TC nº 72-000.772.11-40

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. SMS. Aquisição de capacetes com microfone e alto-falante. Programa de Implantação de Motolâncias. Rede SAMU. Art. 49, § 3º, Lei 8.666/93. Anulação do Pregão. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. DETERMINAÇÕES. Votação unânime.

Legislação citada: Port. 2.971/08-MS. Art. 49, § 3º, Lei 8.666/93.

2.646ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

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, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade contidos no artigo 55 do Regimento Interno desta Corte, e, no mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal da Saúde – SMS que:

a) observe o comando do artigo 49, § 3º, da Lei Federal 8.666/93 em seus procedimentos licitatórios, para que as empresas participantes possam exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa;

b) informe esta Corte, no prazo de 30 (trinta) dias, qual solução foi dada para a questão relacionada à aquisição dos capacetes para o Programa de Implantação de Motolâncias na rede Samu 192, após a anulação do Pregão Presencial 219/2010.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão à representante e à representada, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EURÍPEDES SALES e o Conselheiro Substituto LUIZ AQUINO FILHO.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 07 de novembro de 2012.

ROBERTO BRAGUIM - Vice-Presidente no exercício da Presidência.

MAURÍCIO FARIA – Relator.

RELATÓRIO

Cuida o TC 72.000.772.11-40 de Representação interposta por BOLLATEL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA., contra o Edital de Pregão Presencial nº 219/2010, aberto no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde – Coordenação de Apoio ao Desenvolvimento Hospitalar - COGERH, para a aquisição de CAPACETES para motociclista COM MICROFONE E AUTO FALANTE, para os condutores vinculados ao Programa de Implantação de Motolâncias na rede SAMU 192, conforme padronização constante do ANEXO I, serviço este instituído pela Portaria GS/MS nº 2071/08.

A Representante alega que a Secretaria Municipal de Saúde, por meio do PA nº 2010-0.148.057-7, publicou Edital para Ata de Registro de Preços para fornecimento dos referidos capacetes, no qual, sagrou-se vencedora. Não obstante, informa que fora surpreendida com a publicação da anulação do certame, sob a justificativa de que o objeto da licitação estaria em desacordo com a Portaria nº 2.971/2008 do Ministério da Saúde. Com isso, argumenta que a Origem descumpriu o artigo 49 da Lei 8666/93, por ausência de oportunidade de defesa, previamente à anulação do certame, razão pela qual requer a esta Corte o exame do procedimento licitatório em comento, para que a decisão tomada seja revista.

Uma vez superadas as irregularidades apontadas vinculadas à admissibilidade da Representação, e após justificativa da Origem, a Assessoria Jurídica de Controle Externo exarou parecer no sentido da admissibilidade da Representação e, quanto ao mérito, destacou que a anulação do certame, de fato, não respeitou o devido processo legal. Em relação aos limites do objeto social da empresa, constatou que a representação e comercialização de capacetes não estavam, de fato, contidas dentre as atividades autorizadas pelo seu objeto social, o que somente foi alterado posteriormente perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo. No entanto, concluiu que não houve prejuízo concreto à Representante, diante da procedência do motivo invocado para a anulação do certame, restando, neste particular, a improcedência da demanda ora em julgamento. Já quanto à questão envolvendo a compatibilidade das especificações técnicas do objeto licitado à Portaria nº 2.971/2008, entendeu cabível a análise técnica da Auditoria desta Corte (fls. 95/101).

Por sua vez, a Auditoria divergiu do parecer precedente, opinando pela procedência da Representação interposta, por entender que o objeto social da Representante, na forma original, seria compatível com o objeto licitado, bem como que as especificações do objeto no Anexo I do Edital deram atendimento à Portaria nº 2.971/2008.

Em defesa apresentada pelo Sr. Coordenador da unidade licitante, à época dos fatos, acrescentou-se aos autos suas justificativas vinculadas ao ato de anulação, informando que o descritivo lançado no anexo do Edital excedia o quanto exigido pelo regulamento técnico, sendo que tal excesso poderia desaguar não apenas em inadequação técnica, mas também em custos maiores que os esperados, além de restritividade na competição (fls. 131/160).

Não obstante a documentação acrescida, em nova manifestação a Auditoria ratificou seu parecer anterior (fls. 164/165 f/v), e a Assessoria Jurídica de Controle Externo reafirmou seu parecer pela improcedência da Representação em exame (fls. 170/179), mantendo, pois, a divergência entre os órgãos técnicos deste Tribunal.

A Procuradoria da Fazenda, na esteira da AJCE, acompanha o entendimento pelo conhecimento e improcedência da Representação.

Em manifestação final, a Secretaria Geral opina pelo conhecimento e improcedência da Representação, em caráter excepcional, considerando a evidente falha na elaboração do Edital.

É o relatório.

V O T O

Conheço da Representação proposta, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade contidos no artigo 55 do RITCMSP.

Em despacho publicado em 10/11/2010, a Administração anulou o Pregão Presencial nº 219/2010 *"em razão das especificações do objeto da licitação se encontrar em desacordo com as disposições da Portaria 2.971/2008 do Ministério da Saúde, cumulada com o vício de procedimento na fase de habilitação da empresa Bollatel Comercio e Serviços Ltda., que deveria ter sido inabilitada em razão do objeto social ser incompatível com o objeto do certame."*

Nesta senda, a Representação em julgamento abrange três pontos distintos, quais sejam: (a) a anulação do certame sem oportunidade de prévia defesa ao interessado; (b) a adequação do objeto licitado às normas contidas na Portaria 2.971/2008; (c) a presença de condição habilitatória da Representante, no que tange à adequação da sua finalidade social com o objeto licitado. Vejamos.

(a) Anulação do certame sem prévia intimação da Representante.

O §3º do artigo 49 da Lei 8666/93 é cristalino ao prescrever que, *"no caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa".*

Além de resguardar o devido processo legal, em atenção aos direitos fundamentais do interessado, a ação administrativa deve ser motivada, "por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta", conforme comando contido no caput do referido artigo 49 da Lei Federal de Licitações, sob pena de ofensa aos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica.

Nesta senda, ainda que jurisprudência afirme que a Administração Pública tem o dever de anular o procedimento licitatório uma vez constatado vício insanável, em homenagem aos princípios da legalidade, moralidade e da impessoalidade[1], cabe especial atenção quando o aludido vício decorre de defeito do próprio instrumento convocatório, o que evidencia ausência de planejamento adequado na fase interna da licitação, por parte da Origem, e que se comprova do alegado desacordo das especificações técnicas do objeto a ser adquirido com as disposições da Portaria 2.971/2008 do Ministério da Saúde.

Feitas essas considerações, e uma vez constatado o vício em questão, acompanhamos, uma vez mais, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, no sentido de que o descumprimento do devido processo legal seria motivo para eventual determinação ou penalização do agente público responsável, sem, contudo, autorizar a hipótese de reversão da anulação do certame, na medida em que não há que se falar em direito adquirido oponível à Administração na hipótese de nulidade, vez que em jogo o alcance do interesse público tutelado.

Assim, ainda que tal afirmação não afaste eventual responsabilização por perdas e danos, caso fique evidenciado prejuízo concreto, não se vislumbra, no caso em exame, argumentos suficientes para invalidar a decisão administrativa em comento.

(b) Adequação das especificações do objeto no Anexo I do Edital e a Portaria nº 2.971/2008.

Sobre a questão, consta da instrução dos autos a justificativa da Origem no sentido de que o equívoco ocorreu por ter o descritivo, lançado no edital, excedido o quanto exigido pela referida Portaria, ultrapassando os aspectos técnicos básicos do produto, necessários para a padronização e inclusão no denominado Programa Mínimo para Implantação das Motolâncias na Rede SAMU 192. Com isso, além de eventual restrição da competitividade no certame, tal

[1] RESP nº 686.220/RS, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. em 17.02.2005, DJ de 4.04.2005

excesso poderia desaguar, não apenas em inadequação técnica, mas também em custos maiores do que os esperados para a aquisição.

As justificativas apresentadas, aliadas aos fatos que nortearam o caso concreto, se mostram suficientes a aclarar a situação, sem que possam ser afastadas por meras suposições.

De fato, detalhes complementares foram exigidos, além da inserção do sistema de comunicação, o que redundou, por óbvio, na elevação do preço, conforme anotado pela Auditoria (fls. 164/165), e eventual restrição da participação de interessados.

Como bem destacado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, em seu parecer de fls. 170/177, não se pode desconsiderar o fato de que apenas um único licitante se apresentou ao Pregão 219/10, fato este que vai ao encontro dos argumentos lançados pela Origem, como justificador de sua avaliação pela anulação do certame.

Assim sendo, não vislumbro maiores razões objetivas para questionar a motivação apresentada para a opção administrativa em exame, impugnada por meio da presente Representação.

(c) Compatibilidade do objeto social da Representante com o objeto licitado.

Apesar dos aspectos anteriormente analisados serem suficientes à própria definição do julgado, passo à análise do item presente por respeito ao debate instalado.

Constou da instrução processual que, à época da apresentação da proposta, o objeto social da empresa limitava-se ao *"comércio de importação e exportação de aparelhos eletrônicos e componentes de comunicação, prestação de serviços de locação e consertos dos mesmos e representação comercial de produtos nacionais e estrangeiros."*

Nesse particular, não podemos acompanhar o entendimento da Auditoria segundo o qual, por ser o capacete um aparelho eletrônico com componentes de comunicação, referido objeto licitado seria compatível com comércio de aparelhos eletrônicos e componentes de comunicação.

De fato, ainda que não se exija limites precisos na definição da atividade da empresa, a compatibilidade de seu objeto social deve contemplar o objeto principal do certame, qual seja, a aquisição de capacete, sob pena de se afastar a objetividade da aferição por ocasião do julgamento, pelo Pregoeiro.

Acompanhamos nesse particular, portanto, o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo. Ademais, ao que se

buscou justificar nos autos, a análise habilitatória, por si só, não se mostrou suficiente para aferir, com segurança, se a interessada teria experiência adequada e suficiente para o desempenho da atividade vinculada à representação e comercialização de capacetes.

Tal lacuna na situação jurídica da Representante não se mostra irrelevante. Tanto que a Representante viu-se compelida posteriormente a promover a necessária alteração no objeto social (fls. 40/49), para somente então, fazer constar expressamente a comercialização de capacetes, regularizando então o alcance de sua atuação comercial, para fins de delimitação da atividade desenvolvida, em que pese já ter sido anulado o certame.

Improcedentes, portanto, as razões deduzidas neste particular pelo Representante.

À vista do exposto, bem como dos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, conheço da presente Representação e, quanto ao seu mérito, julgo a mesma improcedente.

Não obstante, determino à Secretaria Municipal de Saúde que:

(a) observe o comando do art. 49, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93 em seus procedimentos licitatórios, para que as empresas participantes possam exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa;

(b) informe esta Corte, em 30 dias, qual solução foi dada para a questão relacionada à aquisição dos capacetes para o Programa de Implantação de Motolâncias na rede SAMU 192, após a anulação do Pregão 219/2010.