EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-000.015.08-90

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SME. Aquisição de kits escolares para alunos da Rede Municipal de Ensino. CONHECIDA. Votação unânime. IMPROCEDENTE. Votação por maioria.

Relatório e voto englobado TCs 72.003.938.07-21, 72.004.119.07-56 e 72.000.015.08-90

2.763ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação, pois presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator e DOMINGOS DISSEI, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente.

Vencido, no mérito, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor "ad hoc", consoante voto apresentado em separado, que a julgou procedente, em conformidade com a manifestação da Subsecretaria de Fiscalização e Controle deste Tribunal.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o cumprimento do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor "ad hoc" e DOMINGOS DISSEI.

Ausente o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor, por motivo previamente justificado.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de setembro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO englobado

Tratam-se, neste Voto, do julgamento do Edital e de duas Representações, todos decorrentes do Pregão nº 079/SME/2007, cujo objeto é a aquisição de 940.065 kits de materiais escolares para os alunos regularmente matriculados em unidades educacionais da rede municipal de ensino - SME/CONAE, com valor estimado para a contratação de R$ 36.415.759,55 (trinta e seis milhões, quatrocentos e quinze mil, setecentos e cinquenta e nove reais e cinquenta e cinco centavos).

No TC nº 3.938.07.21 analisam-se as condições do Edital; no TC nº 4.119.07.56 analisa-se a Representação interposta pela empresa Líbero Comercial Ltda. e no TC nº 15.08.90 analisa-se a Representação interposta pela empresa Indústria Gráfica Foroni Ltda, ambas em face do referido instrumento convocatório.

Em razão da conexão dos objetos, os referidos TCs serão julgados em conjunto.

O TC nº 3.938.07.21 trata da análise da legalidade do Edital do Pregão nº 079/SME/2007, cujo objeto já foi referido acima.

Em análise pela Auditoria desta Casa, chegou-se à conclusão de que referido Edital não reunia condições de prosseguimento. Para fins de enconomia processual, os apontamentos da Auditoria são apresentados em confronto com as respostas da Origem, como segue:

a) O prazo máximo de execução do contrato é de 60 dias, contados a partir da homologação do certame. A fixação do termo inicial da execução do contrato não encontra amparo legal, tendo em vista que a licitação e

a obrigação do licitante somente se aperfeiçoam com a assinatura do contrato (item 3.5).

Resposta da Origem:

"(...) Ocorre que o ano letivo de 2008 inicia-se em fevereiro e espera-se que os alunos, desde o início do ano letivo, já tenham seus kits à disposição.(...) Ocorre que, em certames da espécie, foi constatada, muitas vezes, a demora provocada pela contratada, mediante utilização de expedientes como a demora na entrega de documentos, apresentação de justificativas, etc... O termo inicial adotado para a contagem do prazo tende a prevenir "chicanas" da espécie."

Conclusão da Auditoria:

"Não obstante a alegação da Origem, (...) entendemos houve falha formal no estabelecimento do termo inicial de vigência.

Natural seria, se o marco inicial para a entrega dos kits fosse o da assinatura do contrato, ainda que se conferisse prazo menor, haja vista que entre a homologação da licitação e a formalização do ajuste decorrem normalmente alguns dias.

b) No processo administrativo da Origem não encontramos justificativa para a divisão do objeto por lote por Coordenadoria. Na pesquisa de preços realizada não fica evidenciado quanto o custo de distribuição representa no preço final e se esta divisão é mais vantajosa à Administração, em relação ao critério utilizado nas licitações anteriores, que dividiu o objeto por tipo de kits e não por Coordenadoria de Ensino, atendendo aos princípios da motivação e da transparência (item 3.6.b).

Resposta da Origem:

"(...) a subdivisão do objeto em parcelas menores é uma diretriz constante da lei 8.666/93 e suas alterações, conforme inciso IV do artigo 15.(...) a subdivisão em grandes lotes, como aconteceu no passado, tendia a favorecer grandes empresas prenunciando uma eventual cartelização do setor."

Conclusão da Auditoria:

"Entendemos que não houve justificativa, em termos reais, de que a forma adotada representou vantagens à Administração."

c) Solicitar aos licitantes a planilha de custos, tanto no momento de apresentação da proposta de preços como na contratação, com as devidas adequações ao preço final ofertado, que demonstre claramente os valores unitários dos itens que compõem cada kit, para o devido acompanhamento da execução contratual, em homenagem aos princípios da transparência e da economicidade (item 3.6.b).

Alegações da Origem:
"Os preços unitários foram estabelecidos por kit, para o momento da apresentação da proposta (escrita), conforme consta do próprio formulário oficial da proposta, e serão igualmente exigidos no momento da contratação, com o desconto linear aplicável ao kit unitário da redução de preço final obtida em relação à proposta escrita."

Conclusão da Auditoria:

"(...) reputamos relevante e necessária a discriminação dos preços de cada um dos itens componentes dos kits escolares tanto na proposta de preços como na contratação, em atendimento ao disposto na Lei Federal 8.666/93, artigo 40, § 2.º, II (...)"

d) Em relação aos 3.108 kits destinados ao ensino médio, utilizar a dotação própria (subfunção 362 e o programa 0261) (item 3.7).

Alegações da Origem:

"(...) as despesas decorrentes da contratação onerarão dotação a ser estabelecida para o exercício fiscal de 2008. Somente com a aprovação da lei orçamentária, ora em tramitação na E. Câmara Municipal, é que se terá condições de precisar a rubrica específica do orçamento.(...)"

Conclusão da Auditoria:

"Reiteramos a recomendação de que o valor referente aos 3.108 kits destinados ao ensino médio seja

destacado da dotação orçamentária prevista para o FUND I/II e alocado para uma dotação própria."

e) Não consta como Anexo a especificação da logomarca pretendida nos kits, infringindo o § 2º do artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/93 (item 3.13).

Alegações da Origem:

"A logomarca somente interessa ao vencedor da licitação e, "data vênia", as informações fornecidas no edital e nos esclarecimentos complementares permitem o cálculo de eventual acréscimo marginal do custo decorrente dessa exigência."

Conclusão da Auditoria:

"Considerando a exigência legal, ratificamos nossa conclusão, quanto ao item ora em comento."

f) Não há justificativa para o estabelecimento da redução mínima dos lances no valor de R$ 5.000,00, em atendimento aos princípios da motivação e da transparência (item 3.14).

Resposta da Origem:

"Consideramos coerente com o Princípio da Razoabilidade o estabelecimento de um patamar mínimo, para que, não haja lances reduzindo v.g., em R$ 0,01 (um centavo) a melhor proposta anterior. Note-se que o valor de R$ 5.000,00 não chega a 0,2% (dois décimos por cento) do valor estimado para a contratação do menor dos lotes licitados (...)".

Conclusão da Auditoria:

"Apesar de representar um percentual pequeno, (...), entendemos que esta condição representa restrição à dinâmica de lances na sessão do pregão.

Ao estabelecer esta redução mínima e querer coibir disputa por centavos, o Edital poderia restringir a participação de licitante com margem próxima ao limite que não tenha condições de reduzir seu preço em R$ 5.000,00.".

g) Por infringência aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da publicidade e do julgamento objetivo, previstos no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, na medida em que o item 5.4.3.1 do Edital, relativo à qualificação técnica, veicula regra com caráter notadamente subjetivo, que dá margem a decisões arbitrárias por parte da autoridade responsável pelo julgamento do certame (item 3.18.1).

Alegações da Origem:

"*Data vênia, não se vislumbra espaço para a subjetividade na decisão concernente à aceitação (ou não) do atestado de qualificação técnica exigida".*

Conclusão da Auditoria:

"O item ora em comento, inserido dentro do item "Qualificação Técnica", dispõe da seguinte forma:

5.4.3.1 – Atestado(s) ou certidão(ões), em nome da licitante, fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado que comprove(m) o fornecimento anterior condizente e compatível com o objeto licitado.'

Observa-se que a previsão editalícia menciona tão somente a comprovação de fornecimento anterior condizente e compatível com o objeto licitado. Tratam-se na verdade de expressões sinônimas que permitem à Administração obter comprovação qualitativa de que o licitante reúne condições de fornecer todos os itens componentes dos kits escolares.

Entretanto, o dispositivo foi omisso quanto à comprovação quantitativa do objeto. Com efeito, houve infringência à Lei Federal N.º 8.666/93, artigo 30, inciso II, posto que o mesmo prevê que, dentro da comprovação de aptidão técnica para o objeto licitado, haja prova de quantitativos mínimos.

De fato, a exigência de prova de fornecimento de quantitativos mínimos serviria como espécie de "garantia" de adimplemento por parte do licitante, tal como discutido no item h) infra."

h) No item Qualificação Econômico-Financeira, inexistem mecanismos que garantam o cumprimento do contrato, notadamente pelo fato de que o segmento de comércio de materiais escolares estará com pico

de demanda de consumo no período de execução do contrato (início do ano letivo de 2008) (item 3.18.2).

Alegações da Origem:

"(...) a licitação não trata da execução de serviços de natureza contínua nem de entregas futuras, a longo prazo. No caso, somente com a efetiva entrega do produto adquirido é que se materializará a obrigação de pagamento para a Administração. Tal fato, aliado às penalidades pecuniárias previstas, constitui, a nosso ver, garantias necessárias ao cumprimento da contratação, sem o estabelecimento de regras artificiais de cálculo – sempre teórico – de capacidade econômico-financeira."

Conclusão da Auditoria:

"Conforme resposta da Origem no item a) (...) Ocorre que, em certames da espécie, foi constatada, muitas vezes, a demora provocada pela contratada, mediante utilização de expedientes como a demora na entrega de documentos, apresentação de justificativas etc., etc.(...).

Verifica-se, com o explanado acima, que há uma preocupação efetiva, por parte da Administração, com o risco de inadimplemento, atraso na entrega do objeto licitado, entre outros motivos, mostrando a importância do cumprimento integral e tempestivo do Contrato.

Em que pese a argumentação oferecida pela Origem, entendemos que aos elementos risco de inadimplemento e interesse público, inerentes a todo e qualquer contrato administrativo, adiciona-se um importante fator, que é a possibilidade das crianças ficarem sem material escolar para o início e andamento das atividades escolares, ainda que por um número reduzido de dias, o que convenhamos, trata-se de situação que carece de cuidado especial para que não ocorra, preocupação também manifestada pela Origem no item a)."

i) Inexistência de previsão sobre a consulta ao CADIN Municipal, como pré-condição à celebração do contrato e pagamento à contratada (item 3.20).

Alegações da Origem:

"Há uma declaração exigida da empresa no sentido de inexistir, em relação a ela, condições impeditivas à contratação. A eventual constatação de falsidade dessa declaração sujeita a empresa às penalidades previstas na lei."

Conclusão da Auditoria:

"A Lei Municipal N.º 14.094/05 e o Decreto Municipal N.º 47.096/06 impedem que a Administração Pública celebre qualquer tipo de ajuste ou efetue pagamentos ao particular, no caso de registro positivo no CADIN MUNICIPAL.

Considerando a previsão expressa dos dispositivos legais e a possibilidade de consulta ao registro da contratada, no portal www.capital.sp.gov.br, entendemos que a existência de declaração não supre a exigência legal e infralegal, devendo constar na Minuta do Contrato, anexa ao Edital, bem como na redação final do Contrato (...)".

Recomendações:

"1 - No Anexo IX, consta o endereço das Unidades Escolares e a qual Coordenadoria pertencem. Para maior transparência do processo, sugerimos sua indexação por Coordenadoria (item 3.5).

2 - Guarda cuidadosa do kit dado como amostra, pois será referencial na execução contratual (item 3.5).

3 - Ampliar a pesquisa de mercado e diversificar as empresas consultadas, tendo em vista que à exceção da empresa Foroni, as demais consultadas já são fornecedoras da SME (item 3.6.a)."

Alegações da Origem:

"Agradecemos as recomendações, pois constituem preciosos subsídios críticos para o aperfeiçoamento da sistemática de licitações e contratações futuras. No que toca à segunda recomendação, a segunda amostra exigida permanecerá sob guarda da CONAE.".

Conclusão da Auditoria:

"Haja vista a anuência da Origem quanto às recomendações supra, ratificamos nosso posicionamento quanto à sua observância."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo ressaltou que a licitação teve continuidade, chegando à homologação e, por isso, sugeriu que a Origem apresentasse os documentos relativos ao procedimento licitatório, a fim de verificar se os apontamentos realizados pela Auditoria impediram de obter a proposta mais vantajosa.

A Coordenadoria II procedeu à análise dos documentos encaminhados pela Origem, concluindo que as propostas ofertadas na Sessão Pública do Pregão não representam as condições mais vantajosas para a Administração.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo ponderou que as comparações de preços efetuadas pela Auditoria não são, por si só, suficientes para sustentar a afirmação de que o resultado do certame não teria sido econômico ou vantajoso para a Administração.

Com o intuito de complementar a instrução processual, a Procuradoria da Fazenda Municipal requereu fosse oficiada a Origem para responder aos quesitos elaborados, o que foi deferido.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que não há nos autos elementos demonstrando que as contratações realizadas foram desvantajosas, sugerindo o acolhimento excepcional do Pregão, por considerar que o contrato foi devidamente executado, tal como relatado pela Origem.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, com fundamento nas defesas prestadas pela Origem, requereu a aprovação do edital em análise.

A Secretaria Geral entendeu que as contratações decorrentes do referido edital foram vantajosas e que os contratos foram devidamente cumpridos atendendo o interesse público e, por esses motivos, manifestou-se pelo acolhimento do Pregão em exame.

O TC nº 4.119.07-56 trata da Representação interposta pela empresa Líbero Comercial Ltda., em face do edital em exame.

Oficiada a Origem, apresentou sua defesa às fls. 92/96.

A Coordenadoria II, da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, procedeu à análise das insurgências oferecidas e contraditadas pela Origem, concluindo o que se segue:

a) Prazo exíguo dado aos licitantes para confecção de diversas amostras personalizadas.

a.1) Alegações da Representante:

A Representante considerou exíguo o prazo para apresentação das amostras dos kits escolares, que foi fixado em 12/12/2007, data da Sessão do Pregão, considerando a quantidade de itens componentes dos kits escolares, bem como a dificuldade em se obter alguns itens.

a.2) Alegações da Origem:

Foi obedecido o prazo legal, sendo de se destacar que o edital não exigiu "confecção das diversas amostras personalizadas, mas sim, simples junção de itens encontrados no mercado, sem necessidade de personalização, conforme foi objeto de reiterados esclarecimentos". A citação doutrinária inserida no corpo da representação está fora do contexto, na medida em que o autor (Marçal Justen Filho) comenta, no excerto transcrito, especificamente a modalidade licitatória do concurso.

a.3) Conclusão da Auditoria:

"O Edital de Licitação nº 79/SME/2007 foi publicado com razoável antecedência, haja vista a realização da Consulta Pública 001/SME/2007, em atendimento ao Decreto Municipal nº 48.042/06, conforme publicação no DOC de 25/10/2007 (pág. 80) ocorrida entre 25 a 29/10/2007. Portanto, verifica-se o decurso de aproximadamente 45 dias entre a primeira disponibilização do Edital e a Sessão Pública do Pregão, realizada em 12/12/2007."

Isto posto, entendemos **IMPROCEDENTE** a alegação da Representante neste tópico.

b) Impossibilidade de se obter no mercado alguns itens que compõem os kits licitados, destacando-se aqueles com utilização de material reciclado, como o caderno universitário de papel reciclado com 85% de alvura e a régua plástica de 30cm exigidos no Anexo I do edital.

b.1) Alegações da Representante:

"A Representante manifestou a dificuldade em se obter os seguintes itens componentes dos kits escolares: caderno universitário de papel reciclado, pela especificação de 85% de alvura, além da régua plástica de 30 cm confeccionada em PET (politereflalato de etila), reciclado pós-consumo (verde), alegando que esses produtos inexistem no mercado. (fl. 06)."

b.2) Alegações da Origem:

"A presença de produtos confeccionados com material reciclado tende a crescer, no Município, em cumprimento a uma lei municipal e à diretriz constitucional geral (proteção do meio ambiente e dos recursos naturais) que emana da Constituição da República. O edital em comento introduziu a exigência com apenas 3 itens, sabidamente existentes no mercado. Não se pode, "data vênia", alegar "impossibilidade", diante do elevado número de potenciais fornecedores que compareceram ao certame e ofereceram suas amostras, inclusive dos produtos com material reciclado, com suposta impossibilidade de obtenção. Encontrar produtos com material reciclado exige, isto sim, maior diligência e maior trabalho inicial de pesquisa pela área competente da potencial licitante, eis que, efetivamente, por ora, não se encontram tais produtos em qualquer papelaria da esquina, o que é um tanto diferente de "impossibilidade". Entende-se, ademais, que se não há maior disseminação do produto é porque não foi ampliada a sua demanda. Ocorrendo relevante interesse público – como é o caso – o Poder Público pode e deve, "data vênia" na sua condição de grande consumidor, atuar como indutor e orientador do próprio mercado.

b.3) Conclusão da Auditoria:

"Considerando que, conforme alegado pela Origem, houve a presença de elevado número de potenciais fornecedores que compareceram ao certame e ofereceram suas amostras, inclusive dos produtos com material reciclado, entendemos **IMPROCEDENTES** as alegações da Representante neste aspecto."

c) Subjetividade da análise das amostras oferecidas pelos licitantes

c.1) Alegações da Representante:

Alega a Representante que o Edital foi superficial ao estabelecer o procedimento do julgamento das amostras oferecidas pelos licitantes ao dispor que:

O Pregoeiro determinará, a seguir, a suspensão da sessão pública, para o exame das amostras recolhidas, designando, desde já, data, hora e

local para o prosseguimento da sessão pública. Na reabertura da sessão pública, serão anunciados os resultados dos exames realizados (item 7 do anexo XI do Edital).

c.2) Alegações da Origem:

"Noto por fim que, embora não tenha constado da síntese final de supostas irregularidades listadas pela autora da representação, um dos seus argumentos volta-se contra o procedimento de avaliação de amostras. Sobre a insuficiência de informações sobre o procedimento, parece-nos que a autora leu o edital de forma um tanto superficial, na medida em que transcreve um item de procedimento durante a sessão pública, onde é informado o momento apropriado da sessão para a apresentação e recolhimento das amostras. O edital, como um todo, dedica todo um anexo (Anexo XI) ao procedimento de coleta, guarda e exame do material.

A avaliação será procedida pelo IPEM/SP, entidade oficial cuja competência técnica na área não pode ser questionada. Basta que se diga que, normalmente, é a entidade que funciona como perito judicial em complexas questões levadas a julgamento, no Poder Judiciário de São Paulo.

Por fim, quanto aos fatores e critérios de avaliação das amostras, as especificações do edital são complexas no que tange às características e desempenho exigidos. Basta satisfazer a tais especificações e a amostra estará aprovada. O critério de aprovação do kit de amostra está esclarecido no edital, no anexo referido."

c.3) Conclusão da Auditoria:

"O Anexo XI do Edital (fls. 80/82), intitulado "Procedimento para Apresentação, Recolhimento e Exame das Amostras" regula a forma do julgamento das amostras apresentadas pelos licitantes, que serão apreciadas pelo Instituto de Pesos e Medidas de São Paulo (IPEM).

O referido Anexo traz o seguinte dispositivo:

9. Os laudos técnicos contendo os resultados dos exames e perícias realizados poderão ser examinados pelos representantes credenciados dos licitantes, mas eventual manifestação de inconformismo deverá ser suscitada somente na fase recursal.(fl. 81).

À vista do exposto naquele item, verifica-se a possibilidade recursal para o licitante que não concordar com o resultado das análises, o que denota transparência no procedimento de julgamento. Ante a diversidade de itens que compõem cada kit escolar, entendemos razoável a coleta das amostras, para uma análise mais depurada, por parte do IPEM/SP, tal como descrito no Edital.

Isto posto, consideramos **IMPROCEDENTES** as alegações da Representante neste aspecto."

d) Limitação indevida e sem qualquer amparo legal aos valores dos lances a serem apresentados pelos licitantes, no item 6.7.1

d.1) Alegações da Representante:

Alega que a adoção de lances mínimos não encontra amparo na legislação. O objetivo de um processo licitatório é obter o menor preço possível à Administração.

Desta forma, um licitante que não conseguisse oferecer um lance inferior aos R$ 5.000,00 previstos ficaria impedido de continuar na disputa.

d.2) Alegações da Origem:

"Considero coerente com o Princípio da Razoabilidade o estabelecimento de um patamar mínimo de redução em cada lance, para que, por emulação ou por fatores emocionais, não haja lances reduzindo, v.g., em R$ 0,01 (um centavo) a melhor proposta anterior, com idas e voltas sucessivas. Note-se que o valor de R$ 5.000,00 não chega a 0,2% (dois décimos por cento) do valor estimado para a contratação do menor dos lotes licitados. Mesmo nesse nível seriam necessárias cinco rodadas de lances para se chegar a uma sofrível redução de 1,0% (um por cento). Trata-se de um item costumeiramente exigido em pregões para aquisições de maior valor, destinado a assegurar um mínimo de eficácia e eficiência à fase oral do certame. O que não tem amparo jurídico ou ético, "data vênia", é pretender vencer eventuais competidores "pelo cansaço", como é possível observar em alguns certames da espécie, com uma sucessão interminável de ínfimas reduções."

d.3) Conclusão da Auditoria:

"O presente assunto foi abordado por esta Auditoria no Relatório de Acompanhamento do Edital constante do TC 72.003.938.07-21 (item 3.14 – fl. 263 e 4. f) – fl. 267).

Naquele momento, ponderamos o seguinte (fl. 263):

Cumpre observar que a redução mínima dos lances é de R$ 5.000,00 em relação ao último lance válido (item 6.7.1 – fl. 160). Como não há justificativa nos autos do processo administrativo da Origem para a adoção deste critério e apesar da necessidade do licitante apresentar sua proposta de preços real já no início da licitação, entendemos que este valor poderá inviabilizar a redução de

preços de forma mais significativa nas rodadas subseqüentes de lances, atendendo aos princípios da motivação e da transparência.

Isto posto, consideramos **PROCEDENTES** as alegações da Representante neste aspecto."

e) Multas pré-determinadas em percentuais abusivos, sem qualquer obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos itens 11.1.1 e 11.2.1.

e.1) Alegações da Representante:

Questiona os índices abaixo relacionados, previstos no Edital (subitens 11.1 e 11.2.1), a título de multa, considerando-os elevados.

"XI – DAS PENALIDADES

11.1 – A licitante que ensejar o retardamento da execução do certame, não mantiver a proposta/lance, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito prévio de ampla defesa, estará sujeita a:

11.1.1 – Multa no valor de 20% (vinte por cento) sobre o valor da proposta;

11.2.1. Multa pela recusa da Contratada em assinar o Contrato e/ou retirar "Nota de Empenho" e/ou "Ordem para Início dos Serviços" dentro do prazo estabelecido, ou com atraso, sem a devida justificativa aceita pela Prefeitura: 30,0% (trinta inteiros por cento), sobre o valor do ajuste, nos termos do art. 81 da Lei 8.666/93;"

e.2) Alegações da Origem:

"Os percentuais de multas são os costumeiramente adotados, e sua aplicação não é automática, diante do direito constitucional à ampla defesa que teria a empresa fornecedora. Obviamente, o modelo de contrato não poderia estabelecer multas meramente simbólicas, na medida em que qualquer penalidade pecuniária não tem a função de carrear recursos para a contratante, mas sim, assegurar a correta execução contratual. Nesse sentido, a multa é, sobretudo, uma dissuasora da irregular execução contratual pelo pólo contratado. Obviamente, a contratada deve se preocupar com a boa execução contratual pois, em tal caso, a multa seria de "zero por cento".

e.3) Conclusão da Auditoria:

"As previsões elencadas pela Representante constituem fatos extremamente onerosos à Administração, principalmente em razão do objeto a ser contratado na licitação ora em análise, pois envolve não somente o interesse público, mas uma questão delicada, qual seja, o fornecimento de kits escolares para os alunos matriculados na Rede Municipal de Ensino de São Paulo.

Certamente, o licitante que cometer alguma das infrações prescritas no subitem 11.1 ou se recusar a assinar o Contrato e/ou retirar a Nota de Empenho e/ou Ordem para Início dos Serviços, na forma do subitem 11.2.2, causará um impacto relevante para a Administração, que será obrigada a realizar uma contratação emergencial, normalmente mais onerosa aos cofres públicos, posto que não haverá disputa nesse tipo de procedimento, além do custo social, pois causará atrasos ao regular andamento das atividades escolares das crianças e jovens.

Ante o exposto, reputamos **IMPROCEDENTES** as alegações da Representante neste aspecto."

f) Inexistência de recursos orçamentários, confrontando o previsto no artigo 14 da Lei n.º 8.666/93, no item 7.5.

f.1) Alegações da Representante:

A Representante questiona a seguinte disposição do Edital:

7.5 – Considerando que a execução contratual e os dispêndios decorrentes da contratação somente se darão no exercício de 2008, os recursos necessários para fazer frente às despesas do contrato estão previstos no projeto da Lei Orçamentária Anual, ora em tramitação na E. Câmara Municipal de São Paulo.

No seu entendimento, a previsão supra feriu o disposto na Lei nº 8.666/93:

"Art. 14 - Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa. "

f.2) Alegações da Origem:

"Logo depois do advento a Lei 8.666/93, houve uma corrente que chegou a defender que todas as licitações da área pública deveriam ser realizadas no primeiro trimestre de cada exercício financeiro, eis que somente poderiam ser realizados contratos com reserva orçamentária devidamente indicada. Logo, a licitação

não poderia resultar em contrato que ultrapassasse o exercício financeiro em que ocorresse a contratação. Esse entendimento inicial logo foi sepultado. Há uma necessidade efetiva de indicar os recursos orçamentários disponíveis para os dispêndios previstos para o exercício financeiro em curso. Os dispêndios que ultrapassem o exercício financeiro em curso somente terão uma precisa indicação com a aprovação da lei orçamentária anual correspondente. No caso da licitação em apreço, busca-se a contratação de kits escolares que devem ser distribuídos no início do ano letivo de 2008, que deverá se iniciar em fevereiro. Parece óbvio que, caso se aguardasse a aprovação, promulgação e publicação da lei orçamentária anual de 2008 não haveria possibilidade de distribuição do material no momento apropriado – início do ano letivo. Parece-nos "data-vênia", que os argumentos que fundamentam o ponto de vista da autora da representação reportam-se aos primórdios da vigência da Lei 8.666/93, quando "tese" semelhante chegou a prosperar em uma corrente minoritária. O certo é que no projeto de lei orçamentária, ora em tramitação na E. Câmara Municipal, está prevista dotação apta a cobrir os dispêndios resultantes da presente contratação. Mas do que isso, não poderá ser exigido, no presente momento."

CONCLUSÃO:

Ante o exposto, considerou:

- PROCEDENTES as alegações da Representante quanto ao seguinte aspecto:

• Limitação indevida e sem qualquer amparo legal aos valores dos lances a serem apresentados pelos licitantes, no item 6.7.1 (item d).

- e **IMPROCEDENTES** as alegações da Representante quanto aos seguintes aspectos:

• Prazo exíguo dado aos licitantes para confecção de diversas amostras personalizadas (item a);

• Impossibilidade de se obter no mercado alguns itens que compõem os kits licitados, destacando-se aqueles com utilização de material reciclado, como o caderno universitário de papel reciclado com 85% de alvura e a régua plástica de 30 cm exigidos no Anexo I do edital (item b);

• Subjetividade da análise das amostras oferecidas pelos licitantes (item c);

• Multas pré-determinadas em percentuais abusivos, sem qualquer obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nos itens 11.1.1 e 11.2.1. (item e);

• Inexistência de recursos orçamentários, confrontando o previsto no artigo 14 da Lei n.º 8.666/93, no item 7.5. (item f).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se, preliminarmente, pelo conhecimento da Representação e, no mérito, acompanhou as conclusões da Auditoria. Entretanto, sugeriu que a instrução aguardasse o quanto decidido no TC nº 3.938.07-21, que cuidou da análise do edital.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se pela improcedência da Representação, reportando-se ao pronunciamento exarado no mencionado processo.

A Secretaria Geral manifestou-se pelo conhecimento da presente Representação e, no mérito, pela sua improcedência, reportando-se também ao citado processo de análise do edital.

O TC nº 15.08-90 trata da Representação interposta pela empresa Indústria Gráfica Foroni Ltda, em face do presente edital.

A Coordenadoria II, da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, procedeu à análise das insurgências oferecidas e contraditadas pela Origem, concluindo o que se segue:

a) Comprovação da Capacitação Técnica do Licitante - Subitem 5.4.3.1 do Edital: Atestado(s) ou certidão(ões), em nome da licitante, fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado que comprove(m) o fornecimento anterior e condizente e compatível com o objeto licitado.

a.1) Alegações da Representante:

Entende que o atestado de capacitação técnica deve trazer, além da comprovação de aptidão qualitativa, a prova de quantitativos mínimos de fornecimentos anteriores, como forma de garantia do efetivo e adequado cumprimento do contrato, para que a Administração possa alcançar o seu objetivo de manter a qualidade e eficiência na prestação do serviço público.

Mencionou julgado do Tribunal de Contas da União sobre a regularidade na exigência de quantitativos mínimos (Processo n.º 1.914/03. Decisão 6.308/2003).

a.2) Alegações da Origem:

Questionada, na fase de consultas à realização da Sessão do Pregão ora em análise, sobre a necessidade de comprovação de quantitativos mínimos no Atestado de Capacitação Técnica, a Origem assim se manifestou:

"Na medida em que o edital não traz menção expressa a quantitativos do(s) fornecimento(s) anterior(es), tal informação não é exigível, mesmo porque os quantitativos dependem do número de lotes aos quais estará concorrendo a licitante."

Alega que a exigência de quantitativos mínimos só seria possível se o edital estabelecesse o que se entende por "fornecimento anterior condizente e compatível", que a finalidade dessa supressão foi ampliar o universo de licitantes e que se trata de decisão discricionária da Administração.

a.3) Conclusão da Auditoria

"O item ora em comento foi objeto de apontamento no Relatório de Acompanhamento do Edital, encartado no TC N.º 72.003.938.07-21 (item 3.18.1- fls. 264/265 e 4.g – fl. 267).

Naquela ocasião, alegamos que:

Não há critério objetivo para fornecimento dos atestados, e se deverá estar vinculado à quantidade de kits que o licitante se propõe a fornecer. Aduz apenas que se deve demonstrar a realização de serviços compatíveis com o objeto licitado, sem explicitar, contudo, o que deve ser entendido por "compatíveis", de forma que o critério utilizado é, indubitavelmente, subjetivo.

Além disso, como não há limitação no edital, um único licitante poderá se propor a fornecer a totalidade dos kits, e para tanto, é necessário verificar, objetivamente, se ele terá capacidade técnica para fazer as entregas pretendidas.

Dentro desta ótica, a comprovação quantitativa assume as seguintes funções, quais sejam, a de delimitar a participação do licitante aos lotes para os quais, efetivamente, tenha condições de adimplir suas obrigações contratuais e para a Administração tomar conhecimento sobre o porte da empresa licitante e, desta maneira, mitigar a participação de aventureiros, dispostos a firmar compromissos inexeqüíveis no que se refere ao volume e ao preço do objeto contratado.

Em que pese o argumento da Origem de ampliar o universo de participantes no certame, entendemos que, sopesados os riscos supra apontados, tal intento fica prejudicado, não obstante o dever da Administração em suprimir elementos que se evidenciem restritivos e direcionadores, em qualquer procedimento licitatório, nos moldes da Lei Federal N.º 8.666/93, artigo 3.º.

Isto posto, entendemos **PROCEDENTE** a alegação da Representante neste tópico."

b) Especificações Técnicas do Edital – Caderno Grande com 32 furos e com furo redondo e Caderno com canto escanteado.

b.1) Alegações da Representante:

Alega a Representante que, exigir no Edital CADERNO GRANDE (fl. 54) com 32 furos e com furo redondo e CADERNOS UNIVERSITÁRIOS EM PAPEL RECICLADO E OFF SET (fls. 54/55) com cantos escanteados, constituem-se em especificações restritivas, por parte da Administração. O mercado utiliza o padrão de 31 furos, com furos obilongos e cantos vivos, o que, nas suas palavras, é o padrão utilizado pela ABNT e internacionalmente.

A norma da ABNT, que trata do assunto (NBR 15061:2004 – fls. 77/80) não faz menção às exigências relacionadas no Edital.

b.2) Alegações da Origem:

Alega a Origem tratar-se de argumentos essencialmente técnicos, posto que as exigências previstas no Edital estão lastreadas em colaborações prestadas pelos técnicos do IPEM/SP, que opinaram pela manutenção daquelas.

Ademais, alega que tais exigências já constavam de certames anteriores, os quais transcorreram normalmente, sem objeção por parte de nenhuma empresa, inclusive da ora Representante.

Por fim, alega que a Representante não relacionou nenhum elemento de prova às suas argumentações.

b.3) Conclusão da Auditoria:

"A Representante anexou a norma ABNT NBR 15061:2004, que trata dos requisitos dos Cadernos universitários espiralados ou costurados ou colados ou argolados.

Em se analisando tal normativo, verificamos que não há nenhuma exigência sobre a quantidade de furos, forma dos furos e nem tampouco sobre a modalidade de canto dos cadernos, se vivos ou escanteados.

Portanto, entendemos que a Representante fez prova do alegado, ao colacionar à sua Representação o normativo que elenca os requisitos dos Cadernos.

Por outro lado, a Origem não anexou aos autos justificativa técnica sobre a necessidade de manutenção das características ora apontadas."

Isto posto, entendeu **PROCEDENTES** as alegações da Representante neste aspecto.

CONCLUSÃO:

Ante o exposto, entendeu **PROCEDENTES** as alegações da Representante quanto aos seguintes aspectos:

- Comprovação da Capacitação Técnica do Licitante - Subitem 5.4.3.1 do Edital (item a);

- Especificações Técnicas do Edital – Caderno Grande com 32 furos e com furo redondo e Caderno com canto escanteado (item b).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se, preliminarmente, pelo conhecimento da Representação e, no mérito, acompanhou as conclusões da Auditoria, entretanto sugeriu que a instrução aguardasse o quanto decidido no TC nº 3.938.07-21, que cuidou da análise do edital.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se pela improcedência da Representação, reportando-se ao pronunciamento exarado no mencionado processo.

A Secretaria Geral manifestou-se pelo conhecimento da presente Representação e, no mérito, pela sua improcedência, reportando-se também ao citado processo de análise do edital.

É O RELATÓRIO.

VOTO englobado

Em julgamento o Edital de Pregão nº 079/SME/2007, formulado pela Secretaria Municipal da Educação, e duas Representações interpostas pelas empresas Líbero Comercial Ltda e Indústria Gráfica Foroni Ltda.

O objeto do referido certame consistiu na aquisição de 940.065 (novecentos e quarenta mil e sessenta e cinco) kits de materiais escolares para os alunos regularmente matriculados em unidades educacionais da rede municipal de ensino - SME/CONAE, com valor estimado de R$ 36.415.759,55 (trinta e seis

milhões, quatrocentos e quinze mil, setecentos e cinquenta e nove reais e cinquenta e cinco centavos).

A instrução processual revelou que, não obstante os apontamentos da Auditoria, a licitação teve continuidade, chegando à homologação e, por esse motivo, as análises foram direcionadas ao procedimento licitatório, a fim de verificar se os ditos apontamentos impediram a Administração de obter a proposta mais vantajosa.

Os documentos e esclarecimentos encaminhados pela Origem demonstraram que os contratos foram devidamente cumpridos, atendendo o interesse público e que os preços praticados não foram desvantajosos para a Administração.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Douta Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral pronunciaram-se favoravelmente à aprovação do Edital em julgamento.

Por todo o exposto, **JULGO REGULAR o Edital do Pregão nº 079/SME/2007,** considerando, principalmente, a ausência de comprovação de que os preços praticados tenham sido desvantajosos para a Administração.

CONHEÇO das Representações interpostas pelas empresas Líbero Comercial Ltda e Indústria Gráfica Foroni Ltda., pois presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno deste Tribunal e, no mérito, **JULGO-AS** improcedentes, com fundamento nas conclusões alcançadas no exame do procedimento licitatório.

Oficiem-se as partes para ciência e, após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

VOTO EM SEPARADO englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Preliminarmente, registro que não foi localizado acompanhamento acerca dos Contratos, nem das respectivas execuções contratuais. Conforme se verifica dos autos, não obstante a conclusão da Especializada no Relatório de Acompanhamento de Edital, de que o instrumento convocatório não reunia condições de prosseguimento, apresentando irregularidades, a licitação teve continuidade, por opção do então Relator, chegando à homologação e adjudicação do objeto.

Dessa forma, a Auditoria foi instada para efetuar a avaliação técnica dos valores efetivamente contratados quanto à sua compatibilidade com os

valores praticados no mercado.

No trabalho realizado, a Especializada destacou o que já havia assinalado no Relatório de Acompanhamento de Edital, de que os preços oferecidos pela empresa Foroni apresentavam incremento de 6% a 12,24%, em relação à média das outras três empresas (Bignardi, Mercosul e Kalunga), elevando a pesquisa em R$ 3.840.944,72, ou 10,52%, em média, o que resultou num valor médio total de R$ 36.415.759,55, enquanto o valor médio pesquisado ficaria em R$ 32.674.041,36, caso fossem desconsiderados os preços ofertados pela Foroni, como seria adequado.

Para demonstrar tal realidade, apresentou à fl. 467 o quadro sintético, com a pesquisa por tipo de Kit, e o quadro com a supressão dos valores apresentados pela empresa Foroni, os quais reproduzo abaixo:

Tipo de Kit	Qtde.	Bignardi	Mercosul	Kalunga	Foroni	Média Unit.	Média Total
EI	3.957	$ 20,30	$ 20,89	$ 20,65	$ 25,86	$ 21,92	$ 963.537,44
MEI	58.887	$ 30,60	$ 30,43	$ 32,20	$ 40,33	$ 33,39	$ 8.644.236,93
UND. I	75.970	$ 37,55	$ 37,46	$ 40,38	$ 57,81	$ 43,30	$ 11.949.501,00
UND. II	58.499	$ 38,70	$ 37,31	$ 37,50	$ 60,33	$ 43,46	$ 11.234.366,54
JA I	0.436	$ 28,25	$ 28,90	$ 29,74	$ 41,17	$ 32,01	$ 654.156,36
JA II	2.316	$ 31,20	$ 30,93	$ 32,78	$ 49,43	$ 36,08	$ 2.969.961,28
TOTAL GERAL							$ 36.415.759,55

Quadro 2: Preços Totais Médios

TIPO DE KIT	QUANTIDADE	PREÇO MÉDIO TOTAL (1)	PREÇO MÉDIO TOTAL (2)	VARIAÇÃO
IT CEI	3.957	$ 963.537,44	$ 906.100,29	,00%
IT EMEI	58.887	$ 8.644.236,93	$ 8.045.345,00	,93%
IT FUND I	75.970	$ 11.949.501,00	$ 10.623.005,20	1,15%
IT FUND II	58.499	$ 11.234.366,54	$ 9.900.511,70	2,57%
IT EJA I	0.436	$ 654.156,36	$ 587.466,88	,75%
IT EJA II	2.316	$ 2.969.961,28	$ 2.611.612,29	2,24%
		$ 36.415.759,55	$ 32.674.041,37	0,52%

Além disso, a Auditoria comparou os preços oferecidos pelas duas empresas que participaram da pesquisa de preços e depois venceram a disputa para determinados lotes: empresa Binardi e empresa Mercosul.

Da análise, verificou que os preços adjudicados para essas empresas foram superiores, em R$ 1.523.298,11 ou 9,66% e R$ 650.222,05 ou 8,26%, respectivamente, em relação aos valores por elas próprios informados, por ocasião da pesquisa de preços sintetizada à fl. 39 dos autos.

Dessa forma, ante a grave distorção havida na pesquisa de mercado, na esteira do posicionamento da Auditoria, cujas razões passam a fazer parte integrante deste voto, julgo irregular o Edital do Pregão Presencial 79/SME/2007, determinando o envio do presente à Controladoria Geral do Município para as providências que julgue cabíveis.

No tocante às Representações tratadas nos itens 5 e 6, em conformidade também com as manifestações da Auditoria, julgo parcialmente procedente a Representação tratada no TC 4.119.07-56 e procedente a Representação trata no TC 15.08-90.