

**Excelentíssimo Senhor
Conselheiro Relator JOÃO ANTÔNIO**

Relatório Conclusivo de Representação.

Ref.: Representação em face do Edital de Concorrência Pública Presencial 01/SMSUB/COGEL/2024, cujo objeto é o registro de preços para prestação de serviços de conservação e manutenção da malha viária urbana da cidade de São Paulo

1. INTRODUÇÃO

Trata o presente de **REPRESENTAÇÃO** apresentada pela empresa VIPI ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS EIRELI, inscrita sob o CNPJ nº 32.398.056/0001-32, em face de suposto indício de ilegalidades no Edital da Concorrência Pública Presencial nº 01/SMSUB/COGEL/2024, com fundamento no artigo 170, § 4º, da Lei nº 14.133/2021 (**Processo SEI nº 6012.2024/0028075-3**).

O objeto do referido Edital é o Registro de Preços para a Prestação de Serviços de Conservação e Manutenção da Malha Viária Urbana da Cidade de São Paulo, com valor estimado de R\$ 1.702.617.923,98 (um bilhão, setecentos e dois milhões, seiscentos e dezessete mil, novecentos e vinte e três reais e noventa e oito centavos).

A sessão de abertura ocorreu às 10h30 do dia 23.12.24.

O Representante requer, *ad cautelam*, a imediata suspensão do certame até o julgamento da presente representação, com a posterior retificação do edital e sua republicação.

Consigna-se que o presente edital está sendo analisado no bojo dos autos do TC/024111/2024.

Neste momento, em atendimento ao determinado à peça 13, e considerando a manifestação prévia da SMSUB à peça 12, passamos à análise da Representação, em sede de Relatório Conclusivo, previsto no §2º do art. 3º da Resolução nº 18/19 deste E. Tribunal.

Destaca-se que esse Relatório se limitou à abrangência do objeto da Representação, em conformidade com a determinação proferida na 2.922ª Sessão Ordinária deste Tribunal¹.

2. ANÁLISE

2.1. Exigência de demonstrações financeiras somente do último exercício social

Argumentos da Representação (peça 01)

Informou que o subitem 9.1.4.1 do edital exige que a qualificação econômico-financeira seja realizada pela apresentação de balanço patrimonial e demonstrações contábeis exclusivamente do último exercício social. Contudo, tal exigência iria de encontro com a Lei 14.133/2021, art. 69, I, que estabelece que a habilitação econômico-financeira deve ser comprovada por meio do balanço patrimonial, demonstração de resultado do exercício e demais demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios sociais.

Argumentou que a previsão editalícia, ao restringir a exigência ao último exercício social, além de contrariar a legislação vigente, comprometeria a análise mais ampla e objetiva da saúde financeira das licitantes. Neste sentido, a análise de dois exercícios, como previsto em lei, seria indispensável para se verificar a consistência e a regularidade da situação econômico-financeira da empresa ao longo do tempo, evitando distorções causadas por eventuais situações atípicas ou conjunturais que possam ter ocorrido em um único exercício.

De modo que, para o representante, a disposição contida no item 9.1.4.1 do edital incorreria em flagrante ilegalidade, violando o princípio da legalidade, que norteia os procedimentos licitatórios, além de comprometer a transparência e a regularidade da seleção de propostas. Tal vício configuraria nulidade do dispositivo, sendo necessária sua adequação às disposições da Lei 14.133/2021, sob pena de inviabilizar a continuidade do certame.

¹ “ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a cientificação do presente Acórdão à Secretaria Geral, à Assessoria Jurídica de Controle Externo e à Secretaria de Fiscalização e Controle deste Tribunal, a fim de que se atenham à abrangência do objeto no curso da instrução processual, em observância ao princípio da adstrição, previsto expressamente no artigo 492 do Novo Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária no âmbito desta Corte de Contas, cujo teor é o que segue: ‘Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado’”.

Manifestação Prévia da Origem (peça 12)

A Origem informou que “No tocante ao presente apontamento, esta SMSUB – Secretaria Municipal das Subprefeituras irá adequar o edital, incluindo as exigências legais do art. 69, inciso I, da Lei Federal nº 14.133/2021” (peça 12, fl. 2).

Análise conclusiva da Coordenadoria

Assiste razão ao representante. O artigo 69, I da Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações- NLL) é claro ao estabelecer que, para fins de habilitação econômico-financeira, o licitante deverá apresentar “balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais”. A única possibilidade de se exigir documentos referentes apenas ao último exercício financeiro é “no caso de a pessoa jurídica ter sido constituída há menos de 2 (dois) anos” (§6º do artigo 69, NLL).

Contudo, no edital republicado, o subitem 9.1.4.1 foi corrigido, estando neste momento em harmonia com o supramencionado dispositivo legal. Faltou apenas a correção do subitem 9.1.4.2, uma vez que este ainda apresenta a expressão “do último exercício social”².

Portanto, houve **superação** da irregularidade presente no subitem 9.1.4.1, em razão de sua retificação no edital republicado em 20.12.2024 (documento SEI 116722092- peça 16). **Contudo, faltou a retificação do subitem 9.1.4.2, que ainda apresenta a expressão “do último exercício social”.**

2.2. Previsão de benefícios para micro e pequenas empresas

Argumentos da Representação (peça 01)

² 9.1.4.2. A comprovação da qualificação econômico-financeira se dará por meio de apresentação de Demonstrações Contábeis completas, compostas por Balanço Patrimonial, Demonstração de Resultados, Demonstração de Lucros ou Prejuízos Acumulados, Demonstração de Fluxo de Caixa, Demonstração de Valor Adicionado e Notas Explicativas, do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da Lei, que comprovem a boa situação financeira da proponente, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de três meses da data da apresentação da proposta. (grifamos)

Afirmou que o presente certame viola a Lei 14.133/2021 ao prever, no subitem 7.8 do edital, a concessão de todos os benefícios estabelecidos pela Lei Complementar 123/2006 às microempresas e empresas de pequeno porte.

A violação ocorreria especificamente ao artigo 4º, § 1º, inciso II, da mencionada Lei, que vedaria o tratamento diferenciado a essas empresas em licitações de obras ou serviços de engenharia cujo valor estimado ultrapassasse a receita bruta máxima permitida para enquadramento como empresa de pequeno porte.

Ressaltou que, ao manter tais benefícios no edital, o órgão licitante desrespeita a legislação vigente, comprometendo a regularidade do certame e violando o princípio da legalidade.

Manifestação Prévia da Origem (peça 12)

No tocante ao presente apontamento, esta SMSUB - Secretaria Municipal das Subprefeituras entende que a previsão de benefícios para pequenas empresas não macula o procedimento licitatório, pelo contrário, permite haja maior participação e competitividade no certame.

Além disso, o edital e seus respectivos anexos foram detidamente analisados pela assessoria jurídica da pasta e aprovados pela E. Corte de Contas Municipal, a qual entendeu que o procedimento licitatório reúne condições para seu prosseguimento, nos termos até então delineados. (peça 12, fl. 2)

Análise conclusiva da Coordenadoria

A Nova Lei de Licitações, no artigo 4º, §1º, inciso II, estabelece que não se aplica o tratamento favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte (LC 123/2006, artigos 42 a 49), **“no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte”**.

O limite atual para enquadramento como empresa de pequeno porte é R\$ 4.800.000,00 (artigo 3º, inciso II, LC 123/2006). Todos os valores que constam no subitem 2.5, Tabela II (Edital, fls. 05/07) ultrapassam este limite.

Assim, não se aplica à presente licitação o dever administrativo de reservar a cota de **até 25%** (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno,

em razão do objeto não ser a “aquisição de bens de natureza divisível” (artigo 48, III, LC 123/2006).

Da mesma forma, não se aplicam os benefícios dos artigos 42 a 45 da Lei Complementar nº 123/06 (possibilidade diferenciada para regularização de documentos e critério de desempate mais favorável), por expressa previsão do artigo 4º da Lei 14.133/2021, caput, C/C §1º, inciso II.

Importante salientar, ainda, que o caso em tela não guarda similaridade com o precedente desta Corte - TC/015487/2022 - julgado durante a 3.309ª Sessão Ordinária do Plenário desta Corte, em **28.02.2024**³, uma vez que se tratava do pregão 80/SME/2022, cujo objeto era a aquisição de cestas básicas, ou seja, bem de natureza claramente divisível.

Portanto, **procedente** o ponto impugnado quanto à indevida previsão no edital dos benefícios previstos nos artigos 42 a 45 da LC 123/2006.

2.3. Vedação de participação de consórcios

Argumentos da Representação (peça 01)

Alega a representante que a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio, prevista no item 3.3.4 do edital, viola o disposto no artigo 15 da Lei 14.133/2021, que estabelece como regra a permissão para consórcios, salvo vedação justificada. Argumenta que essa restrição reduz significativamente a competitividade, excluindo empresas que, unidas, poderiam atender às exigências técnicas e entregar propostas mais vantajosas para o Município.

Para fundamentar, cita a doutrina de Marçal Justen Filho, destacando que, dada a complexidade do objeto licitado e as exigências de habilitação amplamente restritivas, permitir a participação de consórcios é uma medida que amplia o universo de concorrentes. Argumenta que o edital não apresenta qualquer justificativa técnica ou jurídica que sustente a proibição. Conclui afirmando

³ ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher o edital do Pregão Eletrônico 80/SME/2022, quanto aos aspectos de legalidade, formalidade e mérito. ACORDAM, ainda, à unanimidade, consoante proposta formulada pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, constante em sua declaração de voto apresentada, em determinar à Pasta que revise os parâmetros utilizados no edital, a fim de que, nos futuros certames com o mesmo objeto, a administração torne viável a participação das microempresas e empresas de pequeno porte, em referência ao princípio insculpido nos artigos 170, IX e 179 da Constituição Federal. (TC/015487/2022, peça 43, fl. 07).

que a vedação, motivada ou desmotivada, à participação de consórcios configura um grave vício no edital, devendo ser corrigida para garantir a legalidade, a ampla concorrência e o melhor interesse público.

Manifestação Prévia da Origem (peça 12)

No tocante ao item acima transcrito, imperioso relembrar que a vedação ou não da participação de empresas reunidas em consórcio é uma discricionariedade da Administração Pública. Nessa esteira, cita-se o preconizado pelo art. 15, da Lei Federal nº 14.133/2021:

Art. 15. **Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório**, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas: (grifo nosso)

Do trecho legal acima colacionado, observa-se que é cristalina a faculdade concedida pelo Legislador ao Poder Público, a qual possibilitou que o Órgão responsável pela condução do certame avalie tecnicamente, e com bases em suas experiências, e assim estabeleça se a admissão de consórcio trará vantagem ao procedimento licitatório.

A r. Equipe Técnica do E. TCM/SP, por sua vez, alega que a participação de consórcios poderá propiciar a ampliação a participação de interessados, e até mesmo propiciar melhores condições de execução, já que em virtude da natureza dos serviços e do vulto da contratação, a expertise de cada consorciada complementa e se agrega com as demais empresas reunidas no consórcio.

Contudo, ressalta-se que a vedação da participação de empresas reunidas em consórcio no presente certame não só assegura a justa competição entre os licitantes devidamente capacitados para tanto, mas também assegura a obtenção de resultado mais vantajoso para a Administração Pública.

Tendo por base tal interpretação, esta *SMSUB - Secretaria Municipal das Subprefeituras* ao prever a vedação ora abordada, busca evitar que empresas que individualmente já possuem as qualificações necessárias ao certame sejam suplantadas por empresas que somente por se reunirem em um consórcio passam a atender os requisitos de qualificação técnica exigidos no Edital de Licitação.

Ou seja, busca-se evitar o surgimento de um poder econômico desproporcional por parte dessas empresas que somente reunidas em consórcio passam a atender a qualificação técnica exigida, poder este que prejudica o caráter competitivo do certame, o qual deve se pautar essencialmente na capacidade técnica comprovável das licitantes e na vantagem para a Administração.

Além disso, a vedação prevista objetiva evitar o cerceamento da competitividade decorrente da formação de consórcios por empresas que poderiam concorrer entre si, e busca coibir a formação de carteis que manipulem os preços na Licitação, o que, por conseguinte, geraria propostas menos vantajosas à Administração Pública.

Desta forma, a vedação estabelecida não se configura como violação ou mesmo importa qualquer prejuízo à ampla competitividade da licitação, bem como a sua

eventual permissão também não garantiria ampliação da competitividade, podendo ainda se figurar como prejudicial à disputa, na medida em que ensejaria restrição da competição, conforme muito bem explanado no Estudo Técnico Preliminar realizado.

De todo o exposto, resta cristalino que a permissão ou não da participação de empresas reunidas em consórcio em licitação se afigura como prerrogativa da Administração, sendo a vedação ou não da participação de consórcio de empresas discricionariedade da administração pública cuja justificativa não se apresenta como exigência para a sua imposição pela SMSUB – Secretaria Municipal das Subprefeituras, assim como a vedação estabelecida no item 3.3.4, do referido Edital não representa violação ou mesmo importe qualquer prejuízo à ampla competitividade da licitação. (grifos no original - peça 12, fls. 2/3).

Análise conclusiva da Coordenadoria

O aspecto em questão foi objeto de análise no Relatório Preliminar de Acompanhamento de Edital, no âmbito do TC/024111/2024, no qual se concluiu que:

A vedação de participação de empresas em consórcio sem a fundamentação técnica adequada torna precário o atributo da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, restringindo, sobremaneira, o caráter competitivo do certame, em infringência ao art. 15 da LF nº 14.133/21. (TC/024111/2024, peça 8, fl. 39).

Por conseguinte, considera-se o aspecto impugnado **procedente**.

Contudo, conforme consignado no Despacho da peça 10 daquele TC, o presente apontamento foi **superado** de plano, não subsistindo necessidade de análise complementar acerca do item.

2.4. Ausência de justificativa para a adoção da modalidade presencial

Argumentos da Representação (peça 01)

Argumenta o representante que a ausência de justificativa para a escolha da modalidade presencial fere os princípios que regem a Administração Pública, especialmente o da legalidade e o da motivação. Sustenta que o artigo 17, §2º, da Lei nº 14.133/21 estabelece preferência pela forma eletrônica nas licitações, admitindo o formato presencial apenas quando devidamente justificado, o que não ocorreu no caso em questão. Além disso, ressalta que a ausência de fundamentação pode comprometer a transparência e a isonomia do processo licitatório, elementos essenciais para garantir a regularidade do certame.

Manifestação Prévia da Origem (peça 12)

De início, destaca-se que a Lei Federal nº 14.133, de abril de 2021, estabelece que, **sempre que possível**, a licitação deverá ser realizada no formato eletrônico, **contudo, o texto legal prevê a possibilidade de realização na forma presencial, desde que motivada**, senão vejamos:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

(...)

§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, **admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada**, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

(...)

§ 5º Na hipótese excepcional de licitação sob a forma presencial a que refere o § 2º deste artigo, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento. (grifo nosso).

Neste caso, conforme elucidado no Estudo Técnico Preliminar, a modalidade adotada é amparada e regida pela Lei Federal nº 14.133/2021, de modo que a concorrência é a modalidade de licitação adotada para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia.

No caso tela, tem-se que o objeto a ser contratado se enquadra no ramo dos serviços comuns de engenharia, uma vez que a prestação de serviços de conservação e manutenção da Malha Viária Urbana, abrangerá não só a requalificação do pavimento asfáltico, como também a readequação da infraestrutura de drenagem superficial (guias, sarjetas, sarjetões) e o reforço estrutural, quando necessário.

Ademais, é imperioso destacar que embora os referidos serviços que se pretende contratar a partir do Edital ora auditado sejam, por natureza, comuns, não necessariamente revestem-se da simplicidade que naturalmente se costuma atrelar a tal definição, sendo perfeitamente factível que tais serviços comuns se afigurem como complexos, uma vez que a expressão “comum” não é sinônimo de ausência de complexidade técnica.

Outrossim, diante do amparo legal acima colacionado, justifica-se a partir das características indispensáveis de serem observadas no presente certame. Isso porque, no tocante aos critérios de julgamento estabelecidos, verifica-se que as plataformas online, utilizadas para realização das licitações na modalidade eletrônica, não permitem modificações sistêmicas capazes de alterar o critério de julgamento para contemplar descontos relacionados ao de menor coeficiente (DESCONTO “K”).

Para melhor elucidação do arrazoado, é necessário rememorar que o objeto que se pretende contratar, qual seja, a Prestação de Serviços de Conservação e Manutenção da Malha Viária Urbana da Cidade de São Paulo, é dotado de grande especificidade uma vez que recai sobre ele a impossibilidade de se determinar os quantitativos a serem demandados em cada um dos trechos de via. Tal

característica não comporta a utilização de critérios de julgamento diversos do adotado que possibilitaram a realização no formato eletrônico.

Dessa forma, acerca das citadas especificidades intrínsecas à execução dos Serviços de Conservação e Manutenção da Malha Viária da Cidade de São Paulo, pertinente se faz aclarar que tais serviços, embora sejam demandados permanentemente, tais demandas apresentam sensíveis variações quanto às quantidades, dimensões de execução, espessura da fresa, tipo de revestimento (CBUQ ou SMA) e a necessidade ou não de reparo estrutural em maior ou menor espaço que diferem de acordo com a via na qual os serviços serão executados, dado o tamanho e a heterogeneidade da malha viária de uma cidade como São Paulo.

Por este motivo, quando a licitante elaborar sua PROPOSTA COMERCIAL, nos termos do Edital na qual apresentará o desconto “K” que incidirá sobre os itens da Planilha de Custos Unitários (ANEXO II DO EDITAL), a qual, elenca centenas de itens distintos especificados individualmente, deverá fazê-lo levando em consideração toda gama de estimativas em relação ao que efetivamente possa vir a ser demandado quando da contratação dos serviços, tanto no que se refere à mão de obra que venha a ser necessária, como quanto à natureza e quantidades dos inúmeros insumos que possam vir a ser demandados.

Como se pode verificar a partir do que discorremos até o momento, são das inúmeras especificidades, notadamente, as inerentes à determinação técnica de tudo o que é necessário para a boa execução dos serviços, que exurge a necessidade de que a forma de aferição da distinção entre o que cada licitante se preporá a fornecer à Municipalidade seja uma PROPOSTA COMERCIAL, o que é possível em uma CONCORRÊNCIA PÚBLICA, ao passo que tais aferições não são possíveis em relação a um “LANCE”, que é o ato típico de um Pregão, presencial ou eletrônico.

Isto posto, sublinha-se que a **escolha pelo formato presencial dar-se-á apenas e tão somente em razão de limitações sistemáticas** (tecnologias utilizadas para realizar os certames de forma eletrônica), uma vez que o objetivo desta SMSUB – Secretaria Municipal das Subprefeituras é garantir que a contratação do objeto, pautar-se em estrita observância aos institutos principiológicos do Direito Público, notadamente no que se refere ao Princípios da Transparência e da Vantajosidade. (grifos no original - peça 12, fls. 3/5)

Análise conclusiva da Coordenadoria

O aspecto em questão foi objeto de análise no Relatório Preliminar de Acompanhamento de Edital, no âmbito do TC/024111/2024, no qual se concluiu que:

A realização do procedimento licitatório presencial é indevida, prejudica a competitividade e está em desacordo com decisão recente deste Tribunal e com os art. 17, §2º da LF nº 14.133/21 e art. 8º do DM nº 60.100/22. (TC/024111/2024, peça 8, fl. 39).

Por conseguinte, considera-se o aspecto **procedente**.

Contudo, conforme consignado no Despacho da peça 10 daquele TC, o presente apontamento foi **superado** de plano, não subsistindo necessidade de análise complementar acerca do item.

2.5. Do critério de julgamento pelo “Menor Coeficiente de Desconto K”

Argumentos da Representação (peça 01)

A representante se insurge contra o critério de julgamento estabelecido no edital, baseado no menor coeficiente de desconto K, argumentando que ele não assegura a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração. Aponta que a liberdade concedida às licitantes para definir o percentual de BDI (Benefício e Despesas Indiretas) permite distorções significativas no cálculo do preço final, possibilitando que uma proposta com menor K, mas BDI elevado, resulte em custo superior a outras com coeficientes diferentes.

Defende que essa prática viola o artigo 34 da Lei 14.133/2021, que determina que o julgamento deve considerar o menor dispêndio total para a Administração, alinhado aos padrões mínimos de qualidade. Ressalta que a ausência de critérios para avaliar o impacto do BDI compromete os princípios da eficiência e da vantajosidade, podendo ocasionar prejuízos ao erário. Por fim, pleiteia que o edital contemple regras claras e objetivas que garantam a consideração do menor dispêndio total no julgamento das propostas.

Manifestação Prévia da Origem (peça 12)

No tocante ao apontamento acima transcrito, cumpre-nos asseverar que o critério de julgamento pelo "MENOR COEFICIENTE DE DESCONTO K" se encontra bem delineado no Edital e seus respectivos anexos.

Nessa esteira, é certo dizer que o critério adotado se justifica a partir das características indispensáveis de serem observadas no presente certame. Isso porque, no tocante aos critérios de julgamento estão preservados a vantajosidade técnica e econômica da presente licitação.

Ademais, o Representante ao suscitar as irregularidades sobre o item em comento, restringe-se a mencionar que o edital deverá contemplar regras claras e objetivas, sem adentrar, contudo, em quais regramentos previstos estão obscuros e causam dubiedade no entendimento dos interessados.

Por derradeiro, é imperioso ponderar que o E. TCM/SP - Tribunal de Contas do Município de São Paulo analisou detidamente o Edital e seus respectivos anexos, entendendo que este reúne condições para seu prosseguimento. Isto posto, não há qualquer afronta à legislação vigente e aos princípios basilares do direito

administrativo na Concorrência Pública Presencial 01/SMSUB/COGEL/2024.
(peça 12, fls. 5/6)

Análise conclusiva da Coordenadoria

Primeiramente, destaca-se que a SMSUB não apresentou uma resposta adequada à Representação. Contrariamente ao que a SMSUB alega, a redação do Edital pode, de fato, induzir à interpretação do Representante de que a avaliação consideraria apenas o desconto, sem levar em conta o BDI.

Contudo, conforme disposto no Anexo II – Planilha de Custos Unitários do Termo de Referência, o critério adotado contempla o preço ofertado acrescido do BDI. Nesse mesmo sentido, a classificação registrada na Ata da Sessão Pública (DOC SEI 117047079) considerou tanto o coeficiente “k” quanto o BDI.

Dessa forma, conclui-se que o aspecto impugnado é **improcedente**.

Todavia, considerando a ambiguidade da redação do Edital, recomenda-se sua reformulação em futuros certames, a fim de evitar interpretações equivocadas como as apontadas pelo Representante.

2.6. Da exigência de que lances incidam apenas sobre o coeficiente K

Argumentos da Representação (peça 01)

A representante argui que o item 14.6 do edital, ao restringir os lances apenas ao coeficiente de desconto "K" e vedar alterações no percentual de BDI (Benefício e Despesas Indiretas) durante a fase de lances, viola os princípios da eficiência, economicidade e vantajosidade previstos na Lei 14.133/2021. Argumenta que tal imposição compromete a competitividade, reduz a flexibilidade dos licitantes para ajustarem suas propostas e dificulta a obtenção do menor dispêndio total para a Administração.

Defende que o item 14.6 do Edital carece de fundamento legal e contraria os princípios da eficiência e da vantajosidade, devendo ser revisado para assegurar que a etapa de lances permita ajustes completos nos preços ofertados, incluindo o percentual de BDI, em conformidade com a legislação aplicável.

Manifestação Prévia da Origem (peça 12)

No tocante ao apontamento acima transcrito, esta SMSUB - Secretaria Municipal das Subprefeituras entende por necessário esclarecer que o BDI - Benefícios e Despesas Indiretas deve se manter inalterado, uma vez que, para a presente licitação o critério adequado para a forma de contratação a que se pretende é o de maior desconto, conforme determinações previstas no Edital e seus respectivos anexos.

Outrossim, pondera-se que a possibilidade de alteração do BDI pode viabilizar a mudança de preços unitários o que, por sua vez, pode caracterizar jogo de planilhas, ato ilegal, mas comum nos procedimentos licitatórios, no qual o participante tenta burlar o objeto licitatório criando preços por etapas/itens artificialmente valorizados e depreciados. (peça 12, fl. 6)

Análise conclusiva da Coordenadoria

Assiste razão ao Representante ao afirmar que a possibilidade de alteração do BDI na fase de lances permite maior flexibilidade e ajustes mais completos nas propostas. A resposta apresentada pela SMSUB não apresenta justificativa convincente para a proibição de sua alteração.

O "jogo de planilha" mencionado pela SMSUB somente seria viável caso fossem permitidos descontos distintos dentro de um mesmo agrupamento, o que não ocorre no presente caso.

Dessa forma, conclui-se que o aspecto impugnado é **procedente**.

2.7. Da omissão no edital sobre programa de integridade obrigatório

Argumentos da Representação (peça 01)

O artigo 25, § 4º, da Lei 14.133/2021 determina que, **em contratações de grande vulto, o edital deve prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor**. Tal previsão é essencial para garantir a adoção de medidas que promovam a ética, a transparência e a prevenção de irregularidades no âmbito da execução contratual.

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato,

conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

Informa ainda que a omissão de tal obrigatoriedade se trata de um vício que compromete a regularidade do certame, tornando ainda mais relevantes a adoção de mecanismos para a mitigação de riscos.

Para fundamentar sua argumentação, apresenta o Decreto Municipal nº 62.100/2022 sobre a imposição de obrigatoriedade desse programa pela Prefeitura de São Paulo e o conceito de “grande vulto” baseado no valor estimado. Diante disso, requer a retificação do edital.

Manifestação Prévia da Origem (peça 12)

A ORIGEM informou que "No tocante ao presente apontamento, esta SMSUB – Secretaria Municipal das Subprefeituras irá incluir no edital quanto à obrigatoriedade em implantar o programa de integridade pela licitante vencedora" (peça 12, fl. 6).

Análise conclusiva da Coordenadoria

Assiste razão à representante, visto se tratar de obrigação legal a inclusão de programa de integridade em obras de grandes vultos. Portanto, o quesito é **procedente**.

No entanto, a SMSUB retificou o Edital em 20.12.2024 (fl. 168, peça 16), incluindo a Cláusula 49º - Programa de Integridade, como segue:

CAPÍTULO XIV

DO PROGRAMA DA INTEGRIDADE

Cláusula Quadragésima Nona - Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, é obrigatório a implantação de programa de integridade pelo contratado, no prazo de 06 (seis) meses, contados da celebração do contrato;

Cláusula Quinquagésima - Os parâmetros de avaliação do programa de integridade apresentado pela licitante serão aqueles estabelecidos nas normas e orientações da Controladoria Geral do Município, que considerará: a) o comprometimento da alta administração da pessoa jurídica; b) a adoção de padrões de conduta e código de ética; c) a realização de treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; d) a gestão dos riscos e controles internos; e) a implantação de canais de denúncia de irregularidades; f) mecanismos de prevenção de conflitos de interesses;

Cláusula Quinquagésima Primeira - O descumprimento das cláusulas contratuais referentes ao programa de integridade poderá ensejar a rescisão contratual e aplicação de penalidades;

Cláusula Quinquagésima Segunda - Sem prejuízo do disposto no subitem acima, se do descumprimento decorrerem as hipóteses de responsabilidade previstas na Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a contratada responderá pelas penalidades nela previstas, na forma do Decreto nº 55.107, de 13 de maio de 2014.

Cláusula Quinquagésima Terceira - A Administração se reserva no direito de solicitar alterações no programa de integridade da contratada relativos ao objeto do presente Edital, na hipótese de superveniência de Lei Federal e/ou Municipal ou instruções, normas ou orientações que versem a respeito

Diante da alteração realizada pela Origem e tendo em vista que a alteração não interfere na formulação das propostas, consideramos que houve **superação** do objeto de insurgência do representante neste quesito.

2.8. Da exigência de atestado específico de vias urbanas

Argumentos da Representação (peça 01)

A representante se insurge contra a exigência de atestado técnico específico para vias urbanas, argumentando que tal cláusula é restritiva, desproporcional e carece de fundamento legal. Ressalta que a Lei 14.133/2021 exige apenas comprovação de capacidade técnico-profissional e técnico-operacional para a execução do objeto licitado, sem impor limitações relacionadas à natureza específica dos serviços realizados, como "vias urbanas".

Cita o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU), que em situações análogas já considerou exigências técnicas específicas como restritivas à competitividade, violando o artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993. Menciona, como exemplo, o Acórdão 2992/2011-TCU-Plenário, que vedou exigências desnecessárias que não sejam indispensáveis para a execução do objeto.

A representante destaca ainda que o Termo de Referência do edital não apresenta justificativa técnica que demonstre a necessidade dessa restrição para o cumprimento do contrato. Assim, conclui que a previsão contida no Anexo VIII do Anexo II do edital é ilegal e deve ser revisada para eliminar restrições desproporcionais, assegurando o cumprimento dos princípios da

legalidade, da isonomia e da ampla competitividade, fundamentais para a lisura do processo licitatório.

Manifestação Prévia da Origem (peça 12)

No tocante ao presente apontamento, esta SMSUB – Secretaria Municipal das Subprefeituras ressalva que o atual procedimento licitatório seguirá os parâmetros estabelecidos na licitação anterior, a qual em maio de 2023, após intensos debates, determinações, sugestões e devolutivas, **a Colenda Corte de Contas Municipal prolatou acórdão julgando regular o Edital (e todos os documentos que o compõe) do Pregão Presencial nº 02/SMSUB/COGEL/2022.**

Ademais, a matéria também foi examinada e devidamente acordada pela Colenda Corte de Contas Municipal em anos anteriores, por meio dos Acórdãos exarados no bojo do TC/016588/2021.

Dito isso, diante das características únicas do serviço que se pretende contratar exigirá qualificação técnica que comprove que o licitante interesse detém a expertise necessária para atender às exigências editalícias da Concorrência Pública nº 01/SMSUB/COGEL/2024, as quais se referem à execução de serviços que virão a ser contratados em local com as mesmas características físicas e operacionais (vias urbanas) do local onde os referidos serviços que venham a ser contratados serão executados.

Ressalta-se que, no presente contexto licitatório, citada exigência se afigura como imprescindível para garantia da aptidão da licitante para prestar os Serviços de Conservação e Manutenção da Malha Viária Urbana da cidade de São Paulo cuja contratação se pretende estabelecer por meio das Atas de Registro de Preço que resultarão do Edital em comento.

Nesta mesma esteira, ressalta-se que a exigência de atestação comprobatória de capacidade técnico-operacional e técnico-profissional que ateste experiência em execução de serviço em área urbana não representa violação à vedação imposta pelo §2º do artigo 67 da Lei nº 14.133/2021, uma vez que tal exigência visa assegurar que as licitantes comprovem a devida capacidade de execução em condições semelhantes àquelas em que futuramente executarão os Serviços de Conservação e Manutenção da Malha Viária Urbana, aptidão essa exigida que não enseja restrição de competitividade.

Cumpre-nos asseverar ainda que a referida exigência em tela também não afronta o disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, pois conforme aqui já abordado, trata-se de exigência necessária e indispensável à garantia do cumprimento da boa execução dos serviços que constituem o objeto do Edital de Concorrência Pública nº 01/SMSUB/COGEL/2024, não havendo que se falar em exigência indevida. (grifos no original - peça 12, fls. 6/7)

Análise conclusiva da Coordenadoria

O aspecto em questão foi objeto de análise no Relatório Preliminar de Acompanhamento de Edital, no âmbito do TC/024111/2024, no qual se concluiu que:

A inclusão de exigência de comprovação de qualificação técnica em “vias urbanas” através dos itens 2, 8 e 9 do Anexo VIII do Termo de Referência do edital, frustra o caráter competitivo do certame, em afronta ao art. 37, XXI da CF e ao art. 67, §2º da LF nº 14.133/21 (TC/024111/2024, peça 8, fl. 38).

Por conseguinte, considera-se o aspecto **procedente**.

Contudo, conforme consignado no Despacho da peça 10 daquele TC, o presente apontamento foi **superado** de plano, não subsistindo necessidade de análise complementar acerca do item.

2.9. Das contradições no Edital sobre certidões de falência e participações das empresas

Argumentos da Representação (peça 01)

Alegou haver contradições no edital no que se refere à participação de empresas cuja falência tenha sido decretada, notadamente entre os subitens 3.3.3, 9.1.4.6 e 9.1.4.6.2⁴. Esta contradição criaria insegurança, pois estabeleceria simultaneamente a exclusão de empresas em situação de falência e a possibilidade de habilitação mediante comprovação de cumprimento de um plano de recuperação.

Afirmou que essa incoerência violaria os princípios da segurança jurídica, da transparência e da vinculação ao instrumento convocatório, que regem os processos licitatórios, nos termos da Lei 14.133/2021.

Manifestação Prévia da Origem (peça 12)

Em análise ao apontamento acima transcrito, verifica-se que o Representante alega que há contradição no texto editalício ao proibir a participação de empresas com falência decretada, mas permitir a habilitação mediante certidão de objeto e

⁴ 3.3. Estão impedidas de participar deste certame, de acordo com o previsto no artigo 14 da Lei 14.133/2021, as empresas:

[...] 3.3.3. Cuja falência tenha sido decretada

[...] 9.1.4. Prova de QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO FINANCEIRA, através dos seguintes documentos:

[...] 9.1.4.6. Certidão negativa de falência e recuperação judicial e extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, em data não anterior a 60 (sessenta) dias contados da data prevista para a abertura do envelope contendo a documentação.

[...] 9.1.4.6.2. No caso de certidão positiva, a licitante deverá juntar a(s) certidão(ões) de objeto e pé, expedida(s) pelo órgão competente, esclarecendo o posicionamento da(s) ação(ões), assim como Plano de Recuperação devidamente. Aprovado acompanhado de documentação que demonstre o cumprimento deste.

pé. A alegação de irregularidade suscitada, parece possuir caráter protelatório, uma vez que o Edital é de clareza solar ao estabelecer que as empresas em processo de recuperação judicial poderão participar mediante apresentação da certidão de objeto e pé.

9.1.4.6.2. No caso de certidão positiva, a licitante deverá juntar a(s) certidão(ões) de objeto e pé, expedida(s) pelo órgão competente, **esclarecendo o posicionamento da(s) ação(ões), assim como Plano de Recuperação devidamente**. Aprovado acompanhado de documentação que demonstre o cumprimento deste. (GRIFO NOSSO)

A partir da análise do trecho colacionado, verifica-se que não há dúvida ou contrariedade sobre a matéria, não havendo razões para modificar as previsões editalícias.

Análise conclusiva da Coordenadoria

Não há contradição entre os subitens 3.3.3, 9.1.4.6 e 9.1.4.6.2 do edital.

Em relação ao instituto da falência, o edital veda a participação no certame de empresas com falência decretada (subitem 3.3.3 e 9.1.4.6, primeira parte). Esta proibição está em harmonia com a Nova Lei de Licitações, *in verbis*:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

[...] II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

No que tange às empresas em recuperação judicial ou extrajudicial (Lei 11.101/2005), o edital, no subitem 9.1.4.6 (segunda parte) estabelece que a empresa deve apresentar certidão negativa, provando, assim, estar em regular funcionamento. Contudo, a empresa pode se encontrar em circunstância diferenciada, por estar em recuperação judicial ou extrajudicial. Neste caso, apresentará certidão positiva acompanhada de certidão(ões) de objeto e pé, expedida(s) pelo órgão competente, esclarecendo o posicionamento da(s) ação(ões), assim como Plano de Recuperação devidamente aprovado acompanhado de documentação que demonstre o cumprimento deste, conforme subitem 9.1.4.6.2.

Esta possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial em licitações e contratações públicas, desde que comprovada sua viabilidade econômica (isto é, sua capacidade econômico-financeira de cumprir o objeto contratual), bem como o cumprimento do plano de recuperação aprovado, não encontra óbice na Lei 14.133/2021, que não exige certidão negativa de recuperação judicial como requisito de habilitação.

Isso porque é objetivo precípua da recuperação judicial, conforme o artigo 47 da Lei 11.101/2005:

[...] a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Neste sentido, há entendimento das Cortes Superiores, que tem admitido a participação em licitação de empresas em recuperação judicial. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso Especial 1.826.299 ⁵, decidiu que:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONSTRUÇÃO DE CAMPUS UNIVERSITÁRIO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM CERTAME LICITATÓRIO. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE FINANCEIRA DA EMPRESA. COMPROVAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por empresa que se sagrou vencedora em licitação para construção de outra etapa do campus da Universidade Federal de Cariri/CE, mas fora informada, posteriormente, que o referido contrato não seria assinado, em razão da impetrante encontrar-se em recuperação judicial.

II - Ordem concedida, decisão mantida pelo Tribunal Regional Federal a quo em grau recursal, sob o principal fundamento de não caber à Administração, em consonância com o princípio da legalidade, interpretar restritivamente quando assim a lei não dispuser.

III - Sem negar prima facie a participação de empresa em processo de licitação pela exigência e apresentação de Certidão Negativa de Débitos (CND), aplica-se a vontade expressa pelo legislador da Lei de Recuperação Judicial, viabilizando, de forma efetiva, à sociedade empresária a superação da crise econômico-financeira"(AgInt no REsp n. 1.841.307/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/12/2020).

⁵ <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1716431753>.

IV - Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem registrou a presença de situação fática peculiar de que a empresa comprovou possuir capacidade econômico-financeira para honrar o contrato, concedendo a ordem pleiteada.

V - Recurso especial improvido.

(STJ - REsp: 1826299 CE 2019/0201966-6, Data de Julgamento: 16/08/2022, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/12/2022).

Portanto, **improcedente** o ponto impugnado.

2.10. Da exigência de decreto de autorização para sociedade estrangeira

Argumentos da Representação (peça 01)

O item 9.1.1.5 do edital estabelece como requisito de habilitação a apresentação de decreto de autorização para sociedades estrangeiras participarem do certame:

9.1.1.5. Decreto de autorização, tratando-se de sociedade empresária estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir ou,

[...]

Tal exigência afronta diretamente o Princípio da Legalidade, insculpido no artigo 37 da Constituição Federal e reiterado no artigo 5º da Lei 14.133/2021, que determina que os critérios de habilitação nas licitações públicas devem ser estritamente aqueles previstos na legislação específica.

Para fundamentar sua argumentação, apresenta doutrinas, que ressaltam tal imposição restringe injustificadamente a competitividade do certame. Diante disso, requer a retificação do edital.

Manifestação Prévia da Origem (peça 12)

A ORIGEM informou que: "No tocante ao presente apontamento, esta SMSUB – Secretaria Municipal das Subprefeituras irá retirar do edital a exigência prevista no item 9.1.1.5" (peça 12, fl. 8).

Análise conclusiva da Coordenadoria

Para fins de habilitação em licitações, a Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 28, inciso V, exigia de empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil o respectivo decreto de autorização.

No entanto, a Lei nº 14.133/2021 retirou essa exigência, simplificando texto legal, em respeito aos princípios de isonomia e de igualdade de tratamento nas licitações.

Dessa forma, assiste razão à representante nesse quesito, visto se tratar de exigência injustificada. Portanto, o quesito é **procedente**.

No entanto, o Edital republicado em 20.12.2024 retirou a exigência de decreto de autorização para empresa estrangeira (anteriormente prevista no subitem 9.1.1.5), de modo que houve a **superação** do presente quesito.

3. CONCLUSÃO

À luz da análise efetuada no Relatório Conclusivo de Representação, concluímos que:

3.1. Os **subitens 2.2 e 2.6** são **procedentes**;

3.2. Os **subitens 2.5 e 2.9** são **improcedentes**. Contudo, quanto ao **subitem 2.5**, considerando a ambiguidade da redação do Edital, recomenda-se sua reformulação em futuros certames, a fim de evitar interpretações equivocadas como as apontadas pelo Representante;

3.3. Houve **superação das irregularidades** analisadas nos **subitens 2.1, 2.7 e 2.10** com a republicação do edital em 20.12.2024. Todavia, em relação ao **subitem 2.1**, faltou a retificação do subitem 9.1.4.2 do edital, que ainda apresenta a expressão “do último exercício social”.

3.4. Os pontos abordados nos **subitens 2.3, 2.4 e 2.8** foram analisados nos autos do acompanhamento do edital no **TC/024111/2024**, tendo sido **superados de plano no referido processo à peça 10**, não subsistindo necessidade de análise complementar acerca da temática.

Diante do exposto, submete-se o presente à apreciação e deliberação de Vossa Excelência.

São Paulo, em 08.01.2025

PAMELLA PINHEIRO DE OLIVEIRA GOMES
Supervisora de Controle Externo

CARLOS RICHELLE SOARES DA SILVA
Coordenador de Controle Externo

De acordo:

MARIA CLARA WATANABE TANABE
Subsecretária Adjunta de Controle Externo