

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
8ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DE 31/3/2004

EXAME PRÉVIO

EXPEDIENTE INICIAL

PROCESSOS N^{os}: a) TC-9.835/026/2004 (a.1) incluso Exp. TC-10.050/026/04); b) TC-9.849/026/2004.

REPRESENTANTES:a) RODRIGO PORTO LUAND e CARLOS HENRIQUE LEMOS - Advogados – OAB/SP 126.258 e 183.041, respect.; a.1) CONSTRUTORA GOMES LOURENÇO LTDA., Representada pelo Sr. Luiz Garcia Álvares; b) JOSÉ FERREIRA DE SOUZA, Vereador à Câmara Municipal de São Bernardo do Campo – ADVOGADO : Bernardo Duarte Almeida Fonseca – OAB/SP – 31.139.

REPRESENTADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO e o Sr. Presidente da Comissão Julgadora da Concorrência Internacional n^o UCP/BID CI 01/2004 – Processo n^o SB 25855/2003-38.

ASSUNTO: Possíveis irregularidades no Edital de Concorrência Internacional n^o UPC/BID CI. 01/2004 – Processo n^o SB-25855/2003-38 – Pré-Qualificação de empresas de engenharia para execução de obras do Programa de Transporte Urbano de São Bernardo do Campo, especificados na Seção VI do Edital.

Senhor Presidente,
Senhores Conselheiros,

1. Relato, em sede de exame prévio, representações formuladas pelo Srs. RODRIGO PORTO LAUAND, CARLOS HENRIQUE LEMOS, Advogados, CONSTRUTORA GOMES LOURENÇO LTDA. e JOSÉ FERREIRA DE SOUZA, Vereador à Câmara Municipal de São Bernardo do Campo, contra o Edital da Concorrência Internacional n^o UCP/BID CI. 01/2004, da PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO, que tem por objeto a Pré-Qualificação de empresas de engenharia para execução de obras do programa de Transporte Urbano de São Bernardo do Campo, especificados na Seção VI do Edital. O certame encontra-se suspenso por decisão referendada por este E. Plenário, na sessão do dia 17/03/04.

2 . Os Representantes Rodrigo Porto Lauand e Carlos Henrique Lemos, impugnaram os seguintes aspectos: a) que o “item 25 – Seção I” , limita a

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
8ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DE 31/3/2004

EXAME PRÉVIO

participação de consórcio a no máximo 02 (duas) empresas ¹; b) exigência descrita na “Seção II – item 3.i, que limita em até 03 (três) atestados para cada lote, executados em área urbana, não permitindo a somatória de quantidades entre estes ²; c) exigência descrita na “Seção III – Item A – 4.2 ³; d) exigência de “índice de liquidez corrente igual ou superior a 1,5”, a seu ver, excessivamente rigoroso – “Seção III – A – 3” ⁴.

2.1. A Construtora Gomes Lourenço Ltda. alega em sua representação “...que teve o cuidado de apontar vícios crassos no procedimento licitatório, contudo a Municipalidade de São Bernardo do campo não se sentiu motivada a rever os seus erros e fez letra morta dos seguintes problemas: a) indefinição dos recursos financeiros alocados para a licitação; b) Objeto restritivo demasiadamente extenso e variegado; c) Preferência às regras do BID em detrimento de Lei Nacional; d) Eleição das propostas embasadas em critérios subjetivos; e) Critérios de habilitação fundados em quantitativos incoerentes; f) Estipulação de capital mínimo muito elevado para fins de pré-qualificação; g) Imposição de caráter temporal para aferição dos acervos; h) combinação de exigências compondo regramento restritivo.

Por sua vez, o Vereador José Ferreira de Souza, se insurge contra as exigências contidas no subfator 4.2 – Experiência específica em execução de obras – Comprovação de ter executado obras com 100% das quantidades do Lote 1, com 200% das quantidades do Lote 2 e com 138% das quantidades do Lote 3 (⁵).

¹ “25.1 O consórcio de empresas nacionais e/ou estrangeiras fica limitado a no máximo 2 (duas) empresas, devendo os integrantes apresentar prova de compromisso de constituição de consórcio, público ou particular, subscrito pelas consorciadas, conforme estabelecido no presente edital”

² “3.Comprovação pelo proponente de ter executado obras e/ou serviços compatíveis ou similares, executados em área urbana (...) i) A comprovação da execução de obras e/ou serviços severa ser atendida pela apresentação de atestados e/ou certidões de capacidade técnica, provenientes de no máximo 03 (três) contratos de obras e/ou serviços, para cada lote, sendo que, cada um dos itens deverá ser atendido em um único contrato”

³ “4.2 – Experiência específica em execução de obras: a) Ter participado ou estar participando na qualidade de contratada ou consorciada de pelo menos 04 (quatro) contratos de obras urbanas, nos últimos 10 anos anteriores à data limite de apresentação das propostas, cada um com valor igual ou superior a: Lote 1: R\$ 48.000.000,00 (quarenta e oito milhões de reais); Lote 2: R\$ 65.000.000,00 (sessenta e cinco milhões de reais); Lote 3: R\$ 46.000.000,00 (quarenta e seis milhões de reais).

⁴ “a) Índice de Liquidez Corrente (ILC) igual ou maior que 1,5 – deverá ser cumprido por cada proponente isolada.

⁵ LOTE 1- exigência de que tenham executado “Canal de concreto, com fundo revestido, seção hidráulica>=60 M2, >=2.000 M”, quando a PM aponta que a solução adotada para a execução deste lote é a canalização do Ribeirão dos Couros com extensão aproximada de 2.100m”; LOTE 2 – exigência da execução de “Túnel Rodoviário, executado pelo método NATM, com seção >=95m2, constando sistema de ventilação, com extensão mínima de 1.400 m”, quando o edital explicita que a obra A-07 “trata-se da implantação de túnel, com extensão aproximada de 700 m...”; LOTE 3 – exigência da execução de “Ponte e/ou viaduto rodoviário e/ou ferroviário, executado pelo método de balanço sucessivo, com vão mínimo de 45 m e volume de concreto estrutural mínimo de 8.000 m3, com extensão >- 360 m”, quando o edital aponta a solução adotada para a obra A-12 é “Implantação de dois viadutos, com extensão aproximada de 360 m sobre a rotatória da interseção do Anel Metropolitano...”

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
8ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DE 31/3/2004

EXAME PRÉVIO

A PREFEITURA, ora Representada, no prazo que lhe foi concedido, juntou as justificativas e documentos de fls. 231/483, alegando, em síntese : que a ordem de paralisação foi implementada e está sendo rigorosamente cumprida; que optou-se pela pré-qualificação de empresas devido ao vulto do empreendimento, que pretende, cujo alvo principal do Programa de Transporte Urbano de São Bernardo do Campo é a integração das diversas áreas do Município e a melhoria do tráfego local, com a redução e o afastamento de desequilíbrios nos fluxos urbanos e no uso da ocupação do solo; que o BID acolheu as proposições das Municipalidade como projeto elegível para investimento e tornou-se seu principal agente financiador, disponibilizando recursos na ordem de US\$ 144.000.000,00, para aplicação ao longo dos cinco anos de implementação do Programa; que em se tratando de um Programa de tamanha complexidade no sistema viário da cidade, a Municipalidade fracionou as obras e serviços do Programa 1, em três lotes; que nos acordos de empréstimos internacionais estão estipuladas as condições para a execução do projeto objeto do financiamento bem como os procedimentos que deverão ser observados na realização dos processos licitatórios posteriormente instaurados; que os procedimentos de pré-qualificação, ora instaurados foram produzidos com base nas normas e procedimentos do BID, que se encontra em sintonia com os artigos 5º, § 2º, 37 *caput*, e inciso XXI da Carta magna e artigo 42, § 5º da Lei 8.666/93; que como complexidade técnica, considerou-se além do porte físico e tipo de obras, os atestados que apresentassem construção que comprovasse a presença de: tráfego intenso; área urbana, desvio de tráfego, grande número de interferências, prazo para execução; que “...a limitação da somatória de atestados está fundamentada na necessidade de comprovar experiência na execução de obras de semelhante ou maior porte e assegurar que o candidato está apto a realizar a obra”(…); que “... ao se impor a exigência considerou-se sobretudo, a importância que a finalização das obras tem para a Administração”(…) “por isto, a limitação de atestados (várias pequenas obras reunidas, não possuem a mesma expressão técnica exigida de obra de vulto); por isto a realização de trabalhos em área urbana (todo o município será afetado e continuará com o seu tráfego local, seu tráfego rotativo, assim todos os serviços

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
8ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DE 31/3/2004

EXAME PRÉVIO

públicos); por isto os quantitativos fixados em função do objeto como um todo (aliás, não há vedação a isto no art. 30, da Lei nº 8.666/93) e por isto a necessidade de avaliar a compatibilidade financeira entre o quanto preteritamente executado pelos interessados e o que se propõem a executar para São Bernardo do Campo” (...) que “...descaracterizada de razão qualquer postura que venha a restringir a Administração de efetivamente averiguar a qualificação técnica, sendo-lhe facultado, na realidade imposto mesmo, exigir demonstração de qualificação a altura do vulto da contratação diferenciada que oferece”(…) que “...a experiência técnica exigida na pré-qualificação, destarte, observa o regramento do BID e se insere no âmbito do disposto pelo artigo 114 da Lei nº 8.666/93”.

Aduz, ainda, que a limitação de número de consorciadas mantém relação de pertinência direta para com a capacitação que eles conformarão; que na verdade é uma “figura indesejável”, posto que “admite-se na competição interessados cujas qualificações de plano já se apresentam insuficientes e ou insatisfatórias para o específico objeto licitado”; que adotando-se a premissa do “mal necessário” e em prestígio possível da ampliação de participantes, considerando a amplitude do objeto compreendido, permitiu-se o consórcio entre dois interessados”; que o artigo 33 da Lei 6.666/93 atribui faculdade discricionária ao administrado para admitir ou não consórcio.

Quanto ao quesito qualificação econômico-financeira, esclarece que os índices adotados estão em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte, e que “as demais exigências formuladas para a demonstração da saúde financeira, igualmente quanto aos quesitos técnicos, segue o quanto necessário e admitido pelo art. 114 e pelo BID para assegurar a consecução das obras e serviços que serão licitados” , e que o Poder Judiciário já analisou questões paradigmas e decidiu-se, na esteira de tudo o quanto aqui aduzido ⁶; que “legítimas. As exigências declinadas no instrumento convocatório, vez que vinculadas à normatização do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID,

⁶ Trata-se da apreciação dos termos do edital de pré-qualificação da Linha Amarela do Metropolitano de São Paulo, que contou com financiamento do Banco Mundial (...) Na apelação cível nº 278.426-1/1, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso de licitante afastado do certame, afirmando a validade de plena regularidade das regras editalícias . EMENTA : “Concorrência. Edital. Pré-Qualificação das interessadas. 1. Requisito de experiência bem sucedida na execução de empreendimento de natureza e complexidade comparável. Legalidade. 2. Omissão das exigências do órgão financiador. Caráter não obrigatório, cabível apenas a nomeação de sua existência. Aprovação do mesmo pelo Tribunal de Contas do Estado. 3 . Negativa de violação da Lei de Licitações, do princípio da isonomia e da objetividade do julgamento. Sentença de improcedência mantida. Recurso Desprovido”

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
8ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DE 31/3/2004

EXAME PRÉVIO

organismo fomentador do objeto da pré-qualificação e futuros certames na qual se insere, por expressa determinação legal conformes à Constituição Federal e com observância irrestrita da soberania nacional, assim da própria Lei 8.666/93”.

A UNIDADE JURÍDICA e CHEFIA DA ATJ, opinaram pela PROCEDÊNCIA PARCIAL DAS REPRESENTAÇÕES, notadamente a restrição imposta ao número de atestados, ao lapso temporal para comprovação de experiência geral, aos quantitativos exigidos para fins de qualificação técnico-operacional e à delimitação estabelecida no sub-fator 4.2 da Seção III do Edital (área urbana), devendo ser retificados os itens correspondentes.

A SDG manifestou-se pela PROCEDÊNCIA PARCIAL das Representações formuladas por Rodrigo Porto Lauand, Carlos Henrique Lemos e Construtora Gomes Lourenço Ltda., e pela PROCEDÊNCIA da Representação de José Ferreira de Souza, opinando pela alteração do item 25 – Seção I, item 3.i – Seção II, Seção III, A, Subfator 4.2 “a” e Subfator b”, bem como daqueles que com eles guardem pertinência, com a conseqüente reabertura de prazo para entrega das propostas, a fim de adequar o instrumento convocatório às disposições legais regedoras da matéria.

É O RELATÓRIO.

VOTO

Analisando o quanto impugnado, as justificativas apresentadas pela Prefeitura e as manifestações dos órgãos técnicos desta Corte, não restam dúvidas da procedência de boa parte das impugnações apresentadas.

Quanto às impugnações apresentadas pelos Srs. Rodrigo Porto Lauand e Carlos Henrique Lemos, a primeira, pertinente ao item 25 – Seção I do Edital, que limita a participação sob forma de consórcio a no máximo duas empresas, a meu ver, PROCEDE, posto que a Lei 8666/93, em seu artigo 33, não impõe qualquer limite, não cabendo a Administração fazê-lo. Por outro lado, não vejo, ao menos neste caso, motivo para mudar o posicionamento que adotei, haja vista a justificativa pífia que a origem

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
8ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DE 31/3/2004

EXAME PRÉVIO

apresentou sobre tal exigência. No caso, se a Prefeitura desejasse sustentar tal exigência, deveria demonstrar a inconveniência da participação de mais de duas empresas. Não havendo justificativa, pode-se ter presente uma restrição indevida, que deve ser combatida.

O segundo ponto impugnado, atinente à exigência constante na Seção II – item 3 – letra “i”, de comprovação de execução das obras pela apresentação de atestados provenientes de no máximo três contratos para cada lote, executados em área urbana, não permitindo a somatória de quantidade entre estes, sendo que cada um dos itens deverá ser atendido em um único contrato, PROCEDE, vez que restringe sensivelmente o número de proponentes, contraria a lei e a jurisprudência desta Corte, conforme já decidido nos autos dos TCs-29897/026/00, 32071 e 32072/026/00. Como bem salientou a Unidade Jurídica da ATJ “a exigência da forma como se apresenta só permite a participação de empresas que tenham executado, no mínimo, dois serviços em um único contrato”.

O terceiro ponto impugnado, que se refere ao critério para avaliação da experiência, constante da Seção III – Letra “a” – subfator 4.2, de ter participado na qualidade de contratada ou consorciada de pelo menos quatro contratos de obras urbanas, nos últimos dez anos anteriores à data limite para apresentação das propostas, cada um com valor igual ou superior a: Lote 1 – 48 milhões de reais, Lote 2 – 65 milhões de reais e Lote 3 – 46 milhões de reais, PROCEDE, posto que não encontra respaldo na Lei de Licitações. A exigência das obras terem sido executadas em área urbana não indica maior aptidão técnica, já que não são mais complexas do que aquelas executadas em outras áreas da cidade.

Por fim, a impugnação quanto ao Item A -3 Seção III, referente a situação financeira – exigência de Índice de Liquidez Corrente igual ou superior a 1,5, a meu ver, NÃO PROCEDE, vez que o índice exigido se encontra em perfeita consonância com o entendimento predominante desta Egrégia Corte.

PASSO às impugnações apresentadas pela Construtora Gomes Lourenço Ltda. Cabe salientar que as impugnações apresentadas, pela referida empresa,

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI

8ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DE 31/3/2004

EXAME PRÉVIO

em número de 8, são genéricas e não especificam quais os itens do edital que entende ilegais. Refere-se a “vícios crassos”.

Vejamos: 1) Indefinição dos recursos financeiros alocados para a licitação. A meu ver, NÃO PROCEDE tal assertiva. O item 2 da Seção I, deixa claro que os recursos financeiros advém, em parte, do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, que “acolheu as proposições da Municipalidade de São Bernardo do Campo como projeto elegível para investimento e tornou-se seu principal agente financiador, disponibilizando recursos da ordem de US\$ 144 milhões de dólares, para aplicação ao longo dos cinco anos de implementação efetiva do Programa (o restante é encargo da Prefeitura Municipal”.

Conforme demonstrado nos autos, o empréstimo está em fase final de negociação, e tudo indica que há concreta expectativa de efetivação do negócio, fato este que não alija qualquer interessado a participar do certame. NO ENTANTO, DEVE A PREFEITURA FICAR ATENTA PARA O CASO DE UMA AVENTUAL FRUSTRAÇÃO DO ACORDO, posto que não poderá contratar sem a efetivação dos recursos.

2) Objeto restritivo demasiadamente extenso e variegado. Entendo que NÃO PROCEDE a alegação, que por sinal, é demasiadamente subjetiva. O objeto, embora amplo, é bem definido e totalmente interligado e em nada atrapalha a participação na licitação.

3) Preferência às regras do BID em detrimento de Lei Nacional. NÃO PROCEDE a impugnação. O artigo 42, § 5º da Lei 8.666/93 recepciona as regras e normas de agências oficiais de cooperação estrangeira de que o Brasil seja parte, desde que tais normas não conflitem com o princípio do julgamento objetivo. A impugnante não demonstrou os pontos concretos a respeito da questão impugnada. ENTRETANTO, alerto a Prefeitura que o entendimento firmado por esta Corte, é no sentido de que as normas do BID só serão aceitas se restar demonstrado que são impositivas, porque, se facultativas,

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI

8ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DE 31/3/2004

EXAME PRÉVIO

deverá prevalecer a Lei de Licitações. Assim, por cautela, a Administração deve atentar para as disposições pertinentes.

4) Eleições de propostas embasadas em critérios subjetivos. Também NÃO PROCEDE tal assertiva, posto que definidos na Seção I, item 4 do Edital de Pré-qualificação e seguem diretrizes estabelecidas pelo órgão financiador, cujo impugnante, mais uma vez, não demonstrou em quais dos extensos subitens estaria a alegada subjetividade.

5) Critérios de habilitação fundados em quantitativos incoerentes. PROCEDE a impugnação, haja vista a exigência de quantitativos que superam em até 200% o quantitativo a ser executado.

6) Estipulação de Capital mínimo muito elevado para fins de pré-qualificação. NÃO PROCEDE. O subfator 3.1, “d” da Seção III, demonstra que o capital mínimo exigido é inferior a 10% do valor orçado.

7) Imposição de Caráter temporal para aferição dos acervos. A meu ver, PROCEDE a impugnação. A limitação temporal imposta nos subfatores 4.1 e 4.2 “a”, da Seção III, não encontra respaldo legal. Limitar a 10 anos a comprovação da experiência e exigir o mínimo de nove meses de atividade em cada ano é condição restritiva. O § 5º do artigo 30, da Lei de Licitações proíbe, expressamente, exigências da natureza.

8) Combinação de exigências compondo regramento restritivo. Considero tal assertiva PROCEDENTE EM PARTE, conforme exposto nos itens anteriores.

RESTA, POR FIM, a impugnação apresentada pelo Vereador José Ferreira Souza, relativa aos quantitativos impostos pelo subfator 4.2 “b” do edital, para comprovação de experiência anterior, que considero PROCEDENTE. Não há respaldo legal, para se exigir quantitativos que variam de 100 a 200%, em relação aos que efetivamente serão executados, além da imposição contrariar a jurisprudência dominante desta Corte, que tem entendido como razoável a exigência de quantitativos em torno de 50% do objeto licitado.

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
8ª SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DE 31/3/2004

EXAME PRÉVIO

ANTE O EXPOSTO, atendo-me estritamente aos termos do requerido nas respectivas representações, VOTO PELA PROCEDÊNCIA PARCIAL das Representações formuladas por Rodrigo Porto Lauand, Carlos Henrique Lemos e Construtora Gomes Lourenço Ltda. e pela PROCEDÊNCIA da Representação formulada pelo Vereador à Câmara Municipal de São Bernardo do Campo, Sr. José Ferreira de Souza, E DETERMINO AS SEGUINTE RETIFICAÇÕES AO EDITAL: ITEM 25 – SEÇÃO I – Participação sob a Forma de Consórcio; ITEM 3 – Letra “i” – SEÇÃO II – Qualificação Técnico-Operacional; ITEM 4 – Subfatores 4.1 e 4.2 - Letras “a” e “b” – Experiência Específica em Execução de Obras, bem como daqueles que com eles guardem pertinência, reabrindo-se, em consequência, o prazo para entrega das propostas.

Considerando que o exame se restringe aos pontos impugnados, faço consignar recomendação para que a Prefeitura, ao retificar o edital, reanalise-o em todas as suas cláusulas, para eliminar outras eventuais afrontas à legislação ou à jurisprudência desta Corte.

**ESTE É O VOTO QUE SUBMETO A VOSSAS
EXCELÊNCIAS.**

SALA DAS SESSÕES, 31 DE MARÇO DE 2004.

Antonio Roque Citadini
Conselheiro

SBF