EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-001.051.09-70

ANÁLISE. PREGÃO. ATA DE REGISTRO DE PREÇOS. ORDEM DE FORNECIMENTO. SMS. Aquisição de bolsas de fluconazol em solução injetável. Constatado o superfaturamento de preços. Atos praticados anulados. Acessoriedade. IRREGULARES. Votação unânime.

311ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, considerando os pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, todas desta Corte, e, em que pese terem sido anulados os atos praticados, notadamente pela constatação do superfaturamento de preços, julgar irregulares o Pregão Presencial 230/2007, a Ordem de Fornecimento 28/2008, bem como a Ata de Registro de Preços 254/2007, por suceder o referido pregão.

DECIDEM, ademais, à unanimidade, determinar o envio de ofício à Secretaria Municipal da Saúde para informar este Egrégio Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, quais as medidas funcionais adotadas em relação aos agentes públicos apontados como responsáveis pelas irregularidades constatadas.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, determinar o envio de cópia desta Decisão ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em atendimento às solicitações encartadas nos autos deste processado.

DECIDEM, afinal, à unanimidade, determinar após as medidas de praxe, o arquivamento dos autos.

Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

Presentes o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO e o Procurador FERNANDO HENRIQUE MINCHILLO CONDE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de novembro de 2015.

EDSON SIMÕES
Presidente

DOMINGOS DISSEI
Relator

RELATÓRIO

Em análise o Pregão Presencial 230/07, a Ata de Registro de Preços 254/2007 e a Ordem de Fornecimento 028/08, firmados entre a Secretaria Municipal da Saúde e a empresa Velox Produtos de Saúde e Gestão Hospitalar Ltda., tendo por objeto a aquisição de 10 bolsas de fluconazol em solução injetável com 2 mg/ml em sistema fechado, sendo certo que a Auditoria assim concluiu:

"Quanto ao aspecto contábil/orçamentário, de acordo com análise de fls. 561 a 572, conclui-se que o procedimento licitatório quanto ao aspecto contábil/financeiro encontra-se formalmente irregular, uma vez que o Edital não contemplou o disposto nos artigos 42 a 45 da Lei Complementar 123/06;

. pela não comprovação dos poderes outorgados aos procuradores da empresa Halex Istar;

. pelo não atendimento aos requisitos de qualificação técnica exigidos no Edital, tanto pela empresa Velox quanto pela Fresenius Kabi, infringindo-se o artigo 30, inciso II, c/c artigo 41 da Lei Federal 8.666/93 adjudicando e homologando os objetos às empresas que não comprovaram, dentre os requisitos de habilitação, a capacidade técnica de acordo com a exigência feita no edital.

Em decorrência da irregularidade do procedimento licitatório, as Atas de Registro de Preços 253/2007-SMS.G e 254/2007-SMS.G encontram-se, também, formalmente irregulares.

Quanto à Ordem de Fornecimento 028/08, encontra-se, formalmente irregular pela utilização da ARP 254/2007 e pela não disponibilização, no site da Prefeitura do Município em sua página na internet, das informações relativas à despesa em análise, infringindo a LM 13.226/2001.

Embora tenha ocorrido infringência à Resolução 05/2002 e à Instrução 01/2002, ambas do TCM, pela não comunicação pelo SERI, entendemos tal falha relevável, tendo em vista o Acórdão exarado no TC 233.05-18, publicado no DOC, de 06.06.2008."

Em síntese, o certame foi considerado irregular devido:

a) à omissão do Edital do disposto nos artigos 42 a 45 da Lei Complementar 123/06;

b) à ausência de comprovação dos poderes outorgados aos procuradores da empresa Halex Istar;

c) ao não atendimento dos requisitos de qualificação técnica exigidos no Edital, tanto pela empresa Velox quanto pela Frenesius Kabi, contrariando os artigos 30, inciso II c/c art.41 da Lei Federal 8.666/93, adjudicando e homologando os objetos às empresas que não provaram dentre os requisitos de habilitação, a capacidade técnica de acordo com a exigência feita no Edital.

Quanto aos dois primeiros itens, no entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo, estes não maculariam o Edital. O primeiro por se referir a norma cogente, sendo certo que os dispositivos para produzirem efeitos não necessitam estar explícitos e o segundo, pois a impropriedade em si não altera os efeitos do ajuste, uma vez que a Halex Istar não se sagrou vencedora do certame. Todavia, o não atendimento ao artigo 30 c/c artigo 41 da Lei de Licitações, ou seja, o não preenchimento dos requisitos de qualificação técnica, tendo em vista o tratamento isonômico entre os licitantes, poderia vir a macular o ajuste.

Quanto à Ordem de Fornecimento, entendeu que a não disponibilização no site da Prefeitura do Município, das informações relativas à despesa em análise, embora tenha infringido a Lei Municipal 13.226/2001, não compromete o acolhimento do ajuste.

Manifestou-se, assim, pela irregularidade do instrumento por decorrer de procedimento considerado irregular.

Devidamente intimadas, a empresa contratada deixou transcorrer "in albis" o prazo assinalado para defesa e sobrevieram aos autos as defesas da Sra. Regige Said Assaf, Diretora de Divisão Técnica de Suprimentos da Secretaria Municipal da Saúde, à época, da Sra. Pregoeira Roberta Alves dos Santos e do Sr. Ailton Lima Ribeiro, Secretário Adjunto.

A Especializada desta Corte entendeu assistir razão à defesa apresentada pela Diretora da Divisão Técnica de Suprimentos, uma vez que ela não tem a função de ordenar despesas e nem de efetuar licitações e, portanto, não deve ser responsabilidade pelas irregularidades, pois essas estavam além de sua competência.

No tocante à defesa formulada pela Pregoeira, a Especializada considerou superado o apontamento relativo ao subitem 6.3.2.6 de que houve uma interpretação equivocada, pois este trata da etapa de produção do medicamento e não de sua comercialização.

Também foi superado o apontado quanto ao cumprimento da Lei Complementar 123/2006, para acompanhar a defesa quanto a complexidade do tema, o que à época justificou o fato do edital não conter procedimentos relativos à atribuição de preferência às micro e pequenas empresas.

No entanto, a Auditoria rechaçou a alegação de ilegitimidade de parte e entendeu que não há como prevalecer o entendimento da Pregoeira quanto à questão dos requisitos de qualificação técnica, no sentido de que devem ser interpretados de forma genérica, tendo em vista que o texto do subitem 6.3.2.1 do edital não deixa margem para outros métodos de interpretação que não o literal.

Com relação à defesa apresentada pelo Sr. Secretário Adjunto, este informou que pelo fato de o Pregão 230/2007-SMS.G, a ARP 254/2007-G, bem como todos os atos dela decorrentes terem sido anulados, este processado deveria ser julgado prejudicado, pois, teria ocorrido a "perda do objeto" desta análise.

Decidiu, ainda, o Sr. Secretário Adjunto, a apuração de todos os valores pagos indevidamente à empresa com vistas ao ressarcimento ao Erário, bem como a expedição de ofício ao Ministério Público para ciências e apuração dos fatos. Todavia, em que pese as alegações do Sr. Secretário Adjunto, a Auditoria asseverou que os atos geraram efeitos que não podem ser ignorados.

Destacou que houve a anulação dos atos em razão do superfaturamento dos preços praticados, o qual foi causa da declaração de inidoneidade da empresa Velox para licitar e contratar com a Administração Pública. Aliás, por conta disso, foi autuado o processo administrativo 2010-0.186.620-3 para providências quanto ao ressarcimento dos valores pagos à empresa.

Dessa forma, concluiu a Especializada que o Pregão 230/07, as Atas de RP 253/2007-SMS.G e 254/2007- SMS.G e o ato determinativo de despesa consubstanciado na Nota de Empenho 21.572 e instrumentalizada na Ordem de Fornecimento 028/08, estavam totalmente irregulares.

Em prosseguimento, determinei a restituição dos autos à Auditoria para esclarecimentos quanto à responsabilidade pelos apontamentos relacionados à ordem de fornecimento 028/08.

A Auditoria concluiu que a Sra. Regige Said Assaf não seria responsável pela disponibilização das informações na internet e pela sua remessa ao SERI. Todavia, cabe a ela responsabilidade no fato que gerou prejuízo ao erário, decorrente do superfaturamento no fornecimento do produto fornecido pela Velox.

Novamente intimada, a Sra. Regige Said Assaf apresentou suas razões de defesa.

A Auditoria, diante do Decreto 32.773 de 10.12.92 e Portaria 62/2008, evoluiu no seu entendimento no sentido de que a Sra. Regige, Diretora da Divisão Técnica de Suprimentos da SMS, tinha competência para assinar atas de registro de preços e para autorizar o seu uso, assim como autorizar a aquisição de bens constantes dessas atas.

Desta forma, concluiu que a responsabilidade pela Ordem de Fornecimento com base em Ata de Registro de Preços irregular é da Sra. Regige Said Assaf.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, ao se manifestar, verificou que apesar das defesas apresentadas pelo Sr. Secretário Adjunto, pela Pregoeira e pela Diretora de Divisão Técnica de Suprimentos, tais esclarecimentos não foram suficientes para alterar as conclusões lançadas pela Auditoria.

Quanto às responsabilidades sobre as irregularidades apontadas no Pregão Presencial 230/2007, conforme despacho de fls. 54, foi o Sr. Ailton de Lima Ribeiro, na qualidade de Secretário Adjunto da SMS.G, quem autorizou a abertura do procedimento licitatório na modalidade Pregão, nos termos da Portaria que lhe outorgou competência:

"Portaria 1200/07 – SMS I - Delegar ao Secretário Adjunto da SMS, competência para:

b) Autorizar a abertura de procedimentos licitatórios em todas as modalidades admitidas em lei, podendo homologá-las, declará-las desertas ou prejudicadas, bem como apreciar os recursos administrativos."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, concordou com as conclusões da Auditoria no sentido de que os atos praticados produziram efeitos que não podem ser ignorados e que motivaram a declaração de nulidade no r. Despacho do Sr. Secretário da Saúde, publicado no Diário Oficial em 30.09.2011 e 29.02.2012, às fls. 616/617, no PA 2008-0.331.941-6 em razão do superfaturamento dos preços praticados.

Ademais, a "suposta perda do objeto", não se enquadra no presente caso, tendo em vista as infringências apontadas pela Especializada nos instrumentos analisados, e ante a possibilidade de constatação de prejuízos causados ao erário que podem vir a responsabilizar os respectivos servidores, em uma decisão futura, pelos atos tidos como irregulares.

Por outro lado, quanto à responsabilidade da Sra. Regige Said Assaf pelas infringências apuradas na Ordem de Fornecimento 028/2008, verifica-se que, nos termos da Portaria 62/2008, o Sr. Secretário Municipal da Saúde havia delegado à Diretora de Divisão Técnica de Suprimentos, no caso Sra. Regige Said Assaf, a competência para autorizar o uso de Atas de Registro de Preços para aquisição de bens e realização de serviços:

Portaria 62/08 – SMS II – Delegar à Diretora da Divisão Técnica de Suprimentos da SMS, competência para:

b) Autorizar a aquisição de bens ou a contratação de serviços constantes de atas de registro de preços gerenciadas por esta Secretaria, quando solicitados por unidades da SMS.G.

Cumpre esclarecer que, a responsabilidade da Sra. Regige é pertinente às irregularidades apontadas pela Auditoria no presente TC no que se refere à Ordem de Fornecimento 028/2008 e que a responsabilidade pelo superfaturamento do produto adquirido por meio da Ata de Registro de Preço foi verificada pela Comissão Especial de Apuração Preliminar, conforme Portaria Conjunta 02/2008-SMS/AHM e não pelo Órgão Técnico desta Corte.

Acrescentou, ainda, aquela Assessoria, que a referida Ordem de Fornecimento foi considerada irregular, por suceder ao Pregão 230/2007 formalmente irregular e por infringência à Lei Municipal 13.226/2001, pela não disponibilização no site da Prefeitura do Município de São Paulo das informações relativas às despesas em análise, sendo certo que o órgão Auditor relevou tal falha no que foi acompanhado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Ao ver da Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Ordem de fornecimento 028/2008, assinada pela Sra. Regige Said Assaf, que autorizou a compra do objeto licitado, pelo princípio da acessoriedade, encontra-se irregular por decorrer de Ata de Registro de Preço 254/07 e Pregão 230/2007 considerados irregulares e tal fato caracteriza a responsabilidade da Interessada.

Também não procede a alegação da Pregoeira no sentido de ter exaurido sua responsabilidade após o encaminhamento dos autos ao titular da Pasta. Da mesma forma que acontece a todos servidores públicos investidos de competências decisórias, o Pregoeiro deve responder pelos atos praticados e poderá responder pelos atos ilegais ou abusivos.

As eventuais irregularidades constatadas pela Auditoria quanto à Pregoeira consistem no fato de que a licitante vencedora não comprovou os requisitos mínimos da qualificação exigidos no ato de convocação.

No tocante à documentação de qualificação técnica da empresa Velox Produtos de Saúde e Gestão Hospitalar Ltda., esta não comprovou o fornecimento anterior do objeto licitado, estando em desconformidade com o que determina o subitem 6.3.2.1 do Edital (fls. 62), razão pela qual referida empresa não poderia ter sido qualificada.

A Sra. Pregoeira não aplicou no processamento e julgamento da licitação o disposto nos artigos 41 e 43 da Lei Federal 8.666/93. Insta consignar que compete ao Pregoeiro a decisão sobre a habilitação dos licitantes, bem assim a decisão sobre a aceitabilidade das propostas.

Entendeu a Assessoria Jurídica de Controle Externo que deve ser afastada a alegação de ilegitimidade de parte formulada pela Sra. Roberta Alves dos Santos, em vista das irregularidades apuradas quanto ao não atendimento dos requisitos de qualificação técnica exigidos no Edital, com infringência aos artigos 30, inciso II c/c artigo 41, da Lei 8.666/93.

O Sr. Assessor Chefe de Controle Externo acompanhou o parecer de sua Assessoria e acrescentou o apontamento relativo ao superfaturamento nos preços praticados às irregularidades constatadas pela Auditoria.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, ao se manifestar, requereu que a Origem fosse oficiada para informar as conclusões da Comissão de Averiguação Preliminar quanto à notícia de superfaturamento.

Regulamente intimada, a Origem informou que esgotou as tentativas amigáveis de receber o "quantum debeatur", enviando o Processo Administrativo 2010.0.186.620-3 ao Departamento Judicial para a cobrança judicial, sendo certo que a empresa contratada foi inscrita no CADIN. O Departamento Judicial não ingressou com a ação de cobrança em face do débito no valor de R$ 823,64 ser considerado de pequeno valor, afigurando-se antieconômico o prosseguimento da cobrança pela via judicial, tendo, inclusive, sido autorizada a sua inclusão no rol das cobranças inviáveis, com fundamento na Lei Municipal 14.800/2008, com a alteração introduzida pela Lei 16.097/2014.

Tomando ciência dos esclarecimentos da Origem, a Procuradoria da Fazenda Municipal requereu a irregularidade de todos os atos em exame, bem como sejam reconhecidos os efeitos econômicos dos atos praticados antes da prolação do Despacho anulatório, em razão do princípio da segurança jurídica.

A Secretaria Geral, ao se pronunciar, acompanhou os preopinantes pelo não acolhimento do Pregão Presencial 230/07, da Ata de RP 254/07 e da Ordem de Fornecimento 028/08, em virtude das irregularidades apontadas pelos órgãos técnicos nas manifestações precedentes. Acrescentou, ainda, que não obstante cuidarem de atos já anulados por despacho do Secretário Municipal da Saúde (fls.616/617), verifica-se que estes atos produziram efeitos jurídicos e financeiros, inclusive com a constatação de superfaturamento.

É o relatório.

VOTO

1 – No diapasão da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujas manifestações adoto como razões de decidir e, em que pese terem sido anulados os atos praticados, notadamente pela constatação do superfaturamento de preços,

JULGO IRREGULARES o Pregão Presencial 230/07, a Ordem de Fornecimento 028/08, bem como a Ata de Registro de Preços 254/07 – SMS. G, por suceder o referido Pregão.

2 – Determino a expedição de ofício à Origem para informar este E. Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias quais as medidas funcionais adotadas em relação aos agentes públicos apontados como responsáveis pelas irregularidades constatadas.

3 – Determino, ainda, o envio de cópia do v. Acórdão ao Ministério Público em atendimento às solicitações encartadas nos autos deste processado.

4 – Após as medidas de praxe, arquivem-se os autos.

É o meu voto.