



TID 13133412

Ofício SSG-GAB nº 7182/2015

Processo TC nº 72.000.265.15-86

Assunto: Companhia de Engenharia de Tráfego - CET – Representação interposta por Ópera Gestão Empresarial Ltda., em face do Edital do Pregão Eletrônico nº 05/2014, tendo por objeto a prestação de serviços de remoção de veículos com a disponibilização de pátios

(Pede-se o uso destas referências)

Documentação acompanhante: cópia de fls. 02 a 12 do processo TC supra (as cópias encaminhadas não deverão retornar ao TCM)

São Paulo, 21 de janeiro de 2015

URGENTE

Senhor Diretor-Presidente

Dirijo-me a Vossa Excelência para informar que o Excelentíssimo Senhor **Conselheiro Relator Edson Simões** prolatou r. despacho nos autos em epígrafe, vazado nos seguintes termos:

“I – Na Representação em pauta requer-se a concessão de medida liminar para suspender o Pregão Eletrônico nº 05/14, promovido pela Companhia de Engenharia de Tráfego, sob as seguintes alegações:

(i) - a injustificada limitação do número de empresas participantes em consórcio;

(ii) – a capacidade técnica exigida tem caráter restritivo; e

(iii) – impossibilidade de exigência de patrimônio líquido mínimo ante a ausência do valor estimado da contratação e da planilha de custos.

Ao
Excelentíssimo Senhor
Jilmar Augustinho Tatto
Diretor-Presidente da
Companhia de Engenharia de Tráfego
R. Barão de Itapetininga, 18
República



Ac 02
Gabinete dos Arquivos
Rua Cel. 3499-4
Presidência

Ofício SSG-GAB nº 7182/2015

fl. 02

Ao analisar os argumentos da peça inicial, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle e a Assessoria Jurídica de Controle Externo concluíram pela improcedência dos questionamentos apresentados, com base nos seguintes motivos:

1 - Quando da análise do edital em questão, efetivada no TC 810/14-80, a Origem alterou o instrumento convocatório para incluir a possibilidade de subcontratação do objeto licitado até o limite de 30% do objeto contratual. 'Tal providência tem o condão de reduzir a prestação que será necessariamente executada de forma pessoal pela futura contratada (...).'

2 - Nos autos do TC 810/14-80 a CET justificou os quantitativos exigidos e, quanto à comprovação de realização de serviço, atende às necessidades do órgão licitantes.

3 - Os valores exigidos a título de patrimônio líquido correspondem a 10% (dez por cento) do valor estimado de cada lote, conforme constatado no TC 810/14-80.

4 - Consta do Processo Administrativo o orçamento detalhado em planilhas e, no tocante aos questionamentos relacionados aos quantitativos exigidos, foram superados nos autos do TC 810/14-80.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de concessão de liminar de suspensão do Pregão Eletrônico nº 05/2014, cuja abertura está prevista para o dia 22 de janeiro p.f., com respaldo nos fundamentos dos pareceres técnicos supra enunciados.

(...)

IV - OFICIE-SE à Companhia de Engenharia de Tráfego - CET, com a finalidade de tomar ciência da presente representação e do despacho acima exarado, bem como para apresentar manifestação no prazo de 15 (quinze) dias.

V - O ofício deverá ser acompanhado de cópias reprográficas das folhas 02 a 12."

Ao ensejo, renovo protestos de alto apreço e distinta consideração.

ROBERTO BRAGUM
Presidente

fe 03
Ariete dos Arrijos
Reg. CET 9499-4
Presidência

TID 13124173
EES



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

**- URGENTE -
REPRESENTAÇÃO
O.I. Nº 02/2006**

Form with handwritten '02' and some illegible text.

EXAME PRÉVIO DE EDITAL

REPRESENTAÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 113 § 1º E §2º DA LEI 8666/93

ÓRGÃO LICITADOR: COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO - CET-SP

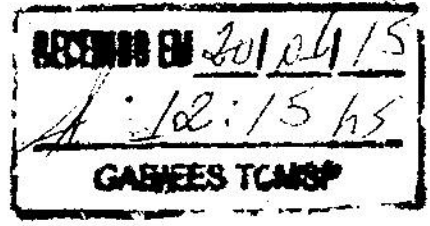
EDITAL: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 05/14

OBJETO: Contratação de serviços de remoção de veículos coma disponibilização de pátios

REPRESENTANTE:

Ópera Gestão Empresarial Ltda
CNPJ n.º 10.623.253/0001-75
Rua Izaura Claudio Lalla nº 171 - Jardim Progresso - Município de Santo Antonio da Posse - São Paulo - Brasil, CEP 13830-000
E-mail: juridico@opera-ge.com.br

DATA DA ENTREGA DAS PROPOSTAS: 22/01/2015 às 10h00.



20 1 15

le 04
Anete dos Anjos
Rep. CET 9499-4
Presidência



ÓPERA GESTÃO EMPRESARIAL LTDA., estabelecido à Rua Izaura Claudio Lalla nº 171 – Jardim Progresso – Município de Santo Antonio da Posse – São Paulo – Brasil, CEP 13830-000, devidamente inscrita no CPF/MF sob o nº 10.623.253/0001-75, por seu representante legal que esta subscreve (Doc.01), vem, respeitosamente, à presença de V. Sas.,

REPRESENTAR

o COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO – CET-SP, ante as irregularidades contidas no edital de PREGÃO ELETRÔNICO Nº 05/14, com base no artigo 113 § 1º e §2º da Lei 8666/93 e normas do Regimento interno dessa E. Corte.

- I -

DOS FATOS

1. A Companhia de Engenharia de Tráfego – CET-SP está promovendo licitação na modalidade pregão eletrônico nº 05/14, tendo por objeto a contratação de "serviços de remoção de veículos coma disponibilização de pátios"
2. Ocorre que o respectivo instrumento convocatório e seus anexos contêm disposições que violam expressamente os preceitos contidos nas leis vigentes, notadamente no que tange a determinadas exigências que não atendem aos princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem as licitações públicas, razões que, como adiante restarão demonstradas, serão suficientes para a retificação ou anulação do Edital em referência.

- II -

DO DIREITO

II.1. Da Ilegalidade na Limitação do Número de Empresas Participantes em Consórcio

3. O item 3.2 do edital rege que:

Le 05
Arlete dos Anjos
Presidência



“3.2. Poderão participar as empresas isoladamente ou Consórcio formado por até 02 (duas) empresas, que atenderem às exigências deste Edital.” (G.N)

4. É certo que a Administração possui poder discricionário para a autorização ou não da participação de empresas em consórcio, no entanto, a Administração deve sempre justificar no instrumento convocatório o porquê de tal escolha, principalmente quando limita a quantidade de empresas que podem compor o consórcio, e não há no edital nenhuma justificativa para tal restrição, restringindo assim o universos de licitantes.

5. O TCU já se manifestou nesse sentido, *in verbis*:

“Plenário. Deve ser justificada a limitação excepcional quanto ao número de empresas a integrarem consórcios, quando seja admitida a participação destes em processo licitatório.

(...)

Ao examinar a matéria, a unidade instrutiva destacou, inicialmente, que a participação de consórcios seria discricionariezade para a Administração, em face de dispositivo constante da Lei 8.666/1993 (art. 33), e em linha com a jurisprudência do TCU, na qual, como regra geral, o Tribunal tem decidido que, *“por ausência de previsão legal, é irregular a condição que estabeleça número mínimo ou máximo de empresas participantes no consórcio”*. Seriam, então, duas situações: por um lado, permitir ou não a participação de empresas em consórcio, estaria dentro da discricionariezade concedida à Administração; por outro, caso permitida a participação de consórcios, não caberia à Administração estabelecer condições não previstas expressamente na Lei. Todavia, no caso concreto, para a unidade técnica seria *“perfeitamente aceitável a limitação do número de empresas consorciadas, em caráter excepcional, impedindo a pulverização de responsabilidades”*, considerando-se, ademais, a importância das obras, necessárias à infraestrutura aeroportuária para a Copa do Mundo de 2014. Ao concordar com as análises da unidade técnica, o relator enfatizou que a Infraero deverá, em cada caso concreto, justificar a decisão por eventual limitação a um número máximo de empresas integrantes em consórcios, quando seja admitida a participação destes



em processo licitatório pela empresa, razão pela qual propôs que se expedisse determinação à entidade nesse sentido, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: 312/2003, 1297/2003 e 1454/2003, todos do Plenário. *Acórdão n.º 718/2011-Plenário, TC-000.658/2011-1, rel. Min. Valmir Campelo, 23.03.2011.*” (g.n)

6. É certo que a Administração Pública é munida de atos discricionários que as autorizam certas escolhas, porém esta discricionariiedade não é absoluta, como leciona o Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello¹:

“3. É visível, outrossim, que a discricionariiedade é sempre e inevitavelmente relativa. E é relativa em diversos sentidos. Veja-se:

É relativa no sentido de que, em todo e qualquer caso, o administrador estará sempre cingido - não importa se mais ou menos estritamente - ao que haja sido disposto em lei, já que discricção supõe comportamento “intra legem” e não “extra legem”. Neste sentido pode-se dizer que o administrador se encontra sempre e sempre “vinculado” aos ditames legais.(...)

5. A discricionariiedade é relativa, ainda, no sentido de que, por ampla ou estrita que seja, a liberdade outorgada só pode ser exercida de maneira consonante com a busca da finalidade legal em vista da qual foi atribuída a competência. Logo, qual seja a extensão da liberdade resultante da regra a ser cumprida, o administrador não poderá decidir-se por motivos particulares, de favorecimento ou perseguição, que isto configuraria “desvio de poder”, nem por razões de interesse público diferente daquele contemplado na regra “sub” execução, sob pena de também incidir no mencionado vício

(...)

11. Finalmente, a discricionariiedade é relativa, no sentido de que, ainda quando a lei haja, em sua dicção, ensanchado certa margem

¹ In Curso de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 1975, pag. 5



de liberdade para o agente, tal liberdade poderá esmaecer ou até mesmo esvair-se completamente diante da situação em concreto na qual deva aplicar a regra. É dizer: ante as particularidades do evento que lhe esteja anteposto, a autoridade poderá ver-se defrontada com um caso no qual suas opções *para atendimento do fim legal* fiquem contidas em espaço mais angusto do que aquele abstratamente franqueado pela lei e pode ocorrer, até mesmo que, à toda evidência, não lhe reste senão uma só conduta idônea para satisfação do escopo normativo, por não ser comportada outra capaz de colimar os propósitos da lei em face da compostura da situação. Em síntese: a discricção ao nível da norma é condição necessária mas nem sempre suficiente para que subsista nas situações concretas.

(...)

Assim, a franquia da norma não existe para proporcionar ao agente um desfrute, um proveito, uma ampliação de sua esfera pessoal de liberdade, mas unicamente para ensejar-lhe a adoção do comportamento que, "in concreto", seja especificamente o mais adequado ao implemento do interesse público em causa. É que, como disse CIRNE LIMA, em magistral construção:
"O fim - e não a vontade - domina todas as formas de administração" (Princípios de Direito Administrativo, 5ª ed., Ed. Rev. dos Trib., 1962, pag. 22) .

7. É certo que os limites do poder discricionário concedido a Administração está na lei, nas demais normas e nos princípios gerais de direito e deve ser pautado na sua necessidade e busca da finalidade, o que excede a esta margem é considerado ARBÍTRIO.

8. Assim é o ensinamento do saudoso mestre Hely Lopes Meirelhes²:

² in Direito Administrativo Brasileiro – editora Malheiros – 2001 – 26ª edição – pág. 110, 111.

A

de 08
Arlete dos Anjos
Rua Curitiba, 111
Piedade, SP



“Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei.” (g.n)

Temos, portanto, flagrante ilegalidade de tal item, uma vez que não há no instrumento convocatório justificativa do porquê da limitação de no máximo 2 (duas) empresas por consórcio, devendo ser excluída ou devidamente justificada.

II.2. Da Comprovação de capacidade técnica. Restritiva. Ilegal.

9. Os itens 11.2.4.1, 11.2.4.1.1 e 11.2.4.1.2 do Edital exigem dos licitantes a seguinte comprovação:

“11.2.4.1. Comprovação de capacitação técnica da licitante, por meio da apresentação de certidão(ões) ou atestado(s) de comprovação de aptidão na prestação de serviços de guarda de veículos (estacionamento) e movimentação de veículos fechados ou abertos, sem contato com o solo e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto deste Edital, de acordo com os lotes para os quais a licitante apresentar proposta, efetuando a comprovação como segue:

11.2.4.1.1. Vagas: 30% para cada lote ofertado;

11.2.4.1.2. Remoções: 90 (noventa) remoções/mês de veículos quatro rodas e 198 (cento e noventa e oito) remoções/mês de motocicletas para cada lote ofertado;”

10. OS ITENS COLECIONAM DUAS IRREGULARIDADES, A PRIMEIRA POR EXIGIR QUE O ATESTADO COMPROVE A REMOÇÃO DE VEÍCULOS SEM CONTATO COM O SOLO, E A SEGUNDA POR EXIGIR QUANTIDADE DE REMOÇÃO DE VEÍCULO QUATRO RODAS E DE MOTOCICLETAS SEM NENHUM PARÂMETRO, OU SEJA, O TERMO DE



REFERÊNCIA NÃO INFORMOU O HISTÓRICO DE REMOÇÃO DE MOTOCICLETAS E VEÍCULOS QUATRO RODAS REALIZADAS PELA CET OU QUANTIDADE DE REMOÇÕES PREVISTA QUE PUDESSEM SERVIR DE PARÂMETRO PARA AS QUANTIDADES EXIGIDAS NO ITEM 11.2.4.1.2.

11. O objeto do edital prevê guinchos para remoção de veículos com e sem contato com o solo, portanto, não pode a administração restringir a participação e exigir a comprovação apenas de remoção sem contato com o solo.
12. Ademais, mesmo que o objeto do edital fosse apenas a contratação de serviços de remoção sem contato com o solo, a Administração não poderia exigir a comprovação de capacidade técnica de objeto idêntico ao licitado, e sim de objeto semelhante e compatível nos termos da lei de licitações.
13. Temos, portanto, flagrante ilegalidade de tal item, não permitindo que empresas que já fizeram remoções de veículos com contato com o solo participem da licitação, mesmo tais serviços sendo similares e compatíveis ao objeto do edital.
14. COM EFEITO, RESTRINGIR A PARTICIPAÇÃO NA LICITAÇÃO APENAS DE EMPRESAS QUE JÁ FIZERAM REMOÇÕES DE VEÍCULOS SEM CONTATO COM O SOLO É ILEGAL!
15. Não obstante, verifica-se que a Administração teceu minúcias na especificação das atividades que teriam de ser comprovadas pela empresa interessada, violando o princípio da competitividade.
16. Assim, embora a jurisprudência tenha sedimentado posicionamento no sentido de que a eleição das parcelas de maior relevância insere-se no poder discricionário da Administração, é imprescindível que os itens eleitos não sejam por demais específicos ou desçam a minúcias capazes de comprometer a competitividade do certame.
17. Aliás, depreende-se do art. 30, II e § 1º, I, da Lei nº 8.666/93, bem

como da Súmula nº 30 do Tribunal de Contas do Estado, que a comprovação da capacidade técnica deve se dar em atividades semelhantes às licitadas, e não idênticas.

18. Nesta esteira, determina a súmula 30 do TCE/SP:

“SÚMULA Nº 30 - Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica, poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, ficando vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens.” (g.n)

19. Assim, tem-se que o correto seria a Administração pública exigir apenas comprovação de experiência em atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação de forma genérica, ou seja, apenas remoção de veículos, sem tecer minúcias como exigir remoções sem contato com o solo.

20. NÃO OBSTANTE, A EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE 90 (NOVENTA) REMOÇÕES/MÊS DE VEÍCULOS QUATRO RODAS E 198 (CENTO E NOVENTA E OITO) REMOÇÕES/MÊS DE MOTOCICLETAS PARA CADA LOTE OFERTADO É ILEGAL, uma que vez que o edital não especificou no termo de referência a quantidade histórica de remoções de veículos quatro rodas e de motocicletas ou a quantidade estimada de remoções destes tipos de veículos que pudessem dar supedâneo a exigência do item 11.2.4.1.2 e possibilite verificar se as quantidades representam no máximo 50% das quantidades previstas no edital, e, portanto, se são razoáveis como condição de habilitação.

21. Portanto, além de ilegal a exigência por não mencionar o edital a quantidade de remoções históricas/estimadas impossibilitando a verificação da razoabilidade, constata-se que se for mantida a restrição de comprovação de remoção de veículos sem contato com o solo, pouquíssimas empresas irão participar do certame, o que viola os princípios da competitividade, razoabilidade e legalidade, podendo causar prejuízo imensurável à Administração Pública, além da possibilidade do edital e o contrato ser julgado irregular.

de 11
Ariete dos Anjos
Rep. COT 5493-4
Presidência



22. Assim, é de rigor a retificação do edital neste sentido.

II.3. Da exigência de patrimônio líquido mínimo. Ausência de Valor estimado da contratação. Impossibilidade de avaliar a legalidade da exigência.

23. Os itens 11.2.2.1, 11.2.2.1.1, 11.2.2.1.2 e 11.2.2.1.3 exige dos licitantes:

“11.2.2.1. Patrimônio Líquido mínimo correspondente conforme segue:

11.2.2.1.1. Lote 01: R\$ 3.928.757,95;

11.2.2.1.2. Lote 02: R\$ 3.928.757,95;

11.2.2.1.3. Lote 03: R\$ 3.928.757,95;”

24. Ora, não é possível exigir patrimônio líquido dos licitantes, quando o edital não mencionou o valor estimado da licitação impossibilitando avaliar se os valores não excedem a 10% (dez por cento) do valor estimado da licitação no termos do Art. 31, § 3º da lei 8.666/93.

25. O fato é que se torna impossível avaliar se o valor de patrimônio líquido exigido é legal quando não há informação do valor estimado da contratação.

26. Assim, deve, em vista dos motivos acima esboçados, ser o referido edital retificado.

II.4. - Da Ausência de Valor Estimado da Contratação ou indicação de como obtê-la. Ausência de planilha de Composição de Preços Unitários.

27. Em arremate final, destacamos que o instrumento convocatório não informou minimamente o valor total estimado da licitação contrariando reiteradas jurisprudências do Tribunal de Contas de São Paulo- TCE, senão vejamos julgamento recente:

de 12
Presidente
TCU
9499-4



“ACORDÃO

TC-001737/989/13-7 TC-001740/989/13-2 TC-001743/989/13-9

[...]

EMENTA: Falta de informação editalícia acerca do valor total estimado da contratação – inadmissível – A jurisprudência desta Corte compele a divulgação, no mínimo, do valor estimado da contratação quando a modalidade escolhida pela Administração é o Pregão – (...) Procedência Parcial. VU.”

28.

No mesmo sentido, é o entendimento do TCU:

10. (...) há pacífica jurisprudência do TCU no sentido de que, nos termos do art. 3º, da Lei 10.520/2002, a Administração não está obrigada a anexar ao edital o orçamento de referência que elaborou na fase interna da licitação. Este deve constar, obrigatoriamente, apenas dos autos do processo administrativo referente à licitação. Nesse último caso, deve constar do instrumento convocatório a informação sobre os meios pelos quais os interessados poderão ter acesso ao documento. Dentre muitos outros nessa linha, citem-se os Acórdãos 1.248/2009, 114/2007 e 1935/2006, todos do Plenário. (Acórdão 2080/2012 do Plenário)

29.

Ou seja, o edital na forma em que se encontra, impede aos interessados avaliar se seus custos estão coerentes com os valores de mercado impedido sua participação no certame.

30.

Sobre o tema, ensina Marçal Justen Filho³:

³ In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10ª ed. - São Paulo: Dialética, 2004.- pág. 384.

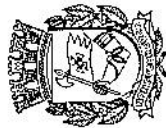
A

CONTRATO
ECT/DR/SP
X
T.C.M.S.P.

URGENTE

PROCOLO GERAL
22 JAN 2015
CET

14:22
Arlete dos Santos
Rep. CET 4004
Pres. 1007



TRIBUNAL DE CONTAS DO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ISO 9001
Gabinete da Presidência

Ofício SSG-GAB nº 7182/2015
Ao Excelentíssimo Senhor
Jilmar Augustinho Tatto
Diretor-Presidente da
Companhia de Engenharia de Tráfego
R. Barão de Itapetininga, 18
República

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

RPC

Cód. 230 (Versão 01)

Mod. A-001

Papel para informação rubricado como folha N.º 15

Do Of. TCM (TID 13133412)

N.º 7182/15

Data 22/01/2015

Assinatura *M*
Arlete dos Anjos
Cristina Andrade Gallo, 4
R. Reg. CET 4517-9
Presidência

AUD – Sr. Auditor,

Encaminhamos o presente para conhecimento e providências decorrentes.

PR, 22 01 /15


EDIMAR SILVA
Chefe de Gabinete



ES/CAV/AA