

TC/000763/2024

Objeto: Representação em face do Pregão Eletrônico 23/2023-SMS/CRSLeste, que o objeto é a contratação de empresa de Engenharia especializada em conservação e manutenção predial com fornecimento de materiais para as unidades sob gestão da Coordenadoria Regional de Saúde Leste.

Interessado(s): Secretaria Municipal da Saúde (*), Cibam Engenharia Ltda

Relator: Ricardo Torres

Competência: PLENO

SENHORA ASSESSORA JURÍDICA SUBCHEFE

Trata-se de **representação** formulada por **CIBAM ENGENHARIA LTDA.**, em face do **Pregão Eletrônico nº 23/2023**¹, conduzido pela Secretaria Municipal de Saúde (SMS) - Coordenadoria Regional de Saúde Leste, cujo objeto é a *“contratação de empresa de Engenharia Especializada em Conservação e Manutenção Predial com fornecimento de materiais para as Unidades sob gestão da Coordenadoria Regional de Saúde Leste”*.

Após a manifestação prévia da Origem (Peças 12 a 14), no **Relatório Conclusivo de Representação** (Peça 21), a Coordenadoria IV de SCE concluiu no sentido da **parcial procedência** da representação, da seguinte forma: **procedente** quanto ao item **2.1**²; e **improcedente** no tocante aos itens **2.2**³ e **2.3**⁴.

¹ Processo SEI nº 6018.2023/0086207-9.

² “2.1. Inabilitação da Cibam por falta de apresentação do Balanço Patrimonial de 2021”

³ “2.2. Habilitação da empresa Solução sem que tenha apresentado o Livro Diário”

⁴ “2.3. Apresentação de proposta de preços incompleta pela empresa Solução, vencedora do certame”

Ciente do alcançado (Peças 23 a 25), a Origem ofereceu **defesa** (Peças 27 e 28), a despeito da qual a Coordenadoria IV de SCE ratificou sua conclusão no sentido da **parcial procedência** da representação, sendo **procedente** o item **2.1** e **improcedentes** os itens **2.2** e **2.3** (Peça 33).

À Peça 34, o Exmo. Sr. Conselheiro Relator indeferiu o pedido de medida cautelar da representante e remeteu os autos a esta Assessoria Jurídica para prosseguimento da análise.

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 18/2019⁵, estimulados o contraditório e a ampla defesa.

⁵ “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 sequência constante do Relatório Conclusivo de Representação (Peça 21), especificamente no que espelhou e se adstringiu à pretensão inaugural, sob a forma dos itens **2.1**, **2.2** e **2.3**, abaixo examinados.

II – Admissibilidade

03. Opina-se pela **admissibilidade** da pretensão inaugural deduzida, em razão do preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no artigo 55 do RITCMSP⁶.

III – Mérito

04. De início, não vislumbrando acréscimos de ordem jurídica no tocante aos itens **2.2** e **2.3** desta representação, opina-se pela **improcedência** de ambos, remetendo-se aos próprios e bastantes fundamentos de AUD, já constantes de seu Relatório Conclusivo (Peça 21).

05. Isso considerado, passa-se à análise do item **2.1** da representação.

2.1. Inabilitação da Cibam por falta de apresentação do Balanço Patrimonial de 2021

⁶ “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.”

06. Em linhas breves, consoante a SMS (Peça 27, fls. 06-10), a empresa/licitante CIBAM ENGENHARIA EIRELI – EPP (CIBAM), ora representante, no âmbito do PE nº 23/2023, não observou o item 11.5.3, “b”, do Edital⁷, e o art. 69, I, da Lei nº 14.133/2021⁸, ao que se seguiu sua inabilitação, somente após análise e julgamento do recurso administrativo correspondente.

07. Do ponto de vista do controle externo, parecem ser três os pontos principais a serem analisados em torno da avaliação administrativa no sentido do não atendimento pela CIBAM dos dispositivos acima mencionados, resultando na sua inabilitação.

08. O primeiro diz respeito à avaliação da conduta administrativa propriamente dita; o segundo, à avaliação da justificativa administrativa em si mesma considerada; e o terceiro e último, à avaliação da medida de interesse público mais adequada ao caso concreto, diante do horizonte de alternativas possíveis, sob perspectiva o cenário no qual, a nível superior, seja considerado procedente o item **2.1** desta representação (artigos 20 e 21 da LINDB⁹).

⁷ “11.5.3 Qualificação econômico-financeira:

b) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada sua substituição por balanço ou balancetes provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de três meses da data da apresentação da proposta; [...]” (Peça 16, fls. 18)

⁸ “Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais; [...]”

⁹ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

09. Dado que são correlacionados, os três pontos serão abaixo abordados em conjunto, considerando as circunstâncias concretas do caso.

10. Em que pese ter sido assinalado na defesa da SMS que, no caso, o Pregoeiro responsável comunicou, por duas vezes à licitante em questão, a não localização, entre a documentação apresentada, do “Balanco Patrimonial e as Demonstrações Contábeis dos dois últimos exercícios sociais [...]” (cf. Peça 17, fls. 04), claro se observa que, em ambas as oportunidades, não houve referência textual específica de qual seria exatamente o documento faltante (a saber, o Balanco Patrimonial de 2021), dentre todos aqueles exigidos no mesmo subitem 11.5.3, “b”, do Edital.

11. Uma vez que se tratava de conteúdo relevante à luz do princípio da ampla defesa e do dever de motivação, porquanto sensível ao contexto de avaliação administrativa adequada da habilitação da licitante que no caso fora classificada em primeiro lugar, a falta de clareza e precisão aponta para falhas na conduta administrativa que inabilitou a CIBAM, também pelo que se acrescenta abaixo.

12. É que, sobretudo, a razão de ser da exigência contida no art. 69, I, da Lei nº 14.333/2021, replicada no subitem 11.5.3, ‘b’, do instrumento convocatório em questão, é a avaliação da aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, em específico por meio da verificação do atendimento de determinados índices econômicos, neste caso previstos no Anexo V do Edital.

“Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

13. Considerando o caso, como notou a Auditoria (Peça 33, fls. 04), *“...entre a documentação encartada pela Representante no procedimento de habilitação, estava justamente a sua demonstração de índices financeiros para o ano de 2021 (SEI 094816755 – fls. 71) em que as exigências mínimas foram superadas de maneira expressiva [...]”* (trecho destacado).

14. Esse elemento concreto não só realça o equívoco administrativo consistente na ausência de clareza nos dois comunicados referidos, contra o qual poderia ter se acautelado, como também parece reforçar a posição de influência, para fins de avaliação da correção da conduta administrativa ora examinada, da evidência de que não houve, no caso, a verificação efetiva e material da documentação na oportunidade apresentada em resposta pela CIBAM (“ECD 2021”).

15. Neste ponto, quanto ao argumento da SMS de que foi induzida a erro no que diz respeito a essa documentação, dada a designação utilizada pela CIBAM, “ECD2021” (Peça, fls. 07), com ele a Origem, segundo se compreende, antes reforça o efeito prejudicial da ausência de clareza e precisão nos mencionados comunicados do que justifica sua conduta, visto que, como bem observou a Auditoria, *“[a] menção “ECD 2021” é absolutamente compreensível e corrente na prática corporativa, uma vez que as empresas privadas enviam os seus dados contábeis sempre no ano subsequente ao ano base de apuração.”* (Peça 33, fls. 03).

16. Desse ângulo, sob avaliação a conduta administrativa, pelo que acima se ilustrou, não resta afastada eventual exercício de pretensão punitiva na seara controladora, a critério superior.

17. Por sua vez, sob avaliação a justificativa administrativa para a inabilitação da CIBAM do processo licitatório, ela se baseou, como acima se delineou, exclusivamente na inobservância do subitem 11.5.3, “b”, do Edital, e do art. 69, I, da Lei nº 14.133/2021, precisamente em razão de a mesma não ter apresentado o Balanço Patrimonial de 2021.

18. Essa negligência da CIBAM no tocante à apresentação da documentação de habilitação exigida no Edital, tanto no primeiro momento do envio quanto naquele em que lhe foi oportunizado o saneamento correspondente nos dois comunicados a si expressamente dirigidos na

plataforma, à primeira vista, à luz do controle de legalidade e da vinculação ao Edital impostos ao administrador público nos processos licitatórios (artigo 5º da Lei nº 14.133/2021¹⁰), segundo se compreende, não se revela justificada, mesmo a despeito das falhas acima mencionadas em relação à conduta administrativa, sobremaneira por se tratar de peça contábil (meio) que serve à comprovação material de atendimento dos índices econômicos previstos no Anexo V do Edital (finalidade), sendo indene de dúvidas que os requisitos de aptidão econômica das licitantes em geral não se confundem com exigências meramente formais ou burocráticas, de plano afastadas à luz do princípio do formalismo moderado.

19. Nada obstante, AUD reforçou que “...as informações contábeis necessárias ao conhecimento dos índices, ainda que a Origem não faça tais verificações, constavam do processo, não tendo em nenhum momento a Origem evidenciado qual informação foi negligenciada ou negada pela Representante e que tenha comprometido a avaliação da proposta.” (Peça 33, fls. 05 – trecho destacado).

20. Isto posto, uma vez que, segundo a avaliação técnica, já constavam informações contábeis no processo suficientes ao conhecimento e validação dos índices econômicos da CIBAM, a não apresentação do BP de 2021, independente das falhas já observadas na conduta administrativa e da relevância dessa peça contábil, parece no caso razoavelmente mitigada frente à possibilidade de atingimento da finalidade colimada no art. 69, I, da Lei nº 14.133/2021, uma vez que restava franqueada à Origem a verificação de atendimento dos índices econômicos previstos no Anexo V do Edital, considerando as informações contábeis à época já disponíveis no processo. Assim, somado à busca da proposta mais vantajosa, deveria ter sido observado, em última análise, o *princípio do formalismo moderado*, em que pese à negligência da licitante que fora classificada em primeiro lugar.

¹⁰ “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da **legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da **vinculação ao edital**, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).” [trechos destacados]

21. Por último, sob avaliação o cenário em que, a nível superior, seja considerado procedente o item **2.1** da representação, parece oportuno elevar para consideração no momento do julgamento do presente TC, a essa altura, a possibilidade real da prática de atos de disposição de direitos pela contratada (Termo de Contrato nº 03/2024-CRS-Leste), à luz do princípio da segurança jurídica na sua dimensão subjetiva, como também o resultado da avaliação administrativa prévia dos possíveis impactos considerando o interesse público envolvido, nos moldes do art. 147 e seguintes da NLLC.

IV – Conclusão

22. 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 **parcial procedência**: a saber, procedência do item **2.1** e **improcedência** dos itens **2.2** e **2.3**.

São Paulo, 12 de junho de 2024.

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

DRS/