

TC/012129/2023

Objeto: Representação em face do Edital de Concorrência 16/SPOBRAS/2022, cujo objeto é a contratação de empresa ou consórcio de empresas especializadas em Engenharia para execução das obras de implantação de Reservatório de Contenção de cheias do Córrego da Moóca - MO-02 - Piscinão MO-02

Interessados: São Paulo Obras (*), Patricia Helena Ghattas, Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras (*)

Relator: Eduardo Tuma

Competência: PLENO

SENHORA SECRETÁRIA-GERAL

Cuida o presente de Representação interposta pela Sra. Patricia Helena Ghattas, em face do Edital de Concorrência 16/SPOBRAS/2022, cujo objeto é a contratação de empresa ou consórcio de empresas especializadas em Engenharia para execução das obras de implantação de Reservatório de Contenção de cheias do Córrego da Moóca - MO-02 - Piscinão MO-02.

A Representante apresenta, basicamente, sete supostas irregularidades no edital que, na sua visão, seriam injustificadamente restritivas, capazes de comprometer a escolha da proposta mais vantajosa, bem como a execução da obra. A saber:

(i) item 8.1 - ORÇAMENTO DEFASADO EM MAIS DE 15 MESES, IMPEDINDO O CORRETO DIMENSIONAMENTO DOS CUSTOS DA OBRA E A AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS, em violação aos artigos art. 6º, IX e alínea 'f'; art. 40, § 2º, II; 43, IV; 44, §3º e 48, II todos da Lei 8.666/93;

(ii) item 13.1.1 - previsão de atualização do orçamento estimativo, de julho/22 (sua data base) até a data da apresentação das propostas, outubro/23, por índice fixo (IPC), o que não refletirá a variação real dos insumos no mercado. O ORÇAMENTO DEFASADO NÃO PODE SER ATUALIZADO POR ÍNDICE FIXO, E SIM DE FORMA DINÂMICA, REFLETINDO A REAL VARIAÇÃO DOS INSUMOS NO MERCADO;

(iii) cláusula 6.6.2 do contrato - REAJUSTE PREVISTO A PARTIR DO ANIVERSÁRIO DA ASSINATURA DO CONTRATO E NÃO DA PROPOSTA, COMO DISPÕE A LEI. A Cláusula 6.6.2 deve ser retificada em consonância com o art. 37, XXI da CF, art. 40, XI da Lei 8.666/93 e art. 3º, §1º da Lei nº 10.192/2011;

(iv) item 11.4.2 - EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA INJUSTIFICADAMENTE RESTRITIVAS PARA A AFERIÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA OPERACIONAL. Houve excesso de especificidade, sem qualquer justificativa técnica, na imposição de qualificação técnica na execução de reservatório 'subterrâneo'. A exigência restritiva deve ser suprimida do ato convocatório, em obediência ao art. 37, XXI da CF e ao art. 30, II e §5º da Lei 8.666/93, Súmula 30 do C. TCEP e Súmula 263 do C. TCU;

(v) item 11.4.3 – IMPOSIÇÃO DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS PARA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL. A exigência mostra-se contrária ao texto do art. 30, §1º, I. 4;

(vi) item 14.1'e' – FOI IMPOSTA CONDIÇÃO PRÉVIA PARA A ANÁLISE DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO, NÃO PREVISTA EM LEI. Além disso, foi exigida regularidade fiscal relativamente a tributos imobiliários, o que não se relaciona com o objeto da licitação, que abarca a execução de obras e serviços de engenharia. A exigência restritiva deve ser suprimida do ato convocatório em consonância com o art. 17 da Lei 14.133/21, arts. 27 e 29, II e III da Lei 8.666/93;

(vii) item 12.6.6. – PERMITE A INSERÇÃO DE DOCUMENTOS FALTANTES APÓS A ABERTURA DOS ENVELOPES, em frontal violação ao regramento da diligência contido no art. 43, §3º da Lei 8.666/93.

Os autos foram encaminhados para a equipe técnica da coordenadoria VII que, em manifestação de peça 33, assim concluiu:

Da análise parcial, conforme exposto no âmbito do TC/000314/2023, constatou-se que o orçamento das obras está desatualizado, portanto, considera-se procedente a Representação nesse quesito.

Ademais, sugere-se, a critério de Vossa Excelência, a oitiva da SPObras quanto aos demais pontos impugnados, o que permitiria eventuais correções e a apresentação de justificativas. Dessa forma, a análise da Auditoria poderá ser realizada em sede de Relatório Conclusivo.

Devidamente intimadas, a São Paulo Obras - SPOBRAS e a Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB apresentaram seus esclarecimentos, respectivamente, às peças 46/47 e 48/49.

De posse dos esclarecimentos apresentados, a equipe técnica da coordenadoria VII, em manifestação de peça 57, considerou improcedente a Representação na totalidade dos quesitos apresentados.

Por sua vez, a Assessoria Jurídica, em manifestação de peça 59, opinou no sentido do conhecimento da Representação, e, no que toca ao mérito, no sentido da sua total improcedência.

O Assessor Jurídico Chefe, a seu turno, em manifestação de peça 60, assim concluiu:

Acompanho a manifestação do ilustre assessor preopinante, no sentido de conhecer da Representação, mas, quanto ao mérito, entender por sua improcedência, destacando, contudo, o ajuste feito pela própria Origem no que toca à alegada defasagem do orçamento referencial, providência que, tal qual esclarecido pelo parecerista no bojo de sua análise, permitiria entender pela perda superveniente do objeto, sem prejuízo, entretanto, aos corolários fáticos do reconhecimento da improcedência.

Por fim, a Procuradoria da Fazenda Municipal, em manifestação de peça 73, opinou, igualmente, pela total improcedência da Representação.

É o relatório.

Cuida o presente de Representação interposta pela Sra. Patricia Helena Ghattas, em face do Edital de Concorrência 16/SPOBRAS/2022, cujo objeto é a contratação de empresa ou consórcio de empresas especializadas em Engenharia para execução das obras de implantação de Reservatório de Contenção de cheias do Córrego da Moóca - MO-02 - Piscinão MO-02.

Como destaque preliminar, cumpre registrar, que a Representação em tela preenche os requisitos de admissibilidade, constantes dos artigos 54 e 55¹ do Regimento Interno desta Corte, motivo pelo qual me manifesto pelo seu conhecimento.

¹ Regimento Interno do TCMSP

Art. 54 - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para formular representação ou denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal.

Art. 55 - A representação ou denúncia sobre matérias de competência do Tribunal deverá preencher os seguintes requisitos:

I - ser formalizada por petição escrita ou ser reduzida a termo;

II - referir-se a órgão, administrador ou responsável sujeito à jurisdição do Tribunal;

III - estar acompanhada de documentos que constituam prova ou indícios relativos ao fato denunciado ou à existência de ilegalidade ou irregularidade;

IV - conter o nome legível e a assinatura do representante ou denunciante, sua qualificação e endereço.

§ 1º - Em se tratando de representação ou denúncia formulada por cidadão, é indispensável a prova de cidadania, mediante a juntada à inicial de cópia do título de eleitor ou documento que a ele corresponda.

§ 2º - Quando formulada por partido político, associação ou sindicato, a inicial deverá ser acompanhada de prova da existência legal da entidade.

Com relação ao mérito da Representação, verifica-se a Representante impugnou as seguintes cláusulas do Edital e respectivos Anexos: item 8.1²; item 13.1.1³; cláusula 6.6.2⁴ (Anexo II - Minuta do contrato); item 11.4.2⁵; item 11.4.3⁶; item 14.1.⁷; e item 12.6.6⁸.

Quanto ao questionamento da Representante referente ao item 8.1: “Orçamento defasado em mais de 15 meses, impedindo o correto dimensionamento dos custos da obra e a avaliação das propostas, em violação aos artigos art. 6º, IX e alínea ‘f’; art. 40, § 2º, II; 43, IV; 44, §3º e 48, II todos da Lei 8.666/93”.

Como bem explicitado por AUD em sua derradeira manifestação (peça 57), a SP Obras apresentou sua defesa, basicamente, nos seguintes termos:

A SP Obras informa que “[...] procedeu a atualização do Orçamento Referencial para a data-base de Janeiro/2023, cujos arquivos foram

² item 8.1 - orçamento defasado em mais de 15 meses, impedindo o correto dimensionamento dos custos da obra e a avaliação das propostas, em violação aos artigos art. 6º, ix e alínea ‘f’; art. 40, § 2º, ii; 43, iv; 44, §3º e 48, ii todos da lei 8.666/93.

³ item 13.1.1 - previsão de atualização do orçamento estimativo, de julho/22 (sua data base) até a data da apresentação das propostas, outubro/23, por índice fixo (ipc), o que não refletirá a variação real dos insumos no mercado. o orçamento defasado não pode ser atualizado por índice fixo, e sim de forma dinâmica, refletindo a real variação dos insumos no mercado.

⁴ cláusula 6.6.2 do contrato - reajuste previsto a partir do aniversário da assinatura do contrato e não da proposta, como dispõe a lei. a cláusula 6.6.2 deve ser retificada em consonância com o art. 37, xxi da CF, art. 40, xi da lei 8.666/93 e art. 3º, §1º da lei nº 10.192/2011.

⁵ item 11.4.2 - exigências de qualificação técnica injustificadamente restritivas para a aferição da capacidade técnica operacional. Houve excesso de especificidade, sem qualquer justificativa técnica, na imposição de qualificação técnica na execução de reservatório ‘subterrâneo’. a exigência restritiva deve ser suprimida do ato convocatório, em obediência ao art. 37, xxi da CF e ao art. 30, ii e §5º da lei 8.666/93, Súmula 30 do c. TCESP e súmula 263 do c. TCU.

⁶ item 11.4.3 – imposição de quantitativos mínimos para comprovação de capacidade técnico-profissional. a exigência mostra-se contrária ao texto do art. 30, §1º, i. 4.

⁷ item 14.1.e’ – foi imposta condição prévia para a análise dos documentos de habilitação, não prevista em lei. além disso, foi exigida regularidade fiscal relativamente a tributos imobiliários, o que não se relaciona com o objeto da licitação, que abarca a execução de obras e serviços de engenharia. A exigência restritiva deve ser suprimida do ato convocatório em consonância com o art. 17 da lei 14.133/21, arts. 27 e 29, ii e iii da lei 8.666/93.

⁸ item 12.6.6. – permite a inserção de documentos faltantes após a abertura dos envelopes, em frontal violação ao regramento da diligência contido no art. 43, §3º da lei 8.666/93.

disponibilizados aos interessados em 09/10/2023, conforme publicação no DOC de mesma data”.

- Análise da coordenadoria:

Visto atualização da data-base do orçamento referencial realizada pela SP Obras quando da publicação da nova versão do Edital (peça 51), entende-se como solucionada a defasagem orçamentária.

Deste modo, improcedente a representação quanto a este quesito.

No ponto, como bem destacado pela Assessoria Jurídica à peça 59, a SPObras, em sua manifestação de peça 47, informou que procedeu a atualização do Orçamento Referencial para a data-base de Janeiro/2023, sendo que a publicação da nova versão do Edital se deu em Outubro/2023, providência esta que soluciona a defasagem orçamentária inicialmente impugnada, acarretando, portanto, a perda superveniente do objeto da Representação.

Quanto ao questionamento da Representante referente ao item 13.1.1: “Previsão de atualização do orçamento estimativo, de julho/22 (sua data base) até a data da apresentação das propostas, outubro/23, por índice fixo (IPC), o que não refletirá a variação real dos insumos no mercado. O orçamento defasado não pode ser atualizado por índice fixo, e sim de forma dinâmica, refletindo a real variação dos insumos no mercado”.

Como bem explicitado por AUD em sua derradeira manifestação (peça 57), a SP Obras apresentou sua defesa, basicamente, nos seguintes termos:

Quanto ao critério de atualização adotado, cabe esclarecer à Representante que este acompanha o aplicado ao reajuste dos valores contratados, observado o disposto na Portaria SF/389/2017.

Cabe ainda destacar que, este procedimento é comumente adotado em todas as licitações de obras e serviços de engenharia de valor significativo, promovidas pela SPObras, sem nunca ter sofrido qualquer impugnação por parte dos licitantes interessados e/ou órgão de controle.

- Análise da coordenadoria:

O Edital (peça 51, fl. 23), em seu item 19. DAS CONDIÇÕES CONTRATUAIS, prevê:

19.1. Os critérios de medições, faturas e forma de pagamentos estão definidos na Minuta do Contrato – Anexo II do Edital.

19.2. Os critérios reajuste estão definidos na Minuta do Contrato – Anexo II do Edital.

Desta forma, cumpre observar o que define a Minuta do Contrato – Anexo II do edital:

6.6. Os preços contratuais serão reajustados, observadas as disposições legais pertinentes, de acordo com a Lei Federal nº 10.192/01, Decreto nº 48.971/07.

6.6.1. Será utilizado o Índice de Preços ao Consumidor – IPC, apurado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE, conforme estabelecido na Portaria SF/389/2017 (peça 56, fl. 5).

Neste sentido, considerando as cláusulas supra e juntamente com a Portaria SF/389/2017, improcedente este quesito da representação.

No ponto, na esteira do entendimento de AUD e da AJ, considero, igualmente, que este parâmetro, previsto no item 13.1.1 do Edital ora examinado, encontra respaldo no disposto no artigo 1º da Portaria SF/389/20177 , sendo o comumente adotado em licitações de obras e serviços de engenharia de valores significativos promovidas pela SPObras (peça 47, fls. 02-03). Além disso, como observado pela Auditoria, trata-se de base em linha com o aplicado para fins de reajuste dos preços contratuais, estabelecido no item 6.6.1 da Minuta do Contrato – Anexo II do Edital.

Desta maneira, concluo, igualmente, pela improcedência da Representação neste aspecto.

Quanto ao questionamento da Representante referente à cláusula 6.6.2 do contrato: “Reajuste previsto a partir do aniversário da assinatura do contrato e não da proposta, como dispõe a lei. A Cláusula 6.6.2 deve ser retificada em consonância com o art. 37, XXI da CF, art. 40, XI da Lei 8.666/93 e art. 3º, §1º da Lei nº 10.192/2011”.

Como bem explicitado por AUD em sua derradeira manifestação (peça 57), a SP Obras apresentou sua defesa, basicamente, nos seguintes termos:

Inicialmente, cabe informar que se trata de minuta de edital padrão para contratação de obras adotada pela SIURB, futura contratante.

As razões apresentadas pela Representante nos parecem equivocada, pois consta do subitem 6.6.2 da Minuta de Contrato que: O marco inicial para o cômputo do período de reajuste será a data base da Proposta, nos termos do que dispõe a Lei Federal nº 10.192/2001 (...), ocorrendo no aniversário do contrato o pagamento destes valores reajustados desde a data da proposta, observado o disposto no Decreto Municipal nº 48.971/07, conforme entendimento da Assessoria Jurídica da Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras – SIURB.

Desse modo, considerando que não se tem notícia de entendimento contrário por parte das equipes técnicas do TCM/SP, parecesse-nos que este apontamento pode ser superado. (destaques do original)

- Análise da coordenadoria:

Cumpre observar o que define a Minuta do Contrato – Anexo II do Edital republicado:

6.6. Os preços contratuais serão reajustados, observadas as disposições legais pertinentes, de acordo com a Lei Federal nº 10.192/01, Decreto nº 48.971/07.

[...]

6.6.2 O marco inicial para o cômputo do período de reajuste será a data base da Proposta, nos termos do que dispõe a Lei Federal nº 10.192/2001, e o primeiro reajuste será concedido no mês do aniversário do contrato (peça 56, fl. 5).

Observa-se que está definido como marco inicial de contagem do período de reajuste a database da proposta, em conformidade com o inc. XI do art. 40 da LF nº 8.666/1993.

Conforme manifestação da Origem, o reajuste será realizado quando do aniversário de 1 ano do contrato, retroagindo à data base da proposta.

Entende-se, portanto, que está garantido o direito do reajuste anual considerando como referência a data da proposta e que, apesar de apenas apostilada quando do aniversário do contrato, a atualização será retroativa, de acordo o inc. XI do art. 40 da LF nº 8.666/1993 e o art. 2º da LF nº 10.192/2001.

Portanto, improcedente este quesito da representação.

No ponto, na esteira do entendimento de AUD e da AJ, considero, igualmente, que o dispositivo é suficientemente claro ao estabelecer como marco inicial para o cômputo do período de reajuste a data base da proposta. Ainda que apenas apostilada quando do aniversário do contrato, a atualização será

retroativa, como bem observado pela Auditoria (peça 57, fls. 04-05), em linha com o previsto no artigo 37, XXI, da CRFB de 1988, no inc. XI do art. 40 da LF nº 8.666/1993 e no artigo 2º da LF nº 10.192/2001.

Desta maneira, concluo, igualmente, pela improcedência da Representação neste aspecto.

Quanto ao questionamento da Representante referente ao item 11.4.2: “Exigências de qualificação técnica injustificadamente restritivas para a aferição da capacidade técnica operacional. Houve excesso de especificidade, sem qualquer justificativa técnica, na imposição de qualificação técnica na execução de reservatório ‘subterrâneo’. A exigência restritiva deve ser suprimida do ato convocatório, em obediência ao art. 37, XXI da CF e ao art. 30, II e §5º da Lei 8.666/93, Súmula 30 do C. TCEP e Súmula 263 do C. TCU”.

Como bem explicitado por AUD em sua derradeira manifestação (peça 57), a SP Obras apresentou sua defesa, basicamente, nos seguintes termos:

As exigências que foram estabelecidas no Edital estão corretas e deverão ser mantidas. A impugnante apresenta em seu texto uma narrativa que desconhece a classificação de reservatórios. Os reservatórios podem ser usualmente classificados como elevados, semienterrados ou subterrâneos, sendo estes últimos os que se situam abaixo do nível da superfície do local onde serão implantados.

Ainda que a metodologia construtiva contemple a execução a céu aberto das escavações, das contenções e de estruturas complementares, a classificação do reservatório continua sendo do tipo subterrâneo. As exigências que foram apresentadas para as obras civis geotécnicas (parede diafragma, estaca escavada, tirantes) confirmam isso.

Há que se considerar que existem casos de reservatórios de retenção (piscinões) concebidos para operarem a céu aberto e outros que são concebidos para trabalharem como subterrâneos, como no caso presente. Em função dos tipos específicos e distintos de reservatórios, é que se está exigindo a qualificação estabelecida no Edital e que, portanto, deve ser mantida.

- Análise da coordenadoria:

O item 11.4.2 do Edital de Concorrência nº 013/SPOBRAS/2022 estabelece como exigência de qualificação técnica:

Atestado(s) comprobatório(s) da aptidão técnico-operacional, emitido(s) pelo contratante titular, obrigatoriamente pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da empresa

Licitante, comprovando sua experiência em execução de serviços e obras de características semelhantes às do objeto desta licitação, conforme especificações abaixo:

a) Implantação e/ou construção de Reservatório subterrâneo para amortecimento de pico de cheias, com profundidade $\geq$ a 7,40 metros, tamponado com laje em concreto armado e volume de retenção de no mínimo 67.000m³ (qualitativo); (Peça 51, fl. 13)
Com fulcro na extensa instrução processual realizada no âmbito do TC/000314/2023, que considerou as características do objeto licitado, os projetos básicos, as planilhas orçamentárias de referência e as demais cláusulas dos editais, conclui-se quanto às exigências de qualificação técnica estabelecidas no item 11.4.2 da última publicação de 09.10.23 do Edital de Concorrência nº 016/SPOBRAS/2022 que não foram observadas irregularidades na exigência de comprovação de experiência em “reservatório subterrâneo para amortecimento de picos de cheias, tamponado com laje em concreto armado”, por serem serviços de maior relevância técnica e financeira, em consonância com o inciso I do § 1º do artigo 30 da LF nº 8.666/93, sendo improcedente a representação quanto a esse ponto específico.

É importante destacar que, ao analisar o mesmo tema na representação constante no TC/012843/2023 referente a dois piscinões em processos licitatórios, também se chegou à conclusão de que o aspecto questionado é improcedente.

No ponto, a equipe técnica da coordenadoria VII considerou improcedente a pretensão inaugural, remetendo à conclusão já obtida nesse mesmo sentido, depois de extensa instrução processual observada no bojo do TC/000314/2023 (acompanhamento de Edital), como também no âmbito de outra representação referente a 02 (dois) piscinões (TC/012843/2023).

Desta feita, considerando o caráter técnico, específico e fático da impropriedade, opino, na esteira dos pronunciamentos de AUD, pela improcedência da representação no ponto.

Quanto ao questionamento da Representante referente ao item 11.4.3: “Imposição de quantitativos mínimos para comprovação de capacidade técnico-profissional. A exigência mostra-se contrária ao texto do art. 30, §1º, I. 4”.

Como bem explicitado por AUD em sua derradeira manifestação (peça 57), a SP Obras apresentou sua defesa, basicamente, nos seguintes termos:

A autora alega em sua impugnação que o Edital estabeleceu quantitativos mínimos para a exigência da qualificação técnica-profissional, o que contrariaria a legislação vigente. Entretanto, o

Edital estabeleceu critérios qualitativos para a exigência da qualificação técnica-profissional, de forma que está ocorrendo um equívoco na interpretação por parte da impugnante.

A exigência do Edital é clara ao estabelecer a magnitude das estruturas e serviços que se espera comprovação por parte do profissional que for atuar como responsável pela execução do reservatório. Não foram exigidas, por exemplo, que o profissional comprovasse experiência na execução de tantos metros quadrados de paredes diafragma, de tantos metros lineares de estacas escavadas e nem de tantos metros lineares de tirantes. Foram estabelecidos parâmetros que caracterizam as estruturas desejadas. Igualmente para o reservatório como um todo, as indicações das características geométricas indicam a magnitude do reservatório e não quantidades de estruturas semelhantes que o profissional tenha executado. Assim sendo, a qualificação técnica-profissional exigida no Edital está correta e deve ser mantida.

- Análise da coordenadoria:

O item 11.4.3 do Edital de Concorrência nº 013/SPOBRAS/2022 estabelece como exigência de qualificação técnica:

Para comprovação da capacidade técnico-profissional a licitante deverá comprovar possuir no seu quadro permanente, na data prevista para apresentação dos documentos de habilitação, profissional(is) com formação em Engenharia Civil, detentor(es) de acervo técnico, com atestado(s) de desempenho anterior fornecido por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, acompanhado(s) de Certidão de Acervo Técnico (CAT), comprovando sua experiência em execução de serviços e obras de características semelhantes às do objeto desta licitação, conforme abaixo:

a) Implantação e/ou construção de Reservatório subterrâneo para amortecimento de pico de cheias, com profundidade $\geq$ a 7,40 metros, tamponado com laje em concreto armado e volume de retenção de no mínimo 67.000m³ (qualitativo);

b) Execução de Obras Cíveis Geotécnicas, comprovando as exigências mínimas Cód. 042 (Versão 05) 10 012129/2023 de:

b.1) Parede Diafragma Plástica com espessura $\geq$ a 0,40 metros;

b.2) Estaca Escavada com diâmetro $\geq$ a 1,0 metros;

b.3) Tirantes $\geq$ a 80Tf;

Em contraste do observado nas condições exigidas pelo edital para qualificação técnicooperacional, não há a indicação de quantitativos mínimos a serem comprovados para qualificação técnica-profissional, ocorrendo apenas exigências qualitativas para

fins de qualificação técnico-profissional, conforme exposto no âmbito do TC/000314/2023:

Em sua última defesa, a Origem afirmou que: “[...] Com relação a qualificação técnica profissional, na republicação do edital serão eliminadas as exigência de quantidades mínimas mantendo apenas exigências de caráter qualitativo.” (peça 70, fl. 7).

Após análise dos termos da Errata do Edital, verificou-se a exclusão da exigência relativa à Instalação de Sistema de Bombeamento e Recalque e a exigência apenas qualitativa dos atestados de qualificação técnico-profissional, visto que há um quantitativo mínimo apenas para à qualificação técnico-operacional:

11.4. Relativos à Qualificação Técnica

11.4.2 Atestado(s) comprobatório(s) da aptidão técnico-operacional, (...)

a) Implantação e/ou construção de Reservatório subterrâneo para amortecimento de pico de cheias, com profundidade $\geq$ a 7,40 metros, tamponado com laje em concreto armado e volume de retenção de no mínimo 67.000m³ (qualitativo);

b) Execução de Obras Civis Geotécnicas, comprovando as exigências mínimas de:

b.1) Parede Diafragma Plástica com espessura $\geq$ a 0,40 metros: 5.300 m²;

b.2) Estaca Escavada com diâmetro $\geq$ a 1,0 metros: 4.000 metros;

b.3) Tirantes $\geq$ a 80Tf: 1.000 m;

c) Excluído

d) Excluído

11.4.2 Atestado(s) comprobatório(s) da aptidão técnico-profissional, (...)

a) Implantação e/ou construção de Reservatório subterrâneo para amortecimento de pico de cheias, com profundidade $\geq$ a 7,40 metros, tamponado com laje em concreto armado e volume de retenção de no mínimo 67.000m³ (qualitativo);

b) Execução de Obras Civis Geotécnicas, comprovando as exigências mínimas de:

b.1) Parede Diafragma Plástica com espessura $\geq$ a 0,40 metros;

b.2) Estaca Escavada com diâmetro $\geq$ a 1,0 metros;

b.3) Tirantes $\geq$ a 80Tf;

c) Excluído

d) Excluído (grifos no original, peça 99)

Cabe pontuar que na Errata do Edital possuem 2 erros formais que cabem a correção pela Origem:

[...]

Considerando se tratarem de erros meramente formais que fogem do mérito do apontado, o apontamento está superado. (grifos no original, fls. 25/26 do TC/000314/2023).

Assim, considerando a análise realizada no âmbito do TC/000314/2023, improcedente a representação quanto a esse ponto específico.

No ponto, assim como no item anterior, a equipe técnica da coordenadoria VII remeteu ao entendimento obtido no âmbito do TC/000314/2023 (acompanhamento de Edital), no sentido de que “...em contraste do observado nas condições exigidas pelo edital para qualificação técnico-operacional, não há a indicação de quantitativos mínimos a serem comprovados para qualificação técnica-profissional, ocorrendo apenas exigências qualitativas para fins de qualificação técnico-profissional.”

Desta feita, considerando o caráter técnico, específico e fático da impropriedade, opino, na esteira dos pronunciamentos de AUD, pela improcedência da representação no ponto.

Quanto ao questionamento da Representante referente ao item 14.1’e’: “Foi imposta condição prévia para a análise dos documentos de habilitação, não prevista em lei. Além disso, foi exigida regularidade fiscal relativamente a tributos imobiliários, o que não se relaciona com o objeto da licitação, que abarca a execução de obras e serviços de engenharia. A exigência restritiva deve ser suprimida do ato convocatório em consonância com o art. 17 da Lei 14.133/21, arts. 27 e 29, II e III da Lei 8.666/93”.

Como bem explicitado por AUD em sua derradeira manifestação (peça 57), a SP Obras apresentou sua defesa, basicamente, nos seguintes termos:

A Representante protesta pelo disposto no subitem “14.1” do Edital, cujas alíneas reproduzem o link dos sites que serão consultados para atendimento a Resolução TCMSP nº 12/2019 que aprova a Instrução nº 02/2019, a qual estabelece uma relação, não exaustiva, de documentos a serem consultados pela Administração Pública Municipal.

Assim, em que pese não haver previsão na legislação federal que regula os procedimentos licitatórios, deve a SPObras, na qualidade de empresa estatal municipal, observar o quanto determinado pelo Órgão de Controle de Contas deste Município -TCM/SP, pelo que se dá transparência aos licitantes por meio disposição editalícia, norma que regula a licitação e vincula as partes.

Desse modo, estando amparada legalmente a disposição editalícia, entendemos que este apontamento resta superado.

- Análise da coordenadoria:

O item 14.1 do Edital de Concorrência nº 013/SPOBRAS/2022 estabelece:

14.1. Como condição prévia ao exame da documentação de habilitação das licitantes classificadas até os três primeiros lugares, a Comissão Permanente de Licitações verificará eventual descumprimento das vedações de participação na licitação, mediante consulta ao:

a) Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no endereço eletrônico www.cnj.jus.br/improbidade_adm/consultar_requerido.php;

b) Cadastro Nacional das Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, no endereço eletrônico <http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/ceis?ordenarPor=nome&direcao=asc>

c) Portal de Sanções Administrativas, no endereço eletrônico https://www.bec.sp.gov.br/Sancoes_ui.aspx/ConsultaAdministrativaFornecedor.aspx

d) Rol de Empresas Punidas, disponível no endereço eletrônico http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/gestao/suprimentos_e_servicos/empresas_punidas/index.php?p=9255

e) IPTU (específico para o Município de São Paulo) https://duc.prefeitura.sp.gov.br/certidoes/forms_anonimo/frmConsultaEmissaoCertificado.aspx

Obs.: Quando o licitante não possuir imóvel cadastrado em seu nome, deverá ser apresentada a Certidão de Rol Nominal expedida pela Secretaria Municipal da Fazenda com base na Portaria SF nº 04 de 05 de Janeiro de 2012.

f) ISS (específico para o Município de São Paulo) http://www3.prefeitura.sp.gov.br/DividaAtivaConsDebSimp/Forms/frm001_Entada.aspx

g) Apenadas TCESP
<https://www4.tce.sp.gov.br/publicacoes/apenados/apenados.shtm>

h) SICAF (Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores)
<https://www3.comprasnet.gov.br/sicafweb/public/pages/consultas/consultarCRC.jsf>

i) CADICON (Cadastro Integrado de Condenações por Ilícitos Administrativos) – Lista de Inidôneos do Tribunal de Contas da União
https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=1660:3:::NO:3,4,6::&cs=3Q_cU4qKkb3moRm bUTUYtIMdfJP8

As exigências acima dispostas estão em conformidade com a Instrução nº 02/194 (aprovada pela Resolução nº 12/2019) deste Tribunal de Contas do Município de São Paulo, a qual “Estabelece uma relação, não exaustiva, de documentos a serem consultados pela Administração Pública Municipal, previamente à celebração dos contratos, convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres”.

Desta forma, improcedente a representação quanto a esse ponto específico.

No ponto, em nada me oponho ao exarado no minucioso parecer da Assessoria Jurídica (peça 59), motivo pelo qual peço vênia para transcrever as suas razões, das quais me filio e integro o inteiro teor ao meu parecer.

Quanto à alegação de criação de etapa procedimental como pré-condição de habilitação (item 2.6), verifica-se que o item 14.1 do Edital espelha o que apenas previsto na Instrução nº 02/2019 (aprovada pela Resolução TCMSP nº 12/2019), visando a orientação da Administração Pública municipal de consulta prévia à celebração dos contratos, convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, de uma lista não exaustiva de documentos, conforme o caso (artigo 1º da Resolução). Assim, não é de rigor assinalar que se trata de nova fase procedimental, como alega a Representante. Além disso, por se tratar simples reprodução de rol não exaustivo, ajustável conforme o caso, sequer se confundindo com os documentos e a fase de julgamento dos documentos de habilitação (itens 11 e 14.2 do Edital), a partir inclusive de uma interpretação sistemática dos dispositivos do Edital, afigura-se improcedente a Representação neste ponto.

Com efeito, concluo, igualmente, pela improcedência da Representação neste aspecto.

Quanto ao questionamento da Representante referente ao item 12.6.6: “Permite a inserção de documentos faltantes após a abertura dos envelopes, em frontal violação ao regramento da diligência contido no art. 43, §3º da Lei 8.666/93”.

Como bem explicitado por AUD em sua derradeira manifestação (peça 57), a SP Obras apresentou sua defesa, basicamente, nos seguintes termos:

A Representante protesta pelo disposto no subitem “12.6.6” do Edital, cuja disposição encontra respaldo legal no §5º c.c. o inciso VI do Art. 16 da Lei Municipal nº 13.278/2002, cuja redação foi dada pela LM nº 14.145/2006, que destacamos:

Art. 16. As modalidades de licitação são aquelas previstas na legislação federal e o processamento de cada uma delas no Município de São Paulo estará sujeito às normas específicas previstas nesta lei, devendo obedecer ao seguinte procedimento: (Redação dada pela Lei nº 14.145/2006)

VI – abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação dos concorrentes cujas propostas tenham sido classificadas até os três primeiros lugares; (Redação dada pela Lei nº 14.145/2006)

§ 5º Para os efeitos do disposto no inciso VI do “caput”, admitir-se-á o saneamento de falhas, desde que, a critério da Comissão de Licitação, os elementos faltantes possam ser apresentados no prazo máximo de 3 (três) dias, sob pena de inabilitação do licitante e aplicação da multa prevista no edital. (Redação dada pela Lei nº 14.145/2006) (g.n)

§ 6º Os erros materiais irrelevantes serão objeto de saneamento, mediante ato motivado da Comissão de Licitação. (Redação dada pela Lei nº 14.145/2006)

Como se vê, em que pese o item ora impugnado não ter amparo legal na LF 8.666/93 ele tem previsão na legislação municipal, a qual também é regedora do certame conforme subitem 2.2. do edital.

- Análise da coordenadoria:

O Edital, em seus subitens 12.6.6 e 12.6.7, apresenta redação alinhada ao que rege o art. 16, inciso VI, em conjunto aos §5º e §6º da Lei Municipal nº 13.278/2002, de forma que é improcedente a representação quanto a esse ponto específico.

No ponto, assim como no item anterior, em nada me oponho ao exarado no minucioso parecer da Assessoria Jurídica (peça 59), motivo

pelo qual peço vênha para transcrever as suas razões, das quais me filio e integro o inteiro teor ao meu parecer.

Quanto à alegação de que o item 12.6.6 do Edital viola os princípios da Administração Pública e a legislação aplicável às licitações públicas (item 2.7), não assiste razão à Representante. De fato, como esclarecido pela SPObras (peça 47, fls. 04-05), trata-se de dispositivo que reproduz o previsto no artigo 16, VI, c/c §§5º e 6º, da Lei Municipal nº 13.278/2002, que se sabe aplicável à espécie. Ademais disso, afigura-se aodado assinalar a priori que o saneamento de falhas de que trata o item 12.6.6 do Edital viola o direito objetivo, uma vez que nada impede, se for o caso, que os limites da atuação da Administração Pública sejam verificados a posteriori, em especial quanto à eventual inserção de documentos faltantes, quando exarado ato motivado da Comissão de Licitação, após a realização de diligências. Por essas razões, resta improcedente este ponto da Representação.

Desta maneira, concludo, igualmente, pela improcedência da Representação neste aspecto.

Portanto, conforme as razões acima expostas, opino pelo conhecimento da presente Representação e, no mérito, entendo por: i) prejudicada a Representação, pela perda superveniente do objeto, no que toca à alegada defasagem do orçamento referencial (item 8.1º); e ii) improcedente a

⁹ item 8.1 - orçamento defasado em mais de 15 meses, impedindo o correto dimensionamento dos custos da obra e a avaliação das propostas, em violação aos artigos art. 6º, ix e alínea 'f'; art. 40, § 2º, ii; 43, iv; 44, §3º e 48, ii todos da lei 8.666/93.

exordial quanto ao item 13.1.1¹⁰; a cláusula 6.6.2¹¹ (Anexo II - Minuta do contrato); o item 11.4.2¹²; o item 11.4.3¹³; o item 14.1."e"¹⁴; e o item 12.6.6¹⁵.

Senhoria. É o meu parecer que submeto à consideração de Vossa

São Paulo, 7 de março de 2024.

Fabio Hayashi Goulart
Assessor de Gabinete I
OAB/SP nº 325.259

¹⁰ item 13.1.1 - previsão de atualização do orçamento estimativo, de julho/22 (sua data base) até a data da apresentação das propostas, outubro/23, por índice fixo (ipc), o que não refletirá a variação real dos insumos no mercado. o orçamento defasado não pode ser atualizado por índice fixo, e sim de forma dinâmica, refletindo a real variação dos insumos no mercado.

¹¹ cláusula 6.6.2 do contrato - reajuste previsto a partir do aniversário da assinatura do contrato e não da proposta, como dispõe a lei. a cláusula 6.6.2 deve ser retificada em consonância com o art. 37, xxi da CF, art. 40, xi da lei 8.666/93 e art. 3º, §1º da lei nº 10.192/2011.

¹² item 11.4.2 - exigências de qualificação técnica injustificadamente restritivas para a aferição da capacidade técnica operacional. Houve excesso de especificidade, sem qualquer justificativa técnica, na imposição de qualificação técnica na execução de reservatório 'subterrâneo'. a exigência restritiva deve ser suprimida do ato convocatório, em obediência ao art. 37, xxi da CF e ao art. 30, ii e §5º da lei 8.666/93, Súmula 30 do c. TCESP e súmula 263 do c. TCU.

¹³ item 11.4.3 – imposição de quantitativos mínimos para comprovação de capacidade técnico-profissional. a exigência mostra-se contrária ao texto do art. 30, §1º, i. 4.

¹⁴ item 14.1'e' – foi imposta condição prévia para a análise dos documentos de habilitação, não prevista em lei. além disso, foi exigida regularidade fiscal relativamente a tributos imobiliários, o que não se relaciona com o objeto da licitação, que abarca a execução de obras e serviços de engenharia. A exigência restritiva deve ser suprimida do ato convocatório em consonância com o art. 17 da lei 14.133/21, arts. 27 e 29, ii e iii da lei 8.666/93.

¹⁵ item 12.6.6. – permite a inserção de documentos faltantes após a abertura dos envelopes, em frontal violação ao regramento da diligência contido no art. 43, §3º da lei 8.666/93.