JURISPRUDÊNCIA

TC 3.399.06-68

REPRESENTAÇÃO. D'FLASH TRANSP. E COM. LTDA.-ME E SMG. EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL. FORNECIMENTO DE ALIMENTOS "IN NATURA", COM A RESPECTIVA SOLUÇÃO LOGÍSTICA PARA A ENTREGA NAS UNIDADES ATENDIDAS PELO DEPARTAMENTO DE MERENDA ESCOLAR. CONHECIDA E JULGADA PREJUDICADA. PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELA ORIGEM.

Obs.: Julgamento conjunto com os TC's 72-003.395/06-07, 72-003.396/06-70, 72-003.397/06-32, 72-003.398/06-03, 72-004.056/06-57.

Relatório e voto englobados:

RELATÓRIO:

Cuida o primeiro processo do exame do Edital do Pregão Presencial nº 070/2006-CGBS, promovido pela Secretaria Municipal de Gestão – SMG, tendo por objeto o fornecimento de alimentos "in natura", com a respectiva solução logística para entrega nas unidades atendidas pelo Departamento de Merenda Escolar.

Em julgamento também o TC nº 3.987.06-56 (item 2), que trata do acompanhamento do processamento do certame, e, ainda, os TCs arrolados como itens 3 a 8, que versam sobre Representações interpostas em face do Edital do Pregão nº 070/2006.

Cumpre ressaltar que, com o processo licitatório em análise, a Secretaria responsável objetivou alterar o sistema de fornecimento e a entrega dos alimentos "in natura", que compõem a merenda escolar, e que, anteriormente, eram adquiridos por Ata de Registro de Preços para, então, estabelecer o fornecimento por uma única empresa, a qual seria responsável também pela entrega do produto nas diversas unidades atendidas pelo Programa.

Observo, ainda, que, em face de questionamentos ao Pregão Presencial, ora em análise, formulados pela empresa Agro Comercial da Vargem Ltda. e pelo Sindicato dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens do Estado de São Paulo – SINDICAM/SP, em Representações interpostas perante este Tribunal, e considerando, principalmente, as alterações significativas introduzidas pela Secretaria Municipal de Gestão no processo de fornecimento de alimentos para o Programa de Merenda Escolar, matéria que, pela complexidade, demandava estudos aprofundados por parte dos Órgãos Técnicos desta Casa, a fim de que restasse preservado o interesse público e de eventuais participantes, determinei, liminarmente, a suspensão cautelar do certame, até que fossem devidamente esclarecidas, pela Origem, as dúvidas suscitadas.

Analisando os aspectos formais e legais do instrumento convocatório, diante da documentação carreada ao processo, inclusive aquela enviada em atenção à Requisição de Documentos, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou a ocorrência de falhas que comprometiam a legitimidade da peça editalícia, como segue:

a) inadequação da planilha de orçamento, infringindo o disposto no artigo 7º, III, do Decreto nº 46.662/05 (Art. 7º - A fase preparatória do pregão será iniciada com a abertura do processo no qual constará: [...] III - a requisição ou planilha de orçamento, que conterá os quantitativos e os valores unitários e totais do bem ou serviço, após efetuada a pesquisa de mercado.);

b) ausência de indicação da classificação funcional programática, com inobservância ao inciso V do artigo 55 da Lei Federal nº 8.666/93 (Art. 55 - São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica.); e

c) ausência, no processo, de designação do pregoeiro e da equipe de apoio, desatendendo o disposto no inciso IV do artigo 3º do Decreto nº 46.662/05 (Art. 3º - Compete aos Secretários, Subprefeitos, Superintendentes de Autarquias, Presidentes de Fundações e ao Ouvidor Geral do Município, nas licitações realizadas na modalidade de pregão: [...] IV - designar, em função da complexidade e vulto do objeto, o pregoeiro e os membros de sua equipe de apoio, podendo essa designação recair sobre comissão permanente ou especial de licitação, atribuindo-se a função de pregoeiro ao respectivo presidente.).

Propôs, ainda, recomendação à unidade no sentido de:

1) observar o disposto no artigo 6º do Decreto nº 44.279/03 (Art. 6º - O processo de licitação, devidamente instruído, será submetido à autoridade competente para autorizar a abertura do procedimento licitatório, na modalidade adequada.) e § 1º do artigo 13 da Lei nº 14.141/06 (Art. 13 - Os processos administrativos terão por objetivo a tomada de decisão, consubstanciada em despacho decisório, que deverá ser claro, preciso e atinente à matéria do processo. § 1º A fundamentação e a publicidade são requisitos essenciais do despacho decisório.), visto não constar, do despacho que autorizou a abertura do certame, a modalidade escolhida e a sua publicação no Diário Oficial da Cidade de São Paulo;

2) justificar adequadamente a necessidade da contratação, na forma estabelecida no inciso I do artigo 2º do Decreto nº 44.279/03 (Art. 2º - O processo de licitação, devidamente autuado, deverá ser instruído, conforme o caso, com os seguintes elementos: I - requisição de material ou justificativas para contratação; [...]);

3) observar o disposto no artigo 3º do Decreto nº 23.639/87 (Art. 3º - O empenho caracteriza-se pela determinação da autoridade competente, em processo regular, autorizando seja deduzida do saldo existente na respectiva dotação do Orçamento, ou em Crédito adicional, a parcela necessária à realização de uma despesa, visando à execução, no todo ou em parte, de um projeto ou à manutenção de uma atividade.) quanto ao provisionamento da 'parcela necessária à realização de uma despesa' no exercício, uma vez que o valor provisionado foi superior ao necessário, considerando o valor mensal estimado para a licitação;

4) exarar despacho referente à aprovação do edital, conforme estabelecido no inciso II do artigo 3º do Decreto nº 46.662/05 (Art. 3º - Compete aos Secretários, Subprefeitos, Superintendentes de Autarquias, Presidentes de Fundações e ao Ouvidor Geral do Município, nas licitações realizadas na modalidade de pregão: [...] II – Aprovar a minuta de edital, que conterá: [...]);

5) proceder à revisão dos quantitativos reclamados nos Atestados de Fornecimento e Capacidade Técnica, considerando o efetivo consumo dos produtos pretendidos;

6) evidenciar a publicidade do certame no meio eletrônico, conforme previsto no inciso I do artigo 8º do Decreto nº 46.662/05 (Art. 8º - A convocação dos interessados em participar do certame será efetuada: I - mediante publicação de aviso no Diário Oficial da Cidade e por meio eletrônico, quando o valor estimado para a contratação for inferior a R$ 650.000,00 [seiscentos e cinqüenta mil reais].);

7) permitir a participação de consórcios; e

8) adotar procedimentos que visassem a garantir a qualidade e a quantidade dos produtos a serem entregues nas instalações da empresa contratada.

Propôs, por derradeiro, a oitiva da Assessoria Jurídica de Controle Externo quanto ao enquadramento do objeto licitatório como serviço comum, para efeito de se aferir a adequação da modalidade licitatória adotada no caso, qual seja, Pregão.

A par dos aspectos técnicos já suscitados pela Auditoria, também a Assessoria Jurídica de Controle Externo, em sua intervenção inicial, às fls. 471/476, questionou a viabilidade de as disposições editalícias do Pregão nº 70/2006 possibilitarem a contratação mais vantajosa para a Administração Municipal, considerando os objetivos pretendidos pela Secretaria, promotora do certame. E assim o fez, levando em conta alguns aspectos que, em seu entender, mereciam ser especialmente considerados, a saber:

a) critérios de habilitação insuficientes para permitir a verificação da capacidade da empresa contratada para fornecimento contínuo de frutas,

legumes e verduras em todas as unidades atendidas pelo Programa de Merenda Escolar, considerando o prazo inicial de 30 (trinta) meses estimado para a contratação;

b) previsão de entrega, conforme a necessidade específica de cada unidade atendida, sem exigência de comprovação específica da capacidade de manuseio, embalagem e rotulação dos alimentos "in natura";

c) previsão de entrega 'ponto a ponto' dos alimentos, justificando a inclusão de solução logística no objeto licitado, sem a exigência de comprovação de capacidade específica no que tange ao transporte de alimentos "in natura". É de se destacar que, no caso, cuidava-se da entrega de certa quantidade de alimentos por mês, com a obrigação de entrega em, ao menos, 1.100 (mil e cem) pontos em uma mesma semana, por 4 (quatro) semanas consecutivas.

Tais considerações conduziram, inclusive, a Assessoria Jurídica de Controle Externo a questionar a adequação da modalidade licitatória adotada, levando-se em conta a simplicidade das condições da habilitação, inerentes ao Pregão, e aquelas necessárias, no caso, à adequada prestação do objeto pretendido, dada a multiplicidade de serviços envolvidos, como apontado.

Questionou, ainda, a vedação de participação de empresas em consórcio e da possibilidade de subcontratação, o que pressupunha a existência, no mercado, de quantidade razoável de empresas capacitadas a atender, por si só, a todos os serviços, de modo a permitir a real competição na fase de lances e a devida observância do princípio da isonomia. Tal circunstância, contudo, não restou demonstrada pela Origem, muito embora tenha sido por ela informado (cf. fl. 441) que o formato da contratação pretendido com a licitação em causa já existia em outros municípios, sem, contudo, identificar estes locais, nem os potenciais fornecedores.

De outra parte, entendeu afrontarem o ordenamento legal as disposições do item 11.12.7 do Edital ao exigir do licitante, caso não fosse o produtor, a apresentação de declaração deste responsabilizando-se solidariamente pelo cumprimento do contrato, posto não ser juridicamente possível estender a responsabilidade contratual, especialmente a solidária, a terceiros que não integram a relação contratual.

A derradeira questão enfrentada pela Assessoria Jurídica e que, de resto, já havia sido apontada pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, diz respeito à necessidade de a Secretaria justificar adequadamente o aumento significativo dos quantitativos estimados, principalmente, se comparados ao consumo efetivo do período anterior, de janeiro a dezembro de 2005, por se tratar de fator de repercussão preponderante no valor da proposta e na comprovação da capacidade técnica das empresas licitantes.

Instada a se manifestar, a Secretaria remeteu as justificativas e os esclarecimentos acostados nos autos como fls. 481/658, que, após análise conjunta levada a efeito pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, não foram entendidos como suficientes para dirimir os questionamentos anteriormente formulados, enfatizando, ainda uma vez, a Sra. Assessora Subchefe de Controle Externo, que a adoção da modalidade simplificada do Pregão não poderia justificar a dispensa de exigências referentes à comprovação da capacidade técnica dos licitantes, imprescindíveis para a execução de todos os itens da futura contratação, bem como do atendimento de todas as normas legais que regulamentam as atividades nela envolvidas, especialmente considerando tratar-se de fornecimento essencial, em que não se poderia correr risco de interrupção.

Diante do apontado, determinei que fosse novamente oficiada a Secretaria a fim de que adotasse as medidas necessárias à solução das questões pendentes, de molde a permitir, sem mais delongas, a retomada do processo licitatório objetivado.

Através do Ofício nº 607/SMG-G/2006 (fls. 678/747), complementado pelo Ofício nº 638/SMG-G/2006 (fls. 751/757), a Pasta encaminhou, então, novos esclarecimentos e informações quanto ao modelo de contratação pretendido, que vieram acompanhados, inclusive, de cópias de editais e contratações da espécie daquela cuidada nestes autos e celebradas em outros municípios, justificando a simplicidade do objeto licitatório e, por via de conseqüência, a modalidade licitatória adotada e, ainda, a vantajosidade do novo formato de contratação a ser implantado, com a entrega dos produtos diretamente nas unidades destinatárias, na quantidade a ser efetivamente consumida, evitando desperdícios e redundando em sensível economia para a Administração.

Foi também encaminhada nova planilha para apresentação das propostas, com a estimativa anual de consumo dos produtos licitados, incluindo alteração das cláusulas relacionadas à apresentação de atestado técnico e da planilha de composições dos valores ofertados.

Foi ainda admitida pela Secretaria a possibilidade de subcontratação.

Os esclarecimentos acrescidos foram objeto de nova análise da Subsecretaria de Fiscalização e Controle e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, apontando a Auditoria que, com as modificações introduzidas, especialmente aquela referente à apresentação de nova planilha de orçamento, com estimativa de consumo real, restou sanada a falha relativa aos quantitativos, ressalvando, porém, que a compatibilidade dos quantitativos estimados só poderia ser aferida na execução contratual.

Da mesma forma, entendeu a Sra. Assessora Subchefe de Controle Externo que a Secretaria logrou demonstrar, com a documentação anexada ao processo, a pertinência da modalidade licitatória adotada, concluindo pela possibilidade de retomada do certame.

Sanadas, assim, as dúvidas e os questionamentos opostos ao instrumento convocatório que norteava o certame, determinei, através do despacho de fls. 767/768, a retomada do Pregão Presencial nº 070/2006, seu acompanhamento e posterior análise da contratação, dele decorrente, e sua execução.

Prosseguindo na instrução processual, manifestou-se o Órgão Fazendário pela regularidade do Edital, ressaltando, ainda, conforme informação prestada pela Pasta, que a realização da licitação nos moldes em que foi concebida, em comparação com o modelo anterior, representaria uma economia média mensal de R$ 420.000,00 (quatrocentos e vinte mil reais) ou quase R$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) anuais, 'valores estimados com a economia nos custos, com o transporte e na redução do desperdício de alimentos trazida com a manipulação dos mesmos para adequação das embalagens' (cf. fl. 792 do TC nº 3.505.06-03 – item 1).

Também no sentido da regularidade do Edital em exame foi a manifestação do Sr. Secretário Geral, propondo, porém, expedição de determinação à Secretaria para indicar, no futuro contrato, o crédito pelo qual correrá a despesa e, também, para não cobrar, em execução contratual, a pretendida responsabilidade solidária do produtor dos alimentos, se distinto do licitante, pelo cumprimento do ajuste.

Observo, por derradeiro, no que se refere ao acompanhamento do procedimento licitatório objeto do TC nº 3.987.06-56 – item 2 –, que as conclusões dos Órgãos Técnicos, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Procuradoria da Fazenda Municipal são unânimes no sentido da regularidade de seu processamento, em face das disposições editalícias e das normas legais de regência.

Passo, agora, a examinar as Representações interpostas, as quais, em síntese, foi alegada a ocorrência das seguintes ilegalidades:

1) reunião, em um único certame, de objetos distintos a serem prestados pela mesma empresa;

2) omissão, no Edital, da forma de entrega do produto e do transporte, se efetuada por veículo próprio ou permitida a contratação de terceiros;

3) falta de especificação quanto ao tipo, capacidade, características operacionais e sanitárias dos caminhões que farão as entregas, bem assim, quanto às condições funcionais dos motoristas, se celetistas ou contratados, e, se necessário, ajudantes;

4) ausência de identificação da dotação orçamentária que suportaria a contratação;

5) exigência de fornecimento de atestados de capacidade técnica extremamente específica, com a conseqüente restritividade do certame;

6) exigência de Cadastro Estadual de Vigilância Sanitária;

7) exigência de registro no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA, com prova de quitação da respectiva anuidade;

8) exigência de documento de terceiro produtor, estranho à relação contratual; e

9) não atribuição de efeito suspensivo aos recursos eventualmente interpostos.

Foi alegado também pelo Sindicato dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens do Estado de São Paulo – SINDICAM, em sua Representação no TC nº 3.395.06-07 – item 3 –, ser antieconômico o Edital por prever que a Contratada concorresse com o custo da mercadoria e o serviço de transporte, sendo que este já estaria sendo realizado por sociedade cooperativa, havendo, portanto, duplicidade de pagamento. E mais, que o Edital já era do conhecimento de possíveis participantes anteriormente à sua publicação.

Por sua vez, a empresa D'Flash Transportes e Comércio Ltda., aduziu, ainda, em sua Representação, que a Administração procedeu a alterações no Edital, sem a devida republicação e sem devolução do prazo de abertura do certame.

Como se depreende do quanto por mim já relatado, os questionamentos opostos pelos Representantes foram, em sua maioria, suscitados também pelos nossos Órgãos Técnicos e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, merecendo, então, as devidas justificativas e providências por parte da Secretaria responsável, de molde a escoimar as falhas apontadas.

Faço menção, apenas, àquelas questões que não mereceram referência anterior, mas que foram objeto, também, de esclarecimentos da Pasta, como segue: no tocante à alegada omissão do Edital, quanto à forma de fornecimento e do transporte de produtos, informa a Pasta estar perfeitamente delineada no Anexo III da peça editalícia, aduzindo, ainda, não ocorrer, no caso, qualquer duplicidade de pagamento, uma vez que a Ata existente para serviços de transportes é genérica, tendo sido levada a efeito com base na Portaria nº 52/06-SMG para padronização de serviços, inaplicável, portanto, ao caso, em que o objeto pretendido prevê, além da entrega do material, também o seu fornecimento.

Quanto à exigência de inscrição no Cadastro Estadual de Vigilância Sanitária, a mesma foi inserida no Edital, em obediência às disposições contidas na Portaria nº 368/97, do Ministério da Agricultura, e Portaria nº 326/97, da Secretaria de Vigilância Sanitária.

Por sua vez, a exigência de registro no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA se fez necessária, segundo a Secretaria, uma vez que as atividades de fornecimento de alimentos "in natura", com a respectiva solução logística de entrega, são atinentes ao profissional da Engenharia e não ao de nutrição, como sustentado pelo Sindicato representante. Informou, apenas, a supressão da exigência de quitação da anuidade ao Órgão de classe.

Esclareceu, ainda, que o Edital é resultante de audiência pública, tendo sido disponibilizado na Internet, anteriormente à publicação, razão pela qual era do conhecimento de possíveis interessados.

Finalmente, quanto às publicações procedidas, informou a Secretaria responsável tratarem-se de esclarecimentos de dúvidas e divulgação de informações sobre o Edital, sem que isto significasse alteração na formulação das propostas.

As manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral são pelo conhecimento das Representações interpostas e, no mérito, para que sejam julgadas improcedentes e/ou prejudicadas, diante das razões aduzidas pela Origem e das providências por ela adotadas, e que permitiram fosse por mim determinado o prosseguimento do certame.

É o relatório.

VOTO

Como já consignado no relatório do processo, o ineditismo do procedimento licitatório "sub examine" recebeu amplos e alentados estudos pelos Órgãos Técnico-Jurídicos desta Corte, de molde a escoimar qualquer dúvida não só quanto à

legalidade das disposições editalícias e à adequação da modalidade licitatória escolhida, mas, principalmente, quanto à vantajosidade da nova forma de entrega do produto, a ser processada por uma única empresa diretamente nas unidades atendidas pelo Programa da Merenda Escolar, o que restou demonstrado com as manifestações e informações, trazidas ao bojo dos autos, e com as alterações introduzidas no instrumento convocatório.

Ademais, impende ressaltar o alegado pela Secretaria, quando sustenta que a nova logística de entrega dos produtos, especialmente os perecíveis, diretamente nas Unidades destinatárias e não em armazéns ou depósitos centrais, redundará em economia para o Erário, ante a redução dos custos administrativos e operacionais, a par de atenuar os riscos de desvios e desperdícios ou mesmo de falhas em sua guarda e controle, o que será melhor aquilatado com a análise da execução contratual, que já foi por mim determinada.

Destarte, com fundamento nos pronunciamentos favoráveis dos Órgãos Técnicos, da Procuradoria da Fazenda e da Secretaria Geral, acolho o Edital do Pregão Presencial nº 070/2006 e, bem assim, o respectivo procedimento licitatório, posto que desenrolado com observância das cláusulas editalícias e das normas legais de regência.

Deixo de acolher a proposta de determinação formulada pelo Sr. Secretário Geral, uma vez que a dotação orçamentária que dará suporte às despesas já consta do subitem 6.2 da cláusula 6ª do ajuste, como aliás informado pela própria Pasta, em sua justificativa à fl. 638 do TC nº 3.505.06-03 – item 1, tendo também sido alterado o subitem 11.12.7 do Edital para excluir a responsabilidade solidária do fornecedor do produto, se diverso do licitante (cf. fl. 656 do referido procedimento).

De outra parte, conheço das Representações interpostas, posto que preenchidos os pressupostos de admissibilidade, para, no mérito, julgá-las prejudicadas, ante as informações e providências saneadoras adotadas pela Secretaria Municipal de Gestão e que permitiram, como evidenciado, o regular prosseguimento do certame.

Feitas as comunicações de praxe, arquivem-se os respectivos processos.

Observo, por derradeiro, que o exame da contratação está sendo objeto de análise no TC nº 445.07-58, ainda em fase de instrução.

TCM, 03 de outubro de 2007. a) Conselheiro Corregedor Roberto Braguim

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Roberto Braguim.

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 interposta pela empresa D'Flash Transportes e Comércio Ltda.-ME, por estarem preenchidos os pressupostos de admissibilidade, e, quanto ao mérito, em julgá-la prejudicada, tendo em vista as informações prestadas e as providências saneadoras adotadas pela Secretaria Municipal de Gestão – SMG que permitiram o regular prosseguimento do certame.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar as comunicações previstas no artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, com o posterior arquivamento dos autos

Participaram do julgamento o Conselheiro Substituto Miguel Kirsten – Revisor e os Conselheiros Eurípedes Sales e Maurício Faria.

Ausente o Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, por motivo de férias.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 03 de outubro de 2007. a) Edson Simões – Presidente em exercício; a) Roberto Braguim – Relator."