TC 2.770/2011

2º Julgado

RECURSO. EX OFFICIO. Decisão que julgou irregular a nota de empenho. Aquisição de eletrodos autoadesivos para desfibrilação em adultos e outros para uso pediátrico. SMS. CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 1.117/2009, 6.444/2004, 2.770/2011, 587/2008, 1.892/2011.

3.028ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ANÁLISE. NOTA DE EMPENHO. INEXIGIBILIDADE. SMS. Aquisição de eletrodos autoadesivos para desfibrilação em adultos e outros para uso pediátrico. Não demostrada a inviabilidade de competição. Facultada à Administração a substituição do termo de contrato por outros instrumentos. Precedentes. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS excepcionalmente. Votação unânime.

TCs citados 72.003.031.06-90 e 72.003.072.05-97.

Legislação citada: Art. 25, I, art. 62, § 4º, Lei 8.666/93.

306ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/001.117/2009, TC/006.444/2004, TC/002.770/2011, TC/000587/2008 e TC/001.892/2011, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

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 do recurso oficial, por previsão regimental e, quanto ao mérito, em negar-lhe provimento, mantendo na íntegra a Decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em ordenar, após cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de março de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Cuida o presente de Recurso ex officio interposto contra a R. Decisão proferida pela 1ª Câmara deste Tribunal de Contas (fls. 180), que, à unanimidade, julgou irregular a contratação por inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25, inciso I, da Lei Federal 8.666, reconhecendo entretanto os efeitos financeiros produzidos, nos seguintes termos:

"A contratação da empresa Indumed Comércio, Importação e Exportação de Produtos Médicos Ltda., efetivada pela SMS por meio da Nota de Empenho 100.518, é irregular tendo em vista que:

a) a competição para a aquisição dos produtos em questão era viável e, portanto, a adoção da inexigibilidade de licitação é nula,

b) tendo em vista a existência de preços menores praticados pela mesma empresa e que a variação cambial e a inflação do intervalo entre a Ata de Registro de Preços do Município de São Vicente e a proposta da Indumed não justificam o reajuste efetivado, houve infringência ao princípio da eficiência no que respeita à economicidade da contratação realizada."

As Partes Interessadas, Secretaria Municipal de Saúde – SMS e a Indumed Comércio, Importação e Exportação de Produtos Médicos Ltda., bem como a Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, apesar de devidamente intimadas, deixaram transcorrer in albis o prazo assegurado para eventual interposição de recurso, conforme certificado às fls. 187.

A Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, fls. 189, guardando coerência com seu posicionamento em primeira instância, requereu o pedido de provimento do Recurso para ver os ajustes declarados regulares e acolhidos.

A Secretaria Geral se manifestou da seguinte forma:

"Primeiramente, cumpre verificar que o conhecimento do recurso "ex officio" se impõe, por ter sido obedecido o requisito a ele exigido no art. 44 da lei Orgânica deste Tribunal, vale dizer, ter decorrido de decisão proferida por Câmara ou Juízo Singular considerando irregular ou ilegal qualquer ato ou despesa de pessoa submetida à jurisdição da Corte.

Sem dúvida, sem a interposição de recursos voluntários, não foram trazidos aos autos novos argumentos, restando, apenas, apreciar o conjunto probatório já apresentado na fase instrutória.

Ocorre que, no mérito, a questão em apreço encontra solução no entendimento de que, conforme estipula o artigo 25 da Lei de Licitações, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição.

Entretanto, de acordo com o que depreende dos Autos, ao contrário do que preceitua a Legislação acima mencionada, restou demonstrada a viabilidade de competição, vulnerando, assim, o disposto no caput do mesmo artigo, conforme bem lançado no Voto do Nobre Conselheiro Relator, onde diz:

No caso em tela, a análise da contratação levada a efeito pela Secretaria Municipal da Saúde, com alicerce na inexigibilidade de licitação, cuja essência é a inviabilidade de competição, não restou demonstrada, ao revés, foram identificadas no decorrer da instrução processual, empresas fornecedoras dos produtos então tidos como de fornecimento exclusivo pela Contratada.

Nesse sentido, foram identificadas empresas que disputaram licitações ofertando os produtos da marca ZOLL e outras empresas do mercado que dispunham dos mesmos produtos para fornecimento, quais sejam: Vicente Augusto Daher Cornetta – Me, Hospitrade Distribuidora de Equipamentos Hospitalares Ltda., Ja Equipamentos Médicos Ltda., Medlife Produtos Hospitalares, Equimed Produtos Hospitalares.

Ainda no mesmo Voto, verificou-se que a carta de exclusividade da empresa Indumed Comércio, Importação e Exportação de Produtos Médicos Ltda., apesar de lhe garantir exclusividade para a distribuição e representação, não lhe garante exclusividade para fins de fornecimento/comercialização dos produtos da marca Zoll no Brasil, condição necessária para caracterizar a inviabilidade de competição.

Diante das constatações acima, acertadamente a contratação por inexigibilidade de licitação, consubstanciada na Nota de Empenho 100518, foi julgada irregular.

Ainda, o Voto proferido pelo Nobre Conselheiro Relator destacou a possibilidade legal da substituição do termo de contrato por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, revelando-se adequada a forma de contratação.

De outro lado, por não ter sido noticiado nos Autos a conduta de má fé ou dolo dos agentes envolvidos e nem prejuízo ao Erário, verificou-se a possibilidade de aceitação dos efeitos financeiros e patrimoniais dos ajustes, conforme bem decidido no julgamento do presente.

Desta maneira, não havendo elementos novos aptos a alterar o anteriormente decidido e constatando-se o costumeiro acerto, a r. decisão mostrou-se irrepreensível, devendo ser mantida na íntegra por seus próprios fundamentos.

Inclusive, o fato das Partes Interessadas terem sido devidamente intimadas da r. Decisão e não terem apresentado recursos voluntários faz pressupor a concordância deles com o resultado alcançado, inclusive, a Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM noticiou que deixou de interpor Recurso por entender que a Municipalidade não sucumbiu.

Por todo o exposto, s.m.j., opino pelo normal conhecimento do Recurso ex officio, haja vista ser regimental e preencher os pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, pelo seu não provimento, mantendo na íntegra a r. Decisão proferida pela 1ª Câmara do Tribunal de Contas do Município que, à unanimidade, julgou irregular a contratação por inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25, inciso I, da Lei Federal 8.666, reconhecendo os efeitos financeiros produzidos."

É o Relatório

VOTO

Conforme apurado pelos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas, os recursos interpostos em face dos Acórdãos proferidos nos autos em referência não trouxeram novos elementos capazes de alterar a conclusão dos julgados.

Ante o exposto, com amparo nos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, que adoto como razões de decidir e passam a integrar o presente, CONHEÇO DOS RECURSOS e, no mérito, NEGO-LHES PROVIMENTO, mantendo na íntegra as decisões recorridas. Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

1º Julgado

D E C I S Ã O

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

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar irregular a contratação por inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25, inciso I, da Lei Federal 8.666/93, consubstanciada na Nota de Empenho 100518.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, reconhecer, excepcionalmente, os efeitos financeiros do referido instrumento, considerando que o interesse público almejado pela contratação foi alcançado, sem que tenha sido apurado dano ao erário, na medida em que restou constatada a adequação do preço contratado.

DECIDEM, afinal, à unanimidade, determinar o envio de cópia desta Decisão às interessadas, arquivando-se, após, estes 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 EDSON SIMÕES.

Presentes o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO e o Procurador JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de fevereiro de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento a análise da contratação celebrada pela Secretaria Municipal da Saúde – SMS e a empresa Indumed Comércio, Importação e Exportação Ltda., com inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25, inciso I, da Lei Federal 8.666/93, objetivando a aquisição de 600 (seiscentas) unidades de eletrodo autoadesivo para desfibrilação em adultos, com sensor de qualidade de compressão torácica e 20 (vinte) unidades de eletrodo autoadesivo para uso pediátrico, ambos compatíveis com o desfibrilador externo automático da marca Zoll, modelo AED Plus.

A análise inicial da Coordenadoria de Fiscalização IV, às fls. 61/65, reconheceu a inviabilidade de competição, nos termos do art. 25, da Lei Federal 8.666/93, diante da declaração do fabricante dos equipamentos acerca da representação e distribuição exclusiva da Contratada no Brasil (conforme fls. 56), propondo, contudo, prévia intimação da Origem para manifestação acerca da justificativa de preço apresentada, considerada insuficiente, em razão da constatação de preços inferiores registrados pela Prefeitura Municipal de São Vicente – Ata de RP 043/11, para o mesmo objeto e com a mesma empresa - Indumed Comércio, Importação e Exportação Ltda.

Em manifestações complementares, solicitadas para o aprofundamento da análise relativa à inviabilidade de competição, a Coordenadoria de Fiscalização IV manteve seu posicionamento inicial pela inexigibilidade de licitação esclarecendo:

- quanto à incompatibilidade de informações, devido à existência da Ata de Registro de Preços 043/11, da Prefeitura Municipal de São Vicente, bem como do Pregão Presencial 439/2011 – SMS.G, ambos objetivando a aquisição dos mesmos equipamentos, que, apesar da abertura dos procedimentos de disputa, somente houve a participação da empresa Indumed Comércio, Importação e Exportação Ltda. (manifestação às fls. 79);

- quanto à fabricação dos equipamentos e exclusividade na venda, que a BIO-DETEK Icorporeted era a subsidiária da empresa ZOLL, fabricante dos eletrodos, sendo a Indumed Comércio, Importação e Exportação Ltda. a distribuidora exclusiva e representante no Brasil da empresa ZOLL MEDICAL CORPORATION, responsável, ainda, pelo estoque, promoção de vendas e distribuição dos produtos, incluindo assinatura de contratos para prover assistência técnica, instalação e fornecimento de itens de reposição, conforme certidão emitida pelo Sindicato do Comércio Varejista de Material Médico, Hospitalar e Científico no Estado de São Paulo às fls. 19 (manifestação às fls. 92/93);

- quanto à ausência de menção expressa de exclusividade na comercialização dos equipamentos, nas certidões de fls. 19 e 56, que a questão estaria superada diante das certidões encaminhadas pela Origem, emitidas pela ZOLL às fls. 95 e INUMED às fls. 99. (manifestação às fls. 100).

Por derradeiro, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle manifestou-se às fls. 106/109, divergindo do posicionamento da Coordenadoria de Fiscalização IV, concluindo pela viabilidade de competição e necessidade de realização do procedimento licitatório. Nesse sentido consignou:

a) Inviabilidade de Competição – no que tange à inviabilidade de competição alegada pela Secretaria Municipal de Saúde, verifica-se que no mercado existem outras empresas fornecedoras que comercializam os referidos eletrodos, vide pesquisa juntada às fls. 101/105. (...)

b) Representação Exclusiva – as certidões juntadas aos autos dizem respeito apenas à exclusividade de representação da empresa Indumed e não o fornecimento exclusivo, requisito que ensejaria a contratação direta.

Ademais, as certidões apresentadas (fls. 19 e 56) constituem-se de meras declarações tanto do Sindicato quanto da empresa Zoll, não sendo comprovado que haveria somente uma empresa no Brasil que forneceria o objeto e comercializaria diretamente o seu produto ou possuiria representantes comerciais espalhados pelo país e que, por delimitação territorial geográfica, atuaria em determinada região, não havendo meio de adquirir o produto senão por meio daquele fornecedor.

Em sua derradeira informação, a Coordenadoria IV acresceu ao processo as declarações das empresas Zoll e Indumed, de fls. 95 e 99 respectivamente, informando que a Indumed é o distribuidor e representante exclusivo da Zoll Medical Corporation.

No entanto, "não basta que o produto seja singular, mas também que o fornecedor seja único"[1], nessa esteira, como o fornecedor também

[1] Peixoto, Ariosto Mila – Inexigibilidade de Licitação – http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=1.

distribui o produto para um ou vários representantes, entendemos que deixa de ser exclusivo."

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, diante do aspecto técnico da questão, acompanhou o posicionamento da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, opinando pela viabilidade de competição. Registrou, ainda, a impossibilidade de substituição do Termo de Contrato pela Nota de Empenho, como ocorrido no caso, em razão do valor da contratação, conforme art. 62, "caput", da Lei Federal 8.666/93.

A Origem e a Contratada apresentaram suas defesas, deixando o Ordenador da Despesa de se manifestar, apesar de todos terem sido devidamente intimados.

A Origem, em síntese, defendeu a exclusividade de fornecimento da Contratada com base nas certidões apresentadas de fls. 19 e 56, bem como na declaração da própria empresa Zoll Medical Corporation de fls. 95. Alegou que o fato de existirem outras empresas no mercado aptas a fornecer o produto não descaracterizaria a inexigibilidade de licitação, defendendo, ainda, que o preço praticado se mostrou compatível com o mercado. Por fim, justificou a utilização da Nota de Empenho por se tratar de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, cabível nos termos do art. 62, § 4º, da Lei Federal 8.666/93.

A contratada somente se manifestou sobre o preço da contratação, informado o novo valor vigente em sua tabela de preços à época, que foi alterada em junho de 2011, posteriormente ao Registo de Preços da Ata de RP 043/11. Juntou nota fiscal comprovando os novos valores praticados, além de destacar a variação cambial incidente no custo do produto, de fabricação estrangeira, e os índices de inflação.

A Coordenadoria de Fiscalização IV refutou aos argumentos apresentados, destacando que as defesas não comprovaram a exclusividade da Indumed para fins de fornecimento/comercialização dos produtos da marca Zoll no Brasil, mas tão somente para as atividades de distribuição e representação, restando certo que outras empresas também forneciam os referidos produtos, conforme pesquisas realizadas (fls. 101/105).

Quanto aos preços contratados, tendo em vista a ausência de comparação com preços de mercado na época da emissão da Nota de Empenho (27/09/2011), a Especializada atualizou os preços da Ata de RP 043/11 da Prefeitura Municipal de São Vicente, formalizada em 18/03/2011, com base na variação cambial, IPCA e IGPM, os quais se mostraram todos abaixo do preço praticado (fls. 153/156).

Em nova manifestação, a Assessoria Jurídica de Controle Externo ratificou seu posicionamento anterior pela irregularidade da contratação por

inexigibilidade de licitação, diante da constatação da possibilidade de competição entre fornecedores e da ausência de pesquisa de preços, com a identificação de preços menores praticados pela própria Contratada. Entendeu, contudo, superado o apontamento relativo à utilização da Nota de Empenho, em razão do permissivo legal contido no art. 62, § 4º, da Lei Federal 8.666/93.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o reconhecimento dos efeitos econômicos do ato em exame, com base nas defesas apresentadas e diante da ausência de comportamento indevido por parte dos agentes envolvidos.

A Secretaria Geral opinou pelo não acolhimento da contratação, em face da viabilidade de competição e da violação ao princípio da economicidade.

VOTO

O art. 25, "caput" e inciso I, da Lei 8.666/1993 evidenciam a situação de inviabilidade de competição, em razão da inexistência de potenciais fornecedores para atendimento da necessidade Administrativa. Na esteira desse raciocínio, não sendo atendido o pressuposto mencionado, incabível será a contratação direta com fulcro no aludido dispositivo legal.

No caso em tela, a análise da contratação levada a efeito pela Secretaria Municipal da Saúde, com alicerce na inexigibilidade de licitação, cuja essência é a inviabilidade de competição, não restou demonstrada, ao revés, foram identificadas no decorrer da instrução processual, empresas fornecedoras dos produtos então tidos como de fornecimento exclusivo pela Contratada.

Nesse sentido, foram identificadas empresas que disputaram licitações ofertando os produtos da marca ZOLL e outras empresas do mercado que dispunham dos mesmos produtos para fornecimento, quais sejam: Vicente Augusto Daher Cornetta – Me, Hospitrade Distribuidora de Equipamentos Hospitalares Ltda., Ja Equipamentos Médicos Ltda., Medlife Produtos Hospitalares, Equimed Produtos Hospitalares.

No que respeita à documentação apresentada para comprovação de exclusividade da Indumed, por meio dos atestados/certidões constantes às fls. 19 e 56, emitidos, respectivamente, pelo Sindicato do Comércio Varejista de Material Médico, Hospitalar e Científico no Estado de São Paulo e pela Zoll Medical Corporation, conforme bem observado pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, limita-se a comprovar exclusividade da Indumed para as atividades de distribuição e representação e não para fins de fornecimento/comercialização dos

produtos da marca Zoll no Brasil, condição necessária para caracterizar a inviabilidade de competição.

Não se pode confundir a exclusividade de fornecimento com a exclusividade de distribuição. A condição de fornecedor exclusivo evidencia-se pela situação de ser o único fornecedor em condições de atender ao interesse público, representando, de fato, uma limitação de mercado. O mesmo não se pode dizer do distribuidor exclusivo, que, dispondo de uma rede de revendedores, não se qualifica, necessariamente, como único ofertante de um produto.

Ademais, as declarações posteriormente acrescidas pela Origem, às fls. 95 e 99, emitidas, respectivamente, pelas empresas Zoll e pela própria Indumed, só vieram a ratificar essa condição da Contratada, cabendo destaque o registro de que a Indumed possui representantes e credenciados em vários estados brasileiros aptos a atender os clientes com produtos originais da marca Zoll.

Quanto à questão relativa ao preço contratado, ainda que não tenha havido pesquisa de preços com outras empresas do mercado, diante da equivocada caracterização de exclusividade de fornecimento/comercialização, entendo que o mesmo mostrou-se dentro dos parâmetros de mercado, o que foi comprovado pelas notas ficais emitidas pela Contratada, instruindo o processo de contratação à época, conforme fls. 36/42, bem como pela comparação com os valores alcançados no Pregão 439/2011, da Secretaria Municipal da Saúde, fls. 70/71, Pregão Eletrônico SRP 007/2012, da Prefeitura Municipal de Gravataí, fls. 88/91 e Pregão 28/2012, da Prefeitura Municipal de São Vicente, fls. 132/134.

Além disso, observo que método adotado pela Auditoria para verificação da compatibilidade do preço, consistente na atualização dos valores inferiores encontrados na Ata de RP 043/2011 – São Vicente-SP para a data da celebração da contratação, por meio da aplicação de índices inflacionários, não pode prevalecer sobre os preços comprovadamente praticados, na medida em que os índices de preço possuem caráter genérico, refletindo, quando muito uma inflação setorial e não o custo de um objeto específico. Nesse sentido, Acórdão 2361/2009-Plenário, do Tribunal de Contas da União.

Por fim, verifico, diante das características da contratação em análise, a adequação de utilização da nota de empenho em detrimento do instrumento de contrato, na medida em que o § 4º, do art. 62 da Lei Federal 8.666/93 faculta à Administração a substituição do termo de contrato por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras. Nesse sentido as decisões proferidas por esta Corte nos TCs 72-003.031.06-90 e 72-003.072.05-97.

Diante do exposto, julgo irregular contratação por inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25, inciso I, da Lei Federal 8.666/93, consubstanciada na Nota de Empenho 100518.

Não obstante, reconheço, excepcionalmente, os efeitos financeiros do referido instrumento, considerando que o interesse público almejado pela contratação foi alcançado, sem que tenha sido apurado dano ao erário, na medida em que restou constatada a adequação do preço contratado.

Envie-se cópia do presente julgado aos interessados.

Após, arquivem-se os autos.