



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



TRIBUNAL PLENO - SESSÃO: 16/07/2014
EXAME PRÉVIO DE EDITAL
SEÇÃO ESTADUAL

(E-002)

EXPEDIENTE: TC-002492/989/14-0

REPRESENTANTE: CAROLINA MARINO MEIRELLES SPINA, ADVOGADA (OAB/SP Nº178.761)

REPRESENTADO: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DE SÃO PAULO – DER/SP

RESPONSÁVEL PELA REPRESENTADO: CLODOALDO PELISSONI – SUPERINTENDENTE

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO CONTRA O EDITAL DA LICITAÇÃO PÚBLICA INTERNACIONAL – LPI Nº 001/2014, ESPECIFICADA PELAS DIRETRIZES DO BANCO MUNDIAL, PROMOVIDO PELO DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DE SÃO PAULO – DER/SP, A FIM DE ATENDER AO PROGRAMA DE TRANSPORTES, LOGÍSTICA E MEIO AMBIENTE (PROJETO DE TRANSPORTE SUSTENTÁVEL DO ESTADO DE SÃO PAULO), OBJETIVANDO A CONTRATAÇÃO DE OBRAS DE RECUPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DE RODOVIA, QUE COMPREENDE A SP463 NO TRECHO ENTRE O KM 60,900 (ARAÇATUBA) E O KM 149,000 (JALES) E A SPA096/463 ENTRE O KM 0,00 E O KM 09,45 (AURIFLAMA – GENERAL SALGADO).

VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO: R\$143.182.947,18

PROCURADORAS DA FAZENDA: CRISTINA FREITAS CAVEZALE E EVELYN MORAES DE OLIVEIRA

PROCURADOR DE CONTAS: RAFAEL NEUBERN DEMARCHI COSTA

1. RELATÓRIO

1.1. Trata-se de representação formulada por **CAROLINA MARINO MEIRELLES SPINA**, Munícipe de Ribeirão Preto/SP, contra o Edital da Licitação Pública Internacional – LPI nº 001/2014, especificada pelas diretrizes do Banco Mundial, promovida pelo **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DE SÃO PAULO – DER/SP**, a fim de atender ao Programa de Transportes, Logística e Meio Ambiente (Projeto de Transporte Sustentável do Estado de São Paulo), objetivando a contratação de obras de recuperação e manutenção de rodovia, que compreende a SP463 no trecho entre o km 60,900 (Araçatuba) e o km 149,000 (Jales) e a SPA096/463 entre o km 0,00 e o km 09,45 (Auriflama – General Salgado).



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



Segundo a representante, a abertura da licitação se daria no dia 29/05/14.

1.2. A representante insurge-se contra o Edital aduzindo que o órgão licitante efetuou alteração em seus termos a exatos 05 (cinco) dias úteis antes da data designada para a realização da sessão pública de abertura dos envelopes, por meio de publicação de “Aviso de Retificação” e “Boletim de Esclarecimentos”, sem dar atendimento ao que prescreve o artigo 21, §4º, da Lei nº 8.666/93, mormente em relação à alteração da exigência de qualificação técnico-operacional, consoante o subitem “4.2” (b), que passou a ter a redação: “onde se lê: roçada mecânica – 3.700 ha; leia-se: roçada mecânica – 140 ha”.

Sustenta que esta alteração substancial da exigência, sem a devida republicação do Edital, viola os princípios basilares das licitações públicas, devendo esta Corte determinar a suspensão da sessão pública, para que o instrumento convocatório seja republicado, com a reabertura do prazo inicialmente concedido, tendo em vista que várias interessadas – originalmente afastadas do certame por não possuir atestados de capacidade técnico-operacional com a área exigida de 3.700ha – poderão participar, mas não conseguirão reunir todos os documentos preconizados no Edital e nem realizar a visita técnica e tirar dúvidas para a execução do objeto, porquanto o caderno convocatório somente admite pedidos de esclarecimentos com 14 (quatorze) dias de antecedência para a abertura do certame.

Garante que os esclarecimentos prestados pelo órgão licitante, na data de 22/05/14, deram interpretação a determinadas regras editalícias relacionadas à qualificação técnica das licitantes capaz de despertar o interesse de empresas que não o tinham antes de tais elucidações, já que ampliam consideravelmente as possibilidades de atendimento de tal exigência.

Aduz que, inicialmente, em outros Editais, a comprovação da Experiência em Construção nas Atividades-Chave, conforme o subitem “4.2” (b), do Edital, somente poderia ser comprovado mediante a apresentação de 02 (dois) atestados para todo o conjunto de serviços, conforme adotado pelo próprio órgão licitante, quando das Licitações Públicas Internacionais publicadas anteriormente (LPI’s nº 001/2013, 002/2013 e 004/2013).



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



Contudo, assevera, diante dos esclarecimentos prestados na data de 22/05/14, mormente da publicação do “Boletim de Esclarecimentos”, deu-se interpretação diversa para o item, segundo o qual *cada uma* das “Atividades-Chaves” (e não o conjunto delas) pode ser comprovada com a apresentação de 02 (dois) atestados, circunstância esta que determina a republicação do Edital, com a reabertura do prazo às licitantes potencialmente interessadas em participar da disputa.

1.3. Nestes termos, requereu a representante fosse concedida a liminar de suspensão do procedimento licitatório, e, ao final, o acolhimento das impugnações com a determinação de retificação do ato convocatório.

1.4. A matéria foi submetida ao Egrégio Plenário desta Corte em sessão de 28 de maio de 2014, ocasião em que foi determinada a autuação e registro da matéria como **Exame Prévio de Edital**, bem como a suspensão do andamento do certame, nos termos do artigo 220 e seguintes do Regimento Interno desta Corte, combinado com o item 10, do parágrafo único, do artigo 53, do aludido diploma, fixando o prazo máximo de 05 (cinco) dias ao **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DE SÃO PAULO – DER/SP**, para a apresentação de suas alegações, juntamente com todos os demais elementos relativos ao procedimento licitatório, tendo em vista a constatação de indícios de restritividade e de confronto com o preconizado no inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal, e artigo 21º, §4º, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista a ausência de devolução de prazo na imprensa oficial acerca de modificação no Edital passível de afetar a formulação das propostas.

1.5. Em resposta, o DER/SP, por meio de sua Procuradora de Autarquia Chefe, Senhora Glória Maia Teixeira, apresenta suas justificativas; assim, faz pequena digressão sobre a obtenção dos recursos financeiros para a contratação do presente feito.

Garante que, ao contrário do alegado pela representante, o Boletim de Esclarecimentos publicado em 22/05/2014 não alterou as condições do Edital, vez que apenas e tão somente divulgou resposta à pergunta efetuada por licitante transcrevendo o texto editalício, sem nada inovar no ato de convocação.



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



Com relação à comprovação da capacidade técnica por meio de atestados, sustenta que a cláusula seria limitativa à concorrência se fosse exigida a demonstração de todos os serviços no máximo em 02 (dois) contratos ou atestados, executados nos últimos 05 (cinco) anos; contudo, a cláusula editalícia prevê que a comprovação da experiência técnica, nos quantitativos eleitos, se dê nas condições acima, mas para cada serviço, não havendo, portanto, qualquer óbice jurídico para tal mister.

Assevera que o quantitativo exigido para os serviços de roçada mecânica foi modificado por exigência do próprio Banco; assim, o adiamento da data designada para realização da sessão pública de abertura dos envelopes obedeceu à indicação do BIRD à CJL, no sentido de que o prazo deveria ser devolvido em pelo menos uma semana em virtude dos esclarecimentos publicados.

Explana sobre os fundamentos jurídicos introdutórios referentes à Lei de Licitações e Contratos e as chamadas *Guidelines* dos Organismos Internacionais de Fomento; deste modo, aduz que o pleito licitatório está submetido às regras emanadas do organismo financiador, como prescreve o artigo 42, §5º, da Lei nº 8.666/93.

Afirma que com fundamento direto no permissivo legal restou o compromisso contratual de aplicação das normas e procedimentos do Banco. Deste modo, de acordo com a política do Banco, tal convenção obrigatória, sem a qual o financiamento não se realiza.

Garante que, de concreto, nos casos de licitação cujo produto esteja sob financiamento de organismo financeiro multilateral de que o Brasil faça parte integrante, as normas internacionais adquirem hierarquia superior às leis ordinárias constituindo-se leis ordinárias especiais.

Diz que, no intuito de se cercar de todas as garantias legais a respeito do futuro contratante, é facultado à promotora do certame, no âmbito de seu poder discricionário, deliberar acerca da extensão e dos requisitos a serem exigidos daqueles que pretendem formular propostas, fixando condições específicas em função da própria natureza, complexidade e vulto do objeto a ser contratado, estando o Edital em consonância com a Carta Magna.



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



1.6. A Chefia da Assessoria Técnica Jurídica, a d. Procuradoria da Fazenda Estadual e Chefia respectiva, o d. Ministério Público de Contas e a Secretaria-Diretoria Geral opinam pela **procedência** da representação.

É o relatório.



TRIBUNAL PLENO
EXAME PRÉVIO DE EDITAL

SESSÃO: 16/07/2014
TC-002492/989/14-0

SEÇÃO ESTADUAL

2. VOTO

2.1. Trata-se de representação formulada por **CAROLINA MARINO MEIRELLES SPINA**, Munícipe de Ribeirão Preto/SP, contra o Edital da Licitação Pública Internacional – LPI nº 001/2014, especificada pelas diretrizes do Banco Mundial, promovida pelo **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DE SÃO PAULO – DER/SP**, a fim de atender ao Programa de Transportes, Logística e Meio Ambiente (Projeto de Transporte Sustentável do Estado de São Paulo), objetivando a contratação de obras de recuperação e manutenção de rodovia, que compreende a SP463 no trecho entre o km 60,900 (Araçatuba) e o km 149,000 (Jales) e a SPA096/463 entre o km 0,00 e o km 09,45 (Auriflama – General Salgado).

2.2. A representação é **procedente**.

2.3. Em princípio, dispensável alongar-se em considerações acerca da regularidade da aplicação dos preceitos do artigo 42, §5º, da Lei de Licitações e Contratos, que faculta a disposição de regras próprias de licitação e as impõem aos tomadores, quando a contratação envolver recursos provenientes de organismos internacionais de fomento de que o Brasil seja signatário, como no caso dos presentes autos eletrônicos, pois derivados do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD.

Assim, a par da escolha do menor preço como proposta mais vantajosa para a Administração, há autorização legal para que sejam incluídas outras exigências ou estabelecimento de critérios diferenciados pelas agências financiadoras ou doadoras, devidamente autorizadas e ratificadas pela autoridade competente do órgão executor, sem embargo do dever de obediência ao primado do julgamento objetivo, como expressamente previsto na norma.



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



Aliás, ressalto que a observância não fica restrita somente ao princípio aludido, mas a todos os princípios norteadores das licitações públicas, diante da intercomunicação de seus efeitos, derivada da Constituição Federal.

Assim sendo, havendo qualquer divergência ou conflito entre os normativos do BIRD com a legislação pátria, esta deve prevalecer, porquanto, caso contrário, ver-se-ia ofensa aos princípios da legalidade e o da tutela da Administração Pública.

2.4. Neste contexto fático, verifico que há patente conflito entre o que dispõe o BIRD, consoante asseverado pela Administração representada e retratado na peça editalícia, com o que estabelece o artigo 21, §4º, da Lei nº 8.666/93 (princípio da publicidade), acerca da devolução do prazo inicialmente concedido ao Edital, relativo à modificação considerável da cláusula editalícia que cuida da demonstração da capacidade técnico-operacional, na medida em que houve retificação do item para reduzir o quantitativo mínimo de prova de execução de serviços em roçada mecânica, ou seja, passou-se de 3.700 ha (três mil hectares) para 140 ha (cento e quarenta hectares), o que corresponde a uma redução de 96,21622% do inicialmente previsto.

Esta relevante redução pode ensejar o interesse de potenciais interessadas que, em princípio, não teriam condições de comprovar a capacidade técnico-operacional originariamente prevista, mas, agora, com a retificação editalícia, poderão fazê-la, elaborando proposta para tanto, aumentando, por consequência, a chance de a Administração Pública selecionar a proposta mais vantajosa.

É neste contexto que a reabertura do prazo originalmente concedido é de rigor, porquanto não há tempo suficiente para as novas interessadas atender todas as regras preconizadas no Edital, com a inovação promovida pela Administração no lapso temporal diferido; a exemplo, menciono a visita técnica, conquanto não obrigatória <IAC 7.2>, deve ser agendada com a Administração, sendo de fundamental importância para a elaboração de quesitos de esclarecimentos, que deverão ser formulados com 14 (quatorze) dias de antecedência corridos anteriores à data para a apresentação das propostas <IAC 7.1>.



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



Destarte, a fim de evitar defeito na divulgação do ato convocatório, que constitui ato impróprio de restrição à participação de interessadas ao pleito, eivando de nulidade o procedimento licitatório, deve o Departamento de Estradas de Rodagem de São Paulo – DER/SP renovar a publicação da mesma forma que se deu o original, reabrindo-se o prazo originalmente estabelecido, nos exatos termos preconizados no artigo 21, §4º, da Lei nº 8.666/93.

2.5. A outra questão abordada pela representante refere-se à dúvida de interpretação quanto à redação da cláusula de comprovação da Experiência em Construção nas Atividades-Chave, conforme o subitem “4.2” (b)¹, do Edital, porquanto, após publicação do “Boletim de Esclarecimentos”, em 22 de maio próximo passado, deu-se interpretação diversa para o item em relação aos Editais do DER/SP anteriormente lançados à praça.

Afirma a petionária que, anteriormente, a comprovação da capacidade técnica em Construção nas Atividades-Chave do subitem aludido dava-se por meio da apresentação de 02 (dois) atestados para *todo o conjunto* de serviços; todavia, após os esclarecimentos, a comprovação se dará com a apresentação de 02 (dois) atestados para *cada uma* das “Atividades-Chaves”. Assim, diante desta nova interpretação para a cláusula examinada, requer, também, que seja devolvido o prazo inicialmente concedido para que outras interessadas possam participar do certame.

Pois bem, analisando a cláusula impugnada, e não levando em consideração a redação ou entendimento dado aos Editais pretéritos da Administração representada, o Eminentíssimo Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho

1

Experiência específica na execução das quantidades mínimas detalhadas na tabela abaixo, demonstrando através de no máximo 2 (dois) contratos ou atestados executados nos últimos 5 (cinco) anos (2009; 2010; 2011; 2012; 2013), ficando estabelecido que nenhum atestado poderá ser inferior a 20% (vinte por cento) do quantitativo exigido nas quantidades abaixo.

<u>DESCRIÇÃO</u>	<u>UNIDADE DE MEDIDA</u>	<u>QUANTIDADE</u>
ROÇADA MECÂNICA	Ha	140*
RENOVAÇÃO DE SINALIZAÇÃO HORINZONTAL	M ²	41.500
RECICLAGEM DE BASE EXISTENTE (ASFALTO)	M ³	100.000
CONCRETO ASFÁLTICO USINADO A QUENTE	M ³	54.000
CONCRETO FCK-15 MPA	M ³	3.400
ELEMENTO DE SEGURANÇA COM DEFENSA METÁLICA	M	14.500

* Boletim de Esclarecimentos publicado em 22/05/14.



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



não vislumbrou, quando propôs a paralisação do certame, acolhido pelo Egrégio Plenário desta Corte, em sessão de 28 de maio próximo passado, indícios de conturbação semântica da exigência, porquanto entendeu perfeitamente inteligível o que o órgão licitante queria passar de obrigação às interessadas licitantes.

Todavia, diante da dúvida suscitada pela representante, e que pode ser motivo de oposição na intelecção da cláusula por outras interessadas licitantes, acolho os pronunciamentos dos órgãos instrutivos da Corte, para determinar ao DER/SP o aperfeiçoamento da redação da exigência impugnada, a fim de aclarar o seu conteúdo quanto à forma de sua comprovação.

2.6. Ante o exposto, por tudo o mais consignado nos autos, **VOTO** pela **PROCEDÊNCIA** da representação e determino que o **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DE SÃO PAULO – DER/SP** promova a renovação da publicação do instrumento convocatório da mesma forma que se deu o original, reabrindo-se o prazo originalmente estabelecido, nos exatos termos preconizados no artigo 21, §4º, da Lei nº 8.666/93, diante das inovações introduzidas no caderno convocatório, e aperfeiçoe a redação da cláusula de comprovação da Experiência em Construção nas Atividades-Chave, concernente ao subitem “4.2” (b), do Edital, em consonância com todos os aspectos desenvolvidos no corpo desta decisão.

Por fim, archive-se o procedimento eletrônico, após o trânsito em julgado da decisão.

Márcio Martins de Camargo
Auditor Substituto de Conselheiro