



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



### TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 03/04/2013 – SECÇÃO MUNICIPAL

#### EXAME PRÉVIO DE EDITAL

**Processos:** 104.989.13-2  
133.989.13-7

**Representantes:** Patricia Maria de Matos Baroni, OAB-SP nº 214.157  
Construtora Antonio Molina Ltda. EPP., por seu  
Sócio Antonio Molina

**Representado:** Departamento de Água e Esgoto de Bauru – DAE  
Sr. Giasone Albuquerque Cândia – Presidente  
Procurador Jurídico: Carlos Eduardo Ruiz  
OAB/SP nº 148.516

**Assunto:** Representações formuladas contra o edital da Concorrência Pública nº 01R/2012 – Processo Administrativo nº 4.132/2012 – do Departamento de Água e Esgoto de Bauru – DAE, que objetiva a “*contratação de empresa realizada em construção de tubulações interceptadoras de esgotos no Rio Bauru Trecho-2 e Córrego Água Comprida, nas margens direita e esquerda de ambos, compreendendo o emprego de equipamentos, fornecimento de todos os materiais excluindo aqueles que serão fornecidos pelo DAE e mão de obra necessários à completa execução, e em conformidade com o disposto no Projeto Executivo Anexo I deste Edital.*”

**Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Representante do Ministério Público de Contas:**

Em exame representações formuladas pela advogada Patricia Maria de Matos Baroni e pela empresa Construtora Antonio Molina Ltda. EPP contra o edital da Concorrência Pública nº 01R/2012 – Processo Administrativo nº 4.132/2012 – do Departamento de Água e Esgoto de Bauru – DAE, que objetiva a *contratação de empresa especializada em construção de tubulações interceptadoras de esgotos no Rio Bauru Trecho-2 e Córrego Água Comprida, nas margens direita e esquerda de ambos, compreendendo o emprego de equipamentos, fornecimento de todos os materiais, excluindo aqueles que serão fornecidos pelo DAE, e mão de obra, necessários à completa execução e em conformidade com o disposto no Projeto Executivo - Anexo I do Edital.*



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



O inconformismo da representante Patricia Maria de Matos Baroni recaiu sobre as seguintes disposições do edital:

a) Alínea ‘e.1’ do subitem 7.1.2 – relativo aos documentos de Regularidade Fiscal e Trabalhista, que estabelece:

### **“7.1.2 Regularidade Fiscal e Trabalhista”**

...e) Prova de Regularidade com a Fazenda Municipal do domicílio ou sede da empresa licitante:

e.1) Caso a licitante não possua sucursal, nem imóvel, nem preste serviço de tributação municipal na base territorial do município de Bauru, **deverá também apresentar declaração (Modelo no Anexo V)**, sob as penas de Lei. Mas, se enquadrado em qualquer dessas hipóteses, **deverá apresentar Prova de Regularidade com a Fazenda Municipal de Bauru;**”

Afirma que a exigência extrapola o disposto no inciso III do artigo 29 da Lei Federal nº 8666/93, porque impõe a comprovação de regularidade fiscal perante a Fazenda Pública do município onde está situada a sede da licitante e ainda perante o próprio Município de Bauru.

Nesse sentido, cita a decisão proferida por este Tribunal no processo nº 783.989.12-2 (Julgado em Sessão de 25/07/12. Relator Conselheiro Antonio Roque Citadini).

b) Alíneas ‘b.1.3’, ‘b.1.4’ e ‘c’ do subitem 7.1.3 – relativos aos documentos exigidos para demonstração de Qualificação Técnica, que preveem:

### **“7.1.3 Qualificação Técnica”**

...b.1) O Atestado referido no item ‘b’ deverá comprovar que a licitante executou, sob sua responsabilidade:

(...) b.1.3 execução de pavimentação asfáltica com base de solo cimento 10%, na quantidade mínima de 800m<sup>3</sup> (oitocentos metros cúbicos).

b.1.4 execução de escoramento contínuo na quantidade mínima de 600m<sup>2</sup> (seiscentos metros quadrados), sendo a profundidade média de 3,0m.

c) Certidão de Acervo Técnico emitido pelo CREA, em nome do(s) engenheiro(s) responsável(is) pela execução da obra e detentor de atestado de responsabilidade técnica, referente a Direção, coordenação e/ou execução de obra de assentamento de tubos de concreto para conduto de esgotos sanitários ou galerias de águas pluviais em diâmetro de 1.200mm ou maior, bem como pavimentação asfáltica (sic) com base de solo cimento 10%, execução de obra em diâmetro mínimo de 1,20m (um metro e vinte centímetros) pelo método não destrutivo “tunnel liner”, execução de escoramento contínuo.”

Salienta que esse dispositivo estabelece condições extremamente específicas para os serviços de pavimentação asfáltica com base solo cimento 10% e execução de escoramento contínuo na quantidade mínima de 600 m<sup>2</sup>, sendo a profundidade média de 3m, que possuem caráter restritivo à competitividade do certame, afrontando o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal c.c. artigo 3º da Lei de Licitações.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



A seu ver, tais exigências também infringem a Súmula nº 30 desta Corte de Contas e o disposto no § 5º do artigo 30 da Lei Federal nº 8666/93.

Tece considerações sobre a metodologia aplicada na execução de referidos serviços e afirma que os percentuais de mistura para os serviços de pavimentação e a profundidade para o escoramento, exigidos nas alíneas 'b.1.3' e 'b.1.4' – qualificação técnico-operacional, e alínea 'c' – qualificação técnico-profissional, todos do subitem 7.1.3, demandam a mesma metodologia de execução, e os mesmos conhecimentos técnicos que outros serviços realizados sem tais especificações e/ou menores e menos restritivas.

Sobre o assunto transcreve trecho do voto proferido no processo nº 375.989.12-6 (Julgado em Sessão de 16/05/12. Relator Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga).

Ainda, sobre as disposições da alínea 'c', entende que afrontam a Súmula nº 23 deste Tribunal, que dispõe que a comprovação de qualificação técnico-profissional aperfeiçoa-se mediante a simples apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), sendo vedada, a seu ver, a exigência conjunta de Atestado de Responsabilidade Técnica, como no presente caso.

### c) Subitem 7.5, referente à Documentação Complementar, que dispõe:

*"7.5 Se houver impossibilidade de apresentar qualquer documento por motivo de impedimento do órgão emissor, **devidamente comprovado**, apresentar declaração em papel timbrado da empresa, assinado por seu representante legal, de que está regular com o referido órgão e que, findo o mesmo, se compromete a apresentar o documento atualizado, para fins de direito, independentemente da fase em que se encontra o processo licitatório, sujeitando-se, no caso de não apresentação, às penalidades legais."*

Para a representante, essa previsão do edital é muito vaga, situação que seria diversa caso o órgão tivesse apontado um motivo específico, mas a expressão de mero '*impedimento do órgão emissor*' leva a interpretações subjetivas, ferindo o princípio do julgamento objetivo, previsto no artigo 3º da Lei de Licitações.

**d) Anexo I – Descrição do Objeto. Observação:** "*no momento da elaboração da proposta relativa aos serviços de construção dos interceptores do Córrego Água Comprida, o Licitante deverá fazer opção pelo tipo de material que empregará na obra, tubo de concreto ou tubos de PEAD e planilha correspondente aos serviços escolhidos.*"

Considera que cabe a Administração a escolha, através de estudos, do melhor material a ser empregado na execução das obras, não podendo ser faculdade da licitante.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Afirma que a Administração faculta à apresentação de proposta com base em utilização de tubo de concreto ou tubo de PEAD, entretanto, informa que o preço do primeiro é bem inferior ao segundo.

Assim formula a seguinte questão: Qual é o critério a ser utilizado pela Autarquia para análise das propostas de licitantes que optarem por um ou outro? Isto porque, no edital não há critério objetivo para tal análise.

Por sua vez, a representante Construtora Antonio Molina Ltda. EPP questiona os seguintes aspectos do edital:

**a) Da existência de 2 Planilhas Orçamentárias distintas para a mesma frente de serviço (Água Comprida).**

Informa que, no caso em exame, se deparou com 2 Planilhas Orçamentárias distintas para a mesma frente de serviço, uma prevendo a utilização de tubo PEAD corrugado, e outra a utilização de tubo de concreto.

Ressalta, também, que não bastasse a especificação de materiais distintos para a mesma frente de trabalho, a rede muda de extensão, ou seja, para o caso de uso do tubo PEAD corrugado, a Planilha Orçamentária prevê o assentamento de 6.112,62 metros de tubos, enquanto que para a utilização de tubo de concreto/PVC, a extensão seria de 6.094,40 metros.

Afirma que, como consequência dessa variação de materiais da tubulação, alteram-se também os quantitativos de escavação, de lastro, etc...

Outro fato, que, nas palavras da representante, é um “verdadeiro milagre”, é que o valor total das Planilhas para essa frente de serviço (Água Comprida) é idêntico, seja utilizando-se a tubulação PEAD Corrugado, seja para a tubulação de concreto – R\$ 6.326.460,21.

A seu ver, essa situação evidencia a fragilidade da Planilha Orçamentária e também do Projeto Executivo.

**b) Da incongruência entre a vigência do contrato e prazo de execução.**

Aponta que, de acordo com a Cláusula Segunda do edital, o contrato a ser firmado terá a vigência de 14 (quatorze) meses, podendo ser prorrogado nos termos do artigo 57 da Lei de Licitações.

Sustenta que, no entanto, no item 8.4 do edital, o prazo de execução das obras é de no máximo 8 (oito) meses.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Entende que essa incongruência pode levar a equívocos principalmente no que diz respeito a eventual reajuste anual, já que a Minuta do Contrato prevê a inexistência de reajustamento de preços (item 2.12).

### c) Das parcelas de maior relevância técnica.

No tocante a essa questão reclama sobre os serviços eleitos pela Autarquia, como de maior relevância técnica e valor significativo, constantes das alíneas ‘b.1.2’, ‘b.1.3’ e ‘b.1.4’ do subitem 7.1.3 – Qualificação Técnica do edital, os quais deverão ser comprovados pelas licitantes.

Quanto aos serviços previstos na alínea “b.1.2 – execução de obra em diâmetro mínimo de 1,20 m (um metro e vinte centímetros) pelo método não destrutivo ‘tunnel liner’, com quantitativo mínimo de 45 m (quarenta e cinco metros) em lance único”, entende ser restritivo o item ‘tunnel liner’, porque não existe justificativa técnica para especificação dessa metodologia, uma vez que, outras também não destrutivas se mostram tecnicamente viáveis.

Aponta outra inconsistência na eleição da metodologia ‘tunnel liner’ vez que, na sua execução, é necessário o revestimento da tubulação, para proteção das chapas de aço, revestimento esse que não está previsto na Planilha Orçamentária divulgada pela Autarquia.

Também para a representante não existe justificativa técnica para a exigência de quantitativo mínimo de 45 m em lance único.

Sobre a alínea “b.1.3 – execução de pavimentação asfáltica com base de solo cimento 10%, na quantidade mínima de 800 m<sup>3</sup> (oitocentos metros cúbicos)”, aponta que a base em solo cimento não é usual para reposição de pavimentação asfáltica em obras de esgoto, onde, em regra, se exige como base de pavimentação o concreto.

Salienta também que esse serviço é insignificante financeiramente se comparado com o valor total estimado para a obra – 18 milhões, ou com o valor estimado para frente ‘Rio Bauru – Trecho 2’.

Com relação aos serviços previstos na alínea “b.1.4 – execução de escoramento contínuo na quantidade mínima de 600 m<sup>2</sup> (seiscentos metros quadrados), sendo a profundidade média de 3,0 m”, afirma que causa estranheza o quantitativo exigido pela Autarquia nesse item.

Isto porque as Planilhas Orçamentárias demonstram o quantitativo de 29.582,82m<sup>2</sup> nas duas frentes de trabalho, e é exigida a comprovação de 600 m<sup>2</sup>, equivalente a 2% do item a ser realizado.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Considera que essa previsão contraria a jurisprudência desta Corte de Contas, consolidada na Súmula nº 24, no sentido de que, para fins de qualificação operacional é admissível a exigência de quantitativo entre 50% a 60% da execução pretendida.

Para a representante essa previsão se torna suspeita, diante da restritividade dos demais itens, levando a crer que o edital pode estar direcionado para interessado que não possui atestado com quantitativo correspondente a 50% do escoramento.

### d) Da Qualificação Técnico-Profissional.

Sustenta que o mesmo inconformismo em relação às parcelas eleitas como de maior relevância técnica e valor significativo se aplica no tocante à experiência do profissional que atuará como responsável pela obra, exigidas na alínea 'c' do subitem 7.1.3, que também se mostram impertinentes.

### e) Da Minuta do Contrato.

Aponta que a regra prevista no item 6.2.3 da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato, que estabelece como causa de rescisão sem culpa da contratada, a hipótese onde as repetidas suspensões determinadas através de ordem escrita, totalizem prazo superior a 240 (duzentos e quarenta) dias, afronta o disposto no artigo 78 da Lei Federal nº 8666/93.

Ao final, os Representantes pretendem o acolhimento de suas pretensões, com a determinação de retificação do instrumento convocatório quanto nos pontos questionados.

Em sessão de 06/02/2013, o E. Plenário, acolhendo o voto por mim proferido, recebeu as matérias como Exames Prévios de Edital, requisitando da Autarquia representada cópia completa de todo o edital, no prazo de 48 (*quarenta e oito*) horas, facultando, no mesmo prazo, a apresentação de justificativas acerca das impugnações dispostas na inicial, determinando, ainda, a suspensão do procedimento até apreciação final da matéria por parte deste Tribunal.

Após regular notificação, o DAE-Bauru compareceu aos autos com os esclarecimentos e justificativas adiante expostas.

No que diz respeito à regra relativa à regularidade fiscal perante a Fazenda Pública de Bauru, como condição de habilitação, reporta-se à Lei Municipal nº. 5.305/2005, bem como à decisão proferida por esta Corte no âmbito do processo TC-35998/026/10.

Sobre a exigência constante do item 7.1.3.b.1.2, segundo a qual, para a qualificação técnica, deverá ser comprovada a execução de obra com



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



diâmetro mínimo de 1,2 m, por método não destrutivo ‘tunnel liner’, com 45 m em lance único, sustenta ter conhecimento da existência de outros processos igualmente não destrutivos, como o “mini-shield” e “furo direcional”, e que “tunnel liner” seria menos restritivo e menos oneroso, além de atender às normas de travessia não destrutivas determinadas pela América Latina Logística - ALL e Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, como condição de aprovação do projeto, etapa esta que informa já ter sido vencida.

Esclarece que, no caso das travessias em comento, serão utilizados tubos PEAD lisos soldados por termofusão, para a condução dos efluentes de esgoto, e o tubo em chapas de aço (“tunnel liner”) será usado como tubo camisa que abrigará o tubo PEAD.

Acrescenta que tais tubos PEAD já foram adquiridos e se encontram no almoxarifado.

Quanto à extensão de 45m, afirma que o maior trecho a ser executado é de 99,55m e não 75m, como afirmou a representante Construtora Antonio Molina Ltda. EPP., não existindo, assim, afronta à Súmula 24 desta Corte.

Ainda a respeito da exigência de qualificação técnica constante do item 7.1.3.b.1.3, consistente na prova de execução de serviço de pavimentação asfáltica com base de solo cimento 10% na quantidade mínima de 800 m<sup>3</sup>, esclarece que o objeto da contratação não se resume a obras de esgoto, envolvendo também tais serviços, e, embora não seja relevante do ponto de vista financeiro, essa etapa do serviço afeta significativamente a população. A despeito disso, concorda em retificar o edital para excluir a limitação de 10% constante da regra para a ampliação da disputa.

No que diz respeito à exigência do item 7.1.3.b.1.4, consistente na experiência em escoramento de 600 m<sup>2</sup> com profundidade média de 3m, sustenta que a empresa que está capacitada para executar 600m<sup>2</sup> (seiscentos metros quadrados), que correspondem a cerca de 120m (cento e vinte metros lineares), com altura média de 2,5 m, estará capacitada para montar e desmontar todo o quantitativo previsto no memorial descritivo, motivo pelo qual seu setor de engenharia manifestou-se pela retirada da profundidade média.

Acerca do item 7.1.3.c, aduz que a impugnação decorre de interpretação equivocada do edital, que não exige, cumulativamente, a apresentação de Certidão de Acervo Técnico e de Atestado de Responsabilidade Técnica, mas somente a primeira. Informa que, para evitar dúvidas na interpretação, excluiu a preposição “e” do texto questionado.

Afirma, quanto à suposta contradição entre os prazos de vigência e execução contratual, que o primeiro é superior por contemplar, não só a execução do objeto propriamente dita, mas outras etapas, como o tempo necessário



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



à emissão da Ordem de Serviços, à conferência e fiscalização, à emissão de laudo de recebimento provisório, às correções, e ao recebimento definitivo.

Prosseguindo, concorda com os termos da Impugnação relativos à contradição entre o prazo previsto na cláusula 6.2.3 do Contrato e o Edital, para hipótese de rescisão contratual por iniciativa da contratada.

Defende a redação dada ao item 7.5 do Edital, cuja finalidade é garantir a não exclusão de proponentes impossibilitadas de apresentar certidões por motivos alheios a suas vontades, como greves.

Finalmente, sobre o teor do Anexo I do Edital, que facilita aos participantes, na elaboração de propostas para a obra do Córrego Água Comprida, fazer a opção pelo tipo de material que empregará, tubo de concreto ou tubo de PEAD e pela Planilha Orçamentária correspondente, argumenta que os dois tipos de material atendem as necessidades, pois são hidraulicamente compatíveis, devido ao coeficiente de rugosidade das paredes, que permite escoar a mesma quantidade de efluentes, e porque as condições de assentamento e declividade se mantêm para ambos.

Aduz que, apesar de o tubo PEAD apresentar custo mais elevado, é de conhecimento público que o assentamento dos tubos em PVC ou PEAD têm valores menores que o assentamento de tubos de concreto pela sua facilidade de manuseio devido ao baixo peso.

Acrescenta que os valores referentes ao comprimento útil de cada material em peças, conforme orientação do fabricante do tubo PEAD, são equivalentes.

Afirma, ainda, a igualdade financeira no total, decorrente das diferenças entre largura das valas escavadas, que no tubo de PEAD é menor, além da exclusão do lastro de areia para tubos de PVC que compõem a obra com concreto e, fundamentalmente, o item assentamento dos tubos dentro das valas, com custos superiores na obra de concreto, se comparados com a obra em PEAD.

Conclui sustentando que, diante das alternativas e visando manter a maior competitividade para uma obra de interesse público e ambiental, a área técnica da autarquia resolveu manter a utilização alternativa de um dos materiais, já que as planilhas orçamentárias apresentam o mesmo custo final, de forma a permitir o julgamento objetivo das propostas.

Instada a se manifestar, a Assessoria Técnica, quanto aos aspectos de engenharia, opinou pela parcial procedência das representações.

A seu entender, a escolha do método não destrutivo “tunnel liner” e sua eleição como uma das parcelas de maior relevância para fins de



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



habilitação estão devidamente justificadas pelo DAE-Bauru, sendo que as quantidades exigidas estão de acordo com a Súmula 24.

Ao examinar o ANEXO I, entende que a não definição de um método para a execução dos serviços no caso do trecho do Córrego Água Comprida, impede a melhor competição entre os participantes do Certame.

Sua Chefia também concluiu pela procedência parcial das representações, enfrentando os demais aspectos. Considerou amparada na legislação municipal a exigência de regularidade fiscal junto à Fazenda Pública de Bauru, e adequada a previsão de diferentes prazos para a vigência e para a execução contratual.

Assim também correto, a seu ver, o teor do item 7.5 do Edital, que abarca hipóteses de greve e força maior.

Pondera que a exigência do item 7.1.3.b.1.2 relativa ao método não destrutivo “tunnel liner” decorre de estudos realizados pelo DAE-Bauru e que a escolha está justificada nos custos e condições técnicas do projeto, além de atender normas de travessia da Concessionária América Latina Logística, enquanto que as quantidades ali previstas estão de acordo com a Súmula 24.

Apesar disso, considera procedente a impugnação referente ao item 6.2.3 da minuta do contrato, quanto à hipótese de rescisão unilateral por iniciativa da contratada, vez que, embora decorrente de erro material, afronta a lei de regência.

Acolhe igualmente as críticas apresentadas às exigências dos itens b.1.4, b.1.3 e 7.1.3, vez que demasiadamente específicas, como reconheceu o próprio DAE-Bauru, e, por fim, as falhas relativas à permissão aos proponentes quanto à escolha de métodos para a execução dos serviços constante do Anexo I e respectiva planilha, uma vez que, não obstante as justificativas apresentadas, os diferentes métodos ensejam diferentes sistemas de avaliação das propostas, de forma que não há que se falar em maior competitividade na utilização alternativa de materiais.

Após examinar a matéria, o Ministério Público de Contas concluiu pela procedência parcial das representações.

Sustenta a inadequação da observação contida no Anexo I do Edital, que, facultando às proponentes escolher, para o trecho da obra “Córrego Água Comprida”, entre dois tipos de material e de planilha orçamentária, salientando que, da forma posta, a regra impede a formulação e o julgamento objetivo das propostas.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Também considera procedente a contradição entre o Edital e a Minuta do Contrato quanto ao prazo de suspensão da execução contratual a ensejar o direito à rescisão unilateral pela Contratada nos termos do artigo 78 da Lei de Licitações.

Acerca dos requisitos de habilitação, defende sua natureza de “normas gerais sobre licitações e contratos”, sobre o que compete à União legislar, nos termos do artigo 37, XXI, da Constituição Federal.

Afirmou, além disso, que tanto a Lei de Licitações quanto o Código Tributário Municipal, determinam que a exigência de regularidade fiscal tenha pertinência com o objeto em disputa, trazendo à colação decisões desta Corte, proferidas nos processos TC-30818/026/08 e 17727/026/09, de sorte que o edital deve ser retificado nesse aspecto, para exclusão da exigência de prova de regularidade relativa a tributos imobiliários.

Por outro lado, aduz que a exigência de prova de regularidade junto à Fazenda Pública do ente licitante conta com amparo em decisão do Superior Tribunal de Justiça, estando também de acordo com o artigo 3º, da Lei Complementar 116/2003.

Nas palavras do d. Procurador, *a exigência visa, tão-somente, observar a regularidade da licitante frente à Fazenda Municipal de sua sede – local em que a maior parte dos tributos será recolhida, garantindo a concorrência leal entre os interessados -, além de evitar que o ente público contratante celebre negócio jurídico com sociedade que integre o rol de seus devedores – o que poderia resultar em ofensa ao princípio da moralidade.*

Registra o reconhecimento, pela Representada, das falhas concernentes às alíneas b.1.3, b.1.4, e c do item 7.1.3, que afrontam o entendimento deste Tribunal e opina pela improcedência do apontamento relativo à alínea b.1.2 do mesmo item editalício, ao item 7.5, que se limita a autorizar a apresentação extemporânea de documentos em caso de comprovado impedimento do órgão emissor, e ao prazo de execução e vigência do contrato, plenamente justificado.

Conforme evento nº. 32, a autarquia municipal representada noticiou que, em razão de projeto viário para a avenida denominada “Água Comprida”, no mesmo local de implantação dos interceptores e, após consulta à Prefeitura Municipal de Bauru, decidiu excluir do objeto da Concorrência em exame o trecho referente ao Código da Água Comprida, de forma que, após o julgamento por esta Corte, o Certame prosseguirá apenas em relação ao interceptor do Rio Bauru trecho II.

Novamente ouvido, na forma regimental, o Ministério Público de Contas reiterou os termos do parecer anterior. A seu entender, ainda que não haja nos autos nenhum documento apto a demonstrar que a Representada



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



efetivamente editou atos tendentes a alterar o Certame após a decisão que determinou sua paralisação, vez que a petição juntada apenas reflete o planejamento, opinou no sentido de que se alerte a origem para a impossibilidade da medida até o julgamento definitivo da matéria, propondo, em caso de descumprimento, a aplicação da multa prevista no artigo 104, §1º, da Lei Complementar nº. 709/93.

Por sua vez, a Secretaria-Diretoria Geral manifestou-se pela procedência parcial, não acolhendo as impugnações relativas à regularidade fiscal e à possível contradição entre prazos de execução e vigência.

Contudo, no que diz respeito à previsão contida no Anexo I, admitindo a escolha entre duas opções de material e planilha orçamentária para uma mesma frente de serviço, entende que o objeto não está devidamente descrito, com comprometimento direto da elaboração das propostas a ponto de configurar ofensa aos princípios da igualdade e do julgamento objetivo.

Por fim, tendo em vista o reconhecimento pela administração das irregularidades dos itens relativos à qualificação técnica (alíneas b.1.3, b.1.4 e c do subitem 7.1.3), somado ao seu compromisso de promover as devidas alterações no certame, considera procedências tais impugnações.

Diante da procedência parcial, o Sr. Secretário-Diretor Geral opina pela sustação dos atos praticados em relação à Concorrência Pública em exame, nos termos do que dispõe o artigo 71, IX e X da Constituição Federal, devendo o DAE-Bauru, querendo dar continuidade ao procedimento, promover a adequação das regras editalícias às normas legais, com abertura de novo prazo para apresentação de propostas, sem embargo de recomendar que se comunique a decisão desta Corte à Câmara Municipal de Bauru e ao Ministério Público.

É o relatório.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



### TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 03/04/2013 – SECÇÃO MUNICIPAL

#### EXAME PRÉVIO DE EDITAL

**Processos:** **104.989.13-2**  
**133.989.13-7**

**Representantes:** **Patricia Maria de Matos Baroni, OAB-SP nº 214.157**  
**Construtora Antonio Molina Ltda. EPP., por seu**  
**Sócio Antonio Molina**

**Representada:** **Departamento de Água e Esgoto de Bauru – DAE**  
**Sr. Giasone Albuquerque Cândia – Presidente**  
**Procurador Jurídico: Carlos Eduardo Ruiz**  
**OAB/SP nº 148.516**

**Assunto:** **Representações formuladas contra o edital da Concorrência Pública nº 01R/2012 – Processo Administrativo nº 4.132/2012 – do Departamento de Água e Esgoto de Bauru – DAE, que objetiva a “contratação de empresa realizada em construção de tubulações interceptadoras de esgotos no Rio Bauru Trecho-2 e Córrego Água Comprida, nas margens direita e esquerda de ambos, compreendendo o emprego de equipamentos, fornecimento de todos os materiais, excluindo aqueles que serão fornecidos pelo DAE, e mão de obra necessários à completa execução, e em conformidade com o disposto no Projeto Executivo Anexo I deste Edital.”**

**Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Representante do Ministério Público de Contas:**

Por meio da Concorrência nº. 01R/12, o Departamento de Água e Esgoto de Bauru – DAE pretende contratar empresa para construção de tubulações interceptadoras de esgotos no Rio Bauru Trecho 2 e Córrego Água Comprida, nas margens direita e esquerda de ambos, com emprego de equipamentos, fornecimento de todos os materiais, exceto os fornecidos pelo DAE, e mão de obra.

Entre os inúmeros apontamentos constantes das Representações, considero improcedentes os relativos à regra do item 7.5 do Edital e à suposta contradição entre o prazo de vigência e o prazo de execução contratual,



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



porque, assim como o Ministério Público de Contas e Secretaria-Diretoria Geral, não visualizo afronta à legislação de regência.

Segundo dispõe o item 7.5 do Edital, *na impossibilidade de apresentação de qualquer documento como certidões, por motivo atribuível exclusivamente ao órgão emissor, devidamente comprovado, os proponentes poderão apresentar declaração em papel timbrado da empresa, assinado por seu representante legal, de que está regular com o referido órgão, comprometendo-se a apresentar o documento atualizado, para fins de direito, independentemente da fase em que se encontrar o processo licitatório, sujeitando-se, no caso de não apresentação, às penalidades legais.*

Não há o que ser reprovado na previsão editalícia que tem por finalidade não penalizar proponentes que, por circunstâncias alheias à sua vontade, atribuíveis ao órgão emissor de Certidões, esteja impossibilitada de apresentá-las.

Ainda que a proponente apenas declare em papel timbrado próprio o referido impedimento de apresentar a documentação, o dispositivo editalício prevê expressamente que a situação seja devidamente comprovada, salvaguardando, a meu ver, o interesse da Administração e o direito dos demais licitantes.

Quanto à alegada incongruência nos prazos de vigência e execução do contrato, entendo que a questão não interfere na formulação de propostas pelos interessados, não havendo prejuízo à competitividade.

Conforme esclareceu o DAE-Bauru, o prazo de vigência de 14 meses previsto no item 2 do Edital é superior ao prazo de execução, previsto no item 8.4, de 8 meses, porque contempla a execução do objeto e outras etapas, como o tempo necessário à emissão da Ordem de serviços, à conferência e fiscalização, à emissão de laudo de recebimento provisório, às correções e ao recebimento definitivo.

Assim, não vejo razões para que o Edital seja modificado nesse aspecto, acompanhando desse modo o entendimento unânime dos órgãos técnicos da Casa e MPC.

No que diz respeito aos apontamentos relativos ao item 7.1.3, que trata da qualificação técnica, para adequada visualização dos questionamentos constantes das Representações, peço vénia para transcrevê-lo:

### 7.1.3 Qualificação Técnica: (...)

- b) Atestado(s) em nome da Licitante, emitido(s) pelo(s) contratante(s) titular(es), obrigatoriamente pessoa jurídica de direito público ou privado e certificado pelo CREA, comprovando explicitamente a execução de serviços com



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



características semelhantes, complexidade tecnológica e operacional equivalentes, que são as que têm maior relevância técnica e valor significativo:

b.1) O Atestado referido no item “b” deverá comprovar que a licitante executou, sob sua responsabilidade:

b.1.1 assentamento de tubos de concreto para esgotos sanitários ou galerias de águas pluviais no diâmetro de 1.200 mm ou maior (a somatória em diâmetros diferentes, desde que superiores, é válida), com quantitativo mínimo de 1.000 metros.

b.1.2 execução de obra em diâmetro mínimo de 1,20m (um metro e vinte centímetros) pelo método não destrutivo “túnnel liner”, com quantitativo mínimo de 45 m (quarenta e cinco metros) em lance único.

b.1.3 execução de pavimentação asfáltica com base de solo cimento 10%, na quantidade mínima de 800m<sup>3</sup> (oitocentos metros cúbicos).

b.1.4 execução de escoramento contínuo na quantidade mínima de 600m<sup>2</sup> (seiscentos metros quadrados), sendo a profundidade média de 3,0 m.

c) Certidão de Acervo Técnico emitido pelo CREA, em nome do(s) engenheiro(s) responsável(is) pela execução da obra e detentor de atestado de responsabilidade técnica, referente a Direção, coordenação e/ou execução de obra de assentamento de tubos de concreto para conduto de esgotos sanitários ou galerias de águas pluviais em diâmetro de 1.200mm ou maior, bem como pavimentação asfáltica com base de solo cimento 10%, execução de obra em diâmetro mínimo de 1,20m (um metro e vinte centímetros) pelo método não destrutivo “túnnel liner”, execução de escoramento contínuo. (...).

Assim como a Assessoria Técnica e o Ministério Público de Contas, não vejo restritividade na escolha, devidamente justificada pelo DAE-Bauru, do método não destrutivo “tunnel liner”, constante do subitem b.1.2 do item 7.1.3, para a execução do objeto e como uma parcela de maior relevância, porque, estando inserida na esfera de discricionariedade reservada ao Administrador, só não prevalece quando há demonstração cabal de ilegalidade, circunstância que não está presente nestes autos.

No que tange à extensão de 45 m exigida, vejo que o DAE-Bauru demonstrou que a estipulação está de acordo com a Súmula nº. 24 desta Corte, uma vez que o maior trecho a ser executado é de 99,55 m, conforme desenho nº. 6076.

De igual modo, aceito as justificativas apresentadas para a previsão do serviço de pavimentação asfáltica como uma das parcelas de maior relevância a exigir comprovação de experiência anterior, dado que, também abrangida pelo poder discricionário reservado ao Administrador Público, está



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



respaldada no fato de que tais atividades são necessárias à completa execução do objeto.

A despeito desses aspectos favoráveis, o Edital requer correções em diversos outros pontos mencionados nas Representações.

Inicio pelo apontamento que me parece mais grave, relativo à previsão, no Anexo I do Edital, no sentido de que, no momento da elaboração da proposta relativa aos serviços de construção dos interceptores do Córrego Água Comprida, o Licitante deverá fazer a opção pelo tipo de material que empregará na obra – tubo de concreto ou tubos de PEAD – e pela planilha correspondente à escolha.

Segundo a Representante, da forma posta, não há condições isonômicas de competição.

Embora, conforme Evento nº. 32, a Representada tenha comunicado, sua intenção de excluir do escopo do Certame o trecho da obra referente ao Córrego Água Comprida, entendo necessário o enfrentamento da Impugnação, o que faço adiante.

Realmente, a Representada disponibilizou duas planilhas orçamentárias distintas para a obra no Córrego Água Comprida, uma prevendo custos com o uso de Tubos de PEAD e outra, com Tubos de PVC e Concreto, facultando, de acordo com o Anexo I, que as proponentes escolham uma ou outra.

Noto que suas justificativas se basearam em aspectos relacionados aos custos globais inerentes à execução do serviço em questão, que não sofreriam variação por força dessa alteração de preços unitários, levando em conta também a inexistência de prejuízos ao atendimento da sua demanda do ponto de vista técnico.

Não vejo coerência nesse procedimento, que, ainda que seja indiferente para a Administração Contratante, o que me parece pouco provável, impede a competição isonômica e objetiva.

A própria elaboração de dois Memoriais Descritivos e dois Projetos distintos revela que a opção pelo uso de um ou outro material reflete significativamente nos aspectos técnicos de execução da obra e seus custos, tornando necessário que a Administração se posicione e eleja um deles.

Disso também concluo que não se revestem da necessária confiabilidade os dois orçamentos, elaborados com valores totais idênticos, inclusive nos centavos, mesmo que tenham resultado, como declarado nos referidos documentos, de pesquisa de preços junto a diversas instituições (SINAPI, PINI e Prefeitura Municipal de São Paulo).



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Reconheço que a escolha por um determinado material, assim como o método construtivo, está inserida no campo de discricionariedade do Administrador Público. Todavia, não pode ele, com base nessa prerrogativa, eximir-se de fazê-lo fundamentadamente, divulgar a opção feita, disponibilizando aos interessados em um Certame informações claras e precisas sobre o objeto em disputa, viabilizando elaboração de propostas idôneas e efetivamente comparáveis entre si e evitando indefinições que podem prejudicar a competitividade do procedimento.

Desse modo, o Edital e seus anexos não observaram o disposto nos artigos 6º, 7º, e 40, I, da Lei nº. 8.666/93, sendo a Representação, nesse ponto, procedente.

Sobre a exigência de regularidade fiscal prevista no item 7.1.2."e" e "e.1.", relevante a sua transcrição:

"(...) e) Prova de Regularidade com a Fazenda Municipal do domicílio ou sede da empresa licitante:

e.1) Caso a licitante não possua sucursal, nem imóvel, nem preste serviço de tributação municipal na base territorial do município de Bauru, **deverá também apresentar declaração (Modelo no Anexo V)**, sob as penas da Lei. **Mas, se enquadrado em qualquer dessas hipóteses, deverá apresentar Prova de Regularidade com a Fazenda Municipal de Bauru; (...)"**

Acompanhando a jurisprudência desta Corte, entendo que a regularidade fiscal deve guardar pertinência com o objeto do contrato, de forma que, *in casu*, a regularidade relativa a tributos imobiliários não deve ser exigida. Nesses termos, a exigência de comprovação de regularidade perante a Fazenda Pública de Bauru de proponente que “possua imóvel” no local deve ser excluída.

No que diz respeito à exigência dirigida a proponentes que possuam “sucursal” ou “prestem serviço de tributação municipal na base territorial do município de Bauru”, a regra merece maior atenção.

A jurisprudência deste Tribunal tem caminhado no sentido de permitir a comprovação de regularidade fiscal da pessoa jurídica que efetivamente executará o contrato, seja ela a matriz ou a filial.

Nesse sentido, cito o que o Plenário desta Corte decidiu no âmbito dos Exames Prévios de Edital TC-021005/026/11 e TC-020984/026/11.

“(...) Quanto ao item “6.1.2.2.1”, que exige o Cadastro de Contribuintes de Cubatão das empresas com sede em outro



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Município e filial localizada no Município de Cubatão, é evidente que impõe um injustificado prejuízo às empresas que não se enquadrem nesta situação e terão a obrigação de comprovar que não estão sujeitas a tal cadastramento. Além do que, é exigência que desborda das limitações do artigo 29, da Lei Geral de Licitações.

Em verdade, o que deve prevalecer é o posicionamento já pacificado em nossa jurisprudência, de que deve ser exigida a prova de regularidade fiscal tão somente da sede ou da filial que irá obrigatoriamente executar o contrato.

Já no que se refere ao item “6.1.2.6”, o que temos é uma exigência que também vai além do que dispõe o artigo 29, da Lei nº 8.666/93, além de se revelar inócuo, pois, se há créditos tributários não pagos por alguma empresa, esta é uma informação que deve ser prontamente fornecida por qualquer setor de receitas com um mínimo de eficiência e operacionalidade, não havendo como transferir esta responsabilidade a uma declaração firmada pela empresa licitante.

De tal sorte, necessária a eliminação das cláusulas dispostas nos itens “6.1.2.2.1” e “6.1.2.(...)”.

Com efeito, tendo em perspectiva o referido entendimento, considero que a cláusula merece ser retificada para se enquadrar à jurisprudência deste Tribunal em relação à matéria.

Com essas considerações, entendo que a indigitada regra editalícia deve ser alterada para que passe a exigir a prova de regularidade fiscal de quem efetivamente irá executar o contrato, seja a matriz ou a filial, da respectiva sede, nos termos do artigo 29, III, da Lei nº. 8.666/93, abstendo-se de impor tal exigência em relação a tributos imobiliários, vez que não guardam correspondência com o objeto licitado.

No que diz respeito às críticas dirigidas ao item 6.2.3, a própria Representada reconheceu a procedência das Representações, cuja adequação expressamente se comprometeu a providenciar, para que, tanto o Edital quanto a minuta do contrato espelhem o disposto no artigo 78, XIV, da Lei nº 8.666/93<sup>1</sup> e o prazo ali previsto, restando procedentes os reclamos aduzidos a esse respeito.

<sup>1</sup> Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...) XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação; (...”).



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



De igual forma, a Representada informou que pretende alterar o item 7.1.3., subitens b.1.3, b.1.4 e c, prontificando-se a afastar as previsões de “base de solo cimento a 10%” e de “profundidade média de 3 m”, e de exigência acumulada de Certidão de Acervo Técnico e de Atestados de Capacidade Técnica, respectivamente, medidas que, diante das justificativas apresentadas, considero suficientes para, em tese, afastar possível restrição à disputa.

A propósito do subitem 7.1.3.b.1.4., que exige experiência na execução de 600 m<sup>2</sup> de escoramento, equivalente a 2% das quantias previstas no projeto, necessário esclarecer que não há ilegalidade na imposição de quantitativos mínimos inferiores aos limites previstos na Súmula 24 como razoáveis, vez que a medida, em princípio, tende a ampliar a disputa.

Diante de todo o exposto, meu voto considera parcialmente procedente as Representações, incumbindo ao DAE-Bauru promover as seguintes adequações no Instrumento Convocatório:

- excluir o trecho da obra referente ao Córrego Água Comprida, como noticiado no evento nº. 32, afastar, do Anexo I, a faculdade concedida aos proponentes de escolher que tipo de material empregar no referido local, revendo o projeto a ele relativo de forma a definir claramente o objeto, nos termos do que exigem os artigos 6º, 7º e 40, I, da Lei de Licitações, caso não revogue parcialmente a licitação conforme anunciado;

- retificar a regra prevista no item 7.1.2, para que passe a exigir a prova de regularidade fiscal de quem efetivamente irá executar o contrato, seja a matriz ou a filial, da respectiva sede, nos termos do artigo 29, III, da Lei nº. 8.666/93, abstendo-se de impor tal exigência em relação a tributos imobiliários, vez que não guardam correspondência com o objeto licitado.

- promover as adequações a que se comprometeu nos Itens 6.2.3 e 7.1.3., subitens b.1.3 e b.1.4 e c.

Após proceder à retificação do instrumento os responsáveis pelo certame deverão atentar para o disposto no §4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93, com a sua republicação e reabertura de prazo para formulação de propostas.

Expeçam-se os ofícios necessários, encaminhando os autos, após o trânsito em julgado da decisão, à Diretoria competente da Casa para as devidas anotações, com posterior arquivamento do feito.