TC nº72-001.804.09-56

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. PREGÃO. SMS. Registro de Preços para aquisição de agulhas hipodérmicas descartáveis. Licitação anulada. Art. 21, § 4º, Lei 8.666/93. CONHECIDO. Votação unânime. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

2.565ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 09.08.2011.

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, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor e EURÍPEDES SALES, em conhecer do Edital do Pregão Presencial 403/2008-SMS.G.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar que, no futuro, a Secretaria Municipal da Saúde – SMS (Fundo Municipal de Saúde):

a) Observe o comando do artigo 21, § 4º, da Lei Federal 8.666/93 que dispõe: havendo modificação no edital, faça sua divulgação pela mesma forma pela qual se deu o texto original, inclusive modificando seu conteúdo a ser consultado no "site" "e-negocios", devendo, também, a Assessoria Jurídica da Pasta apreciar eventual alteração da minuta do edital, observando o comando do artigo 38, parágrafo único, da Lei Federal 8.666/93 e o artigo 3º, § 1º, do Decreto Municipal 44.279/03.

b) Atente para a clareza das informações apostas no texto do edital, de modo que não seja passível de gerar dúvidas para as licitantes e, via de consequência, tumulto no procedimento licitatório, e afronta a princípios constitucionais da isonomia e do julgamento objetivo.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar a remessa de ofício à SMS (Fundo Municipal de Saúde) e à Empresa Brasileira de Materiais Cirúrgicos, Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda. – Embramac, para ciência, com o posterior arquivamento dos autos.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, que, considerando a anulação do certame, julgou prejudicada a análise do edital, pela perda do objeto.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor, EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 06 de julho de 2011.

EDSON SIMÕES
Presidente.

MAURÍCIO FARIA
Relator.

RELATÓRIO

Em julgamento o acompanhamento do Edital do Pregão Presencial n.º 403/2008, instaurado pela Secretaria Municipal de Saúde, cujo objeto é o registro de preços para a aquisição de agulhas hipodérmicas descartáveis.

A análise do edital foi determinada por esta relatoria em virtude da notícia recebida por meio de cópia de Notificação Extrajudicial encaminhada pela empresa Embramac - Empresa Brasileira de Materiais Cirúrgicos, Indústria, Comércio, Importação e Exportação Ltda., insurgindo-se contra a sua desclassificação no referido certame, por ter apresentado amostra do produto sem que contivesse na embalagem a inscrição da frase *"proibida a venda pelo comércio".*

Em minucioso relatório elaborado pela Coordenadoria IV e encartado às fls. 318/326 dos autos, consta que a Origem alterou o edital depois de sua publicação, uma vez que suprimiu a exigência de apresentação do certificado de boas práticas constante do subitem 6.2.1.2 e inseriu o Anexo VII que trata do instrumento de avaliação técnica da amostra dos produtos. No entanto, a Secretaria Municipal de Saúde continuou a disponibilizar a versão antiga do edital no *site* e-negocios, infringindo o disposto no art. 21, § 4º da Lei 8.666/93, e, ainda, deixou de encaminhar a nova versão do edital para a Assessoria Jurídica da Pasta, conforme prescreve o art. 38, parágrafo único da Lei n.º 8.666/93 e o art. 3º, § 1º do Decreto Municipal n.º 44.279/03.

A Auditoria apontou, ainda, que o edital: (a) não previu os dispositivos legais referentes ao tratamento diferenciado a ser conferido às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar n.º 123/06; (b) não esclarece com detalhes se a embalagem dos produtos a serem

enviados como amostra deverão ou não apresentar a inscrição *"PROIBIDA A VENDA PELO COMÉRCIO"*; (c) deveria disciplinar as questões afetas à prorrogação da ata de registro de preços (subitens 3.4 e 3.5) apenas na minuta da ata e não no item do edital que cuida da impugnação ao instrumento convocatório; e (d) que no despacho de autorização da abertura da licitação o número do Pregão foi incorretamente grafado.

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo asseverou que a não disponibilização do edital retificado no site da Prefeitura não acarretou afronta ao princípio da publicidade, uma vez que as licitantes compareceram ao certame e, diante disso, não houve prejuízo. Entendeu, outrossim, que a ausência de referência do edital aos dispositivos da Lei Complementar 123/06 não caracteriza omissão, já que a aplicação das normas independe de expressa previsão no ato convocatório. Quanto aos demais apontamentos, acompanhou a manifestação da Auditoria, assinalando que a obscuridade do edital quanto à exigência da embalagem dos produtos afrontou os princípios da isonomia e do julgamento objetivo, bem como impactou a formulação da proposta de preço.

Devidamente oficiada para apresentar suas alegações, a Origem noticiou que o Pregão em exame foi declarado nulo, conforme despacho publicado no Diário Oficial da Cidade em 23 de setembro de 2009, diante de irregularidades constantes nos relatórios de avaliação das amostras. Informou ainda que procederá às orientações e providências necessárias a serem seguidas em casos futuros.

Em manifestação conclusiva, a Auditoria e a Assessoria Jurídica de Controle Externo afirmaram que a Origem agiu de acordo com a lei ao anular processo licitatório inquinado de ilegalidade, opinando, por via de conseqüência pelo arquivamento em razão da perda do objeto.

No mesmo sentido foram os pareceres do Órgão Fazendário e da Secretaria Geral.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, impende salientar que está em julgamento a análise do Edital do Pregão n.º 403/2008/SMS, que exige, a meu juízo, o exame de mérito mesmo diante de sua anulação, dada a competência irrenunciável desta Corte de examinar a legalidade dos atos administrativos.

Dentre as irregularidades apontadas pela Auditoria merecem relevação aquelas que tratam (a) da previsão no Edital acerca dos dispositivos legais referentes ao tratamento diferenciado a ser conferido às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar n.º

123/06; (b) do dever de disciplinar as questões afetas à prorrogação da ata de registro de preços (subitens 3.4 e 3.5) apenas na minuta da ata e não no item do edital que cuida da impugnação ao instrumento convocatório; e (c) do número do Pregão incorretamente grafado no despacho de autorização da abertura da licitação.

No mérito, entendo que a disponibilização do Edital não retificado no site e-negocios infringiu o art. 21, parágrafo quarto, da Lei Federal nº 8.666/93, uma vez que esse fato pode causar a falsa impressão àqueles que fizeram a consulta do Edital por este meio de que a única mudança processada foi concernente à nova data de abertura do pregão, alterada de 14.01.2009 para 17.02.2009, o que de fato não foi só o que ocorreu. Com efeito, foi também retirada do Edital a exigência constante do subitem 6.2.1.2 (apresentação do certificado de boas práticas) e foi incluído o Anexo VII, que trata do instrumento de avaliação técnica de agulha hipodérmica. Ademais, a Origem deixou de encaminhar a nova versão do Edital para a Assessoria Jurídica da Pasta, infringindo o art. 38, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93 e o art. 3º, parágrafo primeiro, do Decreto Municipal nº 44.279/03.

Quanto à exigência acerca da inscrição da frase “proibida a venda pelo comércio” na embalagem individual dos produtos e conseqüente ausência de previsão no Anexo VII a respeito da necessidade de as amostras a serem enviadas conterem ou não a advertência, entendo que a falta de clareza deu ensejo a tumulto na instrução do procedimento licitatório.

Primeiramente restou dúvida acerca da necessidade de a amostra conter a frase de advertência. Some-se que, caso se concluísse em sentido positivo, nova dúvida adviria, acerca da obrigação de a frase de advertência ser aposta na embalagem individual, concernente à agulha hipodérmica, ou na caixa de agulhas, que é a menor embalagem de compra. Tanto é que na reunião da 3ª Comissão de Julgamento de Licitações, ocorrida em 28.04.2009, concluiu-se que as amostras apresentadas pelas empresas EMBRAMAC (itens 1, 3, 4 e 7) e DIMACI/SP (item 2) não atendiam tecnicamente ao edital, visto que na embalagem individual (considerada a da agulha hipodérmica) não constava a advertência “proibida a venda pelo Comércio”, de modo que as empresas foram desclassificadas. No entanto, após reanálise das avaliações efetuada pelas unidades de SMS em conjunto com a Comissão de Padronização de Materiais, concluiu-se em 10.06.2009 que a advertência deveria ser aposta na embalagem secundária, ou seja, na caixa, que é a menor embalagem de compra, concluindo ainda não ser necessário conter a frase nas amostras e sim quando da entrega do produto no estoque.

Pelas razões expostas, conheço do Edital de Pregão Presencial nº 403/2008 e determino que, no futuro, a Origem observe o comando do art. 21, parágrafo quarto, da Lei Federal nº 8.666/93 o que dispõe, havendo modificação no Edital, faça sua divulgação pela mesma forma pela qual se deu o texto original, inclusive modificando seu conteúdo a ser consultado no site e-negocios. Deve também a Assessoria Jurídica da Pasta apreciar eventual alteração da minuta da Edital, observando o comando do art. 38, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93 e o art. 3º, parágrafo primeiro, do Decreto Municipal nº

44.279/03. Por fim, é imperioso que a Origem atente para a clareza das informações apostas no texto do edital, de modo que não seja passível de gerar dúvidas para as licitantes e, via de conseqüência, tumulto no procedimento licitatório, afronta a princípios constitucionais da isonomia e do julgamento objetivo.

Determino a remessa de ofício à Origem e à Representante, dando ciência do julgamento e o posterior arquivamento dos autos.

Como se verifica, os elementos dispositivos do voto expressam o exercício de competência do tribunal de Contas no controle da legalidade dos atos administrativos e constituiriam, também, referências jurisprudenciais de orientação à Administração em licitações futuras.