



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



PRIMEIRA CÂMARA - SESSÃO:24/09/13

17 TC-025751/026/12

Contratante: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo - DER.

Contratada: Engenharia e Comércio Bandeirantes Ltda.

Autoridade(s) Responsável(is) pela Abertura do Certame Licitatório, pela Homologação, Ordenador(es) da Despesa e Autoridade(s) que firmou(aram) o(s) Instrumento(s): Clodoaldo Pelissioni (Superintendente).

Objeto: Contratação das obras de recuperação da estrutura do pavimento, recapeamento da camada de rolamento, pavimentação dos acostamentos (5,98 Km), implantação de pista para pedestre e ciclista (2,99 Km) e sinalização da SPA 111/595 – acesso a Três Fronteiras, com 2,99 Km de extensão.

Em Julgamento: Licitação – Concorrência. Contrato celebrado em 06-08-12. Valor – R\$6.120.594,39. Justificativas apresentadas em decorrência da(s) assinatura(s) de prazo, pelo Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, publicada(s) no D.O.E. de 25-06-13 e 10-08-13.

Procurador(es) de Contas: Rafael Neubern Demarchi Costa.

Procurador(es) da Fazenda: Cristina Freitas Cavezale.

Fiscalizada por: GDF-6 – DSF-I.

Fiscalização atual: GDF-6 – DSF-I.

1. RELATÓRIO

1.1. Tratam os autos da licitação e do decorrente **Contrato nº 18.130-4**, celebrado entre o **Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo – DER/SP** e a empresa **Engenharia e Comércio Bandeirantes Ltda.**, tendo por objeto a realização de obras de recuperação da estrutura do pavimento, recapeamento da camada de rolamento, pavimentação dos acostamentos (5,98 km), implantação de pista para pedestre e ciclista (2,99 km) e sinalização da SPA 111/595 – Acesso Três Fronteiras, com 2,99 km de extensão, pelo valor de R\$ 6.120.594,39 (*seis milhões, cento e vinte mil quinhentos e noventa e quatro reais e trinta e nove centavos*) e prazo de execução de 06 (seis) meses.



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



1.2. O Ajuste foi precedido da **Concorrência nº 045/2012-CO** (*Editais e Anexos* às fls. 45/135), que contou com 05 (cinco) participantes.

1.3. A **6ª Diretoria de Fiscalização/DF-06**, responsável pela instrução preliminar, às fls. 420/428, relatou as seguintes falhas:

- a) Exigência de recolhimento da garantia de participação até 05/06/2012, data anterior àquela estipulada para entrega dos envelopes (13/06/12), contrariando a jurisprudência desta Egrégia Corte, a exemplo do decidido no TC-40096/026/08¹;
- b) Imposição de credenciamento, pelas licitantes, de engenheiro civil devidamente habilitado para realização de visita técnica, também em dissonância com o entendimento desta Casa, como julgado nos TCs. 30525/026/04², 1328/010/06³, 12660/026/07⁴ e 268.989.12-6⁵.

1.4. Instada a apresentar esclarecimentos (fls. 429/430 e 458), a **Autoridade Responsável** trouxe aos autos a documentação de fls. 435/443 e 464/473.

No que se refere à data limite para prestação da garantia da proposta, argumentou a defesa que não comprometeu o prazo mínimo previsto no artigo 21, § 2º, inciso II, alínea “a”, da Lei Federal nº 8.666/93, uma vez que a divulgação do certame observou o prazo de 30 (*trinta*) dias, fixado para as licitações do tipo “menor preço”.

Destacou que, conforme anotado no item 11 do relatório da Fiscalização (fls. 420/428), o Edital foi publicado no D.O.E. de 05/05/2012, no Jornal Diário de São Paulo e no site www.e-negocios.com.br na mesma data, bem como disponibilizado na *Internet*, por meio do site www.der.sp.gov.br, e comunicado ao Sindicato da Indústria da Construção de Estradas.

¹ Exame Prévio de Edital – E. Plenário em sessão de 26 de novembro de 2008 – Relator: Conselheiro Renato Martins Costa.

² E. Primeira Câmara – Sessão de 04 de outubro de 2011 – Relator: Conselheiro Antonio Roque Citadini.

³ Exame Prévio de Edital – E. Plenário em Sessão de 04 de outubro de 2006 – Relator: Conselheiro Claudio Ferraz de Alvarenga.

⁴ Sentença publicada no DOE de 03/04/2007 – Relator: Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues..

⁵ Sentença publicada no DOE de 20/03/2012 – Relator: Conselheiro Robson Marinho.



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



Acrescentou que o Edital em questão foi retirado por 20 (vinte) empresas, 11 (onze) realizaram a visita técnica, 08 (oito) recolheram a garantia de proposta exigida (*Doc.02*) e 05 (cinco) participaram do certame.

Em relação à exigência da realização da visita técnica por engenheiro civil devidamente habilitado, afirmou que, de acordo com a Resolução nº 317 do CREA, as pessoas jurídicas somente poderão exercer atividades de Engenharia, Arquitetura e Agronomia se contarem com a participação efetiva e autoria declarada de profissional legalmente habilitado, conforme preceitua o artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 5.194/66⁶. Considerando a obrigatoriedade de anotação, nos Conselhos Regionais, de todo contrato para exercício de atividades de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, conforme preceitua o artigo 1º da Lei nº 6.496/77⁷, entende que o profissional melhor capacitado para realizar a visita técnica seria um engenheiro.

Argumentou, ainda, que o objetivo da vistoria é ter a Administração a certeza de que todos os licitantes conhecem os locais da execução dos serviços, para que suas propostas reflitam com exatidão os serviços a serem executados, sendo o engenheiro detentor de habilitação para a adequada avaliação do objeto.

1.5. A ATJ, às fls. 447/451, entendeu pertinentes as justificativas apresentadas pelo DER/SP sobre a exigência de que o representante da empresa para a realização da vistoria técnica fosse engenheiro civil devidamente habilitado, considerando o tipo de obra licitado.

Por outro lado, no tocante à exigência de recolhimento da garantia com 08 (oito) dias de antecedência da abertura da documentação de habilitação, entendeu que não restou clara a vantagem, e, diante da jurisprudência

⁶ Art. 8º As atividades e atribuições enunciadas nas alíneas a, b, c, d, e f do artigo anterior são da competência de pessoas físicas, para tanto legalmente habilitadas.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas e organizações estatais só poderão exercer as atividades discriminadas nos Ed. extra 7º, com excessão das contidas na alínea a, com a participação efetiva e autoria declarada de profissional legalmente habilitado e registrado pelo Conselho Regional, assegurados os direitos que esta lei lhe confere.

⁷ Art. 1º - Todo contrato, escrito ou verbal, para a execução de obras ou prestação de quaisquer serviços profissionais referentes à Engenharia, à Arquitetura e à Agronomia fica sujeito à "Anotação de Responsabilidade Técnica" (ART).



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



existente neste Tribunal, conforme decisão proferida no TC-40096/026/08, considerou restritiva a imposição, motivo pelo qual se pronunciou pela **irregularidade** da matéria em exame.

1.6. A **PFE**, em manifestação de fls. 452, consignou que houve a participação de cinco licitantes no certame, demonstrando a inexistência de restrição à competitividade e a ausência de prejuízo aos cofres públicos, face ao preço mais vantajoso obtido na contratação. Nestes termos, opinou pela **regularidade** dos atos praticados, **com recomendação** ao DER/SP para que passe a observar a jurisprudência desta Corte de Contas, relativamente ao prazo de recolhimento da garantia.

1.7. O **MPC**, às fls. 454/456, entendeu que a prestação de garantia de participação, prevista no art. 31, inc. III, da Lei de Licitações, deve compor a documentação relativa à qualificação econômico-financeira acondicionados em envelope a ser entregue na data prevista para a abertura da sessão pública (*art. 3º, § 3º, da Lei de Licitações*).

Acrescentou que o sigilo das propostas é essencial no sentido de não revelar quais e quantas empresas efetivamente estão interessadas em participar da licitação, o que, se ocorresse, permitiria a modificação de propostas em função dessas informações, podendo afetar o caráter competitivo do certame.

No que toca à exigência de engenheiro civil para a visitação técnica, afirma ter caráter restritivo, e que deve ficar a critério e responsabilidade do licitante a designação de seu representante para realizá-la.

Ante o exposto, posicionou-se pela **irregularidade** da **Concorrência nº 045/2012-CO** e do **Contrato nº 18.130-4**.

1.8. Assinado novo prazo aos interessados, foi acostada ao feito, pelo Senhor Clodoaldo Pelissioni, manifestação da Comissão de Julgamento de Licitação – CJL do DER/SP às fls. 482/487, consignando em síntese que:

- Considerando que o início da contagem do prazo se deu em 07/05/2012, primeiro dia útil após a publicação do Edital, transcorreram 30 (trinta) dias até 05/06/2012, data limite para a



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



prestação da garantia de participação e agendamento da visita técnica;

- Assim, a divulgação do edital ocorreu com a antecedência preconizada na legislação, assegurando oportunidade igual a todos os interessados para tomar conhecimento da licitação instaurada, verificar as condições de participação, pedir esclarecimentos, apresentar impugnações, providenciar o recolhimento da garantia exigida, possibilitando, enfim, o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes;
- O credenciamento de Engenheiro Civil para a realização da visita técnica era usual nas licitações do DER/SP, contudo, a partir da decisão da Egrégia Segunda Câmara deste Tribunal, no julgamento da Concorrência nº 057/2012-CO e do Contrato nº 18.193-6 dela decorrente, v. Acórdão publicado no DOE de 26/04/2013, o DER/SP excluiu de seus editais a exigência de credenciamento de Engenheiro Civil para a realização da referida vistoria.

É o relatório.



2. VOTO

2. Em exame, a **Concorrência nº 045/2012-CO** e o decorrente **Contrato nº 18.130-4**, celebrado entre o **Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo – DER/SP** e a empresa **Engenharia e Comércio Bandeirantes Ltda.**, visando à realização de obras de recuperação da estrutura do pavimento, recapeamento da camada de rolamento, pavimentação dos acostamentos (5,98 km), implantação de pista para pedestre e ciclista (2,99 km) e sinalização da SPA 111/595 – Acesso Três Fronteiras, com 2,99 km de extensão.

2.1. Observo, inicialmente, que as justificativas apresentadas pelo **DER/SP** não foram capazes de afastar a totalidade das falhas apontadas na instrução processual, especialmente no que toca à exigência de recolhimento da garantia contratual antes da data de abertura da documentação de habilitação.

2.2. A garantia de participação prevista no art. 31, inc. III, da Lei Federal nº 8.666/93⁸ é documentação relativa à qualificação econômico-financeira e, conforme previsto no art. 3º, § 3º, do mesmo Diploma Legal⁹, e deve figurar entre os demais documentos do envelope de habilitação a ser entregue na data prevista de abertura na sessão pública.

2.3. As razões apresentadas pelo **DER/SP** não foram suficientes para justificar o oferecimento dessa garantia antes da data de entrega dos envelopes, procedimento nitidamente mais oneroso para os interessados e sem respaldo legal, estando em desacordo com a jurisprudência desta Egrégia Corte, conforme r. Decisão exarada no TC-21978-026-11, Exame Prévio de Edital, em Sessão do Tribunal Pleno de 20/07/2011:

Em juízo preliminar, afirmei que por se tratar de documento típico de qualificação econômico-financeira da fase de habilitação, a garantia de participação somente poderia ser exigida na data de entrega dos envelopes, conforme inteligência do inciso III, do artigo 31 da Lei nº 8.666/93.

⁸ Art. 31 – A documentação relativa à qualificação econômico financeira limitar-se-á a:
III- garantia nas mesmas modalidades e critérios previstos no “caput” e § 1º do art. 56 desta lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto contratado.
⁹



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



Ainda que haja prazo suficiente para realização dessa providência por parte de eventuais interessadas, a norma de regência obriga a demonstração de cumprimento apenas no momento da entrega dos documentos, não havendo, portanto, base legal para fixação de data diferente.

2.4. Ademais, os aspectos alertados pelos Órgãos de Instrução corroboram a inadequação da cláusula editalícia, seja por revelar precocemente os participantes do certame, seja por restringir o prazo de entrega da documentação de habilitação previsto no ato convocatório.

2.5. Em relação à exigência de engenheiro civil para visitação técnica, entendo 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 exigência da forma como se encontra, até porque não restou tecnicamente justificada.

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:

[...]

- 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.



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



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.

Vale lembrar 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, aliás, 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. Ante o exposto, no mesmo sentido das manifestações desfavoráveis da Fiscalização, Assessoria Técnica e MPC, **VOTO** pela **IRREGULARIDADE** da **Concorrência nº 045/2012-CO** e do decorrente **Contrato nº 18.130-4**, com o consequente acionamento dos incisos XV e XXVII do art. 2º da Lei Complementar nº 709/93, fixando o prazo de 60 (sessenta) dias ao(s) responsável(is) para que informe(m) a esta Corte as providências adotadas em face da presente decisão, inclusive apuração de responsabilidades e imposição das sanções cabíveis.

DIMAS EDUARDO RAMALHO
CONSELHEIRO