EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-003.526.09-26

ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SME. Aquisição de leite em pó integral. Programa Leve Leite. Falhas e inconsistências nos mecanismos de controle e fiscalização da execução. IRREGULAR. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 37, caput e XXI, CF/88. Art. 3°, § 1º, I, art. 15, IV e art. 71, § 2º, Lei 8.666/93. Dec. Mun. 49.961/08. Lei Mun. 14.094/05. Dec. Mun. 47.096/06. Súmula 247, TCU.

TCs citados 72-002.403.13-27 e 72-001.850.14-30.

Relatório e voto englobados TCs 72-002.865.0803, 72-002.551.09-38, 72-003.400.09-98, 72-000.007.10-86, 72-003.526.09-26

2.813ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.002.865.08-03, 72.002.551.09-38, 72.003.400.09-98 e 72.000.007.10-86 e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro DOMINGOS DISSEI, após vista que lhe fora concedida na 2.800ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor e MAURÍCIO FARIA, sendo que o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator votou na 2.792ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos do Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, com relatório e voto, JOÃO ANTONIO – Revisor, com declaração de voto apresentada, e MAURÍCIO FARIA, com voto proferido em separado, em julgar irregular a execução do Contrato 119/SME/2009, no período auditado.

Vencido o Conselheiro DOMINGOS DISSEI, que, nos termos de seu voto proferido em separado, acolheu a execução do ajuste.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em aceitar os efeitos financeiros produzidos pelo ajuste, considerando que se encerrou no ano de 2009, sem que se tenha constatado, nos autos, a ocorrência de prejuízo ao erário, sendo que o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator o fez em caráter excepcional.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício à Secretaria Municipal de Educação – SME a fim de que, caso ainda assim não tenha procedido, adote as recomendações feitas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Casa para aprimorar os procedimentos de fiscalização e controle da execução dos contratos de distribuição de leite em pó do Programa Leve-Leite.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após o cumprimento das formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de junho de 2015.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuidam os autos do **TC 2.865/08-03** da análise do Edital do Pregão nº 90/2008, realizado pela Secretaria Municipal de Educação, tendo por objeto o fornecimento de leite em pó integral para o "Programa Leve Leite" – Itens 1 e 2 – na quantidade de 1.661.638 (um milhão, seiscentos e sessenta e um mil seiscentos e trinta e oito) quilos por mês de leite em pó do item 1 ou 2, no valor estimado em R$ 19.180.841,32 (dezenove milhões, cento e oitenta mil oitocentos e quarenta e um reais e trinta e dois centavos) por mês, para o Item 1, ou R$ 17.609.208,71 (dezessete milhões, seiscentos e nove mil duzentos e oito reais e setenta e um centavos) por mês, para o Item 2.

Os quantitativos foram reunidos em um único lote em virtude da migração da forma de distribuição do leite em pó destinado ao Programa “Leve Leite”, entregue diretamente nas escolas, para a entrega direta no domicílio dos alunos da Rede Municipal de Ensino (fls. 18/19). Assim, foram previstas duas formas de entrega. O Item 1, com entrega nas unidades escolares, modelo atual, mas em fase de extinção e o Item 2, com entrega centralizada,(em fase de implementação, para armazenamento e posterior envio aos alunos. A quantidade estimada para ambos os itens é rigorosamente a mesma, qual seja, 1.661.638 (um

milhão, seiscentos e sessenta e um mil seiscentos e trinta e oito) quilos/mês, de modo que os itens 1 e 2 são alternativos e excludentes entre si.

No **TC 2.551/09-38**, julgado de forma conjunta, são examinados o procedimento do referido Pregão nº 90/SME/2008, que deu origem à Ata de Registro de Preços nº 24/SME/2008, e o Contrato nº 59/SME/2009, entre a Secretaria Municipal de Educação e a empresa Nestlé do Brasil Ltda., tendo por objeto o fornecimento de leite em pó integral para o "Programa Leve Leite" – Item 1 – na quantidade de 620.000 (seiscentos e vinte mil) quilos, no valor de R$ 5.276.200,00 (cinco milhões, duzentos e setenta e seis mil e duzentos reais).

Tramita ainda em conjunto o **TC 3.400/09-98**, que tem por objeto o exame do Contrato nº 119/SME/2009, firmado com base na mesma Ata de Registro de Preços 24/2008, entre as mesmas partes, para fornecimento de Leite em Pó Integral para o programa Leve Leite, Item 02 (na quantidade de 2.336.460 – dois milhões, trezentos e trinta e seis mil quatrocentos e sessenta) quilos, no valor de R$ 19.205.701,20 (dezenove milhões, duzentos e cinco mil setecentos e um reais e vinte centavos).

O **TC 3.526/09-26**, igualmente julgado de forma englobada, tem por objeto o acompanhamento da execução do aludido Contrato 119/2009 (examinado no TC 3.400/09).

Cuida o **TC 07/10-86** de Inspeção, realizada por determinação desta Relatoria, a fim de verificar a veracidade de notícias vinculadas pelo jornal “Agora” de 8 de novembro de 2009, sobre falhas na distribuição do Programa Leve-Leite.

Cumpre esclarecer, inicialmente, que o processo de licitação teve início na Secretaria Municipal de Gestão (SMG), em 10 de agosto de 2007, na qual foi elaborado o edital do Pregão nº 073/2007. Tal pregão foi suspenso por este Tribunal e seu prosseguimento foi posteriormente autorizado, com as alterações sugeridas por esta Corte.

O Decreto nº 49.961, de 27 de agosto de 2008, transferiu a operacionalização do Programa “Leve Leite” do Departamento de Merenda Escolar da Secretaria Municipal de Gestão - SMG/DME, para o âmbito da Secretaria Municipal de Educação (fls. 6 e 7).

Desse modo, após várias modificações, foi elaborado o edital do Pregão de nº 90/SME/2008 no mesmo processo administrativo.

No **TC 2.865/08-03** a Coordenadoria concluiu pela irregularidade do Edital do Pregão 90/2008, entendendo que este não reunia condições de prosseguimento, em razão das seguintes infringências:

a) Necessidade de divisão do objeto em lotes, em atendimento ao princípio da competitividade, haja vista que a reunião dos quantitativos do objeto ora licitado está em desacordo com o disposto na

Constituição Federal, artigo 37 caput e inciso XXI e com a Lei Federal N.º 8.666/93 (item 3.4);

b) Os quantitativos para comprovação da capacidade técnico-operacional, para efeito de habilitação do licitante de, no mínimo 830.819 [oitocentos e trinta mil oitocentos e dezenove] quilos de leite em pó por mês revelam-se **restritivos,** em desacordo com o princípio da competitividade, previsto na Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI (item. 3.15.a).

Ademais, recomendou o seguinte:

c) Exigência dos documentos arrolados na Portaria SF n.º 14/98, por parte da contratada, como condição prévia à realização dos pagamentos, tendo em vista o disposto no artigo 71, parágrafo 2º, da Lei Federal N.º 8.666/93 (item 3.19);

d) Previsão de consulta ao CADIN Municipal, nas Minutas da Ata de Registro de Preços e do Contrato, no momento da lavratura destes ajustes, bem como nos desembolsos a serem efetuados pela Administração em favor da detentora/contratada, em atendimento à Lei Municipal N.º 14.094/05 e ao Decreto Municipal N.º 47.096/06 (item 3.20);

e) Supressão do subitem 2.8.2 do ANEXO I (fl. 107), vez que, ao se abrir exceções, corre-se o risco do recebimento de produtos com **prazo de validade** inadequados, notadamente, pelos quantitativos envolvidos e pelo número de pontos de entrega do produto. Desta forma, evita-se que o consumo pelos alunos se dê fora da data de validade e cause danos de grande magnitude (item 3.21);

f) Não há nos autos justificativa para adoção do IGP-FIPE ou IGPM, tendo em vista que o produto leite em pó é uma commodity e tem variações próprias deste mercado (Item 3.22).

g) Previsão de mecanismos de controle que permitam a constatação de que os veículos utilizados para a entrega dos produtos às Unidades são os mesmos que constam no cadastro fornecido pela contratada e se possuem as características exigidas no item 8 do ANEXO I (item 3.23).

Destacou por fim que a abertura do certame estava prevista para o dia 22 de dezembro de 2008 (folhas 178/197).

Diante dessas conclusões, o então Relator determinou a expedição de ofício à Secretaria Municipal de Educação, a fim de que se manifestasse sobre as conclusões alcançadas (folha 198).

Em resposta, a Origem encaminhou os seus esclarecimentos no dia 17 de março de 2009.

Sobre a necessidade de divisão do objeto em lotes, em atendimento ao princípio da competitividade, haja vista que a reunião dos quantitativos do objeto ora licitado está em desacordo com o disposto na

Constituição Federal, artigo 37, *caput,* e inciso XXI, e com a Lei Federal N.º 8.666/93, a Secretaria Municipal de Educação – SME alegou o seguinte:

(...) a concentração do objeto num único lote teve por objetivo evitar eventuais reclamações de munícipes responsáveis pelos educandos atendidos pelo Programa Leve leite, em especial os residentes nos limites dos Agrupamentos (fl. 201).

Asseverou que não considera estar ferindo a Decisão 393/94 ou a Súmula 247 do TCU, uma vez que a licitação em lote único representou vantagem econômico-financeira para a Administração e que o gerenciamento de vários contratos do mesmo produto, com aquisição mensal, implicaria o envolvimento de diversos funcionários e representaria desvantagem para a administração (fls. 202/203).

Entende que o princípio da competitividade não pode ser considerado um fim em si mesmo, ele deve ser conciliado com a preservação da economia de escala e com a viabilidade técnica da divisão do objeto licitado. A finalidade última do processo licitatório não é a de garantir o princípio da competitividade, mas o de obter a proposta mais vantajosa (fl. 233).

Citou os autores Jessé Torres Pereira Júnior e Marçal Justen Filho, que reconhecem a possibilidade de fracionamento do objeto licitado, e o TC nº 72.000.026.09-97, que reconhece a possibilidade de reunião dos quantitativos licitados em um único lote (fls. 234/235).

Por fim, deixou consignado que, relativamente ao ganho de escala, o atual contrato é o que representa menor valor por quilo (fl. 237).

No que tange ao apontamento de que os quantitativos para comprovação da capacidade técnico-operacional, para efeito de habilitação do licitante de, no mínimo, 830.819 (oitocentos e trinta mil oitocentos e dezenove) quilos de leite em pó por mês revelam-se restritivos, em desacordo com o princípio da competitividade, previsto na Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI (item. 3.15.a), a Origem informou que, por ter optado pelo lote único, foi necessário prever a comprovação dessa quantidade de fornecimento (200/239).

Em novo exame, a Auditoria, destacou, preliminarmente, que “a Origem foi instada a se manifestar quando a sessão de abertura do certame já havia ocorrido e após a assinatura da Ata de Registro de Preços nº 24/SME/2008, decorrente do Pregão nº 90/SME/2008, com a empresa Nestlé do Brasil”.

Não obstante, reiterou os apontamentos iniciais nos seguintes termos:

“apesar das justificativas da Origem, reiteramos os apontamentos de fls. 194/195, quais sejam:

a) Necessidade de divisão do objeto em lotes, em atendimento ao princípio da competitividade, haja vista que a reunião dos quantitativos do objeto ora licitado está em desacordo com o disposto na Constituição Federal, artigo 37 caput e inciso XXI e com a Lei Federal N.º 8.666/93;

b) Os quantitativos para comprovação da capacidade técnico-operacional, para efeito de habilitação do licitante de, no mínimo 830.819 [oitocentos e trinta mil oitocentos e dezenove] quilos de leite em pó por mês revelam-se restritivos, em desacordo com o princípio da competitividade, previsto na Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI (item. 3.15.a);

Em relação às recomendações propostas, são relativas à execução do ajuste e podem ser incorporadas por meio de termos aditivos à Ata e ao Contrato, além de ser exigíveis por força de lei e/ou em virtude do poder-dever da Administração de correção e/ou adequação da execução contratual, que encontra-se em fase inicia." (folhas 241/243).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou a Coordenadoria II, opinando pela irregularidade do instrumento convocatório nos seguintes dizeres:

Irregularidades:

1) Necessidade de divisão do objeto em lotes, em atendimento ao princípio da competitividade, haja vista que a reunião dos quantitativos do objeto ora licitado está em desacordo com o disposto na Constituição Federal, artigo 37 caput e inciso XXI e com a Lei Federal N.º 8.666/93 (item 3.4);

2) Restritividade nos quantitativos para comprovação da capacidade técnico-operacional, para efeito de habilitação do licitante de, no mínimo 830.819 [oitocentos e trinta mil oitocentos e dezenove] quilos de leite em pó por mês, em desacordo com o princípio da competitividade, previsto na Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI (item. 3.15.a).

"Em resposta, a Secretaria Municipal de Educação encaminhou a este Egrégio Tribunal a documentação de fls. 200/238, a qual foi analisada pela Especializada, sendo que as conclusões desta encontram-se sintetizadas na manifestação de fls. 241/243, ocasião em que AUD reiterou sua conclusão inicial.

Porém, como a sessão de abertura do certame já havia ocorrido, assim como já assinada a Ata de Registro de Preços n° 24/SME/2008 oriunda da licitação que é objeto de análise nestes autos, a Especializada, às fls. 242v°/243, destacou que as recomendações inicialmente propostas (fl. 195) 'são relativas à execução do ajuste e podem ser incorporadas por meio de termos aditivos à Ata e ao Contrato, além de ser exigíveis por força de lei e/ou em virtude

do poder-dever da Administração de correção e/ou adequação da execução contratual, que encontra-se em fase inicial'.

(...)

Cumpre atentarmos para as conclusões de AUD contidas nas letras a e b do item 4 (fl. 194) do Relatório de Acompanhamento de Edital, confiramos:

'Diante do relatado, concluímos que o Edital de Pregão N.º 90/2008, da Secretaria Municipal de Educação – SME, não reúne condições de prosseguimento, em virtude do seguinte:

a) Necessidade de divisão do objeto em lotes, em atendimento ao princípio da competitividade, haja vista que a reunião dos quantitativos do objeto ora licitado está em desacordo com o disposto na Constituição Federal, artigo 37 caput e inciso XXI e com a Lei Federal N.º 8.666/93 (item 3.4);

b) Os quantitativos para comprovação da capacidade técnico-operacional, para efeito de habilitação do licitante de, no mínimo, 830.819 [oitocentos e trinta mil oitocentos e dezenove] quilos de leite em pó por mês revelam-se **restritivos**, em desacordo com o princípio da competitividade, previsto na Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI (item. 3.15.a);' (grifos do original)

Assiste razão à Especializada, pois, em nosso sentir, a reunião do quantitativo licitado em um único lote não se apresenta em harmonia com a Lei Ordinária Federal n° 8.666/93, sobretudo diante dos preceitos contidos no inciso I do §1° do artigo 3° e no inciso IV do artigo 15, ambos insertos na referida lei.

Por evidente, os requisitos relativos à capacidade técnica estão umbilicalmente relacionados à concentração do objeto em um único lote – ou sua divisão em diversos lotes, como pontuado por AUD; nesse contexto, uma vez que a Origem decidiu por concentrar em um único lote o objeto da contratação, os requisitos de capacidade técnico-operacional (fl. 69) eleitos no instrumento convocatório foram decorrência lógica de tal decisão.

Entretanto, a partir da documentação que instrui o presente, com especial destaque para as informações prestadas pela Origem às fls. 204/207, mas, sobretudo, diante da efetiva formalização da Ata de Registro de Preços n° 24/SME/2008, de fls. 212/231, afere-se que os apontamentos de AUD contidos nas letras a e b do item 4 (fl. 194) do Relatório de Acompanhamento de Edital restaram desatendidos.

Nesse passo, estamos com AUD, e também entendemos que as justificativas apresentadas pela Origem não foram suficientes para amparar a decisão de concentrar, num único lote, o objeto da licitação, pois que, como já referimos, e s.m.j., tal postura violou o mandamento relativo à ampla

competitividade – mandamento que, em síntese, veda a inclusão, nos instrumentos convocatórios, de cláusulas ou disposições restritivas.

Em síntese, não vislumbramos razoabilidade na decisão que implicou a concentração do objeto em um único lote; não se pode aceitar, sem consideráveis críticas, o argumento ventilado pela Origem (fl. 233) no sentido de que tal postura potencializou o ganho econômico decorrente do efeito de escala.

Se, por um lado, tal concentração possibilitou, em tese, redução do custo, por outro implicou na redução da competitividade; temos, portanto, o embate entre dois princípios: economicidade e ampla competitividade.

Nesse ponto, parece-nos certo que a 'seleção da proposta mais vantajosa', consoante a declamação altissonante do caput do artigo 3° da Lei Ordinária Federal n° 8.666/93, não significa, simplesmente, a eleição da proposta que implique o menor preço ou custo; não pode a Administração, para selecionar a proposta mais vantajosa, desrespeitar os demais princípios e regras quanto à ampla competitividade que o procedimento licitatório deve assegurar aos administrados.

Pensamos, em apertada síntese, que a ética que rege a conduta da Administração Pública não é a mesma que informa a ordinária atividade empresarial capitalista, tanto que o caput do artigo 3° da Lei Ordinária Federal n° 8.666/93, antes de referir-se à seleção da proposta mais vantajosa, inicia proclamando que 'A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia'.

Entretanto, como inicialmente destacado, o certame foi finalizado, o que originou a Ata de Registro de Preços n° 24/SME/2008.

Portanto, as recomendações feitas por AUD (fl. 195) deverão, para preservar a legalidade e regularidade dos contratos oriundos da mencionada Ata, ser observadas pela Origem, na exata medida em que ressaltado pela Especializada ao pé da fl. 242v°, com o que anuímos.

A propósito, parece-nos conveniente, a juízo do Nobre Julgador, a remessa de ofício à Origem para ciência da conclusão de AUD presente nas fls. 242v°/243, com especial destaque para o excerto a seguir transcrito:

'Em relação às recomendações propostas, são relativas à execução do ajuste e podem ser incorporadas por meio de termos aditivos à Ata e ao Contrato, além de ser exigíveis por força de lei e/ou em virtude do poder-dever da Administração de correção e/ou adequação da execução contratual, que encontra-se em fase inicial'.

Por fim, destaque-se que não há informações acerca da existência, no âmbito desta Egrégia Corte, de qualquer processo destinado à

análise formal da licitação, da Ata dela decorrente, nem dos eventuais contratos supervenientemente celebrados.

Ante as razões expostas, s.m.j., acompanhamos as conclusões de AUD, presentes no item 4 do Relatório de Acompanhamento de Edital (fls. 193/194), reprisadas na manifestação de fls. 241/243, e submetemos ao elevado juízo decisório sugestão de se proceder ao acompanhamento dos desdobramentos da Ata de Registro de Preços n° 24/SME/2008, oficiando a Origem para conhecimento acerca da manifestação técnica de fls. 241/243" (folhas 246/251).

Novamente Oficiada, a Secretaria Municipal de Educação apresentou justificativas às folhas 259/263 em 18 de janeiro de 2010.

A conclusão final da Subsecretaria de Fiscalização e Controle manteve-se pela irregularidade do edital, sob os seguintes fundamentos:

"Tendo em vista as informações e documentos apresentados, concluímos que com exceção da recomendação 'e', não há novos elementos capazes de alterar nossas conclusões. Mantemos, assim, os itens:

a) Necessidade de divisão do objeto em lotes, em atendimento ao princípio da competitividade, haja vista que a reunião dos quantitativos do objeto ora licitado está em desacordo com o disposto na Constituição Federal, artigo 37 caput e inciso XXI e com a Lei Federal N.º 8.666/93;

b) Os quantitativos para comprovação da capacidade técnico-operacional, para efeito de habilitação do licitante de, no mínimo 830.819 quilos de leite em pó por mês revelam-se restritivos, em desacordo com o princípio da competitividade, previsto na Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI (item. 3.15.a);

c) Exigência dos documentos arrolados na Portaria SF n.º 14/98, por parte da contratada, como condição prévia à realização dos pagamentos, tendo em vista o disposto no artigo 71, parágrafo 2º, da Lei Federal N.º 8.666/93 (item 3.19);

d) Previsão de consulta ao CADIN Municipal, nas Minutas da Ata de Registro de Preços e do Contrato, no momento da lavratura destes ajustes, bem como nos desembolsos a serem efetuados pela Administração em favor da detentora/contratada, em atendimento à Lei Municipal N.º 14.094/05 e ao Decreto Municipal N.º 47.096/06 (item 3.20).

f) Não há nos autos justificativa para adoção do IGP-FIPE ou IGPM, tendo em vista que o produto leite em pó é uma commodity e tem variações próprias deste mercado (Item 3.22).

g) Previsão de mecanismos de controle que permitam a constatação de que os veículos utilizados para a entrega dos produtos às Unidades são os mesmos que constam no cadastro fornecido pela contratada e se possuem as características exigidas no item 8 do ANEXO I (item 3.23).

Consignamos que o certame do Pregão nº 90/SME/2008 foi concluído, originando a Ata de Registro de Preços nº 24/SME/2008, fls. 212/232".

A Assessoria Jurídica, em parecer conclusivo, opinou pela irregularidade do Edital nos seguintes dizeres:

Irregularidades:

1) Necessidade de divisão do objeto em lotes, em atendimento ao princípio da competitividade, haja vista que a reunião dos quantitativos do objeto ora licitado está em desacordo com o disposto na Constituição Federal, artigo 37 caput e inciso XXI e com a Lei Federal N.º 8.666/93 (item 3.4);

2) Restritividade nos quantitativos para comprovação da capacidade técnico-operacional, para efeito de habilitação do licitante de, no mínimo 830.819 [oitocentos e trinta mil oitocentos e dezenove] quilos de leite em pó por mês**,** em desacordo com o princípio da competitividade, previsto na Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI (item. 3.15.a).

"Passo a me manifestar acerca da resposta de fls. 259/262, apresentada pela Origem, e da análise de fls. 264/266, elaborada pela Coordenadoria VI.

Pela leitura dos autos, verifico que a Equipe de Auditoria realizou detalhada análise dos documentos coletados na Origem para a realização dos trabalhos, e elaborou minuciosos relatórios e manifestações ao longo do procedimento.

Os documentos e as considerações juntados pela Origem, especialmente na última oportunidade, não trouxeram novos elementos em relação aos que já haviam sido juntados às fls. 200/238, os quais foram considerados às fls. 246/251 por esta Assessoria como insuficientes para sanar os apontamentos feitos e para demonstrar terem sido atendidas as recomendações constantes do Relatório de Acompanhamento de Edital.

Neste sentido, e por não vislumbrar novos questionamentos de ordem jurídica em razão dos documentos acrescidos, acompanho o entendimento de AUD por seus próprios fundamentos, e opino pelo não acolhimento do Edital publicado.

Reitero, por fim, a informação prestada às fls. 266 no sentido de que o certame do pregão 90/SME/2008 já foi concluído, originando a Ata de Registro de Preços nº 24/SME/2008, fls. 212/232, e a sugestão de fls. 251, para consignar a possibilidade, caso se entenda justificado, de se proceder à análise dos desdobramentos da Ata mencionada".

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo acolhimento do instrumento convocatório, ressaltando que não houve nenhuma impugnação ao edital, nem administrativa nem judicial. Asseverou a existência de processos que analisam o procedimento de licitação e o respectivo contrato, nos quais as questões remanescentes poderiam ser mais bem apuradas. Finalmente, registrou a inexistência de prejuízo ao erário e de dolo ou má-fé por parte dos Agentes Públicos (folhas 276/298).

A Secretaria Geral, por seu turno, na esteira dos preopinantes, propôs o não acolhimento do Edital do Pregão, sob os seguintes fundamentos:

Irregularidades:

1) Necessidade de divisão do objeto em lotes, em atendimento ao princípio da competitividade, haja vista que a reunião dos quantitativos do objeto ora licitado está em desacordo com o disposto na Constituição Federal, artigo 37 caput e inciso XXI e com a Lei Federal N.º 8.666/93 (item 3.4);

2) Restritividade nos quantitativos para comprovação da capacidade técnico-operacional, para efeito de habilitação do licitante de, no mínimo 830.819 [oitocentos e trinta mil oitocentos e dezenove] quilos de leite em pó por mês**,** em desacordo com o princípio da competitividade, previsto na Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI (item. 3.15.a).

"Em que pesem as justificativas apresentadas pela Origem, também entendo que estas não tiveram o condão de sanar as impropriedades apontadas pela Auditoria às fls. 178/196 dos presentes autos.

Conforme consignado pelas Especializadas desta E. Corte de Contas, a decisão de concentrar em um único lote o objeto da licitação, sob a justificativa de que, assim, se potencializou o ganho econômico decorrente do efeito escala, não pode ser aceita, vez que implicou na redução da competitividade.

Neste sentido, vale destacar que a licitação se destina a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, ou seja, a licitação busca selecionar o contratante e a proposta que apresentem melhores condições para atender o interesse coletivo.

Assim, obter a proposta mais vantajosa não significa obter uma situação de menor custo, mas, sim, uma relação custo-benefício, onde a maior

vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.

Ainda, cumpre ressaltar que a obtenção da proposta mais vantajosa não autoriza a Administração a violar direitos e garantias individuais, devendo, assim, respeitar os princípios norteadores do ordenamento jurídico, em especial o da isonomia, que, conforme determinado no artigo 3º, da Lei Federal nº 8.666/93, a licitação se destina a garantir.

No tocante ao princípio da isonomia, vale destacar que tem como significado o livre acesso de todo e qualquer interessado à disputa pela contratação com a Administração, sendo certo que a ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos, produzindo, assim, a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas (vantajosidade).

Neste sentido, ensina o ilustre Profº. Marçal Justen Filho:

> *'O Estado não está autorizado a escolher certa solução fundando-se exclusivamente no argumento da economicidade. Como regra, a máxima vantagem econômica é insuficiente para validar um ato administrativo infringente das regras acerca de formalidades. O exemplo mais evidente é o da contratação direta, sem prévia licitação: ainda que vantajosa, não se pode ser adotada senão nas hipóteses autorizadas pela Lei'.*

Por todo o exposto, em que pese o fato de a Origem, mesmo sem sanar as referidas impropriedades ou atender as recomendações feitas, ter finalizado o certame e formalizado a Ata de Registro de Preços nº 24/SME/2008, entendo que o edital ora examinado não merece ser acolhido" (folhas 299/303).

No **TC 2.551/09-38**, a conclusão inicial da Coordenadoria III foi no sentido da irregularidade do procedimento do Pregão 90/2008 e do Contrato 59/2009 dele decorrente, em razão do seguinte:

I) Irregularidade do Pregão nº 90/SME/2008, em razão das seguintes infringências:

a) decorrer de edital considerado irregular;

b) ofensa ao princípio da competitividade, artigo 37 Caput e inciso XXI da Constituição Federal e artigo 3° da Lei Federal nº 8.666/93 - pela licitação do objeto em um único lote (item 12.1-e.1) e consequente comprovação de capacidade de fornecimento de 50% do objeto licitado tornar-se restritiva (item 12.10);

c) infringência ao parágrafo 7º do artigo 15, inciso II e

parágrafo 2º do artigo 40, inciso II da Lei Federal nº 8.666/93 e artigo 2º, incisos III e IX do Decreto Municipal nº 44.279/03 - pela falta de definição das quantidades a serem adquiridas individualmente do ITEM 1 e ITEM 2 (item 12.1-e.2 e 12.9).

II) Irregularidade da Ata de Registro de Preços nº 24/SME/2008, por derivar de licitação tida por irregular;

III) Irregularidade do Contrato nº 59 de 2009, em razão de:

a) decorrer de licitação e Ata de Registro de Preço consideradas irregulares;

b) infringência ao artigo 2º, inciso I do Decreto Municipal nº 44.279/03 e cláusula 2.3.2 do Edital (fl. 71) - falta de justificativa da quantidade a ser adquirida (item 15.1);

c) infringência ao artigo 18 Parágrafo 3º do Decreto Municipal nº 44.279/03 - falta de comprovação da delegação para assinatura do despacho de autorização (item 15.8) e do contrato (item 15.13);

d) infringência ao artigo 1º da Lei Municipal nº 13.226/01 - informações relativas ao contrato não foram disponibilizadas no site da PMSP (item 15.21) (folhas 575/586).

Oficiada a Secretaria Municipal de Educação, na pessoa do seu então Secretário (foram enviados 6 – seis – Ofícios no total, sendo o primeiro Ofício enviado dia 28 de setembro de 2009 e o último em abril de 2010 – vide folha 605). Contudo, a Origem não se pronunciou.

Intimados, o Ordenador da Despesa do Pregão, o Pregoeiro, os Ordenadores de Despesa dos Contratos e os Signatários dos Ajustes apresentaram defesa (sendo que a Contratada Nestlé, apresentou defesa enviada por meio da Origem), sustentando, em síntese, a regularidade de todo o procedimento e do contrato, sob os seguintes argumentos:

Quanto à realização da licitação em um único lote do produto, arguiu ser a escolha mais adequada por assegurar a uniformidade no atendimento da municipalidade, pelos seguintes motivos: 1. Dificuldades na aquisição de diferentes procedências do produto quando distribuídos em regiões circunvizinhas, as quais poderiam culminar no questionamento entre munícipes/comunidades, bairros e unidades escolares; 2. Reduzir os riscos para evitar solução de continuidade do Programa Leve Leite, evitando que a definição de lotes fracionados permita o registro de preço de produto por empresa que não tenha estrutura ou capacidade para atender o volume de entrega (quantidade e logística); 3. A aquisição de um grande lote do produto certamente resultará em economia para o Município, se comparado à aquisição de 4 lotes menores, uma vez que representará melhores condições de negociação entre vendedor e seus

fornecedores. Reforça esse argumento sustentando que pode ser observada alta economia, em decorrência do aumento da escala da contratação, que se comprova por ocasião das pesquisas realizadas previamente à publicação do Edital.

Em relação à comprovação da capacidade de fornecimento, sustentou ser fundamental a comprovação pelas empresas de fornecimento do produto condizente com 100% do volume licitado em razão do seguinte: 1.o Programa Leve Leite abrange mais de 900.000 alunos da rede municipal de ensino e importa na montagem de uma grande estrutura de logística; 2.evitar solução de continuidade na entrega do leite em pó pelo período de 12 meses; 3. experiência anterior da Administração Pública com empresas contratadas que não conseguiram cumprir suas obrigações contratuais.

O Pregoeiro acrescentou que "a exigência de comprovação de fornecimento de 50% do objeto licitado é adequada e não visa limitar a competitividade, conforme entendimento pacificado e sumulado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Súmula 24)".

No que diz respeito à falta de definição das quantidades a serem adquiridas individualmente do Item 1 e Item 2, alegou que a potencial existência de fornecedores distintos para o item 1,entrega nas unidades escolares, e para o item 2, entrega centralizada, não torna obrigatória a estipulação de quantidades diferenciadas para cada tipo de fornecimento, pois a aquisição decorrente do registro de preço deveria ser realizada prioritariamente por meio do sistema de fornecimento centralizado para o item 2 e as contratações celebradas com fundamento no Item 1 deveriam ser realizadas apenas em caráter excepcional, após devidamente justificadas pelo órgão contratante.

Aduziu que os diferentes sistemas de aquisição foram pensados objetivando o aprimoramento do sistema de entrega anteriormente adotado pela Secretaria Municipal de Gestão. Sustentou que a manutenção do sistema de entregas do produto nas unidades escolares, Item 1, se deveu à necessidade de garantir a adequada transição do sistema de entregas, anteriormente existente, ao sistema de entregas domiciliares que passou a ser gerenciado pelos Correios, com a entrega do produto de forma centralizada pela vencedora do Item 2.

Destacou, também, que a estipulação de quantidades estimadas para as aquisições a serem realizadas para cada um dos itens não seria sequer possível de ser realizada, em virtude da grande quantidade de variáveis que poderiam incidir sobre a implantação da nova sistemática de entrega implantada pelos Correios e que poderia acarretar a aquisição de produto pelo sistema de entrega nas unidades escolares.

Por fim, alegou que a estipulação de quantitativos diferenciados para aquisições a serem realizadas com fundamento em cada um dos itens descritos no Edital seria incompatível com a sistemática de preponderância das aquisições previstas no item 2.3.1 do instrumento convocatório.

O Pregoeiro acrescentou que *"o apontamento da Auditoria consubstancia-se em mero vício de formalidade, pois a quantidade a ser contratada foi identificada no item 2.1 do objeto do Edital combinado com os Anexos I, II e III do Edital. Registra que a quantidade individual de item 1 será de 1.661.638 latas de 1kg de leite em pó integral e a quantidade individual do item 2 será de 1.661.638 latas de 1 kg de leite em pó integral. Não há possibilidade de equívoco ou não entendimento das quantidades individuais de cada um dos itens contratados, vez que cada quilograma corresponde a 1 item individualizado, seja para o item 1 ou para o item 2."*

No tocante à ausência de comprovação de amparo legal para a delegação de competência ao Chefe de Gabinete para assinar despacho de autorização e contratos, o Responsável arguiu que o Decreto Municipal nº 49.961/08 determina a competência da SME para tratamento dos assuntos referentes aos recursos orçamentários do Programa Leve Leite e que a Portaria nº 3.588/99 determina a competência do Chefe de Gabinete da SME para assinar despacho de autorização e contratos (folhas 619/708).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle em uma segunda análise, ratificou as conclusões acerca das análises do Pregão nº 90/SME/2008 e do Contrato nº 59/SME/2009, retificando, apenas, o item "c" da conclusão da análise do Contrato, "*falta de comprovação da delegação para autorizar a contratação*".

Sobre a ilegalidade na realização de licitação em lote único, manteve o apontamento, registrando que "aquela Auditoria constatou que a utilização do percentual de 50% se revelava restritiva, pois a quantidade mensal estimada era de 1.661.638 quilos de leite em pó e, portanto, a comprovação da capacidade de fornecimento seria de no mínimo 830.819 kg/mês".

No que tange à falta de definição das quantidades a serem adquiridas, ressaltou que *"no seu Relatório inicial, a Auditoria demonstrou que o Edital somente previu o quantitativo total na soma das entregas dos itens 1 e 2, sem que houvesse planejamento da quantidade de cada um dos itens ao longo da validade da* ***Ata de Registro de Preços****. Assim, as quantidades relativas aos itens 1 e 2 deveriam ser previstas individualmente e constar do Edital, não tendo, contudo, ocorrido desta maneira"* (folhas 733/736).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo endossou o entendimento da Auditoria no sentido da irregularidade do certame em razão do não fracionamento do objeto em lotes, objetivando maior competitividade.

Como consequência da ausência de fracionamento operou-se restrição à participação do universo de interessados, haja vista que a exigência de qualificação técnica foi muito maior.

Também acompanhou a Especializada no tocante à falta de previsão dos quantitativos para entregas dos Itens 1 e 2 individualmente.

No que diz respeito ao Contrato, opinou igualmente por sua irregularidade, relevando, todavia, o apontamento sobre ausência de publicação das informações relativas aos contratos na página eletrônica específica "compras.prefeitura.sp.gov.br", haja vista ter sido publicada no sítio "e-negocioscidadesp.prefeitura.sp.gov.br", cumprindo a finalidade legal de publicidade e transparência (folhas 739/748).

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pela regularidade do Pregão e dos Contratos ou, subsidiariamente, pela aceitação de seus efeitos financeiros (folha 750/767).

A Secretaria Geral por derradeiro, na esteira das manifestações dos Órgãos Técnicos, opinou pela irregularidade do Pregão e Contrato 59/2009, nos seguintes termos:

"observo que quanto a disponibilização dos dados principais do contrato no site "e-negocioscidadesp.prefeitura.sp.gov.br" supriu a infringência apontada, uma vez que esta se reveste de caráter meramente formal e não lesou o interesse público. Desta forma, embora a destempo, cumpriu a sua finalidade, dando publicidade ao ajuste.

Neste sentido, ensina Marçal Justen Filho:

> *"O instrumento contratual somente produzirá efeitos, de regra, após publicado na imprensa oficial. A ausência de publicação do extrato não é causa de sua invalidade. O defeito não afeta a contratação.*
>
> *A publicação é condição para o contrato produzir efeitos. Na ausência ou no defeito da publicação, a situação se regularizaria com nova publicação".*

De fato, a ausência de publicação não invalida o contrato, nem desfaz o vínculo, apenas é causa de sua ineficácia. Assim, tal irregularidade foi sanada com a publicação, ainda que extemporânea.

Este E. Tribunal, em diversos julgados, tem relevado este tipo de mácula.

No que se refere ao princípio da competitividade, a meu ver, as exigências do Pregão contrariam o art. 23, §1º da lei de licitação, que assim determina:

"Art. 23.....

§1º - As obras, serviços, e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala".

Sobre a matéria assim se pronuncia o Prof. Marçal Justen Filho:

"O art. 23, § 1º, impõe o fracionamento como obrigatório. A regra retrata a vontade legislativa de ampliar a competitividade e o universo de possíveis interessados. O fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica. Isso aumenta o número de pessoas em condições de disputar a contratação, inclusive pela redução dos requisitos de habilitação (que serão proporcionados à dimensão dos lotes). Trata-se não apenas de realizar o princípio da isonomia, mas da própria eficiência. A competição produz redução de preços e se supõe que a Administração desembolsará menos, em montantes globais, através da realização de uma multiplicidade de contratos de valor inferior do que pela pactuação de contratação única."

Portanto, não existe dúvida de que a infringência às normas disciplinadoras ocorreram, constituindo irregularidades na licitação apresentada.

Quanto às demais infringências constatadas no procedimento licitatório e na contratação, considero que as manifestações contidas nas defesas apresentadas não modificaram as conclusões dos órgãos Técnicos desta Casa, pelo que concordo com a AJCE pela irregularidade do Pregão nº 90/SME/2008 e do Contrato nº 59/SME/2009, sem prejuízo das determinações que a critério do Nobre Cons. Relator julgar cabíveis" (folhas 769/774).

No **TC 3.400/09-98** as conclusões alcançadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral referentes ao Contrato 119/2009 foram exatamente as mesmas daquelas pontuadas no TC 2.551/09-38 que analisou o Contrato 59/2009, a saber:

Conclusão da Coordenadoria:

*"O Contrato nº. 119/SME/2009 é **IRREGULAR** em virtude de:*

*1. Derivar de **Licitação e Ata de Registro de Preços** consideradas irregulares (Item 15.1);*

*2. a quantidade solicitada **não estar justificada**, tendo em vista que não consta do processo administrativo quais serão os alunos atendidos com esse quantitativo e o estoque já existente. (Item 15.1);*

*3. não constar no Despacho de Autorização **a delegação de competência** para este ato à Secretária Municipal de Educação Adjunta e à Chefe de Gabinete. (Item 15.8);*

*4. não constar no processo a **delegação de competência** à Chefe de Gabinete para assinatura do Contrato. (Item 15.14);*

5. Infringência ao art. 1º da Lei Municipal nº. 13.226/01, por não serem disponibilizadas no site da Prefeitura do Município, as informações relativas ao contrato (Item 15.21).

Por fim, entendemos necessária recomendação à Origem para que passe a efetuar consulta ao CADIN anteriormente às contratações e respectivos pagamentos, juntando cópia da referida pesquisa nos processos administrativos (Item 16)."

Oficiada, a Secretaria Municipal de Educação, alegou, quanto à afirmação de que a quantidade solicitada não está justificada, tendo em vista que não consta do processo administrativo quais serão os alunos atendidos com esse quantitativo e o estoque já existente. (Item 15.1); que, conforme esclarecimentos do Departamento Escolar, que a quantidade solicitada é sempre estimada com base na necessidade apurada pelo sistema e consideram-se os alunos com frequência igual ou superior a 90%.

Quanto à delegação de competência para assinatura do despacho, arguiu que a competência para autorização da aquisição e assinatura de contratos está delegada à Chefia de Gabinete, conforme Portaria 3.588, de 29/07/99, Itens I.13 e I.17(fl. 93).

A Contratada Nestlé, apresentou defesa enviada por meio da Origem.

Em novo exame, a Auditoria, reiterou sua conclusão nos seguintes dizeres:

Diante de todo o exposto, reti-ratificamos a conclusão anteriormente exarada nos seguintes termos:

*"O Contrato nº. 119/SME/2009 é **IRREGULAR** em virtude de:*

1. Derivar de Licitação e Ata de Registro de Preços consideradas irregulares (Item 15.1);

2. a quantidade solicitada não estar justificada, tendo em vista que não consta do processo administrativo quais serão os alunos atendidos com esse quantitativo e o estoque já existente. (Item 15.1);

3. Infringência ao art. 1º da Lei Municipal nº. 13.226/01, por não serem disponibilizadas no site da Prefeitura do Município, as informações relativas ao contrato (Item 15.21).

Por fim, entendemos necessária recomendação à Origem para que passe a efetuar consulta ao CADIN anteriormente às contratações e respectivos pagamentos, juntando cópia da referida pesquisa nos processos administrativos (Item 16)."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, assim concluiu pela irregularidade do Contrato:

Irregularidades:

1) Necessidade de divisão do objeto em lotes, em atendimento ao princípio da competitividade, haja vista que a reunião dos quantitativos do objeto ora licitado está em desacordo com o disposto na Constituição Federal, artigo 37 caput e inciso XXI e com a Lei Federal N.º 8.666/93 (item 3.4);

2) Restritividade nos quantitativos para comprovação da capacidade técnico-operacional, para efeito de habilitação do licitante de, no mínimo 830.819 [oitocentos e trinta mil oitocentos e dezenove] quilos de leite em pó por mês**,** em desacordo com o princípio da competitividade, previsto na Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI (item. 3.15.a).

"A Especializada realizou pormenorizada análise do Contrato e das defesas apresentadas aos autos, que permitiu tornar superada a questão referente à delegação de competência, mantidos os demais apontamentos.

De nossa parte, acompanhamos o entendimento da Auditoria por seus próprios fundamentos, com exceção da conclusão referente à ausência de disponibilização dos dados do contrato no site da Prefeitura.

Com efeito, a Auditoria informou que "Até a conclusão da presente análise não foram disponibilizadas no site da Prefeitura do Município em sua página da internet, as informações relativas ao contrato em análise, infringindo o art. 1º da Lei Municipal nº 13.226/01." (fls. 79). Posteriormente, reiterou: "Como a

própria SME alega, disponibilizou as informações no site do e-negócios e não no site da Prefeitura do Município, como ordena o art. 1º da Lei Municipal nº 13.226/01" (fls. 102vº).

A esse respeito, observamos que a Lei Municipal n 13.226/2001 determina que "O Poder Executivo deverá disponibilizar na Internet, através da página eletrônica da Prefeitura Municipal de São Paulo, todos os dados e informações relativos aos contratos, bem como o acompanhamento da execução de obras e serviços realizados pelas empresas prestadoras contratadas" (artigo 1º).

Ainda que tenha sido criada uma página eletrônica específica ("compras.prefeitura.sp.gov.br/contratos") e ainda que nesta página as informações do contrato não tenham sido inseridas até o momento de realização da Auditoria, entendemos que a disponibilização dos dados principais do contrato no site "e-negocioscidadesp.prefeitura.sp.gov.br" cumpre a finalidade legal de publicidade e transparência.

Ademais, entendemos que a eventual ausência de disponibilização das informações relativas ao contrato no site da Prefeitura também não comprometeria o ajuste em si, ainda que caracterizasse afronta à Lei Municipal nº 13.226/01 e pudesse ser objeto de reprimenda por esta Egrégia Corte.

Não obstante, sugerimos recomendar à Unidade Auditada que providencie, a cada 15 dias (artigo 3º da Lei Municipal nº 13.226/01), o encaminhamento, por correio eletrônico, dos textos que devem ser disponibilizados na Internet, à Coordenadoria do Governo Eletrônico da Secretaria Municipal de Comunicação e Informação Social, permitindo o acesso público também ao acompanhamento da execução contratual, de modo a cumprir integralmente o artigo 1º da Lei Municipal nº 13.226/01.

Diante de todo o exposto, entendemos que o contrato em análise é irregular pelas razões apontadas pela Auditoria, excepcionada a questão da disponibilização dos dados do ajuste na página da Prefeitura na internet.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo acolhimento do ajuste.

A Secretaria Geral, por sua vez, propôs o não acolhimento do Contrato, nos seguintes dizeres:

Irregularidades:

1) Necessidade de divisão do objeto em lotes, em atendimento ao princípio da competitividade, haja vista que a reunião dos quantitativos do objeto ora licitado está em desacordo com o disposto na Constituição Federal, artigo 37 caput e inciso XXI e com a Lei Federal N.º 8.666/93 (item 3.4);

2) Restritividade nos quantitativos para comprovação da capacidade técnico-operacional, para efeito de habilitação do licitante de, no mínimo 830.819 [oitocentos e trinta mil oitocentos e dezenove] *quilos de leite em pó por mês, em desacordo com o princípio da competitividade, previsto na Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI (item. 3.15.a).*

"No que tange a questão referente à delegação de competência, considerando as defesas acrescidas aos autos, pode ser superada.

De minha parte, observo que quanto a disponibilização dos dados principais do contrato no site "e-negocioscidadesp.prefeitura.sp.gov.br" supriu a infringência apontada, uma vez que esta se reveste de caráter meramente formal e não lesou o interesse público. Desta forma, embora a destempo, cumpriu a sua finalidade, dando publicidade ao ajuste.

Neste sentido, ensina Marçal Justen Filho:

> *"O instrumento contratual somente produzirá efeitos, de regra, após publicado na imprensa oficial. A ausência de publicação do extrato não é causa de sua invalidade. O defeito não afeta a contratação.*
>
> *A publicação é condição para o contrato produzir efeitos. Na ausência ou no defeito da publicação, a situação se regularizaria com nova publicação".*
>
> *De fato, a ausência de publicação não invalida o contrato, nem desfaz o vínculo, apenas é causa de sua ineficácia. Assim, tal irregularidade foi sanada com a publicação, ainda que extemporânea.*
>
> *Este E. Tribunal, em diversos julgados, tem relevado este tipo de mácula.*
>
> *Quanto às demais infringências constatadas na contratação, considero que as manifestações contidas nas defesas apresentadas não modificaram as conclusões dos órgãos Técnicos desta Casa, pelo que concordo com a AJCE pela irregularidade do Contrato nº 119/SME/2009, sem prejuízo das determinações que a critério do Nobre Cons. Relator julgar cabíveis."*

No **TC 3.526/09-26** a conclusão inicial da Coordenadoria III foi no sentido da irregularidade da execução do contrato nº 119/2009, nos seguintes termos:

"Os fatos, a seguir expostos, apurados no período de abrangência desta Auditoria denotam que os controles utilizados pela Secretaria

Municipal de Educação no acompanhamento do Contrato n.º 119/SME/2009, com valor empenhado de R$ 19.205.701,20, ainda não liquidado e pago até a conclusão da presente auditoria, não permitem garantir com segurança, quanto aos aspectos de qualidade e quantidade, que sua execução vem sendo efetuada nos termos pactuados, devido aos seguintes motivos:

4.1 – Diversamente do estipulado na Cláusula Terceira do contrato, as entregas foram realizadas em 5 armazéns dos Correios espalhados pela cidade. Entendemos que a SME deve formalizar a alteração do local de entrega por meio de Termo Aditivo. (Item 3.3.2)

4.2 – O veículo/transportadora (placa NFO 8470) que efetuou a entrega do dia 04.11.09 (NF nº. 58.579) não constava da relação encaminhada pela Nestlé à SME infringindo o item 6.3 da Cláusula Sexta da Ata de Registro de Preços. (Item 3.3.2.1)

4.3 – Não constaram na Nota Fiscal nº 58.579, as placas da carreta e do cavalo do veículo que efetuou a entrega. (Item 3.3.2.1)

4.4 – O recebimento dos produtos é efetuado única e exclusivamente pelo funcionário da EBCT que confere apenas os quantitativos (embalagem secundária - caixas) de acordo com a Nota Fiscal. (Itens 3.3.2.1 e 3.3.2.2)

4.5 – Eventuais problemas com as embalagens primárias (latas), somente são constatados posteriormente à entrega. Segundo os responsáveis pelos Armazéns visitados, tais problemas somente são comunicados à SME posteriormente, não constando, portanto, dos protocolos de recebimento. (Itens 3.3.2.1 e 3.3.2.2)

4.6 – O cronograma de entrega do dia 04.11.09 previa um total de 1.620 caixas. De acordo com a Nota Fiscal nº 58.579 a quantidade corresponde a 1.512 caixas num total de 28 pallets. Portanto, em cada pallet transporta-se 54 caixas (1512 caixas / 28 pallets). Todavia, constatamos que o funcionário da EBCT atestou o recebimento de 1.620 caixas na guia de remessa e 30 pallets no protocolo de recebimento. Trata-se de falha grave que pode ensejar pagamento indevido a contratada e que carece de medidas saneadoras por parte da SME no intuito de corrigir o procedimento atualmente adotado de recebimento e controle. (Item 3.3.2.1)

4.7 – Não consta nas Notas Fiscais o número do Lote correspondente aos produtos entregues. (Itens 3.3.2.1 e 3.3.2.2)

4.8 – Não consta nos protocolos efetuados pela EBCT nas guias de remessa que acompanham as Notas Fiscais o nome do Motorista e a Placa do Veículo (carreta e cavalo) que efetuou a entrega, infringindo o item 6.2.8 da Cláusula Sexta da Ata de Registro de Preços. (Itens 3.3.2.1 e 3.3.2.2)

4.9 – Não consta na documentação enviada pela contratada o Alvará Sanitário do veículo (cavalo) placa CSK-3057 que efetuou a entrega do dia 05.11.09 (NF nº. 58.925), infringindo o item 6.3 da Cláusula Sexta da Ata de Registro de Preços. (Item 3.3.2.1)

4.10 – Cada Nota Fiscal de entrega é acompanhada por uma cópia da Guia de Remessa "original" contendo o Total Geral de caixas a ser entregue e não o respectivo saldo. Assim sendo, entendemos que a Guia de Remessa deixa de ser um documento de controle, uma vez que ela não expressa as Notas Fiscais que a compõe e o respectivo saldo a entregar. (Item 3.3.2.1)

4.11 – Não consta na documentação enviada pela contratada o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículos – CRLV do veículo placa HIJ-3927 que efetuou a entrega do dia 06.11.09 (NF nº. 1.440), contrariando o item 6.3 da Cláusula Sexta da Ata de Registro de Preços. (Item 3.3.2.2)

4.12 - Até a conclusão da presente auditoria, a Secretaria Municipal de Educação não efetuou pagamento à contratada, o que prejudicou a análise quanto a este item. (Item 3.3.3)

4.13 – Tendo em vista a fragilidade dos procedimentos de recebimento e controle atualmente utilizados chegamos às seguintes conclusões: 1) tais procedimentos impedem o cumprimento do controle prévio previsto no item 7.1.4 da Cláusula Sétima da Ata de Registro de Preços e não nos permitem afirmar com segurança se os quantitativos que serão pagos foram objeto de Inspeção e se estão acompanhados dos necessários laudos laboratoriais; e 2) tais procedimentos não nos permitem afirmar com segurança se os produtos que apresentaram problemas, imputáveis à contratada, foram efetivamente excluídos dos quantitativos que serão pagos. (Item 3.3.4)

4.14 - Tendo em vista as constatações relativas às entregas de produtos efetuadas por veículos que não constavam da relação enviada pela contratada e sem o devido alvará da vigilância sanitária, desatendendo cláusula da Ata de Registro de Preços, entendemos que cabe a aplicação da penalidade estabelecida nos termos do item 6.1.2.1 no montante de R$ 30.894,05. (Item 3.3.5)" (folhas 242/251).

Por diversas vezes Oficiada, a Secretaria Municipal de Educação não se pronunciou.

Intimados os gestores do contrato, Carmem Cecília Kremer Marcos e Evandro Cesar Caneli, ambos apresentaram defesa às folhas 284/289.

O Sr.Evandro informou que nas datas constantes da irregularidades não respondia mais pela gestão do contrato, tendo sido efetivado o seu desligamento do contrato em questão em setembro/2008.

A Sra. Carmen pugnou pela regularidade da execução contratual, alegando ter enviado tempestivamente ao Departamento de Merenda Escolar a sua manifestação.

Em novo pronunciamento, a Coordenadoria II reiterou integralmente as suas conclusões, entendendo que não foram trazidos novos elementos aos autos, capazes de alterar o relatório inicial (folhas 290/293).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, endossou integralmente a conclusão da Auditoria, por seu caráter iminentemente técnico, opinando igualmente pela irregularidade da execução contratual (folhas 298/299)

A Procuradoria da Fazenda Municipal trouxe aos autos esclarecimentos prestados pela Secretaria Municipal de Educação. Consta da manifestação da Origem, também os esclarecimentos prestados pela Contratada a pedido da Origem (folhas 301/318).

Apreciados, a Coordenadoria II novamente ratificou suas conclusões iniciais no sentido da irregularidade da execução contratual, ressaltando as falhas nos controles utilizados pela SME, nos seguintes dizeres:

"Nos termos do despacho de fl. 320, apresentamos a seguir manifestação com relação à defesa apresentada, transcrevendo primeiramente a constatação do Relatório de Acompanhamento, em seguida os esclarecimentos da SME, e por fim, os comentários da Auditoria. Para alguns itens, foi solicitado esclarecimento à empresa contratada que foram considerados pela SME para suas justificativas e manifestação.

4.1-**Entregas não foram centralizadas**.*Diversamente do estipulado na Cláusula Terceira do contrato, as entregas foram realizadas em 5 armazéns dos Correios espalhados pela cidade. Entendemos que a SME deve formalizar a alteração do local de entrega por meio de Termo Aditivo. (Item 3.3.2)*

SME: Informa (fl. 316) que desde o início das negociações ficou claro que um único armazém não seria suficiente para a demanda e ficou definido que a entrega seria realizada em cinco armazéns da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), embora conste do contrato que a entrega do leite em pó integral pelo fornecedor ocorreria em um único armazém. Afirma, ainda, que a Secretaria concorda com a oficialização desta prática por meio de termo aditivo ao contrato.

Comentários da Auditoria: Apesar de a Secretaria concordar com a Auditoria quanto à formalização da alteração do local de entrega por meio de termo aditivo, não juntou evidência de que essa formalização tenha ocorrido. Desse modo, mantemos o apontado.

4.2–**Veículo utilizado não constante da relação oficial.** *O veículo/transportadora (placa NFO 8470) que efetuou a entrega do dia 04.11.09 (NF nº. 58.579) não constava da relação encaminhada pela Nestlé à SME infringindo o item 6.3 da Cláusula Sexta da Ata de Registro de Preços. (Item 3.3.2.1)*

SME: Informa (fl. 316) que, segundo esclarecimentos da empresa Nestlé do Brasil Ltda., o veículo em questão é utilizado em situações de emergência ou contingência e que por este motivo, sua documentação não havia sido encaminhada. Foram enviadas cópias da licença sanitária e do certificado de licenciamento do veículo em questão, fls. 304/305.

Comentários da Auditoria: Se a empresa tem veículos que são utilizados especificamente em situações de emergência, eles deveriam constar na relação dos veículos encaminhada pela Nestlé à SME, portanto, mantemos o apontado.

4.3–**Ausência das placas do veiculo nas notas fiscais**. *Não constaram na Nota Fiscal nº. 58.579, as placas da carreta e do cavalo do veículo que efetuou a entrega. (Item 3.3.2.1)*

SME: Alega (fl. 316) que, segundo esclarecimentos da empresa Nestlé do Brasil Ltda., a falha no apontamento da placa do veículo na nota fiscal de entrega foi um caso pontual e que a empresa reforçou junto aos colaboradores envolvidos na operação a importância de constar o dado solicitado em todas as notas fiscais.

Comentários da Auditoria: Os esclarecimentos da empresa, endossados pela Secretaria, corroboram com o constatado pela Auditoria, mantemos, portanto, o apontamento.

4.4–**Apenas um funcionário dos Correios recebe os produtos.** *O recebimento dos produtos é efetuado única e exclusivamente pelo funcionário da EBCT que confere apenas os quantitativos (embalagem secundária – caixas) de acordo com a Nota Fiscal. (Itens 3.3.2.1 e 3.3.2.2)*

4.5–**Problemas com embalagens são verificados depois da entrega**. *Eventuais problemas com as embalagens primárias (latas), somente são constatados posteriormente à entrega. Segundo os responsáveis pelos Armazéns visitados, tais problemas somente são comunicados à SME posteriormente, não constando, portanto, dos protocolos de recebimento. (Itens 3.3.2.1 e 3.3.2.2)*

SME: Informa (fl. 317) que a orientação para recebimento do leite em pó integral nos armazéns da EBCT é para conferir o número do lote (que deve constar do laudo de análise previamente autorizado pelo Técnico do DME) e a quantidade de caixas de leite apontada na Nota Fiscal (que deve estar de acordo com o cronograma de entrega elaborado pela EBCT e Nestlé, com acompanhamento e autorização do DME).

Informa, ainda, que, para melhorar a qualificação dos responsáveis pelo recebimento do leite, promoverá um treinamento, para esses responsáveis, com os pontos a serem observados na entrega do leite e a elaboração de um Manual de Procedimentos. Para a avaliação dos procedimentos adotados, um técnico do DME passará a realizar visitas aleatórias semanais nos armazéns (fl. 317).

Comentários da Auditoria: Não há evidências de que as citadas providências foram adotadas pela Secretaria e que elas tenham sido eficientes para sanar os problemas apontados, em especial, o ateste de recebimento anterior à verificação das embalagens primárias (latas). Dessa forma, mantemos o apontado.

*4.6–***Entrega de quantidade inferior à atestada***. O cronograma de entrega do dia 04.11.09 previa um total de 1.620 caixas. De acordo com a Nota Fiscal nº. 58.579 a quantidade corresponde a 1.512 caixas num total de 28 pallets. Portanto, em cada pallet transporta-se 54 caixas (1512 caixas / 28 pallets). Todavia, constatamos que o funcionário da EBCT atestou o recebimento de 1.620 caixas na guia de remessa e 30 pallets no protocolo de recebimento. Trata-se de falha grave que pode ensejar pagamento indevido a contratada e que carece de medidas saneadoras por parte da SME no intuito de corrigir o procedimento atualmente adotado de recebimento e controle. (Item 3.3.2.1)*

SME: Esclarece (fl. 317) que a empresa encaminhou e-mail (fl. 306) ao DME com antecedência de um dia, informando sobre a referida entrega a menor com a devida justificativa. O complemento da nota fiscal (108 caixas) foi entregue no mesmo armazém no dia 9.11.2009, conforme documentos às fls. 307/309, onde pode ser comprovado o acréscimo de 108 caixas às 1279 previstas, totalizando as 1387 caixas entregues.

Com relação ao ateste indevido do funcionário da EBCT, informa que já foram reiteradas as orientações para recebimento, de forma a evitar reincidência (fl. 317).

Comentários da Auditoria: De acordo com os esclarecimentos prestados pela Secretaria, a entrega a menor foi informada e justificada pela empresa contratada, portanto a falha que permaneceu foi o ateste de recebimento a maior do que o real, feito por funcionário da EBCT. Não é possível verificar se a reiteração das orientações para recebimento evitou a reincidência do ocorrido.

De qualquer forma, as informações da SME não alteram a falha de ateste do funcionário do EBCT apontada na conclusão do Relatório do Acompanhamento.

*4.7–**Não consta nas Notas Fiscais o número do Lote** correspondente aos produtos entregues. (Itens 3.3.2.1 e 3.3.2.2)*

SME: Informa (fl. 317) que não houve exigência da inserção do número do lote na nota fiscal que acompanha a carga. Esclarece, ainda, para garantir que só sejam entregues lotes que efetivamente tenham sido aprovados pelo Controle de Qualidade, passou-se a exigir que as notas fiscais sejam acompanhadas de cópia do laudo de inspeção e análise, onde consta o número do lote.

Comentários da Auditoria: O fato da Origem passar a exigir que as notas fiscais sejam acompanhadas de cópia do laudo de inspeção e análise corrobora a constatação da Auditoria de que é necessária a informação do número do lote correspondente aos produtos entregues.

Não é possível atestar se o novo procedimento realmente passou a ser adotado. De qualquer forma, as informações da SME não alteram a falta de informação do número do lote nas notas fiscais, apontada na conclusão do Relatório do Acompanhamento.

4.8–**Falta do nome do motorista e placa do veículo nos protocolos feitos pelo Correios.** *Não consta nos protocolos efetuados pela EBCT nas guias de remessa que acompanham as Notas Fiscais o nome do Motorista e a Placa do Veículo (carreta e cavalo) que efetuou a entrega, infringindo o item 6.2.8 da Cláusula Sexta da Ata de Registro de Preços. (Itens 3.3.2.1 e 3.3.2.2)*

SME: Esclarece (fl. 317) que a Nota Fiscal que acompanha a mercadoria apresenta o nome da empresa transportadora e a placa do veículo, o que permite a identificação e o rastreio da carga, mas que serão tomadas as medidas necessárias para garantir que o nome do motorista e a placa do veículo sejam inseridos na Guia de Remessa no momento do recebimento.

Comentários da Auditoria: Os esclarecimentos prestados pela SME não modificam a ausência do nome do motorista e da placa do veículo nas guias de remessa e o descumprimento de cláusula da Ata de Registro de Preços, conforme conclusão do relatório. Dessa forma, mantemos o apontado.

4.9–**Falta de alvará sanitário***. Não consta na documentação enviada pela contratada o Alvará Sanitário do veículo (cavalo) placa CSK-3057 que efetuou a entrega do dia 05.11.09 (NF nº. 58.925), infringindo o item 6.3 da Cláusula Sexta da Ata de Registro de Preços. (Item 3.3.2.1)*

SME: Informa (fl. 318) que, conforme cópia da nota fiscal nº. 58.925 (fl. 310) o veículo que efetuou a entrega do produto tem placa CSK-3098 e junta, à fl. 311, o Alvará Sanitário nº. 15659/08/901, onde consta a placa do veículo.

Comentários da Auditoria: Os documentos apresentados, nota fiscal e alvará, já constam do processo às fls. 82 e 169, respectivamente. A constatação do relatório refere-se à Alvará Sanitário do veículo cavalo, placa CSK-

3057, que não constava do processo à época da realização do acompanhamento e não foi apresentada na manifestação da Origem, ora analisada. Dessa forma, mantemos o apontado.

4.10–**Falhas nos controles**. *Cada Nota Fiscal de entrega é acompanhada por uma cópia da Guia de Remessa "original" contendo o Total Geral de caixas a ser entregue e não o respectivo saldo. Assim sendo, entendemos que a Guia de Remessa deixa de ser um documento de controle, uma vez que ela não expressa as Notas Fiscais que a compõe e o respectivo saldo a entregar. (Item 3.3.2.1)*

SME: Informa (fl. 318) que a Guia de Remessa expressa o montante de produto a ser entregue em cada armazém e que, para o acompanhamento das entregas referentes a cada Guia, é elaborado um cronograma.

Explica, ainda, que a conferência é realizada mediante a comparação entre as Notas Fiscais entregues e o cronograma idealizado e, sendo assim, as Guias de Remessa podem ser consideradas parte da mecânica de controle (fl. 318).

Comentários da Auditoria: Os esclarecimentos da Secretaria não alteram a constatação do relatório.

4.11 –**Falta do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículos – CRLV do veículo placa HIJ-3927**. *Não consta na documentação enviada pela contratada o Certificado de Registro e Licenciamento de Veículos – CRLV do veículo placa HIJ-3927 que efetuou a entrega do dia 06.11.09 (NF nº. 1.440), contrariando o item 6.3 da Cláusula Sexta da Ata de Registro de Preços. (Item 3.3.2.2)*

SME: Informa (fl. 318) que, segundo esclarecimentos da empresa Nestlé do Brasil Ltda., a cópia da documentação do veículo HIJ-3927 constou dos documentos entregues, reapresentando cópias às fls. 312/315.

Comentários da Auditoria: Registramos que as cópias reapresentadas são:

a) carta informando a relação dos envolvidos na operação Leve-Leite e toda a documentação referente aos parceiros – fl. 312, cópia de fl. 174;

b) relação das placas de carretas – fl. 313, cópia de fl. 124;

c) certificado sanitário – fl. 315, cópia de fl. 117.

Com relação a CRLV do veículo HIJ-3927, juntado à fl. 314, observamos que não constou da documentação anteriormente juntada a esse processo TC. A cópia do documento, se juntada aos autos, foi posterior ao momento da realização do acompanhamento da execução contratual, portanto

mantemos a constatação.

4.12–**Até a conclusão da presente auditoria, a Secretaria Municipal de Educação não efetuou pagamento à contratada***, o que prejudicou a análise quanto a este item. (Item 3.3.3)*

SME: Com relação a esse item não houve manifestação da Origem (fl. 318).

Comentários da Auditoria: Como não houve esclarecimento da Origem, mantemos o apontado.

4.13 –**Fragilidade dos procedimentos de controle.** *Tendo em vista a fragilidade dos procedimentos de recebimento e controle atualmente utilizados chegamos às seguintes conclusões: 1) tais procedimentos impedem o cumprimento do controle prévio previsto no item 7.1.4 da Cláusula Sétima da Ata de Registro de Preços e não nos permitem afirmar com segurança se os quantitativos que serão pagos foram objeto de Inspeção e se estão acompanhados dos necessários laudos laboratoriais; e 2) tais procedimentos não nos permitem afirmar com segurança se os produtos que apresentaram problemas, imputáveis à contratada, foram efetivamente excluídos dos quantitativos que serão pagos. (Item 3.3.4)*

SME: A Origem informa, à fl. 318, que não concorda com a "alegação de que o sistema apresenta tantas fragilidades, uma vez que diversos pontos já foram esclarecidos ou detectados e sanados, em especial no que diz respeito ao controle de qualidade". Afirma que "os quantitativos pagos ao fornecedor são procedentes e não apresentam as fragilidades apontadas".

Comentários da Auditoria: Considerando que não foi retificada nenhuma das constatações do Relatório do Acompanhamento da execução contratual, a partir dos esclarecimentos da Origem, mantemos essa constatação com relação à fragilidade dos procedimentos de recebimento e controle utilizados.

4.14 –**Falta de aplicação de penalidade por falta de alvará sanitário***. Tendo em vista as constatações relativas às entregas de produtos efetuadas por veículos que não constavam da relação enviada pela contratada e sem o devido alvará da vigilância sanitária, desatendendo cláusula da Ata de Registro de Preços, entendemos que cabe a aplicação da penalidade estabelecida nos termos do item 6.1.2.1 no montante de R$ 30.894,05. (Item 3.3.5)*

SME: Informa, à fl. 318, que conforme esclarecimentos prestados pela contratada nos itens 4.2, 4.9 e 4.11, foi apresentada a documentação necessária para a efetiva entrega do produto.

Comentários da Auditoria: Considerando que não foram retificados os itens citados, a partir dos esclarecimentos da contratada, constantes

da manifestação da Origem, mantemos essa constatação com relação à aplicação de penalidade.

Conclusão:

Diante do exposto, ratificamos a conclusão, de fls. 248/249 do Relatório do Acompanhamento de execução contratual, de que os controles utilizados pela SME no acompanhamento do Contrato nº. 119/SME/2009 não permitem garantir com segurança que sua execução vem sendo efetuada nos termos pactuados, pelos motivos lá expostos."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo limitou-se a acompanhar as conclusões da Coordenadoria II (folhas 323/327 e 330/333).

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo acolhimento da execução contratual, ou, subsidiariamente, a aceitação dos efeitos financeiros do ajuste (folhas 335/342).

Por derradeiro, a Secretaria Geral, na esteira dos órgãos Técnicos, propôs o não acolhimento da execução contratual (folhas 344/347).

Finalmente, o processo **TC 07/10-86** cuida de inspeção instaurada para averiguar a veracidade de notícias veiculadas pelo jornal "Agora" de 08.11.09, sobre supostas falhas na distribuição no Programa Leve-Leite.

A Auditoria entendeu "parcialmente procedente o conteúdo da matéria veiculada no jornal "Agora", como segue:

1-) é procedente para o atraso nas entregas, mas este atraso atinge um universo de 2 a 3% dos domicílios e são motivados por situações não imputáveis à SME, cabendo aos pais manter atualizados os endereços;

2-) é procedente quanto às entregas efetuadas junto a Subprefeituras, Diretorias Regionais de Ensino (DREs), Centros Educacionais Unificados (CEUs) e Unidades Escolares;

3-) é improcedente que a distribuição pelos correios apresente falhas, obrigando os pais a "pegar o leve-leite".

4-)quanto ao fato de alguns alunos da rede municipal estarem sem o alimento desde agosto, segundo a SME, esta situação ocorre em virtude das ocorrências relatadas em relação à inconsistência no cadastro desses alunos no sistema EOL – Escola "on line"."

Oficiada, a Origem apresentou esclarecimentos.

Após a apreciação dos argumentos da Secretaria Municipal de Educação a Coordenadoria II manteve suas conclusões iniciais.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral entenderam que a inspeção atingiu a sua finalidade e opinaram pelo conhecimento e registros dos resultados sem prejuízos das recomendações cabíveis.

Importa reiterar, por oportuno, que a Contratada apresentou seus esclarecimentos por meio da Origem.

É o relatório

VOTO ENGLOBADO

A licitação para aquisição de leite em pó foi iniciada por meio do Pregão nº 73/2007 realizado pela Secretaria Municipal de Gestão (SMG). O pregão foi **suspenso** por este Tribunal e, depois de efetivadas as alterações determinadas por esta Corte, o seu prosseguimento foi autorizado.

O Decreto nº 49.961, de 27 de agosto de 2008, transferiu a operacionalização do Programa "Leve Leite" do Departamento de Merenda Escolar da Secretaria Municipal de Gestão (SMG/DME) para a Secretaria Municipal de Educação.

Desse modo, e dando continuidade ao processo de aquisição de leite em pó, a Secretaria Municipal de Educação elaborou o edital do Pregão nº 90/SME/2008 incorporando as recomendações feitas por este Tribunal.

A Coordenadoria II concluiu pela irregularidade do edital do pregão 90/2008 em razão do seguinte:

1-) Ausência de divisão do objeto em lotes, em atendimento ao princípio da competitividade, haja vista que a reunião dos quantitativos do objeto em lote único está em desacordo com o disposto no caput e no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e com o artigo 23 da Lei Federal n.º 8.666/93; e

2-) Restritividade nos quantitativos exigidos para comprovação da capacidade técnico-operacional, para efeito de habilitação do licitante de, no mínimo 830.819 (oitocentos e trinta mil, oitocentos e dezenove) quilos de leite em pó por mês. A exigência dessa quantidade tornou-se restritiva justamente em razão da realização da licitação em lote único.

Na mesma senda a Assessoria Jurídica opinou: "*por não vislumbrar novos questionamentos de ordem jurídica em razão dos documentos acrescidos, acompanho o entendimento de AUD por seus próprios fundamentos, e opino pelo não acolhimento do Edital publicado*".

A Secretaria Geral, por seu turno, concluiu: "*por todo o exposto, em que pese o fato de a Origem, mesmo sem sanar as referidas impropriedades ou atender as recomendações feitas, ter finalizado o certame e formalizado a Ata de Registro de Preços nº 24/SME/2008, entendo que o edital ora examinado não merece ser acolhido".*

Com relação ao procedimento do Pregão nº 90/2008 e aos Contratos nº 59 e 119 de 2009, a Auditoria apontou as seguintes infringências:

I-Pregão:

1) Não divisão do objeto em mais de um lote. A licitação do objeto em um único lote tornou restritiva a comprovação de capacidade de fornecimento de 50% (cinquenta por cento) do objeto licitado;

2) falta de definição das quantidades a serem adquiridas individualmente nos Itens 1 e 2; e

3) por decorrer de edital considerado irregular.

II- Contratos:

1) falta de justificativa da quantidade a ser adquirida, tendo em vista que não consta do processo administrativo quais serão os alunos atendidos com esse quantitativo e qual o estoque já existente;

2) por acessoriedade.

No que diz respeito ao fato de a licitação ocorrer em um único lote, gerando a necessidade de comprovação de fornecimento de 50% (cinquenta por cento) do objeto licitado por meio de atestados de capacidade técnica, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu ser irregular, nos seguintes termos: "*a Prefeitura é considerada a maior compradora de leite em pó do país e, ainda que se divida a quantidade total em lotes, cada um desses lotes representa, por si só, grande volume a ser adquirido. Essa divisão ampliaria a possibilidade de participação no certame de um número maior de empresas aptas a fornecer condições mais vantajosas à Administração*". *Dessa maneira, entendemos irregular a licitação de todo o objeto em um lote só. Como consequência da ausência de fracionamento, a exigência de qualificação técnica foi maior, colaborando para a restritividade do certame, conforme bem apontado pela Auditoria*".

No que tange à apontada falta de justificativa para as quantidades adquiridas, a Assessoria Jurídica asseverou: "*o fato de a Origem apenas ter previsto o quantitativo total na soma das entregas dos itens 1 e 2, sem que houvesse planejamento da quantidade de cada um dos itens ao longo da validade da Ata de Registro de Preços, implicou na falta de justificativa para as quantidades individuais de cada item. Assim, acompanhamos o entendimento da*

Auditoria no sentido de que as defesas apresentadas não alteram o apontamento em questão. Diante de todo o exposto, entendemos que a licitação, a ata de registro de preços e os contratos em análise são irregulares pelas razões apontadas pela Auditoria".

A Secretaria Geral corroborou com os Órgãos Técnicos destacando:

"*não existe dúvida de que a infringência às normas disciplinadoras ocorreram, constituindo irregularidades na licitação apresentada (...) pelo que concordo com a AJCE (Assessoria Jurídica) pela irregularidade do Pregão nº 90/SME/2008 e dos Contratos nº 59 e 119 de 2009*".

No que diz respeito ao acompanhamento da execução do contrato 119/2009, realizado no período de 9 de novembro de 2009 a 18 de dezembro de 2009, a conclusão da Auditoria, depois de analisados os esclarecimentos trazidos pela Origem e a defesa apresentada pela Contratada (Nestlé), foi no sentido de sua irregularidade, pois verificadas falhas e inconsistências nos mecanismos de controle e fiscalização da execução.

A Assessoria Jurídica e a Secretaria Geral, considerando a natureza fática da auditoria, acompanharam as conclusões da Coordenadoria II, "*opinando pelo não acolhimento da execução contratual no período auditado*".

Finalmente, quanto à inspeção realizada no **TC 07/10-86**, a Coordenadoria II concluiu ser parcialmente procedente a matéria jornalística publicada no Jornal "Agora São Paulo" em 8 de novembro de 2009, pois "*verificado atraso na entrega que atinge um universo de 2 a 3% dos domicílios."*

Contudo, além do baixo percentual, a Auditoria ponderou que *"os atrasos são motivados por situações não imputáveis à SME* [Secretaria Municipal de Educação]*, cabendo aos pais manter atualizados os endereços constantes nos cadastros dos alunos*"*.*

Quanto à notícia de que "*a distribuição pelos correios apresenta falhas, obrigando os pais a 'pegar o leve-leite'",* a Auditoria concluiu pela improcedência da matéria.

Sobre o fato de alguns alunos da rede municipal estarem sem o alimento desde agosto, a Auditoria registrou que, segundo a Secretaria Municipal de Educação, esta situação ocorre em virtude das inconsistências no cadastro desses alunos no sistema "Escola *on line"* EOL.

Registrou, ao final, informação da Secretaria Municipal de Educação no sentido de que "*a partir de 2010, visando manter atualizados os cadastros, alguns procedimentos e rotinas foram adotados além dos já existentes, visando a garantia da entrega do benefício, sendo o leite entregue após a atualização do endereço pelas famílias*" (fls. 40vº).

Diante de todo o exposto, com amparo nos posicionamentos unânimes da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos endosso e adoto como razões de decidir, conheço da Inspeção realizada e dos resultados alcançados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, nos termos do artigo 2º da Resolução 6/2000 deste Tribunal, visto que atingiu a sua finalidade de "*averiguar as notícias veiculadas no jornal* '*Agora São Paulo*'*, que informavam falhas na distribuição de leite em pó do programa leve-leite*".

Com fundamento nos mesmos pareceres, julgo irregulares o Edital do Pregão nº 90/2008, o Procedimento Licitatório, a Ata de Registro de Preços nº 24/2008 dele decorrente, os Contratos 59/2009 e 119/2009 e a Execução do Contrato 119/2009 no período auditado.

Todavia aceito, em caráter excepcional, os efeitos financeiros dos Contratos, considerando que se encerraram no ano de 2009, sem que se tenha constatado a ocorrência de prejuízo ao erário nos autos.

Ressalte-se, ainda, que as falhas observadas na execução do Contrato 119/2009, pela Auditoria, foram, em sua essência, de natureza formal (necessidade de aperfeiçoamento dos controles), e os atrasos verificados na entrega de apenas 2% (dois por cento) dos domicílios não foram imputados à Secretaria Municipal de Educação, mas sim aos Correios, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, também não houve nenhum apontamento sobre pagamento de valores sem a correspondente entrega do produto.

Nesse sentido, quanto à nota da Auditoria de que "*o cronograma de entrega do dia 04/11/09 previa um total de 1.620 (mil seiscentas e vinte) caixas, mas, de acordo com a Nota Fiscal a quantidade correspondia a 1.512 (mil quinhentas e doze) caixas, indicando que, apesar de receber apenas 1.512 (mil quinhentas e doze) caixas, o funcionário dos Correios atestou a entrega de 1.620 (mil seiscentas e vinte) caixas*", importa esclarecer que a Origem e a Contratada justificaram documentalmente o ocorrido ao informar que "*a referida entrega a menor já havia sido comunicada com antecedência e autorizada pelo Departamento de Merenda Escolar, sendo que o complemento da nota fiscal equivalente a 108 (cento e oito) caixas foi entregue no mesmo armazém no dia 9/11/2009* [9 de novembro de 2009]*, conforme documentos juntados às folhas 307/309, onde pode ser comprovado o acréscimo de 108 caixas às 1.279 (mil duzentas e setenta e nove) caixas previstas para a segunda parte da entrega realizada no dia 09/11/2009, totalizando as 1.387 (mil trezentas e oitenta e sete) caixas entregues*"*.*

Com efeito, a aparente "falha" na quantidade entregue foi regularizada nos termos autorizados pela Secretaria Municipal de Educação.

Com relação ao ateste indevido do funcionário da EBCT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos)*, a* Origem informou que "*já foram reiteradas as orientações para recebimento, de forma a evitar reincidência (fl. 317)*".

Sobre as primeiras 5 (cinco) guias de remessa, que indicavam – de acordo com o cronograma aprovado pela Origem – a entrega de 1.186.692 (um milhão, cento e oitenta e seis mil seiscentos e noventa e dois) quilos de leite em pó integral no período de 19/10/09 a 09/11/09, a Coordenadoria II atestou que "*relativamente às primeiras 5 guias de remessa, até o dia 4.11.09, de acordo com o cronograma de entregas, haviam sido entregues 1.046.964 (um milhão, quarenta e seis mil novecentos e sessenta e quatro) quilos, restando apenas 139.728 (cento e trinta e nove mil setecentos e vinte e oito) quilos a serem enviados (entre os dias 05 e 09 de novembro de 2009). Portanto, do total de leite em pó contratado, a empresa Nestlé já havia entregue em torno de 45% (quarenta e cinco por cento), restando 1.289.496 (um milhão, duzentos e oitenta e nove mil quatrocentos e noventa e seis quilos) a entregar no total. Ou seja, 139.728 (cento e trinta e nove mil setecentos e vinte e oito) quilos (que é o saldo primeiras guias) + (mais) 1.149.768 (um milhão cento e quarenta e nove mil setecentos e sessenta e oito quilos) (referentes às guias de remessa a serem emitidas)*".

Por fim, quanto à alegação de que "*não consta nas Notas Fiscais o número do Lote correspondente aos produtos entregues*", indicando fragilidade nos controles, a Origem explicou que "*não houve exigência da inserção do número do lote na nota fiscal que acompanha a carga porque, para se garantir que só fossem entregues lotes que efetivamente tenham sido aprovados pelo Controle de Qualidade. Assim, passou-se a exigir que as notas fiscais fossem acompanhadas de cópia do laudo de inspeção e análise, onde consta o número do lote*".

Destaque-se, ainda, que tanto o Pregão 29/2013 visando o registro de preços para a aquisição de leite em pó para o Programa Leve Leite quanto o Contrato 2/2014 dele decorrente são objeto de análise por este Tribunal de Contas nos autos dos **TCs 2.403/13-27 e 1.850/14-30**.

Determino a expedição de Ofício à Origem a fim de que, caso ainda assim não tenha procedido, adote as recomendações feitas pela Coordenadoria II para aprimorar os procedimentos de fiscalização e controle da execução dos contratos de distribuição de leite em pó do programa Leve Leite.

Cumpridas as formalidades legais, ARQUIVEM-SE os autos. **(2.800ª S.O.)**.

Declaração de voto englobado apresentada pelo Conselheiro João Antonio

Cuidam os autos da análise do Edital do Pregão 90/2008; da Ata de Registro de Preços 24/SME/2008; do Contrato 59/SME/2009, no valor de R$ 5.276.200,00, Item 1 (entrega descentralizada, na quantidade de 620.000 kg.) e do Contrato 119/SME/2009, no valor de R$ 19.205.701,20, Item 2 (entrega centralizada, na quantidade de 2.336.460 kg.) e respectiva execução, todos realizados pela Secretaria Municipal de Educação, tendo por objeto o fornecimento

de leite em pó integral para o "Programa Leve Leite". No TC 2.865/08-03, os órgãos de controle entenderam que o Edital examinado não merece ser acolhido pelos seguintes fatores:

"1) Necessidade de divisão do objeto em lotes, em atendimento ao princípio da competitividade, haja vista que a reunião dos quantitativos do objeto ora licitado está em desacordo com o disposto na Constituição Federal, artigo 37 caput e inciso XXI e com a Lei Federal 8.666/93;

2) Restritividade nos quantitativos para comprovação da capacidade técnico-operacional, para efeito de habilitação do licitante de, no mínimo 830.819 (oitocentos e trinta mil, oitocentos e dezenove) quilos de leite em pó por mês, em desacordo com o princípio da competitividade, previsto na Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI".

Entendo que assiste razão a Origem diante da escolha de concentração em objeto único, visto que não poderá haver diferenciação de produtos entregues às crianças do município de São Paulo.

A criança da região "A" tem direito ao mesmo produto que recebe a criança na região "B". Mesmo que atendendo aos mesmos padrões de identidade e qualidade, diferentes procedências do produto podem causar questionamentos entre as comunidades beneficiadas.

A divisão em lotes não permitiria o atendimento isonômico em todas as regiões, pois, para se promover fracionamento, significaria possibilitar ganhar diversas empresas, e com isso, consequentemente, diferentes produtos.

Se for para ganhar uma única fornecedora para poder atender de forma igualitária a sociedade, adota-se o atendimento ao princípio da economicidade para se obter vantagem sob a égide da larga escala.

Correta, então, a afirmação de que a finalidade última do processo licitatório não é a de garantir o princípio da competitividade, mas sim a de obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, de acordo com o estabelecido no artigo 3º, "caput", da Lei 8.666/93.

Da mesma forma, também se infere que o poder de discricionariedade está implícito na escolha da Administração.

O disposto legal contido no § 1º do artigo 23 estabelece que as compras serão divididas com vistas ao melhor aproveitamento de recursos e à competitividade desde que não se afaste da economia que pode ser promovida. Marçal Justen Filho nos ensina que:

"*A obrigatoriedade do fracionamento respeita limites de ordem técnica e econômica. Não se admite o*

fracionamento quando tecnicamente isso não for viável ou, mesmo, recomendável.

O fracionamento em lotes deve respeitar a integridade qualitativa do objeto a ser executado. Não é possível desnaturar um certo objeto, fragmentando-o em contratações diversas e que importam o risco de impossibilidade de execução satisfatória. (...)

Já o impedimento de ordem econômica se relaciona com o risco de o fracionamento aumentar o preço unitário a ser pago pela Administração. Em uma economia de escala, o aumento de quantitativos produz a redução de preços. (...)

O fundamento jurídico do fracionamento consiste na ampliação das vantagens econômicas para a Administração. (...)

Logo, a Administração não pode justificar um fracionamento que acarretar elevação de custos através do argumento de benefício a um número maior de particulares". (grifos nossos)

A imposição de fracionamento conduz à licitação e contratação de objetos de menor dimensão quantitativa, qualitativa e econômica, a fim de aumentar o número de participantes e consequentemente, os requisitos de habilitação.

Ocorre que o objeto do caso em tela (leite em pó), além da necessidade de ser o mesmo ofertado a toda rede municipal de ensino, é produzido por muitas empresas aptas a disputarem um fornecimento em grande quantitativo, garantindo competição ao certame.

Importante notar que, concretamente, não houve impugnação ao Edital em relação à matéria (lote único); bem como, na pesquisa de preço o ganho de escala foi apontado, apresentando o menor valor por quilo.

Nesse sentido, também se enquadra a necessidade da Administração em deliberar sobre os quantitativos para comprovação de habilitação do licitante dentro da capacidade de 50% (cinquenta por cento), em decorrência lógica da decisão discricionária desta em concentrar em um único lote o objeto da contratação.

É o que verifico no entendimento pacificado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em sua Súmula 24.

SÚMULA 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

Ademais, tornam-se imprescindíveis a utilização de mecanismos preventivos para coibir a participação de empresas inaptas ao cumprimento das regras editalícias.

Entendo, dessa forma, que o acolhimento do instrumento convocatório se faz presente.

No TC 2.551/09-38 os órgãos técnicos da Casa concluíram pela irregularidade do Pregão 90/SME/2008, da Ata de Registro de Preços 24/SME/2008 e do Contrato 59/SME/2009, nos seguintes termos:

Em relação ao Pregão 90/SME/2008, a irregularidade é constatada por:

a) decorrer de edital considerado irregular diante da ofensa ao princípio da competitividade pela licitação do objeto ter sido em um único lote e pela consequente comprovação de capacidade de fornecimento ser considerada restritiva;

b) pela falta de definição das quantidades adquiridas.

Face às questões apontadas como causa da irregularidade do Pregão ora analisado, destaco que já foram objeto de minha análise, restando a anotação da irregularidade pela falta de definição exata do quantitativo a ser adquirido para cada sistema de entrega, que passo a decidir.

Aduziu a Origem “que os diferentes sistemas de aquisição foram pensados objetivando o aprimoramento da forma de entrega anteriormente adotada pela Secretaria Municipal de Gestão”.

Sustentou, também, “que a manutenção do sistema de entregas do produto nas unidades escolares (item 1) se deveu à necessidade de garantir a adequada transição do sistema de entregas, anteriormente existente, ao sistema de entregas domiciliares que passou a ser gerenciado pelos Correios, com a entrega do produto de forma centralizada pela vencedora do item 2”.

Alegou que mesmo a potencial existência de fornecedores distintos para o item 1 (entrega nas unidades escolares) e para o item

2 (entrega centralizada) não tornaria obrigatória a estipulação de quantidades diferenciadas para cada tipo de fornecimento, pois a aquisição decorrente do registro de preço deveria ser realizada prioritariamente por meio do sistema de fornecimento centralizado para o item 2 e as contratações celebradas com fundamento no item 1 deveriam ser realizadas apenas em caráter excepcional, após devidamente justificadas pelo órgão contratante.

Assim, esclarece a Secretaria que "uma vez estabelecida a preponderância das aquisições a serem realizadas pelo sistema centralizado (Item 2), não há como serem identificadas pela Administração todas as causas que poderão ensejar a contratação pelo sistema de entrega nas escolas (Item 1), bastando para tanto a quantidade máxima estimada para aquisição do produto".

Cabe notar aqui, que a Pasta considerou-se amparada pelo artigo 35 do Decreto 44.279/03 que autoriza certames em que são registrados dois ou mais preços para o mesmo item licitado, nos seguintes termos:

> *"Art. 35. Poderão ser registrados vários preços para o mesmo objeto em função da capacidade de fornecimento ou de outro critério julgado conveniente, desde que previsto no instrumento convocatório, que estabelecerá as condições para as futuras contratações."*

Dessa forma, considerando a essência futura da Ata de Registro de Preço como fundamento para o fornecimento em potencial, uma estimativa; e, considerando a complexidade da implantação de nova forma de gestão de uma política pública e até mesmo a transição entre as Pastas envolvidas nos sistemas, entendo como justificado pela Administração, o apontamento trazido pelo órgão de fiscalização.

Acolho, assim, os instrumentos analisados nos autos do TC 2.551/09-38 (Pregão Presencial, Ata de Registro de Preços e o Contrato 59/SME/2009).

O TC 3.400/09-98 tratou da análise do Contrato 119/SME/2009 e os órgãos de fiscalização desta Corte de Contas consideraram irregular em virtude dos seguintes apontamentos remanescentes:

a) derivar de Licitação e Ata de Registro de Preços consideradas irregulares; e

b) a quantidade solicitada não estar justificada, tendo em vista que não consta do processo administrativo quais serão os alunos atendidos com esse quantitativo e o estoque já existente.

O item "a" já está comentado e face ao item "b" explica a Administração Pública que "a quantidade solicitada é sempre estimada com base

na necessidade apurada pelo sistema e consideram-se os alunos com frequência igual ou superior a 90%".

A quantidade de leite requisitada bimestralmente, estimada por entrega para atender os alunos com 90% de assiduidade, toma como base 1 kg para os alunos matriculados nos CEIs (Centro de Educação Infantil) e EMEIs (Escola Municipal de Educação Infantil) e 2kg para os alunos das EMEFs (Escola Municipal de Educação Fundamental).

Na ocorrência da não distribuição do leite por algum motivo, este fica armazenado no Correio para a próxima entrega. Informa, a Origem, que os estoques remanescentes no Correio, quando existentes, têm como objetivo ser utilizado como margem de segurança, caso ocorra algum atraso na entrega do leite pelo fornecedor e/ou na liberação da verba.

A cada semestre os estoques são avaliados para a emissão de nova requisição.

Por considerar plausível a justificativa apresentada pela Secretaria Municipal de Educação, entendo como regular o instrumento ora tratado.

O acompanhamento da Execução do Contrato acima analisado se deu nos autos do TC 3.526/09-26 e, mais uma vez, aponta AUD diversas irregularidades, muitas de natureza formal, diante do pequeno período inicial compreendido entre 09/11/2009 a 18/12/2009, visto que sua vigência se inicia em 24/09/2009, pouco menos de 2 (dois) meses do começo da implantação da transição dos sistemas de entrega descentralizada para centralizada. Aponta a PFM – Procuradoria da Fazenda Municipal ao pontuar que "não há qualquer assertiva no sentido de ausência da entrega do produto. Pelo que se pode inferir que o mesmo vem sendo realizado a contento. Assim, também por tal argumento é possível concluir que as impropriedades têm caráter formal". A resposta da Origem enfrenta cada um dos temas apontados por AUD e não se impõe a qualquer proposta de readequação durante o período do contrato ainda por vir, não permitindo aferir se a Administração perpetuou a prática das impropriedades anotadas ou se implantou mecanismos de proteção em consonância às propostas por ela mesma apresentada.

A Inspeção realizada no TC 007/10-86 para verificar a veracidade dos fatos noticiados em matéria jornalística sobre falhas na distribuição do leite em pó considerou parcialmente procedente o conteúdo veiculado, porém atinge um percentual mínimo de 2 a 3% dos domicílios beneficiados e por situações não imputáveis a Secretaria Municipal de Educação.

A aceitação dos efeitos financeiros já se impõe diante do cumprimento do objeto pactuado no instrumento 119/SME/2009. Por todo o exposto, JULGO REGULAR o Edital do Pregão 90/2008; a Ata de Registro de Preços 24/SME/2008; o Contrato 59/SME/2009 e o Contrato 119/SME/2009, bem como IRREGULAR a sua respectiva execução aceitando os efeitos financeiros, no

período inicial de 09/11 a 18/12/2009, todos realizados pela Secretaria Municipal de Educação, tendo por objeto o fornecimento de leite em pó integral para o "Programa Leve Leite".

Este é meu Voto, Senhor Presidente. **(2.800ª S.O.)**

Voto em separado englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Em julgamento os Processos que tratam do Acompanhamento do Pregão Presencial 90/2008, do Pregão Presencial 90/2008, dos Contratos 58 e 119/2009, da Inspeção e do Acompanhamento da Execução Contratual relativa ao Contrato 119/209, referentes à aquisição de leite em pó integral para o Programa Leve Leite.

Nos autos do TCs 2.865.08-03 e 2.551.09-38 que têm por objeto o Acompanhamento do Edital e a análise do Pregão, as principais irregularidades estão relacionadas à necessidade de divisão do objeto em lotes, e à exigência de quantitativos considerados elevados para comprovação da capacidade técnico-operacional, para efeito de habilitação do licitante.

Para a Especializada, tais exigências afetam o princípio da competividade.

Sobre tais exigências, os responsáveis aduziram ser a escolha mais adequada por assegurar a uniformidade no atendimento da Municipalidade, entre outras, pelas seguintes razões:

a) dificuldades na aquisição de diferentes procedências do produto quando distribuídos em regiões circunvizinhas, as quais podiam culminar no questionamento entre munícipes/comunidades;

b) redução dos riscos para evitar solução de continuidade, evitando que a adoção da possibilidade de lotes fracionados permitisse o registro de preço de produto por empresa que não tivesse estrutura ou capacidade para atender o volume de entrega.

Assim, entendo que os esclarecimentos trazidos aos autos pelos responsáveis justificam a realização da licitação em único lote do produto, sendo certo que, de outra parte, a instrução levada a efeito não assinala irregularidade quanto ao preço praticado e quanto ao fornecimento, razão pela qual, no meu entender, as informações existentes são insuficientes para a afirmação de irregularidade da licitação e dos contratos firmados.

No tocante ao Processo TC 3.526.09-26, que trata da execução contratual relativa ao Contrato 119/SME/2009, os apontamentos feitos indicaram fragilidade e falhas nos procedimentos adotados, todavia, ficaram

adstritos à análise formal, sem aprofundamento sobre sua materialidade, com destaque para aspectos das sistemáticas de controle e gestão do fornecimento.

No entanto, embora tais apontamentos representem conteúdos de indiscutível irregularidade, sua análise permaneceu restrita a aspectos exclusivamente procedimentais, restringindo-se à simples identificação da existência ou inexistência de determinados registros de movimentação e pagamento, mas não projetando uma análise necessária para se saber em que medida a falta de tal controle pode ter, eventualmente, comprometido a lisura de pagamentos ou as efetivas entregas de mercadorias. Nestes termos, voto pelo não acolhimento da execução contratual, mas aceito os efeitos financeiros produzidos, considerando, "in casu", a inexistência de demonstração de prejuízo ao erário. Confirmando tais apontamentos, a Auditoria, sem fazer qualquer alusão aos pagamentos realizados e ao fornecimento propriamente dito, assim concluiu:

"Diante do exposto, ratificamos a conclusão, de fls. 248/249 do Relatório do Acompanhamento de execução contratual, de que os controles utilizados pela SME no acompanhamento do Contrato 119/SME/2009 não permitem garantir com segurança que sua execução vem sendo efetuada nos termos pactuados, pelos motivos lá expostos". (g.n.)

Sendo assim, denota-se que a materialidade não foi objeto de análise pela Especializada, a qual, em que pese as falhas assinaladas, não examinou de forma concreta o processamento da execução.

Além disso, o fornecimento no programa Leve Leite conta com um mecanismo que corresponde a um tipo de controle social, pela qual as próprias famílias interessadas apontam eventuais falhas quanto ao recebimento do produto.

Pelo exposto, conheço do Acompanhamento do Edital tratado nos autos do TC 2.865/08-03, julgo regulares, em caráter excepcional, o Pregão Presencial 90/2008 e os Contratos 59/SME/2009 e 119/SME/2009, TCs 2.551.09-38 e 3.400.09-98.

Quanto à execução contratual objeto do TC 3.526.09-26, voto pela irregularidade formal, aceitando em caráter excepcional, os efeitos financeiros produzidos, pelas razões expostas neste voto, considerando, ainda, a inexistência de demonstração de prejuízo ao erário.

Por fim, conheço, para fins de registro da Inspeção tratada no TC 07.10-86. **(2.800ª S.O.)**

Voto em separado englobado proferido pelo Conselheiro Domingos Dissei

CONHEÇO do Edital e do PREGÃO analisados, por regulares, bem como da INSPEÇÃO, para fins de registro. ACOLHO os contratos e a Execução em julgamento, pelas seguintes razões:

1 - O objeto licitado foi dividido em 2 (dois) itens, que se diferenciavam apenas pela forma da entrega, em virtude da mudança na maneira de distribuição do leite antes entregue diretamente nas Unidades Escolares (modelo em fase de extinção), para entrega centralizada para posterior envio aos alunos (modelo em fase de implementação). Assim, o item 1 (um), se fosse o caso, teria entrega em caráter excepcional e, o 2 (dois), com fornecimento prioritário.

2 - O montante a ser adquirido restou esclarecido pela Origem, pois apesar das quantidades estimadas serem idênticas, uma forma de entrega exclui a outra, sendo que a entrega nas unidades escolares, dependia de justificativa pelo órgão contratante previamente à autorização da contratação.

3 - A escolha da Pasta pela concentração do objeto em um único lote decorreu de aspectos relevantes para a gestão, tais como: logística; evitar eventuais reclamações dos responsáveis pelos educando em virtude de produtos provenientes de fornecedores diferentes levando, inclusive, a questionamentos da imparcialidade da Administração; redução dos preços unitários em razão da economia de escala; maximização do controle interno.

4 - A lei 8.666/93 não impõe ao gestor público a obrigação de dividir o objeto em lotes, salvo quando demonstrada a viabilidade técnica, econômica e aumento da competividade, conforme dispõe o artigo 23, Paragrafo Único. E, este não é caso dos autos, já que a divisão comprometeria o ganho de escala.

5 - Os quantitativos para a comprovação da capacidade técnica operacional em 50% do objeto não fere o estatuto das licitações e só sofreu objeção por parte da Auditoria em razão da concentração do objeto em um único lote, tanto é que três empresas acudiram ao certame e não impugnaram o edital.

6 - A inspeção apurou que o atraso na entrega foi de apenas 2 a 3% dos domicílios dos alunos, e ainda assim, em decorrência de falhas de atualização dos endereços, o que demonstra que a escolha do modelo de entrega do leite de forma centralizada foi acertada.

7 - A análise da execução do Contrato 119/SME/2009 foi feita em apenas 40 dias do ano (09/11 a 18/12/2009), sendo que a Auditoria não encontrou nenhuma falha material impeditiva da entrega do produto.