- EM TRAMITAÇÃO -

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-001.733.09-00

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMS. Serviços de limpeza. SMS. Precedentes. CONHECIDA. Votação unânime. PARCIALMENTE PROCEDENTE. Votação por maioria.

TC's citados 2.057.08-00; 1.723.08-75; 1.661.07-39 e 1.604.07-03; 1.875.08-13; 1.424.07-13 e 1.805.08-38; 1.878.08-01 e 714.07-68

ACÓRDÃO: "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 em face do Edital do Pregão Presencial 012/2009 e, no mérito, em julgá-la parcialmente procedente para acolher os argumentos apresentados pelo autor relacionados à irregularidade da exigência de profissional, em seus quadros, detentor de Atestado de Responsabilidade Técnica – ART averbado no Conselho Regional de Enfermagem – Coren (subitem 11.12.10), bem como da exigência de apresentação de Certificado de Licença de Funcionamento emitido pela Divisão de Controle de Produtos Químicos, Coordenação-Geral de Polícia de Repressão a Entorpecentes do Departamento de Polícia Federal (subitem 11.12.7). Acordam, ainda, por maioria, nos termos da declaração de voto apresentada pela Conselheira Substituta Mariana Barbosa – Revisora e pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales e Edson Simões, em julgar irregular a exigência de comprovação de capacidade técnica em unidades de saúde descentralizadas, prevista no subitem 11.12.1.1 do edital. Vencido, neste ponto, o Conselheiro Maurício Faria – Relator, que acolheu a referida exigência. Acordam, ademais, à unanimidade, em face dos aspectos introduzidos no decorrer da instrução processual, a fim de que o edital supere as falhas e adquira condições de prosseguir, em determinar à Coordenadoria Regional de Saúde Norte que providencie as seguintes alterações: 1. exclusão da exigência de obrigatoriedade de constar na proposta da licitante a indicação do sindicato representativo da categoria profissional envolvida nos serviços contratados (item 9.15); 2. definição dos índices econômicos para fins de análise das demonstrações contábeis (subitem 11.10.4); 3. exclusão da exigência de apresentação de Alvará/Licença/Certificado de Vistoria para a realização de atividades com produtos químicos controlados para fins comerciais e transportes em nome da licitante, emitida pela Polícia Científica da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, ou por quem lhe faça as vezes, com validade na data de apresentação dos envelopes (subitem 11.12.4); 4. exclusão da exigência de quitação das anuidades dos Conselhos Profissionais (parte final do subitem 11.12.5 e subitem 11.12.6); 5. exclusão da exigência de registro da empresa no Coren (subitem 11.12.6); 6. concessão de efeito suspensivo aos

recursos (item 13.5); 7. adequação da redação do item 14.6 e da subcláusula 7.2 do Anexo VI – Minuta do Contrato, que deverá ser clara no sentido de não aceitar a subcontratação ou, então, se aceitá-la, será obrigatório constar do ato convocatório e do contrato os seus termos e limites, retirando, ainda, da mencionada subcláusula, a menção à Lei Municipal 10.544/88, tendo em vista ter sido revogada pela Lei Municipal 13.278/02; 8. adequação do critério de reajuste ao estabelecido no Decreto Municipal 48.971/07 (item 16.2 e subcláusula 4.2 do Anexo VI); 9. exclusão da exigência de prova de regularidade fiscal trabalhista para o pagamento dos serviços (subcláusula 5.3.9 do Anexo VI); 10. exclusão da exigência de retenção de garantia contratual (subcláusulas 10.3 e 10.3.1.1 do Anexo VI). Acordam, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão à representante, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte. **Relatório**: Em julgamento Representação interposta pela empresa PROVAC SERVIÇOS LTDA., em face do Pregão nº 012/2009, promovido pela Coordenadoria Regional de Saúde Norte, visando a contratação de serviços de limpeza hospitalar e predial, conservação, desinfecção, dedetização, desratização e jardinagem, incluindo áreas externas, área verde, vidros, limpeza de caixa d'água, com fornecimento de mão de obra especializada, de saneantes domissanitários, materiais de consumo, utensílios e máquinas apropriadas ao objeto, e equipamentos de limpeza , incluindo a coleta de resíduo interno e externo das áreas abrangidas, nas unidades pertencentes às Supervisões Técnicas de Saúde da referida Coordenadoria. Em apertada síntese, questiona a Representante as seguintes cláusulas editalícias, por reputá-las restritivas da competitividade: Cláusulas relacionadas à obrigatoriedade da realização de vistoria nas instalações listadas no edital: Questiona o prazo exíguo diante do número extenso de locais para serem vistoriados. Alega que, diante do ponto facultativo inserido no prazo, restaram 05 (cinco) dias úteis para a vistoria de aproximadamente 92 unidades de saúde, sendo praticamente impossível o cumprimento da exigência. Exigência de certidões ou atestados de capacidade técnica que comprovem a execução anterior de atividades pertinentes em características, prazos e quantidades com o objeto da licitação, considerando como compatíveis em característica os serviços de limpeza em unidades descentralizadas de saúde e compatíveis em quantidade os serviços que comprovem a capacidade de fornecimento de 50% ou mais das áreas críticas e do total das áreas constantes do ANEXO II: Considera que contraria o artigo 30, inciso II e parágrafos 3º e 5º da Lei 8.666/93. Exigência de atestado de capacidade técnica averbado no Conselho Regional de Química – CRQ e comprovação de possuir, em seu quadro, profissional de nível superior reconhecido pelo COREN – Conselho Regional de Enfermagem, detentor de Atestado de Responsabilidade Técnica para execução de limpeza técnica de natureza hospitalar: Alega que a exigência de averbação de atestados nos dois Conselhos é exacerbada e direciona o certame para poucos participantes. Exigência de apresentação de certificado de funcionamento autorizando a empresa a exercer atividade com produtos químicos, sujeitos a controle e fiscalização do Departamento da Polícia Federal, nos termos previstos na Lei 10.357/01: Alega que os produtos em questão estão sob controle do órgão competente do Ministério da Saúde e, por isso, excepcionados pelo artigo 1º, parágrafo 1º, da lei mencionada. Em face das alegações, requer a retificação ou suspensão do edital, a determinação para dilação do prazo de vistoria e o julgamento pela procedência da Representação. Diante do prazo exíguo para a abertura do certame, esta Relatoria

determinou que a Origem se manifestasse em 24 horas, bem como que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apresentasse manifestação para a formação de convicção em juízo liminar. A Subsecretaria de Fiscalização e Controle opinou pela admissibilidade da Representação e, no mérito, pela sua parcial procedência, unicamente em face dos seguintes aspectos: O prazo para a realização das vistorias não é compatível com quantidade de unidades a serem vistoriadas; A exigência de atestados em que os serviços tenham sido realizados em unidades descentralizadas fere o caráter competitivo do certame; A exigência de certificado emitido pela Polícia Federal é descabida porque os produtos devem ser controlados pela ANVISA, a teor do parágrafo 1º da Lei 10.357/01. Diante desses conteúdos de instrução, a Origem apresentou manifestação demonstrando que restaram 6 dias para a vistoria e que 7 empresas vistoriaram o lote 1 e 11 empresas vistoriaram os lotes 2 e 3. Em relação às exigências para demonstrar capacidade técnica, argumentou que a cláusula editalícia não faz a restrição alegada pela Representante, e nesse sentido citou jurisprudência deste Tribunal no sentido da inviabilidade de limitação por apenas 2 atestados. Ponderou que os registros no CRQ e COREN têm finalidades diferentes porque um se justifica pela existência de produtos químicos e o outro pela execução da limpeza de natureza hospitalar. Por fim, alegou que o certificado emitido pela Polícia Federal é exigível porque haverá manipulação dos produtos. Em 23/06/09, diante de precedentes desta Corte de Contas e por vislumbrar indícios que poderiam comprometer o caráter competitivo da licitação, com ofensa ao estatuído no artigo 3º, "caput" e seu § 1º, I da Lei Federal 8.666/93, esta Relatoria entendeu por bem, "ad cautelam", determinar a suspensão temporária do certame. Dando continuidade à instrução, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo recebimento da Representação, e no mérito, pela procedência parcial, nos seguintes termos: Vistoria: a prática é inquestionavelmente regular, mas o prazo concedido, diante do número de unidades a serem vistoriadas, restringe a competitividade do certame; Qualificação Técnica: inexistem limitações quanto ao número de atestados, sendo correta a exigência, mas a apresentação de atestados referentes especificamente a unidades descentralizadas não tem amparo legal; Averbação dos Atestados de Capacidade Técnica junto ao COREN e ao CRQ: é regular uma vez que parte do serviço necessita de supervisão de profissional da área química e parte do serviço deve seguir a orientação de profissional de enfermagem. Todavia, considera que a exigência de que a empresa possua em seus quadros profissional da enfermagem registrado no COREN não significa que a licitante deva ser inscrita no Conselho de Enfermagem, já que as atividades são do ramo de limpeza. A exigência de certificado de licença emitido pela Polícia Federal respaldada na Lei Federal 10.357/01 e Portaria 1.247/03, não se sustenta porque a norma excepciona de sua abrangência as substâncias sob controle de órgão do Ministério da Saúde. A especializada acrescentou ainda: O edital infringe a lei geral de licitações diante da ausência de índices contábeis justificados no processo administrativo e necessários para análise dos balanços patrimoniais exigidos; Irregularidade na exigência de quitação das anuidades junto aos Conselhos Profissionais (item 11.12.6); Irregularidade na exigência de registro no COREN, também da licitante (11.12.6); Irregularidade na exigência da apresentação de documentos relacionados às obrigações trabalhistas em cada ordem de pagamento (precedente deste Tribunal TC 1.644-08-09); A retenção de garantia contratual é ilegítima (Cláusula Décima, Item 10.3.1, subitem 10.3.1.1); Deve ser conferido efeito

suspensivo aos recursos (Item 13.5); A Origem deve incluir no edital os índices que serão utilizados para a análise dos balanços; A cláusula de vigência do contrato que prevê o reajuste após um ano de vigência do mesmo, contraria o disposto no Decreto Municipal 48.971/07. Diante das novas manifestações das áreas técnicas e do fato de a Assessoria Jurídica de Controle Externo ter incluído apontamentos não indicados na inicial, a fim de conferir celeridade ao procedimento e garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa, foram os interessados intimados para tomar ciência do conteúdo das manifestações e apresentarem defesa. Junto com a defesa apresentada, a Origem salientou a urgência na tramitação diante do fato de que os contratos vigentes estão em fase de encerramento e sem possibilidade de prorrogação. Para tanto apresentou manifestação no seguinte sentido: VISTORIA: defendeu a razoabilidade do prazo informando que muitas empresas interessadas efetuaram as vistorias normalmente. Todavia, concordou em retificar o edital para conceder o prazo de 10 dias úteis para a vistorias dos lotes 1, 2 e 3. COMPROVAÇÃO DE SERVIÇOS EM UNIDADES DESCENTRALIZADAS: defendeu a exigência argumentando que é compatível para a garantia da execução, além do fato de estar dentro da competência discricionária da Administração que, diante de cada caso, avaliará os requisitos necessários para a qualificação técnica. Justifica que os serviços serão realizados de forma concomitante em vários lugares diferentes, requerendo logística apropriada por parte da contratada, sobretudo no que diz respeito à fiscalização e supervisão dos serviços relacionados à saúde pública. Alega que vários outros municípios requerem essa prova como demonstração de capacidade técnica e operacional e, ainda, que não houve prejuízo já que 12 empresas efetuaram as vistorias e participam do certame; Certificado de licença da Polícia Federal: Aduz que os produtos a serem utilizados constam da relação do ANEXO I da Portaria 1274/03 do Ministério da Justiça, sujeitando-se ao controle do Departamento de Polícia Federal que expedirá o competente certificado de licença e funcionamento; REGISTRO DA EMPRESA NO COREN: alega que nos termos da lei (Normas para Registro de Empresas e Anotações dos Dirigentes de suas Atividades de Enfermagem, regulamentada pelo COFEN 255/01), as empresas que possuírem em seus quadros permanentes responsáveis técnicos enfermeiros deverão ser registradas no Conselho Regional de Enfermagem, razão pela qual defende a existência de respaldo legal para a exigência. Concordou em proceder às alterações, conforme manifestação da AJCE, em relação a: 1) concessão de efeito suspensivo dos recursos; 2) definição dos índices econômicos no próprio edital; 3) critério de reajuste, fazendo constar a incidência do mesmo após um ano, contado da data limite para apresentação das propostas, nos termos do Decreto 48.971/07; 4) não retenção da caução. A Procuradoria da Fazenda Municipal considerou que todas as exigências são necessárias diante da especialidade dos serviços, pleiteando novo encaminhamento de ofício para que a Origem tomasse ciência dos pareceres da AJCE e adotasse as providências neles contidas, situação em que restaria prejudicado o exame da matéria, autorizando-se o prosseguimento do certame. O pleito da PFM foi indeferido, uma vez que a matéria ainda não havia sido submetida ao Plenário, não existindo, portanto, decisão quanto à legalidade ou não dos itens discutidos. Desta forma, qualquer eventual alteração do edital naquela oportunidade poderia não refletir o entendimento do Colegiado. A Secretaria Geral concordou integralmente com as considerações lançadas pela Assessora Subchefe da AJCE, que adotou parcialmente a manifestação do Agente de Fiscalização para

concluir que, além dos itens em que a Origem apresentou concordância em alterar, haveria necessidade também da eliminação da exigência de quitação junto aos Órgãos de Classe. Desta forma, considerou que a única falha remanescente não foi arguida na Representação, que deve ser julgada improcedente, ou tornar-se prejudicada caso ocorra a superação das falhas apontadas, com a alteração do edital pela Origem. É o relatório.

Voto: A Representação em julgamento trouxe à apreciação desta Corte de Contas aspectos do edital de pregão 012/2009, considerados como restritivos à participação de todos os eventuais interessados. No decorrer da instrução processual a Assessoria Jurídica de Controle Externo inseriu novos questionamentos, não presentes na exordial, de forma que esta Relatoria incorporou-os à análise adotando as cautelas necessárias para garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa, dando conhecimento aos interessados de todos os apontamentos lançados nos autos, franqueando a oportunidade de manifestação, e garantindo assim, também, a celeridade processual, de extrema importância em qualquer processo, mas de especial relevância nos casos em que os procedimentos administrativos encontram-se suspensos no aguardo de deliberação por esta Corte de Contas, como é o caso. Deste modo, cumpre especificar e apartar, no presente voto, os itens alegados pela Representante e as questões inseridas pelos órgãos técnicos durante a instrução processual. Os aspectos questionados na Representação referem-se à: a) obrigatoriedade da realização de vistoria e a razoabilidade do prazo concedido; b) exigência de certidões que comprovem capacidade técnica em unidades de saúde descentralizadas; c) exigência de atestado de capacidade técnica averbado nos Conselhos Regional de Química – CRQ e no Conselho Regional de Enfermagem – COREN; e d) exigência de apresentação de certificado de funcionamento emitido pelo Departamento da Polícia Federal. A AJCE introduziu as seguintes questões: e) exigência de registro no COREN, também da licitante; f) quitação das anuidades perante os Conselhos Profissionais; g) exigência por ocasião dos pagamentos de apresentação de documentos relacionados às obrigações trabalhistas; h) retenção de garantia contratual; i) não concessão de efeitos suspensivos aos recursos; j) ausência de índice para a análise dos balanços; e k) necessidade de adequação da cláusula de reajuste. Quanto aos itens "e", "f", "g", "i", "j" e "k", os mesmos já foram objeto de decisão anterior por este Plenário, não havendo qualquer revisão a fazer quanto à necessidade da exclusão e adequação de tais exigências do instrumento convocatório (Precedentes TCs 2.057.08-00; 1.723.08-75; 1.661.07-39 e 1.604.07-03; 1.875.08-13; 1.424.07-13 e 1.805.08-38; 1.878.08-01 e 714.07-68). A Origem concordou em adequar vários aspectos apontados, mas defendeu a permanência da exigência de certidões de capacidade técnica em unidades descentralizadas e de certificado de funcionamento emitido pela Polícia Federal. Em relação a esses dois pontos cabe examinar: exigência de atestado de capacidade técnica averbado nos Conselhos Regional de Química – CRQ e de profissional em seus quadros detentor de ART averbado no Conselho Regional de Enfermagem – COREN: Nesta questão invoco o precedente consubstanciado no TC 1.424.07-13 através do qual este Plenário já se manifestou acerca da impossibilidade da exigência de registro da licitante e do profissional técnico no COREN para a prestação de serviço de limpeza hospitalar. Todavia, esta Corte tem admitido a exigência de profissional responsável, detentor de ART junto ao Conselho Regional de Química (TCs 1.812.09-84, 1.814.09-00), de modo que apenas a exigência em relação a esta última

comprovação pode ser mantida no edital. Exigência de apresentação de certificado de funcionamento emitido pela Divisão de Controle de Produtos Químicos, Coordenação Geral de Polícia e Repressão a Entorpecentes do Departamento da Polícia Federal: a exigência é descabida porque a redação do parágrafo 1º da Lei 10.357/01 exclui da sujeição ao controle exercido pela Polícia Federal as substâncias sob controle do órgão competente do Ministério da Saúde. Deste modo, compartilhando da opinião exarada pela Assessora Subchefe de Controle Externo, o edital é contraditório ao admitir que o mesmo produto seja controlado por dois órgãos ao mesmo tempo, uma vez que no item 11.12.8 exige alvará de licença de funcionamento expedido pela Secretaria do Estado da Saúde ou órgão com competência delegada, para a aplicação de produtos saneantes domissanitários. Cabe destacar que em situações semelhantes esta Corte de Contas já se posicionou pela legalidade dessa última, consubstanciada no item 11.12.8 (TC's 714.07-68 e 1.424.07-13). Remanescem, ao final, as seguintes questões: obrigatoriedade da realização de vistoria, razoabilidade do prazo concedido e exigência de certidões que comprovem capacidade técnica em unidades de saúde descentralizadas: Nestes aspectos, em face das informações trazidas aos autos pela Origem, de que as demais participantes, ou número expressivo, fizeram a vistoria no prazo concedido, e de que a comprovação referente a unidades descentralizadas é utilizada em geral na área da saúde em outros municípios, apoiada na necessidade de logística específica para atendimento da demanda, acompanho as manifestações lançadas pela Secretaria Geral e Assessoria Jurídica de Controle Externo, para acatar a manutenção das exigências editalícias e considerar razoável o prazo de vistoria, ainda que a Origem tenha se comprometido a ampliar tal prazo. Diante do exposto, julgo a Representação PARCIALMENTE PROCEDENTE para acolher os argumentos apresentados pelo Autor relacionados à irregularidade da exigência de profissional em seus quadros detentor de ART averbado no Conselho Regional de Enfermagem – COREN (11.12.10), bem como da exigência de apresentação de certificado de funcionamento emitido pela Divisão de Controle de Produtos Químicos, Coordenação Geral de Polícia e Repressão a Entorpecentes do Departamento da Polícia Federal (11.12.7). Em face dos aspectos introduzidos no decorrer da instrução processual, além dos itens em que a Origem apresentou concordância em adequar, quais sejam: exclusão da exigência de prova de regularidade fiscal trabalhista para o pagamento dos serviços, retenção de garantia contratual, concessão de efeito suspensivo aos recursos, definição dos índices econômicos para fins de análise das demonstrações contábeis e adequação do critério de reajuste ao estabelecido no Decreto 48.971/07, determino, ainda, a exclusão das seguintes exigências, a fim de que o edital supere as falhas e adquira condições de prosseguir: exigência de registro da empresa no COREN (11.12.6), quitação das anuidades junto ao Conselho Profissional (parte final do item 11.12.5) e exigência de apresentação de certificado de funcionamento emitido pela Divisão de Controle de Produtos Químicos, Coordenação Geral de Polícia e Repressão a Entorpecentes do Departamento da Polícia Federal (item 11.12.7). Declaração de voto proferida pela Conselheira Substituta Mariana Barbosa: Além dos itens apontados pelo Nobre Conselheiro Relator, julgo merecerem adequações, ainda, os seguintes itens: 9.15: referente à obrigatoriedade de fazer constar da proposta a indicação do sindicato representativo da categoria profissional envolvida nos serviços contratados. A inobservância dessa disposição editalícia levará à desclassificação da proposta, em

face de uma exigência impertinente para o específico objeto do contrato. Questão já decidida por este Tribunal no TC 2.057.08-00, que afastou essa imposição. 11.12.4. exige para a qualificação técnica a apresentação de Alvará/Licença/Certificado de Vistoria para a realização de atividades com produtos químicos controlados para fins comerciais e transportes em nome da licitante, emitida pela Polícia Científica da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo ou por quem lhe faça às vezes, com validade na data de apresentação dos envelopes. Tal exigência extrapola os limites legais, pois não se coaduna com as necessidades do objeto licitado, uma vez que a empresa vencedora não utilizará produtos químicos para fins comerciais, mas somente para a execução do contrato. 14.6 – este item dispõe: A contratada não poderá subcontratar, ceder ou transferir o objeto do ajuste, no todo ou em parte, a terceiros, sem prévia autorização da contratante, sob pena de rescisão contratual. Da forma como está redigido o item (repetido no subcláusula 7.2 da minuta do contrato), entende-se que poderá ocorrer a subcontratação do objeto contratual, desde que haja anuência da contratante, fato que contraria o que prescreve o artigo 72 da Lei 8.666/93. Destarte, a sua redação deverá ser clara no sentido de não aceitar a subcontratação ou, então, se aceitá-la, será obrigatório constar do ato convocatório e do contrato os seus termos e limites. A propósito do assunto, a mencionada subcláusula da minuta do contrato faz menção à Lei Municipal nº 10.544/88, que deverá ser retirada, tendo em vista ter sido revogada pela Lei 13.278/02. Finalmente, discordo do Nobre Conselheiro Relator no que tange à comprovação da capacidade técnica em unidades de saúde descentralizadas, endossando as manifestações de SFC e do Sr. Rodrigo Pupim Anthero de Oliveira, Agente de Fiscalização lotado na Assessoria Jurídica de Controle Externo. Não há justificativa técnica para se determinar a comprovação de serviços em unidades descentralizadas, incidindo, tal exigência, prevista no subitem 11.12.1.1, na vedação do parágrafo 5º do artigo 30 da Lei 8.666/93, que assim dispõe: 'É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta lei, que inibam a participação na licitação'. O edital divide a prestação dos serviços por lotes e exige a comprovação de capacidade de 50% ou mais das áreas críticas e do total das áreas constantes do Anexo II. Ora, a licitante deve necessariamente provar a execução dos serviços nas totalidades de cada um dos lotes ou de todos, se para tanto comprovar sua qualificação técnica. Tanto faz que tenha realizado serviços em qualquer espécie de unidade de saúde, não sendo pertinente a obrigatoriedade de que seja em unidades de saúde descentralizadas. A propósito, desconheço a qualificação de Unidade de Saúde Descentralizada. Participaram do julgamento a Conselheira Substituta Mariana Barbosa – Revisora e os Conselheiros Eurípedes Sales e Edson Simões. Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso. Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 09 de setembro de 2009. a) Roberto Braguim – Presidente; a) Maurício Faria – Relator."