

TC/002708/2024

Objeto: Representação em face do Pregão Eletrônico nº 450/2022/SMS, cujo objeto é a prestação de serviços de gerenciamento de terapia nutricional hospitalar compreendendo o fornecimento de alimentação enteral, módulos e suplementos alimentares adulto e infantil e fórmulas lácteas infantis das unidades da Secretaria Municipal da Saúde

Interessado(s): Secretaria Municipal da Saúde (*), Lbgs Grupos de Serviços Ltda., Juliano Carvalho Dalapé

Relator: Eduardo Tuma

Competência: PLENO

SENHORA ASSESSORA JURÍDICA SUBCHEFE

Trata-se de **representação** formulada por **CONSÓRCIO LÍDER SAÚDE**, com pedido de medida cautelar, em face da decisão administrativa que a inabilitou do **Pregão Eletrônico nº 450/2022/SMS¹**, bem como da que habilitou a empresa COMERCIAL 3 ALBE LTDA.

O objeto do PE nº 450/2022/SMS é a *prestação de serviços de gerenciamento de terapia nutricional hospitalar compreendendo o fornecimento de alimentação enteral, módulos e suplementos alimentares adulto e infantil e fórmulas lácteas infantis das unidades da Secretaria Municipal da Saúde*.

Através da Divisão de Atendimento aos Órgãos de Controle, a Secretaria Municipal de Saúde (SMS) manifestou-se às Peças 47 e 48 desses autos.

¹ Processo SEI nº 6018.2021/0082701-6.

No **Relatório Conclusivo de Representação**, a Coordenadoria IV (C-IV) da Secretaria de Controle Externo assim concluiu sobre as supostas irregularidades/ilegalidades praticadas no âmbito do PE nº 450/2020/SMS (Peça 47):

“Da análise do alegado na Representação interposta pelo Consórcio Lider Saúde, representado pela sua empresa líder LBGS Grupos de Serviços Ltda, em face do Pregão Eletrônico nº 450/2022/SMS, lançado pela Secretaria Municipal de Saúde (SMS), em sede de Relatório Conclusivo, consideramos a Representação **parcialmente procedente**:

- Procedente em relação aos subitens **2.1.1, 2.1.3 e 2.1.4** do Relatório.
- Improcedente em relação aos subitens **2.1.2, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3 e 2.2.4** do Relatório. [...]”

Na sequência, foi oficiada a SMS (Peça 66), bem como intimado o Pregoeiro responsável (Peça 67), para ciência e oferecimento de defesa no prazo assinalado. As defesas correspondentes constam da Peça 72 desses autos.

Acerca do acrescido, manifestou a C-IV da seguinte forma (Peça 76):

“Conforme análise realizada acima, reiteremos as conclusões alcançadas no relatório conclusivo (peça 62) pela **procedência** em relação aos **subitens 2.1.1, 2.1.3 e 2.1.4** e pela **improcedência** dos **subitens 2.1.2, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3 e 2.2.4** do Relatório Conclusivo (peça 62).

Por fim, destacamos que o reconhecimento de procedência de alguns pontos da Representação não altera o caráter geral de inabilitação da Representante em função da improcedência dos pontos que afetam a qualificação jurídica e técnica exigidas para adjudicação e contratação com o Poder Público. [...]”

Durante a realização da 3.318ª Sessão Ordinária, em 08/05/2024, o Egrégio Plenário do TCMSP (Peça 77) referendou as medidas determinadas pelo Exmo. Conselheiro Relator, no sentido da retomada condicionada do PE nº 450/2022, sendo autorizado o prosseguimento do certame, desde que a Origem promovesse a correção dos itens considerados procedentes pela Auditoria no relatório de Peça 76.

Desta decisão foram cientificados a SMS e o Pregoeiro responsável (Peças 80 e 81).

As respostas correspondentes constam da Peça 86 desses autos.

Vieram os autos para manifestação acerca dos apontamentos da Auditoria e respostas dos interessados em seus aspectos jurídicos (Peça 87).

É o relatório.

Opina-se.

I – Considerações iniciais

01. A presente opinião cinge-se aos aspectos jurídicos da pretensão inaugural deduzida (Peças 01 e 02), à luz das balizas definidas no art. 2º, §7º, c/c o art. 3º, §2º, da Resolução TCMSP nº 18/2019², estimulados o contraditório e a ampla defesa.

² “Art. 2º Nos processos referidos no artigo 1º, “caput”, incisos VIII e IX, desta Resolução, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle emitirá no e-TCM, inicialmente, Relatório Preliminar de Fiscalização, cuja ciência será dada ao órgão ou ente da Administração Municipal após conhecimento e deliberação do Conselheiro Relator.

§ 7º Após a juntada das defesas ou decorridos os prazos correspondentes, os autos poderão ser submetidos aos demais órgãos técnicos deste Tribunal, de acordo com as suas respectivas esferas de competência.”

“Art. 3º Nos processos de Representação referidos no artigo 1º, “caput”, incisos X e XI, desta Resolução, a petição inicial será encaminhada ao Conselheiro Relator, que deliberará sobre a sua admissibilidade e sobre eventual medida de urgência, caso preenchidos os requisitos legais.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no artigo 56 do Regimento Interno deste Tribunal, aplica-se, no que couber, o artigo 2º desta Resolução aos processos de Representação, ficando dispensado o Relatório Preliminar de Fiscalização nos casos em que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle for instada a se manifestar após o contraditório.”

02. Nesta opinião, será utilizada a mesma sequência constante do Relatório Conclusivo de Representação (Peça 47), especificamente no que espelhou e se circunscreveu à pretensão inaugural, sob a forma dos subitens **2.1.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.1.4, 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3 e 2.2.4**, examinados abaixo.

II – Admissibilidade

03. Opina-se pela **admissibilidade** da pretensão inaugural deduzida, em razão do preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no artigo 55 do RITCMSP³.

III – Mérito

³ “Art. 55 - A representação ou denúncia sobre matérias de competência do Tribunal deverá preencher os seguintes requisitos:

I - ser formalizada por petição escrita ou ser reduzida a termo;

II - referir-se a órgão, administrador ou responsável sujeito à jurisdição do Tribunal;

III - estar acompanhada de documentos que constituam prova ou indícios relativos ao fato denunciado ou à existência de ilegalidade ou irregularidade;

IV - conter o nome legível e a assinatura do representante ou denunciante, sua qualificação e endereço.

§ 1º - Em se tratando de representação ou denúncia formulada por cidadão, é indispensável a prova de cidadania, mediante a juntada à inicial de cópia do título de eleitor ou documento que a ele corresponda.

§ 2º - Quando formulada por partido político, associação ou sindicato, a inicial deverá ser acompanhada de prova da existência legal da entidade.”

04. De antemão, sem vislumbrar acréscimos de ordem jurídica, opina-se pela **improcedência** dos subitens **2.1.2⁴**, **2.2.1⁵**, **2.2.2⁶**, **2.2.3⁷** e **2.2.4⁸** do Relatório Conclusivo, remetendo-se aos próprios e bastantes fundamentos de AUD (Peça 62).

05. Isso considerado, passa-se à análise do remanescente quanto aos subitens **2.1.1**, **2.1.3** e **2.1.4** do Relatório Conclusivo, tendo em vista as respostas apresentadas pela Origem e pelo Pregoeiro responsável (Peças 47, 48, 57, 72 e 86), assim como a última manifestação da Auditoria nesses autos (Peça 76), estimulados o contraditório e a ampla defesa, e o quanto deliberado durante a realização da 3.318ª Sessão Ordinária, em 08/05/2024, quando o Egrégio Plenário do TCMSP referendou as medidas determinadas pelo Exmo. Conselheiro Relator, no sentido da retomada condicionada do PE nº 450/2022, sendo autorizado o prosseguimento do certame, desde que a Origem promovesse a correção dos itens considerados procedentes pela Auditoria no relatório de Peça 76 (Peça 77).

2.1.1. Atestados de Capacidade Técnica

06. Uma vez provido o recurso administrativo correspondente no que tange ao subitem **10.2.3.1** do Edital⁹, conforme Ata SMS/CG/CPL-16 Nº 103375547 – Ata de Julgamento Recursos

⁴ “**2.1.2. Licenças de Funcionamento**”

⁵ “**2.2.1. Contrato Social**”

⁶ “**2.2.2. Atestados de Capacidade Técnica**”

⁷ “**2.2.3. Atestado de Responsabilidade Técnica**”

⁸ “**2.2.4. Funcionalidades do software**”

⁹ “**10.2.3.1.** Atestado(s) comprobatório(s) da aptidão técnico-operacional, emitido(s) pelo contratante titular, obrigatoriamente pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da empresa Licitante, comprovando sua experiência em execução de serviços e fornecimento de características semelhantes às do objeto desta licitação, conforme especificações abaixo:

a) fornecimento de no mínimo 50% (cinquenta por cento) do número de atendimentos (volume de dietas) delimitados no objeto;

b) atendimento nutricional em Terapias Nutricionais com acompanhamento e controle informatizado. 10.2.3.1.1. As parcelas de relevância foram estabelecidas levando em consideração o custo e a importância dos serviços/fornecimentos.”

Administrativos e das Contrarrazões, publicada no D.O.C. de 15/05/2024 (Anexo), opina-se no sentido da **perda superveniente do objeto** desta representação no tocante ao aspecto considerado nesse subitem **2.1.1**, para efeito do julgamento definitivo de mérito do presente feito.

07. Caso assim não se considere, a nível superior, ao momento do julgamento definitivo do presente feito, vale reforçar que a procedência do subitem **2.1.1**, ora examinado, não afeta o resultado que culminou na inabilitação do Consórcio Saúde Líder, se isoladamente considerada, visto que esta ainda subsiste por fundamento independente, em especial o abordado no subitem **2.1.2** (licença de funcionamento), a respeito do qual infere-se ter se posicionado o Egrégio Plenário, ainda que não de maneira definitiva, no sentido da improcedência desta representação (Peça 77).

2.1.3. Instrumento de Composição de Consórcio

08. Vistos os itens 31 e 32 da Cláusula Quinta do Instrumento de Constituição de Consórcio¹⁰, pelo que se pode corroborar nesse mesmo documento e no “Anexo I – Divisão de Trabalho para Execução do Contrato”, “Fase 2 – Execução do Contrato”, “Item V” do Instrumento Particular de Acordo para Formação de Consórcio¹¹, de fato, a decisão administrativa no sentido da inabilitação não se sustenta.

¹⁰ “**CLÁUSULA QUINTA**- As Partes executarão o CONTRATO sendo definidas as seguintes atribuições a cada uma delas:

A **BEE IT TECNOLOGIA** será responsável pela prestação de serviços de operação de Tecnologia integrada,

[...]

31. O fornecimento de fórmulas enterais e suplementação oral, bem como módulos de nutrientes padronizados, mão-de-obra especializada, pessoal técnico, e administrativo, em número suficiente, obedecendo à padronização existente, para desenvolver as atividades de armazenamento e dispensação, observadas as normas vigentes de Vigilância Sanitária, EMTN e Equipe de Nutrição da SMS;

32. Fornecer as dietas industrializadas enteral em sistema fechado, suplementos orais líquidos em embalagens individuais, módulo de nutrientes específicos em embalagens individuais do tipo sachê e na impossibilidade o fornecimento por grama e outros insumos necessários em quantidades suficientes.” (Peça 16, fls. 04)

¹¹ “**ANEXO 1- DIVISÃO DE TRABALHO PARA EXECUÇÃO DO CONTRATO**

09. Embora alegue a Origem que a representante apresentou dois documentos distintos relativos à formação do consórcio e com cláusulas diferentes, o que, no seu modo de entender, por si só acarretaria na inabilitação do aludido consórcio (Peça 48, fls. 03), avalia-se que tais documentos, conquanto distintos, são complementares e conclusivos sobretudo no que interessam ao esclarecimento das dúvidas em torno do instrumento de composição de consórcio oferecido pela representante: a saber, (i) compatibilidade ou não do objeto social da BEE IT TECNOLOGIA EM SAÚDE LTDA com as atividades de fornecimento das fórmulas e de dietas; e (ii) necessidade ou não de apresentação de licença sanitária ou de funcionamento para atividades de fornecimento das dietas e demais insumos pela BEE IT TECNOLOGIA EM SAÚDE LTDA.

10. Avaliados em conjunto, parece claro que os itens 31 e 32 da Cláusula Quinta do Instrumento de Constituição do Consórcio são erros materiais, encontrando-se sob a responsabilidade da consorciada BEE IT na etapa de execução contratual a prestação de serviços de instalação, operação e gestão tecnologia integrada, sendo a responsável pelo fornecimento das dietas enterais, suplemento oral e módulos nutricionais a consorciada LBGS Grupos de Serviços Ltda.

11. Desse ângulo, restando caracterizados erros materiais no que concerne ao instrumento de composição de consórcio apresentado pela representante (itens 31 e 32), considera-se

[...]

FASE 2-EXECUÇÃO DO CONTRATO

[...]

V Fornecimento, instalação do Software de gestão de controle e rastreabilidade da terapia nutricional, atualização do software, treinamento de uso para todos os usuários envolvidos.

Responsável: (BEE IT).” (Peça 03, fls. 22)

ter sido medida exacerbada da Origem, neste quesito, a conclusão no sentido da inabilitação, sob o ângulo dos princípios da razoabilidade e do formalismo moderado.

12. Diante do exposto, é **procedente** a representação quanto ao subitem **2.1.3** do Relatório Conclusivo.

13. Como já salientado acima, destaca-se que a procedência do subitem **2.1.3** não repercute sobre o resultado que culminou na inabilitação do Consórcio Saúde Líder, se isoladamente considerada, visto que esta persiste por fundamento independente, em especial o abordado no subitem **2.1.2** (licença de funcionamento), a respeito do qual infere-se ter se posicionado o Egrégio Plenário, ainda que não de maneira definitiva, no sentido da improcedência desta representação (Peça 77).

2.1.4. Certidão Negativa de Falência

14. Uma vez provido o recurso administrativo correspondente no que tange à certidão de falência da BEE IT¹², cf. Ata SMS/CG/CPL-16 Nº 103375547 – Ata de Julgamento Recursos Administrativos e das Contrarrazões, publicada no D.O.C. de 15/05/2024 (Anexo), opina-se no sentido da **perda superveniente do objeto** desta representação no tocante ao aspecto considerado nesse subitem **2.1.4**, para efeito do julgamento definitivo de mérito do presente feito.

¹² “**10.2.3.1.** Atestado(s) comprobatório(s) da aptidão técnico-operacional, emitido(s) pelo contratante titular, obrigatoriamente pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da empresa Licitante, comprovando sua experiência em execução de serviços e fornecimento de características semelhantes às do objeto desta licitação, conforme especificações abaixo:

a) fornecimento de no mínimo 50% (cinquenta por cento) do número de atendimentos (volume de dietas) delimitados no objeto;

b) atendimento nutricional em Terapias Nutricionais com acompanhamento e controle informatizado. 10.2.3.1.1. As parcelas de relevância foram estabelecidas levando em consideração o custo e a importância dos serviços/fornecimentos.”

15. Caso assim não se considere, a nível superior, ao momento do julgamento definitivo do presente feito, também aqui se reforça que a procedência do subitem **2.1.4**, ora examinado, não repercute sobre o resultado que culminou na inabilitação do Consórcio Saúde Líder, se isoladamente considerada, visto que esta persiste por fundamento independente, em especial o abordado no subitem **2.1.2** (licença de funcionamento), a respeito do qual infere-se ter se posicionado o Egrégio Plenário, ainda que não de maneira definitiva, no sentido da improcedência desta representação (Peça 77).

IV – Conclusão

16. Diante do acima exposto, opina-se pelo **conhecimento** da representação, em virtude do preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no artigo 55 do RITCMSP, e, no tocante ao mérito, no sentido da **perda superveniente do objeto** em relação aos subitens **2.1.1** e **2.1.4**; **procedência** do subitem **2.1.3**; e **improcedência** dos subitens **2.1.2**, **2.2.1**, **2.2.2**, **2.2.3** e **2.2.4** do Relatório Conclusivo.

17. Com relação ao subitem **2.1.3**, considerado **procedente**, destaca-se que a procedência do subitem **2.1.3** não repercute sobre o resultado que culminou na inabilitação do Consórcio Saúde Líder, se isoladamente considerada, uma vez que esta persiste por fundamento independente, em especial o abordado no subitem **2.1.2** (licença de funcionamento).

São Paulo, 7 de junho de 2024.

DANIEL RÉGIS E SILVA
Assessor de Controle Externo
OAB/SP nº 384.543

DRS/