ACO-UTR-1020/2024

Processo	-	TC/004316/2022
Representante	-	Felipe Marquezelli Chagas
Representada	-	Secretaria Municipal da Saúde
Objeto	-	Representação interposta em face do Edital de Pregão Eletrônico 228/2022-SMS.G, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de fralda descartável adulto

54ª Sessão Ordinária Não Presencial

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMS. Registro de preços. Fornecimento de fralda descartável adulto. 1. Apesar da ausência de comprovação de prova de cidadania, constata-se que os autos já se encontram devidamente instruídos e, ademais, há possibilidade de conhecimento da representação em homenagem ao princípio da primazia do julgamento do mérito. 2. Reputado exíguo o prazo de dois dias úteis, contados do encerramento da sessão pública, para apresentação de amostras. CONHECIDA. PREJUDICADA. IMPROCEDENTE. DETERMINAÇÃO. 1. Aprimoramento de futuros editais de mesmo objeto do presente, tendo por base o quanto apurado, especialmente quanto à previsão constante nos artigos 30 da Lei Federal 8.666/1993 e 67 da Lei Federal 14.133/2021. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente os processos TC/004316/2022 e TC/004322/2022, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, considerando que o autor da representação é pessoa física e deixou de comprovar sua condição de cidadão, consoante determinado no § 1º do art. 55 do Regimento Interno desta Corte, mas que houve o regular processamento do feito e, durante a instrução processual, mostrou conter a inicial elementos para o aperfeiçoamento do controle externo, atraindo a possibilidade de ser relevada, excepcionalmente, a ausência da prova de cidadania, conforme precedentes deste Tribunal, com destaque para o Acórdão prolatado no processo TC/016216/2021 (37ª SONP – 21/09/2022), em conhecer da representação interposta, declarando-a prejudicada quanto ao item 2.2.

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente no que tange aos itens 2.1, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6 e 2.7.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem, para fins de aprimoramento de futuros editais de mesmo objeto do presente, tendo por base o quanto apurado, especialmente quanto à previsão constante nos artigos 30 da Lei Federal 8.666/1993 e 67 da Lei Federal 14.133/2021.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de ofício ao representante e à representada, nos termos do artigo 58 do RITCMSP, arquivando-se os autos, após o cumprimento das demais formalidades legais.

Participaram do julgamento os Conselheiros RICARDO TORRES – Revisor, DOMINGOS DISSEI e JOÃO ANTONIO.

São Paulo, 22 de maio 2024.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
EDUARDO TUMA – Relator

/hc

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM Data: 23/07/2024 15:23:35 -03:00 Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo
Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 29/07/2024 10:34:29 -03:00 Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

54ª Sessão Não Presencial, de 07 a 22 de maio de 2024.

TC nº 4.316/2022 - Representação
Objeto: Representação em face do Edital do Pregão Eletrônico nº 228/2022/SMS, cujo objeto é o Registro de Preços para fornecimento de fralda descartável adulto.
TC nº 4.322/2022 - Representação
Objeto: Representação em face do Edital do Pregão Eletrônico nº 228/2022/SMS, cujo objeto é o Registro de Preços para fornecimento de fralda descartável adulto.
Interessados: Secretaria Municipal da Saúde
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Os TC´s 4.316/2022 e 4.322/2022, consistem em **Representações** propostas em face do Edital do Pregão Eletrônico nº 228/2022/SMS, lançado pela Secretaria Municipal de Saúde, tendo por objeto o Registro de Preços para fornecimento de fralda descartável adulto, no valor anual estimado de R$ 74.380.596,80 (setenta e quatro milhões trezentos e oitenta mil quinhentos e noventa e seis reais e oitenta centavos).

No aviso de lançamento do certame, publicado no DOC de 23/02/2022 (pg. 96), a data prevista para a sessão pública de abertura era em 10/03/2022, adiada para o dia 04/04/2022 e, posteriormente, para 13/05/2022, quando efetivamente foi realizada, conforme respectiva Ata publicada no DOC de 02/06/2022 (pgs. 73/78).

O Pregão Eletrônico nº 228/2022 sucede ao de nº 240/2020, revogado pela Origem nos termos do despacho levado à publicação em 02/02/2022 (DOC pg. 88).

TC 4.316/2022

Trata o presente de Representação formulada em face do Edital do Pregão Eletrônico nº 228/2022/SMS, tendo por objeto o Registro de Preços para fornecimento de fralda descartável adulto, deflagrado pela Secretaria Municipal de Saúde.

O Representante, em petição protocolizada em 08/03/2022 (peças1/3), pleiteou a suspensão do certame, amparado na impugnação aos seguintes pontos:

1 – (2.1) Exigência de laudos ainda na fase de habilitação;
2 - (2.2) Exíguo prazo para apresentação das amostras;
3 - (2.3) Descritivo excessivamente minucioso - restrição à competitividade e evidente direcionamento;

4 - (2.4) Falta de elementos suficientes para instruir a proposta de preço;
5 - (2.5) Exigência de cópias autenticadas;
6 - (2.6) Ausência de requisitos sólidos para capacidade técnica; e
7 - (2.7) Ausência de cláusula de garantia contratual.

Considerando que em sede do TC 4.180/2022, no qual se processa a análise do citado Edital, houve recomendação para a suspensão do certame, determinou-se a ciência da Secretaria Municipal de Saúde a respeito desta Representação e a devida manifestação sobre o quanto alegado na exordial (peça 6).

Em resposta, a Origem, tendo acatado a recomendação do TCM e exarado despacho de adiamento "sine die" da sessão de abertura da licitação (DOC 11/03/2022 – pg. 101), encaminhou as justificativas de peça 11 (29/03/2022).

Ao analisar a Representação e os esclarecimentos da SMS, a **Subsecretaria de Controle Externo** elaborou Relatório Conclusivo (Peça 18 - 08/04/2022) e verificou, à exceção do item 2.2, serem improcedentes os demais pontos impugnados, pelas seguintes razões:

> 2.1. Da exigência de laudos ainda na fase de habilitação.
> "o ponto é procedente em relação ao edital inicialmente publicado, porém já foi solucionado em sua versão mais atual."
> 2.3. Do descritivo excessivamente minucioso - restrição à competitividade e evidente direcionamento.
> "A impertinência ou irrelevância das especificações dos itens do Edital, porém, não foi demonstrada pelo representante."
> 2.4. Falta de elementos suficientes para instruir a proposta de preço
> Não é cabível a exigência à SMS de enumerar todos os possíveis testes que serão arcados pelo fornecedor, uma vez que pode surgir a necessidade de um teste específico no caso concreto, sempre, obviamente, sustentado pelas normas técnicas. Portanto, o ponto é improcedente."
> 2.5. Da exigência de cópias autenticadas.
> "o ponto é procedente em relação ao edital inicialmente publicado, porém já foi solucionado em sua versão mais atual."
> 2.6. Da ausência de requisitos sólidos para capacidade técnica.
> "No caso em tela, a SMS entende que o percentual exigido é suficiente para mitigar os riscos de uma eventual incapacidade de fornecimento pelo licitante selecionado, justificando as razões pela qual escolheu tal parâmetro. Portanto, o ponto é improcedente."
> 2.7. Ausência de cláusula de garantia contratual.
> "O art. 56 da LF 8.666/935 estabelece que fica a critério da autoridade competente, em cada caso, exigir prestação de garantia nas contratações. Assim, a administração possui a discricionariedade para decidir sobre a exigência ou não de garantia. Portanto, o ponto é improcedente."
> No tocante ao **item 2.2,** considerou ser procedente posto que a "SMS não demonstrou que o prazo de 2 dias úteis é suficiente para que o licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar pudesse obter as amostras

> e laudos técnicos. Assim, o item em análise tem potencial de restringir a participação de empresas na licitação."
>
> Ao final, a Especializada consolidou seu entendimento na conclusão assim lançada:
>
> ***"À luz das análises efetuadas, concluímos, em caráter conclusivo, pela parcial procedência da Representação em relação ao edital inicialmente divulgado pela SMS, sendo:***
> ***• Improcedentes os itens 2.3, 2.4, 2.6 e 2.7;***
> ***• Procedentes os itens 2.1, 2.2 e 2.5.***
> ***Contudo, o edital republicado (peça 17) no dia 23.03.22 e retificado no dia 26.03.22, solucionou as irregularidades referentes aos itens 2.1 e 2.5. Dessa forma, restou procedente o item 2.2."***

Na sequência, a Secretaria Municipal de Saúde - SMS foi oficiada para manifestar-se sobre o relatório técnico e encaminhou a resposta encartada na peça 25, analisada pela Subsecretaria de Controle Externo (peça 30 – 02/06/2022).

Primeiramente, informou sobre a realização da sessão pública, em 13/05/2022, e a homologação do certame publicada no DOC de 02/06/2022 (págs. 77/78), resultando que, dos 08 (oito) itens licitados, 05 (cinco) restaram fracassados (itens 1, 2, 6, 7 e 8) "e adjudicados os itens 3, 4 e 5 à empresa CERTAME COMERCIO DE MEDICAMENTOS LTDA, CNPJ 08.070.275/0001-03 (Extratos das Atas de Registro de Preços nºs. 391/2022-SMS.G e 392/2022-SMS.G publicados no DOC em 11.06.22, págs. 94 e 95)."

No tocante ao item 2.2 da Representação, considerado procedente, a Auditoria assim se manifestou sobre as justificativas da SMS:

> *"No último edital divulgado no DOC de 03.05.22, pág. 133, observou-se mantido o prazo de 2 dias úteis contados do encerramento da sessão pública para apresentação das amostras (item 12.1.4 do Edital – peça 29, fls. 25/26) e a exigência de apresentação, juntamente com as amostras, do laudo analítico laboratorial do ensaio de irritação cutânea primária e cumulativa e do laudo microbiológico por similaridade de produto com certificação com data de validade máxima de 05 (cinco) anos (item 12.1.3.c do Edital – peça 29, fl. 25).*
> *Conforme Ata de realização do Pregão, constante do Volume XXII do processo SEI 6018.2020/0026246-7, observa-se que a realização da sessão* ***ocorreu em 13.05.22****.*
> *Por Comunicado publicado no DOC de 26.05.22, pág. 97, foi informada a data de 30.05.22 para análise das amostras e, do "Laudo - Amostra - Itens 03 e 04 (064435369)" e "Laudo - Amostra – Item 05 (064435461), juntados no Volume XXI do referido processo administrativo, consta que a data da "Entrega da Amostra Na CATS"* ***ocorreu em 25.05.22****, o que não corresponde ao prazo estabelecido no edital.*

> *Em que pese às alegações trazidas, não houve efetiva demonstração por parte da SMS, nestes autos, de que o prazo de 2 dias úteis tenha sido suficiente e efetivamente cumprido pela licitante classificada em primeiro lugar ao apresentar as amostras, como também, por ocasião da republicação do edital, não se observou justificativa por parte da Origem para adoção desse prazo no caso concreto, cabendo salientar o Acórdão nº 1624/2018-TCU-Plenário, jurisprudência no sentido de que deve ser dado prazo suficiente ao licitante vencedor para a apresentação de amostras de insumos e laudos técnicos necessários a comprovar a qualidade do bem."*

Assim, ratificou sua conclusão anterior, nos seguintes termos:

> *"Da documentação acrescida, ratificamos a parcial procedência da Representação em relação ao edital original do Pregão Eletrônico nº 228/2022/SMS, inicialmente divulgado pela SMS, conforme conclusão alcançada no relatório conclusivo (peça 18), sendo procedentes os itens 2.1, 2.2 e 2.5 e improcedentes os itens 2.3, 2.4, 2.6 e 2.7. Ressalte-se que, no edital republicado, a Origem solucionou as irregularidades referentes aos itens 2.1 e 2.5, permanecendo o apontamento tratado no item 2.2 do relatório conclusivo."*

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (peças 32/33 – 24/11/2021) analisou a Representação e consignou a ausência da prova de cidadania do Autor, requisito regimental previsto no § 1º do artigo 55 do RITCMSP.

Acaso ultrapassada a questão preliminar, quanto ao mérito, acompanhou as conclusões alcançadas pela Auditoria, endossando a procedência parcial da Representação, posto que o item 2.2 persiste em virtude do fato de que "a substituição do subitem 6.6.3, do edital original, pelo subitem 12.1.3, alínea "c", não produziu qualquer efeito prático, diante da manutenção do prazo exíguo previsto no subitem 12.1.4, e pode ter representado restrição à concorrência."

A Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 36 – 11/07/2022) requereu a oitiva da Origem a fim de manifestar-se sobre os posicionamentos da AUD e da AJCE, motivo pelo qual a SMS encaminhou as informações encartadas nas peças 42/43.

A Subsecretaria de Controle Externo (peça 51 – 30/03/2022) analisou a documentação acrescida e observou não haver "esclarecimentos sobre as datas de convocação e de apresentação das amostras, assim como não houve efetiva demonstração por parte da SMS, de que o prazo de 2 dias úteis para apresentação dos laudos tenha sido suficiente e efetivamente cumprido pela licitante classificada em primeiro lugar."

Desse modo, ratificou as conclusões anteriores, assim consignadas no Relatório Conclusivo (peça 18) e na manifestação posterior (peça 30):

> *" pela parcial procedência da Representação em relação ao edital original do Pregão Eletrônico nº 228/2022/SMS, inicialmente divulgado pela SMS, sendo procedentes os itens 2.1, 2.2 e 2.5 e improcedentes os itens 2.3, 2.4, 2.6 e 2.7 do relatório, observando-se que, com a republicação do edital, as irregularidades correspondentes aos itens 2.1 e 2.5 foram solucionadas, restando procedente o apontamento referente ao item 2.2."*

Em nova manifestação, a Assessoria Jurídica de Controle Externo (peças 49/50 – 13/10/2022), destacou que, embora a Origem informe que a Ata de Realização do Pregão Eletrônico nº 228/2022 demonstre que as empresas apresentaram o exigido quando convocadas, sem ocorrência de custos dos laudos aos licitantes, nada mencionou sobre o prazo exíguo de 2 dias e se efetivamente cumprido pela vencedora, razões pelas quais reiterou sua anterior conclusão quanto à parcial procedência da Representação, por subsistir o item 2.2.

O Órgão Fazendário (peça 53 – 25/10/2022) entendeu que, caso reste superada a preliminar suscitada pela AJCE, no mérito seja a Representação seja julgada improcedente, por reputar o prazo de 2 dias úteis "absolutamente suficiente, por se trata de material comum ao mercado".

No entanto, considerando que o pregão foi realizado, sem embargo da improcedência da inicial, requer seja julgada prejudicada a presente Representação, em decorrência do perecimento do seu objeto.

A Secretaria Geral (peças 55/56 – 23/01/2023), inicialmente, assinalou que a Representação em pauta não merece ser conhecida, em razão da ausência de um dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 55 do RITCMSP, no caso a prova de cidadania do Representante.

No tocante ao mérito, alinhou-se às conclusões alcançadas pela Equipe Auditora, no sentido da procedência parcial da Representação, item 2.2, em virtude de ser pertinente a impugnação do prazo de 2 dias úteis para apresentação de amostras, corroborado com a derradeira justificativa da Origem, que não apresentou esclarecimentos sobre as datas de convocação e de apresentação das amostras pela licitante classificada em primeiro lugar, ambas extrapolando o prazo previsto no Edital.

Ao final, opinou pelo não conhecimento da Representação e, caso superada a questão preliminar, no mérito entendeu ser parcialmente procedente, nos termos expostos nas conclusões de AUD: Improcedentes os itens 2.3; 2.4, 2.6 e 2., procedente o item 2.2. e solucionados os itens 2.1 e 2.5, com o edital republicado.

É o Relatório do TC 4.316/2022.

TC 4.322/2022

Trata o presente de Representação formulada em face do Edital do Pregão Eletrônico nº 228/2022/SMS, tendo por objeto o Registro de Preços para fornecimento de fralda descartável adulto, deflagrado pela Secretaria Municipal de Saúde.

A Representante, em petição protocolizada em 08/03/2022 (peças1/4), pleiteou a suspensão do certame, com data de abertura inicialmente designada para o dia 10/03/2022, amparada na impugnação aos seguintes pontos:

1 - (2.1) Ausência de menção às normas técnicas, que regulamentam os itens licitados, o que pode tornar inócua a exigência de laudos;
2 - (2.2) Exigência de quantitativo mínimo de 10% para o atestado de capacidade técnica;
3 - (2.3) exigência de documentos de terceiros alheios à disputa; e
4 - (2.4) Ausência de exigência do laudo de citotoxidade.

Considerando que em sede do TC 4.180/2022, no qual se processa a análise do citado Edital, houve recomendação para a suspensão do certame, determinou-se a ciência da Secretaria Municipal de Saúde a respeito desta Representação e a devida manifestação sobre o quanto alegado na exordial (peça 6).

Em resposta, a Origem, tendo acatado a recomendação do TCM e exarado despacho de adiamento "sine die" da sessão de abertura da licitação (DOC 11/03/2022 – pg. 101), encaminhou as justificativas de peça 18 (05/05/2022).

Ao analisar a Representação e os esclarecimentos da SMS, a **Subsecretaria de Controle Externo** elaborou Relatório Conclusivo (Peça 23 - 11/05/2022) e verificou, à exceção do item 2.3, serem improcedentes os demais pontos impugnados, pelas seguintes razões:

> **2.1 -** Da ausência de menção às normas técnicas, que regulamentam os itens licitados, o que pode tornar inócua a exigência de laudos.
> *"... a Origem entendeu que a exigência do laudo analítico laboratorial do ensaio de irritação cutânea e do laudo microbiológico são suficientes para avaliação da qualidade das fraldas, nos termos da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 142/2017. Cabe registrar que essa RDC da ANVISA foi revogada pela RDC nº 640, de 24.03.22, porém não houve alteração quanto aos laudos previstos na norma. Dessa forma, o ponto representado é improcedente."*
> **2.2.** Exigência de quantitativo mínimo de 10% para o atestado de capacidade técnica.
> *"O art. 30, II, da LF 8.666/932 não estipulou qualquer percentual mínimo para a comprovação de aptidão para desempenho de atividade, sendo ato discricionário da Administração (...).*
> *No caso em tela, a SMS entende que o percentual exigido é suficiente para mitigar os riscos de uma eventual incapacidade de fornecimento pelo*

> *licitante selecionado, e apresentou justificativa em que considera esse percentual adequado para aferição de aptidão para desempenho da atividade do objeto de licitação, o qual também visa preservar a competitividade do certame, em face do elevado quantitativo demandado do produto. Portanto, o ponto é improcedente."*
> **2.4**. Ausência de exigência do laudo de citotoxidade.
> *"A RDC nº 640/2022 não prevê, para fins de regularização sanitária de fraldas descartáveis adulto, que estas sejam submetidas a testes de citotoxicidade (...).*
> *Pelo exposto, haja vista a ausência de fundamentação jurídica para a inclusão de tal laudo no edital, é improcedente o ponto representado."*

No tocante ao **item 2.3**, considerou ser procedente ante à indevida exigência de documentos fornecidos por fabricantes, conforme os fundamentos expostos pela Especializada:

> *"(...)O novo edital de peça 22 alterou a cláusula, para exigir: "Comprovação que o fabricante tem regularizada a publicidade de produtos descartáveis, conforme resolução - RDC nº 142, de 17/03/2017, mediante a impressão constante do portal eletrônico da ANVISA ... Em que pese a simplificação da exigência, relacionada a documento do fabricante, reitera-se que não há esta previsão no rol taxativo do art. 30 da LF nº 8.666/93, considerando que a cláusula se fundamenta numa resolução e não em lei especial (inciso IV do art. 30 da LF nº 8.666/93). A comprovação da regularidade da publicidade de produtos descartáveis em relação ao fabricante, só poderia ser exigida do licitante vencedor e não na fase de habilitação, conforme estipula o Informativo 217 do TCU: (...) Registre-se, ainda, que o edital exige a apresentação de amostras e laudos técnicos para aferição da qualidade do produto. Na mesma linha, trazemos à baila um excerto do voto do Conselheiro Relator Renato Martins Costa, do TCESP, no âmbito do TC nº 013984.989.19-4: (...) Por todo o exposto, o ponto representado é procedente."*

Ao final, a Equipe Auditora consolidou seu entendimento na conclusão assim lançada:

> *"À luz das análises efetuadas, concluímos, em caráter conclusivo, pela parcial procedência da representação em relação ao edital inicialmente divulgado pela SMS, (peça 03) e ao novo edital (peça 22), sendo:*
> *• Improcedentes os itens 2.1, 2.2 e 2.4*
> *• Procedente o item 2.3."*

Na sequência, a Secretaria Municipal de Saúde - SMS foi oficiada para manifestar-se sobre o relatório técnico e encaminhou a resposta encartada na peça 25, analisada pela Subsecretaria de Controle Externo (peça 28 – 08/07/2022).

Primeiramente, a Especializada informou sobre a realização da sessão pública, em 13/05/2022, e a homologação do certame publicada no DOC de 02/06/2022 (págs. 77/78), resultando que, dos 08 (oito) itens licitados, 05 (cinco) restaram fracassados (itens 1, 2, 6, 7 e 8) "e adjudicados os itens 3, 4 e 5 à empresa

CERTAME COMERCIO DE MEDICAMENTOS LTDA, CNPJ 08.070.275/0001-03 (Extratos das Atas de Registro de Preços nºs. 391/2022-SMS.G e 392/2022-SMS.G publicados no DOC em 11.06.22, págs. 94 e 95)."

Relativamente ao item 2.3 da Representação, considerado procedente, a Auditoria assim se manifestou sobre as justificativas da SMS:

> *"Considerando o todo exposto e o justificado nos autos pela Origem, cabe salientar que no edital originalmente divulgado e objeto da presente representação, exigiu-se a autorização de funcionamento do fabricante, o que efetivamente representou exigência de documentação referente a terceiro alheio ao certame, o que demonstra a procedência da representação nesse aspecto.*
> *Na republicação do edital, tal exigência foi suprimida e outra foi inserida, qual seja, a comprovação de que o fabricante tem regularizada a publicidade de produtos descartáveis, conforme resolução - RDC nº 142, de 17/03/2017, mediante a impressão constante do portal eletrônico da ANVISA.*
> *Em que pesem as justificativas apresentadas e a necessidade de se verificar a qualidade do produto no que se refere a requisitos impostos ao fabricante e que não são vistos ao exame da amostra do produto exigida, permanece a razoabilidade de que a exigência que prevaleceu no edital fosse posta como condição ao licitante vencedor, já que se trata obrigação do fabricante do produto. Dessa forma, o edital garantiria a necessária comprovação de regularidade sanitária da fabricação dos produtos licitados."*

Assim, ratificou sua conclusão anterior, nos seguintes termos:

> *"Do exposto, diante da documentação acrescida, ratificamos a conclusão alcançada de parcial procedência da Representação "em relação ao edital inicialmente divulgado pela SMS (peça 03) e ao novo edital (peça 22)", sendo improcedentes os subitens 2.1, 2.2 e 2.4 e procedente o subitem 2.3 do Relatório Conclusivo (peça 23)."*

A Assessoria Jurídica de Controle Externo (peças 30/31 – 12/08/2022) analisou a Representação e verificou estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos no art. 55 do RITCMSP.

Quanto ao mérito, acompanhou as conclusões alcançadas pela Auditoria, endossando a procedência parcial da Representação, posto que o item 2.3, mesmo após ter a corresponde cláusula editalícia alterada, configurou exigência de documentação, na fase de habilitação, em desconformidade ao disposto no artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, inclusive, porque a Cláusula 10.2.3.3 foi fundamentada em resolução e não em lei especial (inciso IV), comprovação exigível apenas do licitante vencedor.

Sobre os limites da discricionariedade do administrador, destacou que "o objetivo da exigência de requisitos de qualificação técnica é verificar se o licitante

possui aptidão, conhecimento, equipamento e experiência para executar o objeto do contrato" e tal comprovação extrapola esse desiderato.

Em acréscimo, o Assessor Subchefe de Controle Externo sugeriu a intimação da empresa vencedora do certame, de conformidade com disposto no artigo 116 caput e §§ 1º e 3º, do Regimento Interno desta Corte de Contas, medida implementada, mas, sem retorno da a empresa Certame Comércio de Medicamentos Ltda., detentora das Atas de Registro de Preços decorrentes do Pregão Eletrônico nº 228/2022, que deixou transcorrer o prazo regimental "in albis" (peças 32/37).

A Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 39 – 18/10/2022), discordando do entendimento dos Órgãos Técnicos, entendeu que a alteração promovida no Edital sanou o apontamento 2.3, sendo plausíveis as posteriores justificativas da SMS, por isso improcedente a Representação.

No entanto, considerando que o pregão foi realizado, sem embargo da improcedência da inicial, requer seja julgada prejudicada a presente Representação, em decorrência do perecimento do seu objeto.

A Secretaria Geral (peças 55/56 – 23/01/2023), inicialmente assinalou que a Representação em pauta merece ser conhecida, em razão de atender aos requisitos de admissibilidade previstos no art. 55 do RITCMSP.

No concernente ao mérito, alinhou-se às conclusões alcançadas pela Equipe Auditora e pela AJCE quanto à pertinência do item 2.3, posto que "em ambos editais, houve a exigência de documentação, na fase de habilitação, em desconformidade ao disposto no artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93".

Em conclusão, opinou pelo conhecimento da presente Representação e, no mérito, por sua parcial procedência, sendo procedente o item 2.3 e improcedentes os itens 2.1, 2.2 e 2.4.

É o Relatório do TC 4.322/2022.

VOTO

As Representações, ora apreciadas, impugnam pontos do Edital do Pregão Eletrônico nº 228/2022/SMS, deflagrado pela Secretaria Municipal de Saúde, tendo por objeto o Registro de Preços para fornecimento de fralda descartável adulto.

No TC 4.136/2022, o autor da Representação é pessoa física e deixou de comprovar sua condição de cidadão, consoante determinado no parágrafo 1º do art. 55 do Regimento Interno deste Tribunal. Todavia, houve o regular processamento do

feito e, durante a instrução processual, mostrou conter a inicial elementos para o aperfeiçoamento do controle externo, atraindo a possibilidade de ser relevada, excepcionalmente, a ausência da prova de cidadania, conforme precedentes deste Tribunal, com destaque para o Acórdão prolatado no TC 16.216/2021 (37ª SONP – 21/09/2022), cujo Relator, no voto condutor, assim fundamentou seu entendimento:

> *"No tocante à admissibilidade, apesar da ausência de comprovação do requisito regimental de prova de cidadania, constata-se que os autos já se encontram devidamente instruídos e, ademais, como bem apontou o Senhor Secretário Geral, há possibilidade de conhecimento da representação em homenagem ao princípio da primazia do julgamento do mérito."*

Por sua vez, a Representação autuada no TC 4.322/2022 preenche integralmente os requisitos regimentais de admissibilidade.

Quanto ao mérito, em cada uma das Representações remanesceu procedente apenas um item impugnado relativo ao Edital, a saber:

No TC 4.316/2022, o item considerado pertinente é o **2.2**, o qual refere-se ao prazo para apresentação das amostras, de 2 (dois) dias úteis, contados do encerramento da sessão pública, reputado exíguo para atender tal exigência. Os demais improcedentes.

No TC 4.322/2022, o **item 2.3**, considerado procedente, consiste na exigência de documentação, na fase de habilitação, em desconformidade ao disposto no artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, porquanto exigível apenas do licitante vencedor. Os demais foram considerados improcedentes.

Cabe, neste momento, expor um breve histórico sobre o Pregão Eletrônico nº 228/2022, cujo Edital, impugnado por ambas as Representações, foi publicado em 23/02/2022, em substituição ao de nº 240/2020, revogado pela Origem (DOC de 02/02/2022 - pg. 88).

O acompanhamento do respectivo instrumento convocatório é objeto do TC 4.180/2022, no qual este Tribunal recomendou à Secretaria Municipal de Saúde a suspensão do certame, em razão das irregularidades apuradas pela Equipe Auditora, recomendação essa acatada pela Origem mediante despacho adiando, "sine die", a sessão de abertura da licitação designada, inicialmente, para o dia 10/03/2022 (DOC 11/03/2022 – pg. 101).

O Edital com alterações foi republicado no dia 23/03/2022 e retificado na publicação ocorrida no dia 26/03/2022, sendo a última versão publicada no DOC de 03/05/2022 (pág. 133), com designação da sessão pública para a data de 13/05/2022, quando efetivamente realizou-se.

O Termo de Homologação do referido Pregão Eletrônico, publicado no DOC de 02/06/2022 (págs. 77/78), consignou o resultado de que dos 08 (oito) itens licitados, 05 (cinco) restaram fracassados (itens 1, 2, 6, 7 e 8) e adjudicados os itens 3, 4 e 5 à empresa Certame Comercio de Medicamentos Ltda. (CNPJ 08.070.275/0001-03), cujos extratos das Atas de Registro de Preços nºs. 391/2022-SMS.G e 392/2022-SMS.G encontram-se publicados no DOC de 11/06/2022 (págs. 94 e 95).

Uma vez explanado o contexto do processo licitatório, acompanho, de plano, a conclusão dos Órgãos Técnicos, no sentido da improcedência dos itens 2.1, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6 e 2.7 da Representação tratada no TC 4316/2022 e dos itens 2.1, 2.2 e 2.4 da Representação autuada no TC 4322/2022 e passo a tratar dos dois itens considerados procedentes pela SCE.

Passo, assim, a analisar os dois itens remanescentes.

Em sede da Representação objeto do TC 4.316/2022, a Auditoria concluiu pela procedência do apontamento 2.2, relativo ao prazo de apenas 2 dias úteis para a empresa vencedora apresentar Amostra.

Asseverou a Especializada que, além do prazo ser exíguo, na prática não foi obedecido, considerando que, embora mantido no Edital, após a adjudicação do objeto do Pregão em pauta, a própria Origem dilatou-o para 11 dias úteis, mediante atos posteriores à sessão de abertura apurados pela Especializada.

Inobstante o consignado, entendo que este único ponto não tem o condão, por si só, de macular o edital, podendo ser convertido em determinação à Origem para fins de aprimoramento. Ademais, em que pese a exiguidade do prazo conferido às licitantes, não subsistem nos autos elementos capazes de demonstrar, de forma indene de dúvidas, que tenha havido efetiva restrição à participação de potenciais interessados, o que cumpre ser ressaltado nesta oportunidade.

De outro lado, no **TC 4.322/2022**, a impugnação que se confirmou procedente, contida no **item 2.3**, refere-se à apresentação de documento fornecido pelo fabricante, ainda na fase de habilitação.

Quanto a esta Representação, tendo em vista que os achados de auditoria também foram na sua quase totalidade superados com as alterações trazidas pela SMS, entendo que este único apontamento não tem o condão, por si só, de macular o edital, podendo ser convertido em determinação à Pasta, para fins de aprimoramento de futuros editais de mesmo objeto.

No exercício da sua competência, a fiscalização deste Tribunal de Contas atingiu seu objetivo e possibilitou a correção de irregularidades do edital inicialmente detectadas pela Auditoria.

Em artigo denominado "O controle dos Tribunais de Contas e o artigo 171 da lei 14.133/2021 - nova lei de licitações", a atuação contemporânea das Cortes de Contas em sede de editais merece destaque, pois apta e prevenir o dispêndio irregular de verbas públicas, sendo de grande relevância a reflexão sobre o tema:

> **"O tema do controle das licitações e das contratações públicas foi destacado e detalhado na Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, o que representa relevante avanço em relação à Lei 8.666/1993.As contratações públicas devem se submeter a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estarem subordinadas ao controle social, sujeitam-se às seguintes linhas de defesa (art. 169 da Lei 14.133/2021...De forma positiva, verifica-se a maior preocupação legislativa com a governança pública, destacando-se a relevância da gestão de riscos e do controle preventivo que auxiliam para eficiência e diminuem os riscos da prática de irregularidades nas das contratações públicas..."** - "O controle dos Tribunais de Contas e o artigo 171 da lei 14.133/2021 - nova lei de licitações" – publicado em maio de 2021 – Autores: Rafael Carvalho Rezende Oliveira e Erick Halpern – Fonte: https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/05/Controle-dos-tribunais-de-contas-e-o-art.-171-da-Lei-13133_2021_Erick-Halpern_Rafael-Oliveira.pdf

Com amparo nos artigos 71, III, da CF/1988 e no artigo 48, III, da Lei Orgânica do Município de São Paulo, está Corte de Contas analisou as Representações, sendo que a licitação foi retomada após a correção de praticamente todos os pontos suscitados pelos Órgãos Técnicos no acompanhamento do edital (TC 4180/2022) e pelos Representantes nos autos ora em julgamento.

O controle preventivo, já durante a primeira etapa do certame, com a determinação de providências e correções, demonstra a preocupação em se prevenir futuros danos ao erário, razão pela qual o edital foi sustado e revisto, como condição para que a licitação prosseguisse.

Para que este controle seja eficaz, deve ser realizado em tempo útil, ou seja, de forma contemporânea, possibilitando assim a adequação do instrumento convocatório. Para que seja efetivo, precisa ser concomitante, pois assim contribui para a consecução dos objetivos da Administração e na prestação de um serviço de qualidade. Isto sem contar no controle de gastos, como acima citado, evitando-se o desperdício de dinheiro público.

Nesta linha, em relação à única infringência remanescente, extrai-se dos autos que no edital originalmente divulgado, a Cláusula 10.3.3.3 exigia a licença de funcionamento (Alvará Sanitário) atualizada ou cadastramento definitivo, da fabricante ou detentora do registro do produto – fralda descartável adulto – no Brasil, emitidos por órgão da vigilância sanitária local. Porém, quando da republicação do edital, a referida exigência foi suprimida e outra foi inserida, qual seja, a comprovação de que o fabricante tinha regularizada a publicidade de produtos descartáveis, conforme resolução - RDC nº 142, de 17/03/2017, mediante a impressão constante do portal eletrônico da ANVISA.

Neste sentido, embora a alteração tenha sido considerada insuficiente pela Auditoria, repiso que este único ponto não é capaz, por si só, de tornar irregular o edital em comento, mormente diante das medidas adotadas pela Secretaria, incidindo, no caso, a previsão do artigo 22, § § 1º do Decreto Lei 4657/1942, sendo de rigor a preservação das situações já consolidadas.

Quanto à alegada anuência posterior da SMS ao permitir que a licitante vencedora apresentasse proposta com produto de um fabricante na fase de habilitação e, na fase inicial de execução, fornecesse outro, de outra marca e fabricante e com especificações de fardos/embalagens diversas daquelas apresentadas, tal questão deverá ser apreciada no bojo do acompanhamento da execução contratual, em autos próprios, já que refoge ao escopo dos feitos ora em julgamento.

Com efeito, as Atas de Registros de Preços nºs 391 e 392/2022, das quais a empresa Certame é detentora, sofreram alterações nas especificações técnicas e condições estabelecidas, podendo configurar possível inadimplemento da empresa vencedora, que forneceu produto diverso daquele registrado na ARP, ainda que autorizado pela Origem. Mas como colocado, tais questões deverão ser analisadas em sede de acompanhamento da execução contratual.

Diante do exposto, **CONHEÇO** das Representações autuadas nos TCs 4.316/2022 e 4.322/2022.

No mérito, com respaldo nas manifestações da Subsecretaria de Controle Externo, da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, bem como nos fundamentos expostos na presente decisão, **JULGO IMPROCEDENTE** a Representação tratada no TC 4316/2022 quanto aos itens 2.1, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6 e 2.7 e **PREJUDICADA** quanto ao item 2.2.

Quanto à Representação objeto do **TC 4.322/2022, JULGO-A IMPROCEDENTE** quanto aos itens 2.1, 2.2 e 2.4 e **PREJUDICADA** quanto ao item 2.3, que fica convertido nesta oportunidade em determinação à Origem.

DETERMINO o encaminhamento do Relatório, Voto e da Decisão a ser alcançada pelo Plenário à Origem, para fins de aprimoramento de futuros editais de mesmo objeto do presente, tendo por base o quanto apurado neste processado, especialmente quanto à previsão constante nos artigos 30 da Lei 8666/93 e 67 da Lei 14.133/2021.

Cumpridas as formalidades legais, ARQUIVEM-SE os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 27/05/2024 11:15:43 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo