para urbanização de área de ocupação irregular, com atendimento a 1044 (mil e quarenta e quatro) lotes, e execução de empreendimento, com 93 (noventa e três) unidades habitacionais, denominado Hortolândia 'A1/A2', no Município de Hortolândia.

1.2. A 7ª Diretoria de Fiscalização, responsável pela instrução preliminar do feito, concluiu pela irregularidade da matéria, em razão das seguintes falhas: a) publicação do Edital sem as datas, no que tange às Cláusulas 6.1; 7.1; 8.1 e 9.1, do Instrumento



Convocatório; b) enquanto o objeto licitado é descrito em número de unidades, sem menção da área a ser construída, a exigência de atestados se deu em metros quadrados, e nem mesmo quanto aos itens de maior relevância houve indicação da área; c) imposição de vistoria técnica em único dia e horário; d) exigibilidade de inscrição no CREA do profissional que realizará a inspeção; e) exigência de que a licitante possua, em seu quadro permanente, na data de apresentação da proposta, profissionais de nível superior, *“desconsiderando aqueles de outro nível que sejam devidamente reconhecidos pela entidade competente”*; f) comprovação de capital social ou patrimônio líquido igual ou superior a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), correspondentes a 9,62% do objeto; g) a Cláusula Décima Terceira do Ajuste prevê que a data-base para o reajustamento anual de preços seria a do orçamento da CDHU, no caso, outubro de 2008, enquanto a assinatura do Contrato se deu em 12/08/2009, fato que poderia propiciar a incidência de reajuste de imediato (fls. 1447/1452).

1.3. A Assessoria Técnica, com relação aos aspectos de engenharia, opinou, igualmente, pela reprovação dos atos praticados. Já sua na seara econômico-financeira, o posicionamento do Órgão Técnico foi pela regularidade (fls. 1457/1458 e 1459, respectivamente).

1.4. Notificada (fls. 1462 e 1482), a Origem apresentou as justificativas de fls. 1469/1476, argumentando, em síntese, que *“o edital disponibilizado para as empresas interessadas contemplou todas as datas. Ademais, no texto da publicação feita no Diário Oficial de Estado e em jornal de grande circulação, todas as datas estão devidamente informadas, assim como ocorreu, em relação a mencionada informação, no site da CDHU” [sic]*.

Ademais, *“não obstante o fato da definição das parcelas de maior relevância encontrar-se dentro da margem de discricionariedade conferida por Lei ao gestor público, no caso concreto, todas as exigências de capacitação técnica elencadas no edital, inclusive àquelas relativas à avaliação da aptidão técnico-operacional, foram definidas de modo objetivo e são totalmente pertinentes e compatíveis com o objeto dessa licitação” [sic]*.

Quanto à visita técnica, a estipulação de data única não causou nenhum prejuízo ao certame. Outrossim, não foi determinada sua realização por um “especialista”, como se infere do Edital.



Em relação ao capital social, o percentual exigido encontra-se abaixo do limite legal, já que não ultrapassou 10% do valor estimado da contratação.

Por derradeiro, afirmou que a divulgação do ato convocatório se deu em 20/02/2009 e, “tendo em vista que o orçamento tem por data-base o mês de outubro de 2008”, infere-se que “o intervalo de tempo existente entre a data do orçamento e a data da publicação do edital compreendeu período inferior a seis meses, o que configurou, como se sabe, interregno tolerado e admitido como válido por essa E. Corte de Contas”.

1.5. Às fls. 1479/1480, a Secretaria-Diretoria Geral verificou a existência de outras impropriedades no Edital, a saber: (i) embora a cláusula 13.1.3, “a”, se atenha à capacidade profissional, no subitem “a.1” exige-se a apresentação de atestado/certidão emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, em inobservância à Súmula nº 23 desta Casa, e (ii) solicitação de comprovação de qualificação técnica por meio de um único contrato ou por contratos simultâneos.

Destacou, ainda, que “a empresa ETEMP Engenharia, Indústria e Comércio Ltda. foi inabilitada, ‘por não ter apresentado atestado e respectiva Certidão de Acervo Técnico, em nome da empresa’, documento reservado à comprovação da qualificação técnico-profissional” (omitida nota de rodapé).

1.6. Assinado novo prazo aos interessados, a CDHU prestou esclarecimentos às fls. 1487/1502, alegando que: a) apesar de ter constado, impropriamente, a exigência de CAT em nome da empresa, buscou-se avaliar a capacidade técnico-operacional das empresas, principalmente em relação às parcelas de maior relevância, por meio da análise do atestado de capacidade técnica da licitante, emitido em nome da pessoa jurídica, exigência esta aplicada a todos os interessados, sem ofensa ao princípio da isonomia; b) quanto à necessidade de comprovação de experiência em contrato único ou em contratos simultâneos, não houve violação ao artigo 30, § 5º, da Lei nº 8.666/93, em razão de não ter havido imposição de que todos os serviços arrolados na Cláusula Décima Terceira, subitem 13.1.3.’b.1’, do Edital, tivessem sido executados, conjuntamente, num mesmo contrato ou em contratos contemporâneos, pois o item se refere a cada um dos serviços, isoladamente considerados, avaliados segundo parâmetros objetivos, advindos diretamente do projeto básico, inexistente, portanto, qualquer restrição à participação; c) houve a inabilitação de uma única empresa, num universo de dez, e a Origem já adotou as providências necessárias para retificação do texto em seus editais.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



1.7. A Procuradoria da Fazenda do Estado opinou pela regularidade da matéria (fls. 1505/1506).

É o Relatório.



2. VOTO

2.1. Em análise, **Concorrência nº 06/2009** e **Contrato nº 0212/09**, firmado em 12/08/09, entre a **Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU/SP** e a **empresa HE Engenharia, Comércio e Representações Ltda.**, tendo como objeto a execução de obras e serviços de engenharia, para urbanização de área de ocupação irregular, com atendimento a 1044 (mil e quarenta e quatro) lotes, e execução de empreendimento, com 93 (noventa e três) unidades habitacionais, denominado Hortolândia 'A1/A2', no Município de Hortolândia.

2.2. As razões de defesa apresentadas pela Origem não são suficientes para afastar a totalidade das impropriedades verificadas na instrução do feito.

2.3. Com efeito, a ausência de publicação do Instrumento Convocatório sem as datas e horários de apresentação da garantia de manutenção da proposta; da realização da visita técnica; da entrega e abertura dos envelopes, e do prazo para pedido de esclarecimentos, afrontou o princípio constitucional da publicidade, assim como o disposto no artigo 40, *caput* e XVII, da Lei nº 8.666/93¹.

Ressalte-se, a propósito, que, segundo se depreende do artigo 21 da Lei de Licitações e Contratos, devem ser divulgados “os avisos contendo os resumos dos editais”, reproduzindo fielmente o que deles consta. Assim, não podem as publicações servir para complementação ou retificação de atos convocatórios incompletos.

2.4. Ademais, não restou tecnicamente justificada a fixação de data e horário únicos para realização da visita técnica (cf. publicações às fls. 1135/1136). Ao reverso, mostrou-se desarrazoada a exigência, principalmente se considerada a magnitude do objeto licitado – urbanização de área de ocupação irregular com atendimento a 1044 lotes, e execução de empreendimento com 93 unidades habitacionais – e a modalidade licitatória adotada no caso em tela (concorrência), cujo prazo entre a publicação do ato convocatório e a entrega dos envelopes varia de 30 (trinta) a 45 (quarenta e cinco) dias.

¹ Art. 40. O edital conterá 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:

[...]

XVII – outras indicações específicas ou peculiares da licitação.” (grifei)



Sobre a questão, cumpre citar trecho da r. Decisão proferida no TC-333/009/11, em sessão do Tribunal Pleno de 06/04/2011:

Concluindo, com base nestas variáveis e sem perder de vista o enriquecimento ao debate promovido pelas colocações dos eminentes Conselheiros Renato Martins Costa e Edgard Camargo Rodrigues em oportunidades recentes, e na linha do decidido nos autos do TC-018040/026/09, entendo pertinentes os seguintes requisitos para fins de visita técnica:

- a marcação de mais de uma data para vistoria, inclusive com a possibilidade de agendamento, preferencialmente intercaladas entre si, ou dentro de um lapso temporal moderado, a critério da discricionariedade administrativa, restringindo-se a estipulação de data única somente em casos excepcionalíssimos, nos quais haja justificativas de ordem técnica que amparem a medida;
- as datas ou o intervalo de tempo para o evento deverão ser marcados de acordo com o princípio da razoabilidade, de forma que proporcionem, de um lado, a plena ciência do edital a todos que efetivamente se interessem e, de outro, tempo hábil para que as licitantes elaborem adequadamente as suas propostas;

Vale lembrar que a designação de apenas um dia para a vistoria impede a participação de licitantes que, por algum motivo, não dispõem de profissionais para realizá-la na data prevista, ou, ainda, daquelas que, embora tenham enviado um responsável para tanto, este, por motivo imprevisível, não conseguiu se apresentar.

2.5. Exigiu-se, ainda, que a inspeção fosse efetuada por “*técnico habilitado, com inscrição no CREA*” (item 7.1 do Edital).

A respeito do tema, entendo, particularmente, que é atributo da empresa proponente a responsabilidade pela escolha de seu representante que irá verificar as condições do local para efeitos de auxílio na elaboração da proposta, sendo, por esse motivo, impertinente a imposição da forma como se encontra, até porque não restou tecnicamente justificada.

Necessário destacar que, no mesmo voto reproduzido acima, restou consignado que:



- é encargo da própria licitante a indicação do profissional responsável pela vistoria, não podendo o edital fazer qualquer restrição neste ponto. (grifei)

Embora o tema tenha sido objeto de discussão nas últimas sessões do Plenário, ainda não foi proferida decisão definitiva que tenha alterado o posicionamento hoje predominante nesta Casa, que é exatamente aquele exarado na r. Decisão acima transcrita.

De minha parte, considero que a exigência de que a visita seja efetuada, necessariamente, por profissional registrado no CREA não encontra respaldo no ordenamento jurídico vigente, sequer no art. 30 da Lei nº 8.666/93.

Saliente-se, aliás, que a Administração Pública está adstrita aos preceitos e limites legais, não se lhe aplicando a premissa de que tudo o que a lei não proíbe expressamente está permitido.

Esse foi o entendimento que adotei, inclusive, nos autos do TC-1390/010/08, ao julgar Recurso Ordinário interposto pela Prefeitura Municipal de Piracicaba, o qual foi acatado por esta C. Primeira Câmara, em sessão de 20/08/2013.

2.6. Descabida, também, a exigência de apresentação, para fins de comprovação de capacidade técnica, de somente 01 (um) atestado para cada item em que se solicitava experiência. O § 1º do artigo 30 da Lei de Licitações especifica que a comprovação de aptidão deverá ser feita por meio de atestados. O uso do termo no plural já demonstra que é inadequada a limitação de quantidade máxima de um atestado por item, que é uma imposição restritiva, especialmente quando desacompanhada de justificativas técnicas, como no caso em exame. Esse tem sido o entendimento deste Tribunal sobre o assunto, como na situação analisada no TC-033507/026/07².

2.7. Observo, por derradeiro, que a Cláusula 13.1 do Contrato foi redigida de maneira dúbia, permitindo diferentes interpretações, inclusive a de que o reajuste poderia ser aplicado 12 meses após a data-base do orçamento da CDHU (outubro de 2008), ou seja, logo após a assinatura do Contrato, que se deu em agosto de 2009.

² Tribunal Pleno, Sessão de 28/2/2012, e. Substituto de Conselheiro Antonio Carlos dos Santos.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



Dessa forma, cabe recomendar à Origem que atente à lei de regência, deixando claro em seus editais e contratos que o reajuste poderá ser aplicado apenas 12 meses após a celebração do ajuste, considerando-se a data da proposta ou do orçamento a que esta se referir somente como parâmetro para o cálculo do índice a ser empregado, nos termos do inciso XI do artigo 40 da Lei nº 8.666/93.

2.8. A atividade administrativa violou os princípios da legalidade, isonomia, publicidade e busca da proposta mais vantajosa, tutelados pelo *caput* e inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e pelo artigo 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93.

2.9. Ante o exposto, **VOTO** pela **IRREGULARIDADE** da **Concorrência nº 06/2009** e do **Contrato nº 0212/09**, com acionamento do artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, concedendo aos responsáveis o prazo máximo de 60 (sessenta) dias para que informem a esta Corte as medidas adotadas, inclusive apuração de responsabilidades e eventual aplicação das sanções cabíveis.

DIMAS EDUARDO RAMALHO
CONSELHEIRO



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho

