

Processo : TC/000167/2024
Objeto : Contratação de serviço de elaboração de Projeto Executivo para reforma de espaços localizados no Edifício Sede do Tribunal de Contas.
Interessado : TCMSP

ATA DE REUNIÃO Nº 042/2024

ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO

No décimo oitavo dia do mês de abril de dois mil e vinte e quatro, as nove horas e trinta minutos, reuniram-se por meio de teletrabalho, conforme Portaria nº 144/2020, os membros da Comissão de Licitações nº 02 instituída pela Portaria 519/2022, doravante denominada tão somente “Comissão nº 02”, a fim de analisar a impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 90.010/2024, recebida por intermédio do e-mail licitacao@mlengenhariaprojetos.eng.br da empresa ML PROJETOS EIRELI ME, inscrita no CNPJ sob o nº 21.268.022/0001-07.

DA TEMPESTIVIDADE

Dispõe o item 16.1 do edital que em “até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar” o Edital. O item 16.2, por sua vez, reza que as impugnações ou os pedidos de esclarecimento poderão ser realizados por forma eletrônica, para o e-mail claudio.barone@tcm.sp.gov.br ou por petição dirigida ou protocolada na Unidade Técnica de Protocolo e Autuação do TCMSP, de acordo com a Portaria SG nº 06/2018, publicada no DOC de 08/12/18, pág. 109.

Dessa forma, dado que a abertura da sessão pública para a contratação de serviço de elaboração de Projeto Executivo para reforma de espaços localizados no Edifício Sede do Tribunal de Contas está prevista para ocorrer no dia 03 de maio de 2024 e que as 18h37 do dia 15.04.2024 a empresa ML PROJETOS EIRELI ME apresentou sua impugnação por meio eletrônico, diretamente encaminhada ao Pregoeiro da Comissão nº 2 do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, tem-se que a impugnação é tempestiva, pelo que se passa à análise de suas alegações.

PRELIMINAR

Ainda que a licitação esteja prevista para ocorrer no dia 03 de maio de 2023, o parágrafo único, do art. 164 da Lei Federal nº 14.133/21 exige a divulgação da resposta à impugnação

“em sítio eletrônico oficial no prazo de até 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame.”

DOS FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO E SUA ANÁLISE

A peça impugnatória interposta por esta empresa em face do edital de Pregão Eletrônico nº 90.010/2024 do TCMSP é fundamentada, como pilar da sua irresignação, com o artigo 6º, XVIII, “a” c/c o artigo 29, parágrafo único, da Lei Federal nº 14.133/21 que assim dispõem:

Art. 29, Parágrafo único. “O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei.”

“Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a:
a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;

[...]”

Desta forma entende que a modalidade correta de licitação para o caso em tela é a Concorrência, sugerindo que o critério de julgamento seja “técnica e preço”.

Solicita, por derradeiro, que haja uma definição dos itens de maior relevância, aduzindo ao artigo 67, § 1º, da Lei 14.133/2021, pois acredita que afastaria empresas “aventureiras” de participar do certame.

ANÁLISE DO MÉRITO

Insurge-se a impugnante contra o Edital acerca de 03 (três) fatores, separados em tópicos para melhor análise, ainda que em ordem diversa à apresentada pela empresa:

1. Qualificação técnica

Julgando afastar empresas sem aptidão comprovada na prestação do serviço a ser licitado sugere que, para fins de qualificação técnica, sejam definidos os itens de maior relevância.

A área técnica demandante, em decorrência de Estudo Técnico Preliminar realizado, entendeu ser necessária a exigência de comprovação de qualificação técnica (operacional e profissional) do licitante, por meio de apresentação de atestado.

A redação do subitem 8.16.1 é a seguinte:

*8.16.1. (O licitante detentor da proposta classificada deverá apresentar, para fins de qualificação técnica operacional) “ATESTADO(S) DE CAPACIDADE TÉCNICA ou CERTIDÃO(ÕES), emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da empresa licitante, devidamente datado(s), assinado(s) e com a identificação do atestante, que comprove(m) a prestação de serviços com características similares as do presente objeto, **projeto executivo para reforma de ambientes**, para uma área mínima de 1.350m²”*

A simples leitura do Termo de Referência permite identificar que o projeto arquitetônico representa 30% (trinta por cento) do objeto a ser licitado e a soma de todos os projetos, supera 60% (sessenta por cento) de toda a contratação.

Tem-se, portanto, que essa exigência não carece de reforma.

2. Critério de julgamento

A impugnante sugere que a licitação ocorra adotando como critério de julgamento “técnica e preço”. Esse tema foi analisado na fase preparatória pela Comissão nº 2, que assim relatou:

“O artigo 36 desta Lei (14.133/21) dispõe sobre o julgamento da licitação, por técnica e preço, onde deverá ser considerada “a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta”.

Seu parágrafo primeiro alerta que esse critério de julgamento deverá ser escolhido quando “estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de” [...]

“I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;

[...]

IV - obras e serviços especiais de engenharia;”

O parágrafo segundo do artigo 37, por sua vez, alerta que na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII, do “caput” do artigo 6º, o julgamento deverá ser por “melhor técnica” ou “técnica e preço” quando o valor estimado da contratação for superior a R\$ 359.436,08 (valor atualizado pelo Decreto nº 11.781/23).”

Apesar de sigilosa até o encerramento da fase inicial do procedimento de contratação, a pesquisa de mercado apurou que estimativa de preço está abaixo do limitador para o estabelecimento desses critérios de julgamento.

3. Modalidade da Licitação

A respeito da alteração da modalidade de licitação, para que haja consonância entre as áreas sobre o tema, o teor da impugnação foi submetido à análise da Assessoria Jurídica desta Corte de Contas, que assim se manifestou:

[...]

“O ponto fulcral da impugnação diz respeito à alegada “impossibilidade de contratação por meio de pregão”, invocando o disposto no artigo 29 da Lei Federal nº 14.133/2021, mais especificamente o seu parágrafo único:

“Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

***Parágrafo único.** O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei.”*

Em vista disso, a Impugnante pleiteia a retificação do edital, para que a licitação seja realizada mediante “Concorrência – Técnica e Preço”, por entender ser a modalidade mais adequada para a contratação do objeto almejado ou, ao menos, que seja empreendida licitação por meio de “Concorrência”, uma vez que o edital não definiu de forma clara os itens de maior relevância, alegando a possível participação de qualquer empresa aventureira no certame.

Inequivocamente, esta forma de análise jurídica não pode perder de vista o disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal, adiante reproduzido:

“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam

obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Hodiernamente, após a publicação da novel lei federal de licitações, podemos asseverar, pela leitura do seu art. 11, que se constituem objetivos do processo licitatório (i) assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Assim, para cumprir a diretriz geral prevista na Lei Maior e poder atingir os objetivos infraconstitucionais prenunciados na Lei nº 14.133/2021, a Administração Pública deve promover licitações adaptadas a essas condições, aí incluindo a escolha da modalidade mais adequada a cada caso, decidida ainda na fase interna do certame.

A presente análise obriga-nos, ainda, a estabelecer um comparativo entre as modalidades pregão e concorrência à luz da nova lei de licitações, como faremos na sequência.

Podemos afirmar, de antemão, que a modalidade “concorrência” foi amoldada na nova lei, em defluência da exitosa performance do “pregão” desde o seu advento pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Inegavelmente, hoje, a modalidade “concorrência” evidencia rito procedimental estritamente próximo ao do “pregão”, a exemplo de a etapa de apresentação de propostas comerciais preceder à de habilitação, do estabelecimento de uma fase de lances e de haver um único momento recursal.

Como previsto no art. 6º, XLI da Lei nº 14.133/2021, o pregão deve ser utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns, com critério de julgamento de “menor preço” ou de “maior desconto”, enquanto a concorrência, em face do inciso XXXVIII do mesmo artigo, requerer ser utilizada para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns de engenharia, cujo critério de julgamento possa ser: menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico ou maior desconto.

Compete-nos ressaltar a regra contida no art. 29 da Lei nº 14.133/2021, quanto ao pregão e à concorrência seguirem o rito procedimental comum referido no art. 17 do mesmo diploma legal, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais do mercado, excluindo, em seu parágrafo único, as contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, com exceção dos serviços comuns de engenharia tratados na alínea “a” do inciso XXI do caput do seu art. 6º.

Dessa forma, no caso de os critérios de julgamento não puderem ser de menor preço ou de maior desconto, a modalidade a ser utilizada é a concorrência.

Nesse compasso, é imperioso conhecer a distinção instituída no inciso XXI “a” e “b” da Lei nº 14.133/2021, em relação a serviço comum e especial de engenharia.

*Entende-se por **serviço comum de engenharia** todo serviço de engenharia que tem por objeto ações objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens, enquanto o **serviço especial de engenharia** é definido como aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição anterior, de serviço comum de engenharia.*

Para o melhor entendimento acerca das contratações que podem seguir o rito procedimental comum previsto na lei federal de licitações, é salutar o conhecimento dos ensinamentos do Prof. Joel de Menezes Niebuhr conforme adiante¹:

“... há bens e serviços que podem ser definidos inteiramente por meio de especificações objetivas. Ainda que, a partir de tais especificações objetivas, existam variações técnicas, elas não são importantes ou decisivas para a avaliação de qual a proposta mais vantajosa para o interesse público. Quer dizer que há situações em que à Administração Pública não convém comparar as propostas sob o aspecto técnico, de qualidade. Nessas situações, que são a maioria, a Administração Pública descreve o bem ou serviço pretendido por ela no edital de modo objetivo, estabelecendo o padrão desejado por ela, e no final das contas, como não há variação de qualidade substancial que influa na determinação do que é melhor para o interesse público, ela escolhe a proposta mais vantajosa unicamente com base no preço.

Esses bens e serviços que podem ser definidos no edital de maneira objetiva, sem que variações técnicas sejam importantes ou decisivas para determinação de qual a proposta melhor contempla o interesse público, são os considerados comuns. Nessa ordem de ideias, bens e serviços comuns comportam julgamento centrado unicamente no preço, sem que seja conveniente à Administração Pública avaliar as propostas por meio de critérios técnicos, dado que eles não são importantes ou decisivos para escolher a proposta que mais bem atenda ao interesse público.”

O Prof. Marçal Justen Filho, ao abordar o art. 29 da Lei nº 14.133/2021, apresenta alguns comentários que julgamos extremamente importantes para ilustrar a matéria aqui tratada²:

“1) Algumas comparações com a concorrência do modelo anterior

A Lei 14.133/2021 adotou requisitos de cabimento e estrutura diversos dos previstos na Lei 8.666/1993.

1.1) A eliminação dos requisitos de valor da contratação

¹ Licitação Pública e Contrato Administrativo, 5ª edição, pág. 609, Editora Forum.

² Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pág. 442, Revista dos Tribunais.

A adoção da concorrência não depende do valor da contratação. Em termos gerais, pode-se afirmar que a aplicação da concorrência faz-se por exclusão. Sempre que não estiverem presentes os requisitos para adoção de modalidade diversa, é cabível a concorrência. Esse enfoque comporta algum reparo no tocante ao diálogo competitivo, por razões que serão expostas nos comentários do art. 32.

1.2) A pluralidade de procedimentos.

A Lei 14.133/2023 admite uma pluralidade de procedimentos para a concorrência, cabendo à Administração optar pela solução que se afigurar a mais cabível. Podem ser referidos os modos eletrônico e presencial, os modos de disputa aberto e fechado e a autorização para a inversão de fases.

1.3) Síntese: a preservação da denominação

Em síntese, a concorrência da Lei 14.133/2021 não se confunde com a concorrência da Lei 8.666/93.

2) A determinação da observância do procedimento do art. 17

O art. 29 estabelece que a concorrência e o pregão seguem a estrutura procedimental do art. 17. Esse dispositivo deve ser interpretado em termos, especialmente porque as demais modalidades de licitação também obedecem essencialmente à estruturação do referido art. 17.

2.1) As fases preparatória e de divulgação do edital

Em princípio, as modalidades de licitação seguem regras procedimentais similares no tocante às fases preparatória e de divulgação do edital. As diferenças mais marcantes se evidenciam no tocante aos prazos entre a divulgação do edital e a sessão pública.”

Em entrevista concedida à plataforma “Solicita”, o I. Ministro do Tribunal de Contas da União, Dr. Benjamin Zymler, assim respondeu questão que lhe foi formulada relativamente à contratação de projetos de engenharia por pregão eletrônico, conforme excerto extraído para ilustrar este trabalho:

“A justificativa fundamental a ser utilizada pelo gestor ao motivar o uso do pregão eletrônico para a contratação dos projetos deve ser o seu enquadramento como um serviço “comum” ou não.

Considero que determinados projetos de engenharia envolvem objetos de baixa complexidade executiva e pouco esforço intelectual, que não envolvem um esforço elevado de concepção nem admitem variações relevantes nas soluções ou metodologias executivas.

Cito o exemplo da contratação de um projeto de reforma de uma escola, em que o trabalho precípua do projetista é realizar o levantamento do estado dos componentes da edificação que estão danificados e precisam ser substituídos ou reformados. A partir deste levantamento, o projeto a ser desenvolvido será composto por um memorial com as definições e especificações dos serviços, por um conjunto de desenhos que irão refletir o arranjo existente e por uma planilha orçamentária definindo as quantidades e preços unitários dos serviços.

Observo que o trabalho do projetista não envolve nenhuma atividade de natureza criativa e intelectual. As plantas da edificação a serem elaboradas basicamente não

alteram o layout arquitetônico, os cálculos e dimensionamentos eventualmente realizados são triviais.

Reparem que nesse tipo de objeto comum, com pouca energia gasta na concepção e criação por parte do projetista, com reduzido trabalho intelectual e criativo, a competição entre licitante pode perfeitamente ocorrer pelo critério de julgamento de menor preço, tal como é adotado pelo pregão eletrônico. “

Como contraponto a esse entendimento, o I. Ministro assim ponderou:

“Outros projetos de engenharia, que exigem a concepção da obra, o estudo e desenvolvimento de soluções e a realização de atividades técnicas de alta complexidade intelectual podem ser enquadrados como um serviço “especial” de engenharia, na forma definida pelo art. 3º, inciso III, do Decreto 10.024/2019. Tais projetos se caracterizam por serem multidisciplinares e singulares.

Em geral, os serviços de engenharia consultiva que envolvem um maior esforço intelectual e criativo desaconselham sua contratação mediante licitações do tipo “menor preço”. ”

Vale lembrar que, durante a fase instrutória do processo da contratação sub examine, em nossa manifestação jurídica juntada à peça 34, devidamente acompanhada por essa I. Chefia, identificamos que, além de outros fatores, o prosseguimento do processo, na modalidade pregão requereria a “caracterização do objeto como ‘serviço comum’ pela área técnica responsável pela contratação.

A resposta formulada pelo Setor de Engenharia e Arquitetura vinculada à Secretaria Administrativa foi a que segue (peça 37):

“Resposta: O projeto em questão engloba a elaboração de plantas executivas e especificações de materiais e serviços que são amplamente utilizados na área da engenharia e arquitetura. As disciplinas envolvidas constituem áreas de conhecimento comuns à formação de graduação de engenheiros e arquitetos. A caracterização do objeto como “serviço comum de engenharia” fundamenta-se por não haver requisitos que demandem especializações ou conhecimentos de alta heterogeneidade ou complexidade. Os projetos previstos não envolvem cálculos especiais ou inovações tecnológicas significativas, que não possam ser realizados por um profissional graduado. Apesar das diversas disciplinas envolvidas no projeto, todas elas são de uso habitual de profissionais da área, e aplicadas regularmente em projetos de reformas. A complexidade do projeto objeto da licitação, não se assemelha à de empreendimentos que requerem um conhecimento especializado aprofundado, como por exemplo, a construção de uma barragem ou de uma ponte de grandes vãos, que exigem uma equipe de especialistas em diversas áreas. Dessa forma, a contratação do projeto executivo de reforma se enquadra perfeitamente na definição de “serviço comum de engenharia”, conforme art. 6º, inciso XXI da Lei 14.133/2021.”

Como vemos, a resposta apresentada pela área demandante não deixa dúvidas em relação ao caráter comum do serviço a ser contratado por este Tribunal.

Por fim, diferentemente, do apregoado pela empresa Impugnante, julgamos que as exigências presentes no edital impedirão a participação de empresas “aventureiras” no certame.

CONCLUSÃO

Assim, considerando tudo o que foi aqui exposto, opinamos pelo não acolhimento do mérito da impugnação apresentada pela empresa ML Projetos Eireli ME, em face do edital elaborado para o Pregão Eletrônico nº 90.010/2024, publicado para a contratação de serviço de elaboração de projeto executivo para reforma de espaços localizados no Edifício Sede desta E. Corte de Contas.

Consequentemente, entendemos que o processo poderá prosseguir utilizando a modalidade “pregão”, na sua forma eletrônica.”

CONCLUSÃO

A minudente análise ora demonstrada evidencia de forma cristalina a necessidade de manutenção da modalidade e exigência constante em edital e, diante disso, a Comissão nº 2, na figura de seu pregoeiro, DECIDE:

- I) CONHECER a impugnação interposta pela **ML PROJETOS EIRELI ME**, posto que tempestiva;
- II) NO MÉRITO, NEGAR-LHE pelas razões anteriormente aduzidas;
- III) Publicar a decisão na plataforma Compras.gov.br;
- IV) Publicar o resultado da análise da decisão no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, disponibilizando também no endereço eletrônicos www.tcm.sp.gov.br e

Nada mais havendo a tratar, lavrou-se a presente Ata que, lida e achada conforme, foi devidamente assinada pelo Presidente, membros da Comissão e representante da área técnica.

CLÁUDIO V. PALADINO BARONE

Pregoeiro

FABIANA BATAGLIA CASTRO

Membro da Comissão n. 2

GILSON DE NOBREGA

Membro da Comissão n. 2

JULIANA D’ALESSANDRO SIMIONATO

Equipe de Apoio

PATRÍCIA NOGUEIRA CASTELLO

Equipe de Apoio