

Processo	- TC/000233/2021
Representante	- [REDACTED]
Representada	- Secretaria Municipal da Saúde
Objeto	- Representação interposta em face do edital do Pregão Eletrônico 02/2021, cujo objeto é a contratação de empresa especializada no fornecimento de refeições transportadas, destinadas a pacientes e a acompanhantes legalmente instituídos, bem como aos colaboradores do Hospital Municipal de Parelheiros

31ª Sessão Ordinária Não Presencial

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMS.
Fornecimento de refeições transportadas, destinadas
a pacientes e a acompanhantes. 1. Perda do objeto.
CONHECIDA. PREJUDICADA. Votação unânime.

A C Ó R D ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro
EDUARDO TUMA.

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 interposta, por presentes os requisitos regimentais de admissibilidade, e em declará-la prejudicada, pela perda superveniente do objeto, tendo em vista o cancelamento do edital do Pregão Eletrônico, efetuado pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de ofício, com cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão, endereçados ao Senhor [REDACTED]
[REDACTED] nos termos do disposto no artigo 58 do Regimento Interno deste Tribunal.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA –
Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 23 de março de 2022.

JOÃO ANTONIO – Presidente
EDUARDO TUMA – Relator

/affo

31ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL – PLENO

Item 4º

4)TC 233/2021 - [REDACTED] - Secretaria Municipal da Saúde - **Representação** interposta em face do edital do Pregão Eletrônico 02/2021, cujo objeto é a contratação de empresa especializada no fornecimento de refeições transportadas, destinadas a pacientes e a acompanhantes legalmente instituídos, bem como aos coladores do Hospital Municipal de Parelheiros (FHMC) (Processo Eletrônico)

RELATÓRIO

Trata o presente TC da análise da Representação formulada pelo Sr. [REDACTED] (peça 01), com pedido de concessão de medida liminar para suspender o processo licitatório do Pregão Eletrônico nº SE-002/2021, promovido pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM, que tem por objeto a contratação de empresa especializada no fornecimento de refeições transportadas, destinadas a pacientes e a acompanhantes legalmente instituídos, bem como aos colaboradores do Hospital Municipal de Parelheiros.

Não há informação de valores nos presentes autos.

O Representante insurge-se, basicamente, contra os seguintes pontos:

- 1) da vistoria técnica prévia ao certame; e
- 2) da apresentação de atestados de bom desempenho em contratos anteriores referentes ao fornecimento de alimentação hospitalar.

À peça 13 consta Decisão desta Relatoria de **concessão do pedido liminar** formulado na Representação em exame, determinando, *ad cautelam*, a **SUSPENSÃO do PREGÃO nº SE 02/2021, determinando à Origem proceder à exclusão do Edital a exigência de realização de visita técnica como condição de participação do certame.**

A **Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM** apresentou à peça 23 esclarecimentos informando da decisão de revogação do procedimento licitatório em comento (pág. 1 da peça 28).

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC**, através de sua Coordenadoria IV, apresentou seu relatório de análise técnica, com a seguinte conclusão (peça 37);

“2. ANÁLISE

2.1. Da exigência de visita técnica obrigatória (fls. 03/07 da Peça 01)

Alegações do Representante

O Representante aduz que é irregular a exigência de visita técnica obrigatória.

Sobre o assunto, traz julgado do TCU que estabelece que é desnecessário o comparecimento ao local de prestação dos serviços, bastando a declaração do licitante de que conhece as condições locais para a execução do objeto.

Na decisão, o TCU afirma que a declaração do licitante de que tem pleno conhecimento das condições de prestação do serviço basta à administração para prevenir possíveis alegações de impossibilidade de execução do contrato, ou demandas de revisão contratual por circunstâncias passíveis de serem avaliadas nessas visitas.

O representante traz que a exigência de visita técnica obrigatória restringe a competitividade, pois beneficia as empresas situadas na região metropolitana de São Paulo. Alerta que o país passa por uma pandemia e empresas de outros estados teriam que submeter seus empregados a viagens de avião para realizar visita técnica.

Registra ainda que o objeto contratado é o fornecimento de alimentação transportada, no qual as refeições serão produzidas nas dependências da contratada e, então, transportadas até a contratante. Sendo assim, desnecessária a obrigatoriedade da visita.

Manifestação da SPDM

A OS informa que a representação não tem amparo legal, pois

a associação não está sujeita aos ditames da Lei nº. 8.666/93, de modo que as seleções por ela realizadas não seguem o trâmite desta legislação, inclusive quanto ao controle prévio exercido pelo Tribunal de Contas. Caso contrário, as associações privadas serão transformadas em entes da administração pública, ao absoluto arrepio da Constituição Federal e da lei.

Quanto aos contratos de gestão,

Também no que se refere ao contrato de gestão não se aplica a Lei nº. 8.666/93 porque ele é objeto de disciplina específica, dotada de autonomia suficiente para merecer tratamento autônomo, descolado da figura do contrato administrativo previsto na lei de licitações, o qual em nada se assemelha ao contrato de gestão.

Traz ainda que a lei e o contrato preveem “expressamente a submissão das compras e contratações exclusivamente ao Regulamento da própria associação” (peça 23, fl. 4).

Quanto ao ofício que concedeu prazo de 24h para manifestação, a OS informa que o documento foi recebido no dia 11.01.21 às 18h28 e juntado ao processo no dia 12.01.21, de modo que o prazo venceria somente no dia 13.01.21, conforme regimento interno, logo, a resposta processual não foi extemporânea.

Em relação a exigência de vistoria técnica obrigatória, afirma que

Se a empresa não puder comparecer no local onde o serviço deverá ser entregue para a visita técnica, é de se presumir que ela também não conseguirá fazê-lo para o cumprimento do contrato, razão pela qual não apresentará condições de disputar a contratação.

[...]

A visita objetiva, ainda, que as propostas de preços possam refletir com exatidão a sua plena execução, para evitar futuras alegações de desconhecimento das características do local da prestação. Portanto, a finalidade da visita prévia é propiciar aos proponentes o exame, a conferência e a constatação prévia de todos os detalhes e características técnicas do objeto da contratação, para que tomem conhecimento de tudo aquilo que possa, de alguma forma, influir sobre o custo, a preparação da proposta e a execução do serviço.

Análise da Coordenadoria

Inicialmente, cabe registrar que a jurisprudência é consolidada no sentido de que as Organizações Sociais não são obrigadas a licitar, tampouco se aplica aos seus processos de contratação a Lei 8668/93. Nesse sentido, o TCU entendeu que:

[...] as organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado (Acórdão 3.239/2013-Plenário - TCU).

O STF também já se manifestou, na ADI 1.923/DF, no sentido de que as organizações sociais não se submetem à Lei 8.666/1993, podendo invocar procedimentos distintos, tendo em vista a maior flexibilidade do sistema baseado em contrato de gestão, controlado por resultados.

No entanto, apesar de a OS não ser obrigada a seguir a Lei 8.666/93, deve respeitar os princípios do art. 37 da CF.

No caso ora analisado, a jurisprudência do TCM é consolidada no sentido de que, para a exigência de vistoria técnica seja obrigatória, deve haver justificativa demonstrando sua imprescindibilidade. Nesse sentido, a súmula 7 desse Tribunal de Contas determina que

A vistoria técnica somente poderá ser exigida quando imprescindível para a perfeita compreensão do objeto e com a necessária justificativa da Administração nos autos do processo licitatório, para os Editais publicados antes da entrada em vigor da Lei nº 17.273, de 14 de janeiro de 2020.

A LM nº 17.273/20 traz que

Art. 38. A exigência de vistoria técnica pela unidade contratante não poderá ser obrigatória, devendo o edital prever a substituição de tal visita, mesmo nos casos em que a avaliação prévia do local de execução se configure indispensável, por

uma declaração formal de conhecimento pleno, emitida pela interessada em participar do certame e assinada pelo responsável técnico, quanto às condições e ao local da realização do objeto da contratação.

Dessa forma, a legislação municipal determina que não haverá vistoria técnica obrigatória nas licitações da PMSP.

Isso ocorre porque a finalidade da visita técnica é propiciar aos licitantes o conhecimento das reais condições do local, para que tenha condições de melhor elaborar sua proposta de preços. Nesse sentido, se trata de um direito do licitante.

A exigência de vistoria obrigatória restringe a competitividade do certame e, em decorrência disso, atinge os princípios de impessoalidade, moralidade e eficiência. Também vai de encontro ao art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, que reputa como legítima apenas as “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Apesar de a OS não se sujeitar à LF 8.666/93, considerando o necessário zelo que deve ser empregado no trato com os recursos públicos, que na prática custearão o contrato a ser celebrado, a exigência posta no procedimento de licitação deflagrado pela OS SPDM, poderia resultar em prejuízo, pois restringe a competitividade e pode retirar do certame empresas com propostas mais vantajosas.

*Do exposto, consideramos **procedente** a representação neste ponto.*

2.2. Da exigência de fornecimento de atestados de bom desempenho em contratos anteriores referentes ao fornecimento de alimentação hospitalar (fls. 07/11 da Peça 01)

Alegações do Representante

O Representante alega que o item 8.2 do edital, relativo à qualificação técnica, restringe a competitividade.

Traz que a lei 8.666/93, no tocante a qualificação técnica, admite a comprovação através de atestados de obras ou serviços similares, de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior. Ou seja, admite execução anterior de objeto similar, e não idêntico ao que se pretende contratar.

Afirma que além de exigir execução de contrato de mesma natureza, a OS não justificou tal exigência, tornando desproporcional a restrição imposta.

Por fim, aduz que não houve demonstração de que a comprovação de capacidade técnica apenas no fornecimento de alimento hospitalar seria suficiente ao objeto licitado. Entende que a expertise em outros grandes serviços que envolvem alimentação não pode ser desprezada, apesar de não ser idêntico ao descrito no edital. Informa que

pouquíssimas empresas podem comprovar esse fornecimento nos moldes do edital, o que restringiria a competitividade.

Manifestação da SPDM

A disposição do edital é clara ao exigir bom desempenho em contratos da mesma natureza, o que não significa idênticos. Vejamos:

8.2. Atestados de bom desempenho anteriores, em contrato da mesma natureza, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que comprovem quantitativos de 50% (cinquenta por cento) a 60% (sessenta por cento) no mínimo na execução de serviços similares; estes atestados deverão conter, necessariamente, a especificação dos serviços executados e o prazo de execução;

A comprovação de experiência anterior se faz necessária em razão da complexidade da prestação de serviço, haja vista que a contratada realizará todas as etapas do processo de operacionalização e distribuição das dietas dos pacientes.

A empresa participante deve comprovar que possui habilidades técnicas para atendimento às especificidades presentes no Projeto Básico – Anexo I e para cumprimento das legislações, com elaboração, apresentação e execução do Plano de Trabalho e Manual de Boas Práticas. Estes cuidados visam estritamente o controle de qualidade de produção de alimentação, de fundamental importância para garantir a segurança alimentar das refeições fornecidas aos pacientes, que já se encontram em condições de enfermidade.

Também é necessária a comprovação do pleno conhecimento de cozinha dietética para produção de dietas com características específicas de modificações de consistência, dietas de acréscimo ou de restrições, dietas para preparo de exames, dietas enterais. A falta de habilidade técnica pode resultar em risco à segurança dos pacientes, podendo, inclusive, levar à morte.

Análise da Coordenadoria

Registramos que, apesar do informado pela OS, não foi juntado no processo o Anexo I do Edital, que traz o projeto básico do serviço a ser prestado.

O item 8.2 do Edital (peça 04, fl. 04) estabelece que a licitante deverá apresentar:

8.2. Atestados de bom desempenho anteriores, em contrato da mesma natureza, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que comprovem quantitativos de 50% (cinquenta por cento) a 60% (sessenta por cento) no mínimo na execução de serviços similares; estes atestados deverão conter, necessariamente, a especificação dos serviços executados e o prazo de execução (grifo nosso);

Nota-se que a redação do dispositivo editalício trata da qualificação técnico-operacional e guarda semelhança com o disposto na súmula 24 do TCE/SP que informa:

SÚMULA Nº 24 – Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Quanto à comprovação da expertise na área de alimentação hospitalar, consideramos pertinente a exigência, pois está abrangida no objeto do contrato a nutrição de pessoas doentes, que necessitam de alimentação especial. Tal fato evidencia a importância da demonstração de prévia experiência na atividade, considerando a necessidade de uso de protocolos específicos para preparação e distribuição da alimentação, além do domínio sobre diversos tipos de dieta, que pode ser geral, enteral, dietas restritivas, entre outras. Essa especificidade difere o serviço de outros prestados, ainda que em grandes estabelecimentos, como ocorre na alimentação escolar ou de presídios.

Diante do exposto, consideramos improcedente a representação neste ponto.

3. CONCLUSÃO

*À luz das análises efetuadas, em sede de Relatório Conclusivo, concluímos pela **parcial procedência** da Representação, sendo:*

- **Procedente** o subitem 2.1;*
- **Improcedente** o subitem 2.2.”*

Após, o Representante opôs embargos de declaração (peça 46), pretendendo fosse abordado o contido no item IV da Representação, qual seja, “Da Exigência de Fornecimento de Atestados de Bom desempenho em Contratos Anteriores Referentes ao Fornecimento de Alimentação Hospitalar”.

Recebidos os embargos, os mesmos não foram conhecidos por esta Relatoria ante as seguintes razões contidas no despacho denegatório de peça 50:

NÃO CONHEÇO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (peça 6), eis que incabível tal recurso contra despacho interlocutório e/ou contra decisão cautelar de suspensão de certame, nos termos do artigo 144 do Regimento Interno desta Corte. Ademais, verifica-se a falta de interesse recursal por parte do Embargante, seja porque teve concedido o pedido liminar de suspensão do certame, sendo atendido, portanto, o escopo do requerimento cautelar, seja porque a decisão não padece de omissão, obscuridade ou contradição.

Devidamente intimada, a **Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM** apresentou novos esclarecimentos à peça 49.

À peça 55, foi certificada nos autos a desnecessidade de referendo pelo E. Tribunal Pleno do despacho que suspendeu cautelarmente o certame, em razão do **cancelamento do procedimento licitatório**, caracterizando-se a perda superveniente de objeto.

Remetidos os autos à **Coordenadoria IV** que, em manifestação de peça 58, assim concluiu:

“2. ANÁLISE

2.1. Do cancelamento/revogação do procedimento de seleção para fornecimento de Nutrição Hospitalar para o Hospital Parelheiros (requerimento do Conselheiro Relator à peça 50).

Em atendimento ao solicitado à peça 50, informamos que a SPDM esclareceu por e-mail (peça 57) que o Pregão Eletrônico Nº SE 002/2021 foi efetivamente cancelado, o que caracteriza a perda do objeto da Representação analisada.

No que se refere à continuidade da prestação dos serviços, traz que o serviço está sendo prestado pela empresa NT Fast Alimentação Ltda., através do 10º Termo Aditivo, que tem vigência até o dia 16.04.2021, e que não há previsão de novo procedimento em substituição.

2.2 Da admissibilidade da Representação (preliminar acrescida na manifestação da SPDM)

Manifestação da SPDM

Embora o relatório reconheça a representada não está sujeita aos ditames da Lei nº. 8.666/93, de modo que as seleções por ela realizadas não seguem o trâmite desta legislação, não enfrentou a questão atinente à ausência de fundamento legal para a propositura da representação.

Diante da não aplicação da lei de licitações à representada, não há que se falar em controle prévio exercido pelo Tribunal de Contas, visto que não há previsão legal. Caso contrário, as associações privadas serão transformadas em entes da administração pública, ao absoluto arrepio da Constituição Federal e da lei.

[...]

O relatório conclusivo também não se pronunciou quanto à INTEMPESTIVIDADE da representação.

Ainda que recebida, malgrado a ausência de fundamento legal, a representação não pode ser conhecida, na medida em que não foi cumprido o prazo previsto no art. 41, §1º da Lei nº. 8.666/93, visto que apresentada extemporaneamente. O mencionado dispositivo determina que o pedido seja protocolado até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação.

[...]

Além de intempestiva, A REPRESENTAÇÃO NÃO ESTÁ ACOMPANHADA DE DOCUMENTO INDISPENSÁVEL previsto no Regimento Interno, e sobre isso o relatório conclusivo também não se pronunciou.

Uma vez não preenchidos os requisitos do artigo 55, a representação deve ser indeferida liminarmente, conforme determina o artigo 56 do RI, o que se roga.

Análise da Coordenadoria

A não aplicação da LF 8666/93 não retira dos Tribunais de Contas o dever de fiscalizar as organizações sociais na execução de contrato de gestão, já que envolve a utilização de recursos públicos.

Nesse sentido, o voto do Relator e Acórdão da ADIN 1923/DF trazem que

*15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. **Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII) fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.***

[...]

Ex positis, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que:

[...]

(iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade e

(vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas. (grifos nossos)

Dessa forma, afasta-se qualquer interpretação que restrinja o controle pelos tribunais de contas sobre os atos praticados pelas organizações sociais na aplicação de verbas públicas, que devem observar os princípios do art. 37 da CF.

Em relação à suposta intempestividade, o Regimento Interno do Tribunal não traz prazo para o ingresso com Representação. O prazo para impugnação da LF 8666/93 não se aplica, nesse caso.

Quanto à alegação de falta de documentação indispensável, foi anexado documento com foto à peça 02, considerado suficiente pelo Conselheiro Relator para aceitar a Representação.

Do exposto, não procede o alegado pela OS quanto à inadmissibilidade da representação interposta.

2.3. Da exigência de visita técnica obrigatória (fls. 03/07 da Peça 01, item 2.1 do Relatório Conclusivo)

Manifestação da SPDM

No tocante ao mérito, o representante alega que a visita técnica beneficiaria as empresas situadas na região metropolitana de São Paulo.

Ao fazê-lo demonstra claramente que busca a proteção de interesse subjetivo, cuja tutela, em sede de representação, é inadmissível, conforme preconiza a Súmula 3 deste Tribunal:

Súmula nº 3 “São inadmissíveis as representações ou denúncias de suposta irregularidade ou ilegalidade que seja exclusivamente passível de lesionar ou ameaçar, sem reflexo sobre o interesse público, direito subjetivo.”

Por outro lado, esse fato, por si só, não representa qualquer violação à lei ou à Constituição Federal. Se a empresa não puder comparecer no local onde o serviço deverá ser entregue para a visita técnica, é de se presumir que ela também não conseguirá fazê-lo para o cumprimento do contrato, razão pela qual não apresentará condições de disputar a contratação.

A visita prevista no caderno de informações não foi fixada em data única, de modo que os interessados pudessem se organizar da forma que melhor lhe atenda, e tem por objetivo garantir a segurança e a comprovação de que todos os participantes conheçam integralmente o objeto da contratação e principalmente as condições locais para a prestação do serviço, que se refere à unidade hospitalar, com logística diferente de estabelecimentos comuns.

Permite ao responsável técnico da interessada (nutricionista habilitado), que assume integralmente a responsabilidade profissional e legal pela execução das atividades técnicas de alimentação e nutrição, a verificação das condições da execução do serviço, em cumprimento ao Código de Ética do Conselho Regional de Nutrição.

A visita objetiva, ainda, que as propostas de preços possam refletir com exatidão a sua plena execução, para evitar futuras alegações de desconhecimento das características

do local da prestação. Portanto, a finalidade da visita prévia é propiciar aos proponentes o exame, a conferência e a constatação prévia de todos os detalhes e características técnicas do objeto da contratação, para que tomem conhecimento de tudo aquilo que possa, de alguma forma, influir sobre o custo, a preparação da proposta e a execução do serviço. (peça 49, fls. 03/05)

Análise da Coordenadoria

Como já informado no Relatório Conclusivo, apesar de a OS não ser obrigada a seguir a Lei 8.666/93, deve respeitar os princípios do art. 37 da CF.

A execução dos contratos de gestão deve ocorrer em consonância com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, de forma que, em caso de irregularidades identificadas, a Origem deve adotar medidas corretivas.

A jurisprudência do TCM entende que a vistoria técnica só deve ser obrigatória quando houver justificativa demonstrando sua imprescindibilidade¹.

Da mesma forma, a LM nº 17.273/20 (que a OS traz para corroborar a não aplicação da LF 8666/93 no caso concreto) estabelece que

Art. 38. A exigência de vistoria técnica pela unidade contratante não poderá ser obrigatória, devendo o edital prever a substituição de tal visita, mesmo nos casos em que a avaliação prévia do local de execução se configure indispensável, por uma declaração formal de conhecimento pleno, emitida pela interessada em participar do certame e assinada pelo responsável técnico, quanto às condições e ao local da realização do objeto da contratação.

Ademais, entendemos que à restrição a competitividade pode causar prejuízo à municipalidade, já que cabe ao município de São Paulo arcar com os custos do contrato, no âmbito do Contrato de Gestão. Dessa forma, a exclusão da exigência de vistoria técnica obrigatória não se trata de direito subjetivo, mas de direito difuso de toda a municipalidade.

3. CONCLUSÃO

*À luz das análises efetuadas, ratificamos a conclusão alcançada no Relatório Conclusivo (peça 37) pela **parcial procedência** da representação em relação ao edital do procedimento licitatório do pregão SE-002/2021, sendo:*

- Procedente o subitem 2.1 do Relatório Conclusivo;*
- Improcedente o subitem 2.2 do Relatório Conclusivo.*

Quanto à preliminar acrescida na resposta apresentada pela SPDM, referente à admissibilidade da representação, concluímos pela sua improcedência (item 2.2)

¹ A vistoria técnica somente poderá ser exigida quando imprescindível para a perfeita compreensão do objeto e com a necessária justificativa da Administração nos autos do processo licitatório, para os Editais publicados antes da entrada em vigor da Lei nº 17.273, de 14 de janeiro de 2020

*Registramos, por fim, que o cancelamento do pregão SE-002/2021 pela SPDM acarretou a **perda de objeto** da Representação (item 2.1)."*

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE**, à peça 67, apresentou seu parecer com a conclusão seguinte:

"As Organizações Sociais, apesar de não estarem sujeitas, stricto sensu, à Lei Federal nº 8.666/93, devem observar, quando contratarem com recursos oriundos do poder público, os princípios de direito administrativo de legalidade, de impessoalidade, de moralidade, de publicidade e de eficiência. Além disso, no caso em apreço, trata-se de fornecimento de alimentação transportada, e não de produção e de manipulação de alimentos no próprio local de consumo, como ocorria no edital analisado no TC nº 10.136/2019, acima referido – do que decorre o entendimento de que a exigência de obrigatoriedade de visita técnica representa possível violação à isonomia entre os licitantes e à competitividade no certame.

Nesse contexto, parece-me que não haja óbice a que esta E. Corte de Contas exerça jurisdição no presente caso, uma vez que não é o aspecto subjetivo do contratante que permite a fiscalização do controle externo, e sim a origem do recurso utilizado na contratação almejada.

Destaco a notícia de revogação do certame objeto da Representação, do que decorre a perda superveniente de seu objeto, prejudicando, neste momento, a análise do mérito propriamente dito."

À peça 70 a **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM** requereu o quanto segue:

"Ciente do processado, e considerando o cancelamento do pregão SE-002/2021 pela própria SPDM, requer esta Procuradoria da Fazenda seja a presente representação julgada prejudicada por perda superveniente de seu objeto."

A **Secretaria Geral – SG** apresentou a seguinte manifestação (peça 73):

"De minha parte, quanto à "possibilidade de fiscalização das licitações e contratos realizados pelas Organizações Sociais contratadas pela Administração para gestão de equipamentos públicos eis que estão sujeitas ao controle externo dos Tribunais de Contas com amparo na Lei Municipal 14.132/2006- notadamente seu artigo 1º, § 1º, a elas se aplicando o disposto no artigo 37 da Constituição Federal (a despeito de a elas não se aplicar a Lei Federal 8666/93)", entendo, na esteira do quanto manifestado por esta Secretaria Geral nos autos do TC/01136/2019, que apesar do Representante estar devidamente identificado, ter feito prova de sua cidadania e ter fundamentado sua queixa em petição escrita, a Associação impetrada não está no rol de jurisdicionados desta Egrégia Corte de Contas.

Desta maneira, considerando que a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM é uma pessoa jurídica de direito privado não relacionada no

*Regimento Interno desta Egrégia Corte de Contas, entendo que a presente Representação **não deve ser conhecida**.*

De qualquer forma, caso este não seja o entendimento do Nobre Conselheiro Relator e fique superada a questão relacionada ao conhecimento da presente, passo ao exame do mérito.

Do mérito.

*Considerando a notícia de que o Procedimento em questão, Pregão Eletrônico nº SE-002/2021, foi **CANCELADO** pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM, entendo, s.m.j., que resta prejudicada a vertente Representação pela falta do interesse de agir.*

Conclusão.

*Portanto, conforme as razões acima expostas, entendo que a personalidade jurídica de direito privado da Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM **não** atrai a competência deste Tribunal de Contas para a análise dos atos de seleção por ela praticados e, no mais, considerando a notícia de **CANCELAMENTO** do Pregão SE 2/2021 pela SPDM – Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina, opino pelo **não conhecimento** da presente Representação, haja vista **a perda superveniente de seu objeto**, e, no mérito, entendo que resta prejudicada a vertente Representação.”*

É o Relatório.

VOTO

A presente Representação, formulada pelo Sr. [REDACTED] com pedido de concessão de medida liminar para suspender o processo licitatório do Pregão Eletrônico nº SE-002/2021, promovido pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM, insurge-se, basicamente, contra os seguintes pontos:

- 1) vistoria técnica prévia ao certame; e
- 2) apresentação de atestados de bom desempenho em contratos anteriores referentes ao fornecimento de alimentação hospitalar

Inicialmente, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC** acentuou que a jurisprudência é consolidada no sentido de que as Organizações Sociais não são obrigadas a licitar, tampouco se aplica aos seus processos de contratação a Lei Federal 8.668/93. Nesse sentido, firmou o TCU seu entendimento:

[...] as organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e

economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado (Acórdão 3.239/2013-Plenário - TCU).

Acrescentou a Auditoria que, no caso ora analisado, a jurisprudência do TCM se firmou no sentido de que, para a exigência de vistoria técnica obrigatória, deve haver justificativa demonstrando sua imprescindibilidade. Nesse sentido, a **Súmula 7** desse Tribunal de Contas determina que:

A vistoria técnica somente poderá ser exigida quando imprescindível para a perfeita compreensão do objeto e com a necessária justificativa da Administração nos autos do processo licitatório, para os Editais publicados antes da entrada em vigor da Lei nº 17.273, de 14 de janeiro de 2020.

E a Lei Municipal nº 17.273/20 estabelece:

Art. 38. A exigência de vistoria técnica pela unidade contratante não poderá ser obrigatória, devendo o edital prever a substituição de tal visita, mesmo nos casos em que a avaliação prévia do local de execução se configure indispensável, por uma declaração formal de conhecimento pleno, emitida pela interessada em participar do certame e assinada pelo responsável técnico, quanto às condições e ao local da realização do objeto da contratação.

Assim, a legislação municipal determina que não haverá vistoria técnica obrigatória nas licitações da PMSP, uma vez que a finalidade da visita técnica é propiciar aos licitantes o conhecimento das reais condições do local, para que tenha condições de melhor elaborar sua proposta de preços. Nesse sentido, se trata de um direito do licitante.

A exigência de vistoria obrigatória restringe a competitividade do certame, contrariando os princípios de impessoalidade, moralidade e eficiência. Também vai de encontro ao art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, que reputa como legítima apenas as “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Apesar da OS não se sujeitar à LF 8.666/93, considerando o necessário zelo que deve ser empregado no trato com os recursos públicos, que na prática custearão o contrato a ser celebrado, a exigência posta no procedimento de licitação deflagrado pela OS SPDM, poderia resultar em prejuízo, pois restringe a competitividade e pode retirar do certame empresas com propostas mais vantajosas.

Por tais razões, considerou a Auditoria **procedente** a Representação neste ponto.

Sobre o segundo questionamento da Representação (*Da exigência de fornecimento de atestados de bom desempenho em contratos anteriores referentes ao fornecimento de alimentação hospitalar*), assinalou a Auditoria que o item 8.2 do Edital (peça 04, fl. 04) estabelece que a licitante deverá apresentar:

8.2. Atestados de bom desempenho anteriores, em contrato da mesma natureza, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que comprovem quantitativos de 50% (cinquenta por cento) a 60% (sessenta por cento) no mínimo na execução de serviços similares; estes atestados deverão conter, necessariamente, a especificação dos serviços executados e o prazo de execução (grifo nosso);

Fez notar a Auditoria que a redação do dispositivo editalício trata da qualificação técnico-operacional e guarda semelhança com o disposto na Súmula 24 do TCE/SP, que informa:

SÚMULA Nº 24 – Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Quanto à comprovação da expertise na área de alimentação hospitalar, afirmou a Auditoria “(...) consideramos pertinente a exigência, pois está abrangida no objeto do contrato a nutrição de pessoas doentes, que necessitam de alimentação especial. Tal fato evidencia a importância da demonstração de prévia experiência na atividade, considerando a necessidade de uso de protocolos específicos para preparação e distribuição da alimentação, além do domínio sobre diversos tipos de dieta, que pode ser geral, enteral, dietas restritivas, entre outras. Essa especificidade difere o serviço de outros prestados, ainda que em grandes estabelecimentos, como ocorre na alimentação escolar ou de presídios.”

Tais constatações levaram a Auditoria a considerar **improcedente** a Representação neste ponto.

Sobreveio, contudo, a informação nos autos de que o procedimento do Pregão Eletrônico nº SE-002/2021, foi **CANCELADO** pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM, conforme certidão de peça 55 destes autos, do que decorre a perda superveniente de seu objeto, prejudicando, neste momento, a análise do mérito propriamente dito.

Tal constatação levou os demais Órgãos Opinantes desta Corte, além da PFM, a considerarem prejudicada a análise da presente Representação em razão da perda de seu objeto.

Inobstante, importante destacar o entendimento professado pela **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE**, à peça 67, de que as Organizações Sociais, apesar de não estarem sujeitas à Lei Federal nº 8.666/93, devem observar, quando contratarem com recursos oriundos do poder público, os princípios de direito administrativo de legalidade, de impessoalidade, de moralidade, de publicidade e de eficiência, não havendo, assim,

impedimento a que esta Corte de Contas exerça jurisdição no presente caso, uma vez que não é o aspecto subjetivo do contratante que permite a fiscalização do controle externo e, sim, a origem do recurso utilizado na contratação almejada.

Diante disso, atendidos os requisitos regimentais de admissibilidade, **CONHEÇO** da Representação formulada pelo Sr. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] na qual apresenta questionamentos sobre o processo licitatório do Pregão Eletrônico nº SE-002/2021, promovido pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina - SPDM que tem por objeto a contratação de empresa especializada no fornecimento de refeições transportadas, destinadas a pacientes e a acompanhantes legalmente instituídos, bem como aos colaboradores do Hospital Municipal de Parelheiros.

No mérito, **JULGO PREJUDICADO** o exame da Representação, ante a perda superveniente de seu objeto, diante de seu cancelamento efetuado pela Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM, conforme certidão de peça 55 destes autos.

Expeça-se ofício dirigido à pessoa do Senhor [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] informando-o da presente decisão.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Tribunal de Contas do Município de São Paulo, 07 de março de 2022.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator