ACO-UTR-949/2024

Processo	-	TC/007281/2021
Representante	-	Camila de Castro Silva
Representada	-	Secretaria Municipal da Saúde
Objeto	-	Representação interposta em face do Edital do Pregão Eletrônico 242/2021/SMS, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de fraldas descartáveis para adultos, de uso hospitalar nos tamanhos M, G e EG

52ª Sessão Ordinária Não Presencial

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMS. Registro de preços. Fornecimento de fraldas descartáveis para adultos. 1. Para a qualificação técnica a exigência de apresentação do laudo de ensaio técnico juntamente com os documentos de habilitação, é cabível somente ao licitante vencedor. 2. É vedada a previsão nos editais de licitação de exigências de quesitos para a habilitação em que os licitantes tenham custos que não sejam necessários antes da celebração do contrato. CONHECIDA. PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALERTA. 1. Se atente à previsão dos artigos 30 da Lei 8.666/93 e 67 da Lei 14.133/2021 e dos documentos de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional passíveis de exigência de todos os participantes do processo licitatório. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, 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, em conhecer da representação, relevando-se o não preenchimento do requisito regimental de admissibilidade referente à comprovação da cidadania da representante, por envolver questão de interesse público.

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito, em julgá-la parcialmente procedente.

ACORDAM, à unanimidade, em converter o item 2.1 em ALERTAR à origem, a fim de que, em futuros certames de mesmo objeto, se atente à previsão dos artigos

30 da Lei Federal 8.666/93 e 67 da Lei Federal 14.133/2021 e dos documentos de qualificação técnico-profissional e técnico operacional passíveis de exigência de todos os participantes do processo licitatório.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o cumprimento do disposto no art. 58 do RITCMSP, arquivando-se os autos após o cumprimento das formalidades legais.

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

São Paulo, 20 de março 2024.

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

/cv

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 19/07/2024 10:04:15 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 19/07/2024 11:47:16 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC nº 7281/2021 – Representação
Objeto: Pregão Eletrônico nº 242/2021/SMS, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de fralda descartável para adulto - uso hospitalar, tamanho M, G e EG.
Interessados: Secretaria Municipal da Saúde
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Cuida o TC 7.281/2021 da análise da Representação formulada por Camila de Castro Silva (peça 01), alegando irregularidades no Edital de Pregão Eletrônico nº 242/2021/SMS, promovido pela Secretaria Municipal de Saúde – SMS, que tem por objeto o registro de preços para o fornecimento de fralda descartável para adulto, uso hospitalar, tamanho M, G, EG - Processo SEI nº 6110.2021/0003860-7.

Em síntese, a Representação, após discorrer sobre irregularidades referentes a competitividade do certame, validade dos produtos licitados e ausência de exigência de Laudo de Citotoxidade, requereu a suspensão imediata do certame e correção do Edital.

A **Subsecretaria de Controle Externo - SCE** apresentou seu relatório preliminar à peça 06, opinando pela sua parcial procedência conforme a seguinte conclusão:

> *"**3. CONCLUSÃO***
>
> *Diante do exposto, em sede de Relatório Preliminar, concluímos pela **parcial procedência** Representação analisada, sendo:*
>
> *• **Parcialmente procedente** o item **2.1**, sendo **improcedente** no que tange se tratar de exigência incomum para o objeto licitado, e **procedente** quanto à exigência de apresentação do laudo de ensaio técnico juntamente com os documentos de habilitação, cabendo a apresentação somente por parte do licitante vencedor;*
>
> *• **Improcedentes** os itens **2.2, 2.3, 2.4** e **2.5**.*
>
> *Nos aspectos dos subitens **2.2, 2.3** e **2.5** em que pese a não demonstração de amparo legal nas alegações trazidas, sugerimos que a Origem seja instada a se manifestar considerando a especificidade técnica relacionada ao produto e os aspectos alegados pela Representante."*

O item 2.1 refere-se à exigência de Laudo que restringe injustificadamente a competitividade do certame.

À peça 14, a Secretaria Municipal de Saúde – SMS se manifestou sobre o relatório da SCE.

A **Auditoria**, à peça 22, apresentou seu relatório conclusivo no qual manteve o entendimento pela parcial procedência da Representação:

> *"**3. CONCLUSÃO***
>
> *Diante do exposto, em sede de Relatório Conclusivo, concluímos pela parcial procedência da Representação analisada, sendo:*
>
> *• **Parcialmente procedente** o item **2.1**, sendo **improcedente** no que tange se tratar de exigência incomum para o objeto licitado, e **procedente** quanto à exigência de apresentação do laudo de ensaio técnico juntamente com os documentos de habilitação, sendo que sua apresentação seria cabível por parte do licitante vencedor;*
>
> *• **Improcedentes** os itens **2.2, 2.3, 2.4** e **2.5**.*
>
> *Quanto ao subitem 2.2, considerando que não houve manifestação da SMS, em que pese a não demonstração de amparo legal nas alegações trazidas pela representante, assim como a ocorrência de homologação do certame com a decorrente lavratura da **Ata de Registro de Preços nº 248/2021-SMS.G**, sugerimos que a Origem seja instada a inserir no processo administrativo da licitação os esclarecimentos necessários, considerando a especificidade técnica relacionada ao produto e o aspecto alegado pela Representante."*

A Origem, em nova manifestação, às peças 42 e 43, afirmou ser necessária solicitação de LAUDO, para análise de compatibilidade com o produto de acordo com o ANEXO I – Termo de Referência do edital, afim de que a área técnica verifique se o produto atende a todas as exigências do edital.

A **Auditoria**, por sua **Coordenadoria IV**, em nova manifestação, reiterou sua conclusão anterior nos termos que segue (peça 47):

> "***2. ANÁLISE***
>
> ***2.1. Da exigência de Laudo que restringe injustificadamente a competitividade do certame (fls. 03/08 da Peça 01)***
>
> *Manifestação da Origem*
>
> *Quanto ao questionamento do item 2.1. Da exigência de Laudo que restringe injustificadamente a competitividade do certame, temos a informar:*
>
> *Como se há observar na resposta em processos análogos, faz-se necessária solicitação de LAUDO, para análise de compatibilidade com o produto de acordo com o ANEXO I – Termo de Referência do edital.*
>
> *Sendo assim, necessário se faz a apresentação deste na sessão, para que a área técnica verifique se produto atende a todas as exigências do edital, não havendo o porquê de apresentação posterior ou da dispensa deste, se fosse o caso, o que não é,*

conforme condições justificadas no documento de abertura do processo licitatório (sei 6110.2021/0003860-7).

Ademais, destacamos por oportuno que a área técnica necessita analisar o Laudo do produto, juntamente com o catálogo do produto, para aferição do mesmo, no intuito de classificação, conforme estabelecido no item 6.6 do edital.

Por oportuno, esclarecemos ainda que os documentos técnicos solicitados durante o certame deverão encontrar-se concluídos para análise da compatibilidade do produto com o Edital.

Convém ressaltar que a solicitação deste documento, trata-se de analise CLASSIFICATÓRIA, e não consta no rol da documentação do item 10.2.3 (Documento De Habilitação), porém, necessário, conforme citado acima.
[...]
Cumpre nos assinalar que se a empresa não possuir na abertura da licitação o Laudo, significa que não reúne todas as exigências para que a área técnica analise o produto/compatibilidade na sessão, e tão pouco teria, quando do envio da Amostra (2 dias úteis), após declarada provisoriamente, no término da sessão.

Informo ainda que a questão de solicitação de Laudo, já fora objeto de análise e resposta da Comissão – CATS (sei 043492482), em pedido de Impugnação.

[...] (sem grifos) (fls. 07/08 da peça 43).

Análise da Coordenadoria

A Origem justificou tecnicamente a necessidade de apresentação do Laudo Analítico Laboratorial do Ensaio de Irritação Cutânea Primária e Cumulativa e Laudo Microbiológico. Porém, a referida exigência extrapola o rol taxativo de documentos previstos no artigo 30 da LF 8.666/93, cabendo apresentação, apenas, por parte do vencedor. Nesse sentido, destacamos o enunciado do Acórdão 538/2015 – TCU-Plenário, relacionado à Súmula nº 272[1] do TCU:

Na fase de habilitação, é ilegal a exigência de apresentação de laudos de ensaios técnicos para comprovação de qualidade de insumo ou produto. Desde que previsto no instrumento convocatório, na fase de propostas a Administração pode exigir, do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, em prazo razoável e suficiente para tal, a apresentação de amostra do produto ou insumo, acompanhada dos laudos técnicos necessários a comprovar a qualidade do bem a ser fornecido. (Acórdão 538/2015 - Plenário)

*Diante do exposto, ratificamos a **parcial procedência** da representação neste ponto, sendo improcedente no que tange se tratar de exigência incomum para o objeto licitado, e procedente quanto à exigência de apresentação do laudo de ensaio técnico juntamente com os documentos de habilitação, cabendo a apresentação somente por parte do licitante vencedor.*

3. CONCLUSÃO

[1] **SÚMULA TCU 272: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.**

*Diante do exposto, ratificamos a conclusão alcançada em sede de Relatório Conclusivo (Peça 22), pela **parcial procedência** da Representação analisada, sendo:*

*• **Parcialmente procedente** o item **2.1**, sendo **improcedente** no que tange se tratar de exigência incomum para o objeto licitado, e **procedente** quanto à exigência de apresentação do laudo de ensaio técnico juntamente com os documentos de habilitação, cabendo a apresentação somente por parte do licitante vencedor;*

*• **Improcedentes** os itens **2.2, 2.3, 2.4** e **2.5.”***

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE**, à peça 49, apresentou seu parecer contendo a seguinte conclusão:

Inicialmente, compulsando os autos, cumpre-nos destacar a ausência da prova de cidadania definida no § 1º, do artigo 55 do Regimento Interno desta E. Corte de Contas[2].

No mérito, utilizando a mesma disposição constante do Relatório Preliminar da Auditoria, assim opinamos:
(...)

CONCLUSÃO

*Dessarte, em razão do exposto, entendemos <u>não presentes os requisitos de admissibilidade da Representação em comento</u>, conforme antes assinalado, devido à **ausência** da prova de cidadania definida no § 1º, do artigo 55 do Regimento Interno deste E. Tribunal.*

*No mérito, acompanhamos integralmente o entendimento da Auditoria e, da mesma forma, opinamos pela **parcial procedência** da Representação aqui analisada, sendo:*

*• **Parcialmente procedente** o item **2.1**: **improcedente** quanto a tratar-se de exigência incomum para o objeto licitado, e procedente quanto à exigência de apresentação do laudo de ensaio técnico juntamente com os documentos de habilitação, cabendo a apresentação somente por parte do licitante vencedor;*

• **Improcedentes** os itens 2.2, 2.3, 2.4 e 2.5.”

[2] **Regimento Interno do TCMSP**
Art. 54 - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para formular representação ou denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal.
Art. 55 - A representação ou denúncia sobre matérias de competência do Tribunal deverá preencher os seguintes requisitos:
I - ser formalizada por petição escrita ou ser reduzida a termo;
II - referir-se a órgão, administrador ou responsável sujeito à jurisdição do Tribunal;
III - estar acompanhada de documentos que constituam prova ou indícios relativos ao fato denunciado ou à existência de ilegalidade ou irregularidade;
IV - conter o nome legível e a assinatura do representante ou denunciante, sua qualificação e endereço.
§ 1º - Em se tratando de representação ou denúncia formulada por cidadão, é indispensável a prova de cidadania, mediante a juntada à inicial de cópia do título de eleitor ou documento que a ele corresponda.
§ 2º - Quando formulada por partido político, associação ou sindicato, a inicial deverá ser acompanhada de prova da existência legal da entidade.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, peça 53, em homenagem aos pricípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, requereu a intimação da empresa CBS Médico Científica S/A.

A Empresa detentora da Ata de Registro de Preços, à peça 71, requereu a confirmação da homologação, alegando que não houve irregularidade.

A **Auditoria,** à peça 76, reafirmou considerar a Representação procedente quanto à exigência de apresentação do laudo de ensaio técnico juntamente com os documentos de habilitação e improcedente para os demais itens.

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, à peça 79, requereu que a presente Representação seja julgada integralmente improcedente e, subsidiariamente, o reconhecimento dos efeitos jurídicos, financeiros e patrimoniais dos atos realizados, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, sem aplicação de qualquer sanção aos agentes públicos.

A **Secretaria Geral – SG**, à peça 87, apresentou seu entendimento acerca da Representação, resumidamente, nos termos seguintes:

> *"Primeiramente, há que se esclarecer que o ora Representante não fez a prova cabal de sua cidadania, deixando de juntar cópia de seu título de eleitor, requisito regimental de admissibilidade.*
>
> *Por outro lado, formalizou sua queixa em petição escrita, onde aponta os fundamentos legais de seu inconformismo contra ato de Órgão Público jurisdicionado à competência desta Egrégia Corte de Contas, contemplando as demais exigências que regem a matéria, definidas no artigo 54 e seguintes do Regimento Interno.*
>
> *Desta forma, a rigor, a Representação não pode ser conhecida.*
>
> *Entretanto, caso superada a questão relacionada à falta de apresentação de documentos pessoais, no mérito, a Representação se baseia nos seguintes pontos, assim identificados pela Equipe de Fiscalização:*
>
> 2.1. Da exigência de Laudo que restringe injustificadamente a competitividade do certame;
> 2.2. Da falta de indicação no Edital da validade mínima dos produtos que se pretende adquirir;
> 2.3. Da falta de indicação de período máximo de uso dos produtos – proteção;
> 2.4. Da possibilidade de isenção de registro do produto na ANVISA; e,
> 2.5. Da ausência de exigência de Laudo de Citotoxidade.
> (...)
> *A Equipe de Fiscalização para esclarecer a parcial procedência do item 2.1, quanto a indevida exigência de apresentação do laudo de ensaio técnico juntamente com os documentos de habilitação, acostou o enunciado do Acórdão 538/2015 - TCU-Plenário, que diz:*

Na fase de habilitação, é ilegal a exigência de apresentação de laudos de ensaios técnicos para comprovação de qualidade de insumo ou produto. Desde que previsto no instrumento convocatório, na fase de propostas a Administração pode exigir, do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, em prazo razoável e suficiente para tal, a apresentação de amostra do produto ou insumo, acompanhada dos laudos técnicos necessários a comprovar a qualidade do bem a ser fornecido. (Acórdão 538/2015 - Plenário)

Assim, como bem analisado, a referida exigência extrapola o rol taxativo de documentos previstos no artigo 30 da LF 8.666/93, tornando a Representação procedente nesse quesito, pois somente o vencedor terá a obrigação de apresentar o laudo.

Os demais apontamentos foram considerados improcedentes, como, por exemplo, a alegação de que existe a falta de indicação no Edital da validade mínima dos produtos que se pretende adquirir.

Ocorre que o edital faz a previsão de que a mercadoria deve apresentar validade equivalente a pelo menos 2/3 (dois terços) do prazo de validade total, sendo que a validade é de 3 anos, ou seeja, no mínimo deve estar dentro do prazo de 2 anos, para a aquisição pela Ata de Registro de Preços em um período de 12 meses. Assim, o apontamento é improcedente.

Da mesma maneira, não se verificou a falta de indicação de período máximo de uso dos produtos (2.3), pois a Origem utilizou o critério da capacidade de absorção dos produtos, como a manta de formato anatômico com absorção de no mínimo 2.090 ml, sendo, inclusive, verificado pela Equipe de Auditoria em lojas especializadas que a preferência dos consumidores é por esse formato mesmo. Apontamento improcedente.

A Representante também questionou a possibilidade de isenção de registro do produto na ANVISA (2.4), alegando que o Edital não poderia admitir a possibilidade de isenção, ou de notificação ou cadastramento, ou ainda, se for o caso, comprovação de que o produto não está sob controle sanitário.

A Equipe de Fiscalização esclareceu que o subitem do Edital questionado exige é a regularidade do produto perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, cuja documentação comprobatória pode ser relativa ao seu registro ou a sua isenção ou à sua notificação ou cadastramento, sendo futura e eventualmente constatada qualquer distorção, a mesma será refutada pela Comissão de Licitação. Apontamento improcedente.

Por fim, em que a Representação questiona a ausência de exigência de Laudo de Citotoxidade (2.5), a Equipe de Auditoria verificou que não foi apresentada nenhuma alegação amparada em lei ou qualquer ato normativo, mas foi somente apresentado um estudo feito há mais de 23 anos e que se baseava em fraldas infantis cujo perigo seria potencialmente causar irritações em bebês. Apontamento improcedente.

Por todo o exposto, opino, s.m.j., pelo não conhecimento da Representação proposta por Camila de Castro Silva por não preencher os requisitos regimentais de admissibilidade e, no mérito, caso superada a questão da não comprovação da cidadania, pela parcial procedência do item 2.1 e improcedência dos itens 2.2, 2.3,

2.4 e 2.5, referente às supostas irregularidades no Edital de Pregão Eletrônico nº 242/2021/SMS, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de fralda descartável para adulto, uso hospitalar, tamanhos M, G, EG."

É o relatório.

VOTO

Cuida o TC 7.281/2021 da análise da Representação formulada por Camila de Castro Silva (peça 01), alegando irregularidades no Edital de Pregão Eletrônico nº 242/2021/SMS, promovido pela Secretaria Municipal de Saúde – SMS, que tem por objeto o registro de preços para o fornecimento de fralda descartável para adulto, uso hospitalar, tamanho M, G, EG - Processo SEI nº 6110.2021/0003860-7.

De plano, acolho os pareceres unânimes dos Órgãos Técnicos, no que concerne à improcedência dos itens 2.2, 2.3, 2.4 e 2.5.

Desta forma, passo a me manifestar sobre o item 2.1 (da exigência de Laudo que restringe injustificadamente a competitividade do certame), considerado parcialmente procedente pela Auditoria e demais órgãos pré-opinantes.

Sustenta a Representante que as exigências de qualificação técnica e econômica que a Administração pode fazer aos concorrentes em processos de compras públicas devem se restringir àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, previstas na contratação que se pretende celebrar, não podendo comprometer a isonomia entre os participantes e frustrar o caráter competitivo da licitação.

Com isso, opõe-se ao item 6.6.3 do Edital (peça 02), que prevê a exigência de "*Laudo Analítico Laboratorial do Ensaio de Irritação Cutânea Primária e Cumulativa e Laudo Microbiológico com Certificação com data máxima de 05 anos*".

Alega que a exigência é restritiva, pois nela não consta sua base legal ou regulamentadora, e que é incomum para o tipo de produto (fraldas), que já devem possuir regular cadastro na ANVISA, e requer a exclusão desse item do edital.

Sobre esse questionamento, a **Auditoria**, em seu relatório conclusivo, afirma não ser procedente a alegada situação incomum da exigência, por constar tal exigência desses laudos em editais relativos ao mesmo objeto[3], em alguns casos inclusive como requisito de habilitação.

[3] **Pregão Eletrônico nº 90/2017, Governo do Estado de SP -PROCESSO CGA n.º 001.0001.001.679/2017.**

Reconhece, contudo, que tal exigência extrapola as previsões do artigo 30 da LF 8.666/93, *"(...) embora, no caso concreto, há de se destacar a importância no que tange à demonstração de qualidade do produto, cabendo apresentação por parte do vencedor, afastando-se, assim, a inibição de competitividade trazida pela Representante."*

Destaca ainda o enunciado do Acórdão 538/2015 – TCU-Plenário, relacionado à sua Súmula nº 272[4].

Com tais argumentos, concluiu que o questionamento em questão da Representante é **parcialmente procedente**, sendo improcedente quanto à alegação de exigência incomum para o objeto licitado, e procedente quanto à exigência de apresentação do laudo de ensaio técnico juntamente com os documentos de habilitação, cabendo tal apresentação somente por parte do licitante vencedor. Neste mesmo sentido, os pareceres da AJCE, PFM e SG.

Inobstante a procedência parcial da alegação trazida nos autos, tal infringência não é capaz, por si só, de invalidar o certame já concluído em 2021, sendo possível, no caso, a sua conversão em alerta à Origem, medida que encontra amparo nos artigos 21 a 23 da LINDB. Isto porque, analisando-se o processado, extrai-se que os demais itens foram considerados improcedentes e, quanto ao 2.1, a exigência estabelecida pela Pasta foi considerada válida, sendo comumente imposta em certames do mesmo objeto, remanescendo a discussão apenas quanto à exigibilidade do citado laudo de todos os participantes e não apenas dos licitantes vencedores, o que em tese pode configurar restrição à competitividade e inobservância aos artigos 30 da Lei 8.666/93 e 67 da Lei 14133/21).

Ante todo o exposto, **CONHEÇO** da Representação formulada por Camila de Castro Silva contra o Edital de Pregão Eletrônico nº 242/2021/SMS, promovido pela Secretaria Municipal de Saúde – SMS, que tem por objeto o registro de preços para o fornecimento de fralda descartável para adulto, uso hospitalar, tamanho M, G, EG, ainda que não preenchido o requisito regimental de admissibilidade referente à comprovação da cidadania da Representante, mas, tendo sido processada a Representação e concluída a sua instrução, com manifestação das partes interessadas, cuidando, ademais de questão envolvendo o interesse público, relevo a falta verificada.

No mérito, acompanho as conclusões do relatório técnico da Auditoria, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral e **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a Representação, nos termos da fundamentação.

[4] **SÚMULA TCU 272: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.**

Em relação ao item 2.1, fica convertido em **ALERTA** à origem, a fim de que, em futuros certames de mesmo objeto, se atente à previsão dos artigos 30 da Lei 8.666/93 e 67 da Lei 14.133/2021 e dos documentos de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional passíveis de exigência de todos os participantes do processo licitatório.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
CONSELHEIRO RELATOR

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 12/04/2024 10:22:37 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo