**TC 7.481/2020**

**REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMS. Serviços hospitalares na área de anestesiologia para a realização de procedimentos cirúrgicos. 1. Edital retificado. Perda do objeto. CONHECIDA. PREJUDICADA. Votação unânime.**

**24ª Sessão Ordinária Não Presencial**

**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, por presentes os requisitos de admissibilidade, e em declarar prejudicada a sua análise, pela perda superveniente do objeto, devido às alterações no edital promovidas pela Secretaria Municipal da Saúde.

**ACORDAM**, à unanimidade, em determinar o cumprimento do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte e, após as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

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

São Paulo, 16 de junho de 2021.

JOÃO ANTONIO
Presidente

EDUARDO TUMA
Relator

**RELATÓRIO**

Cuida o presente de Representação formulada pela empresa MJ GLOBAL TEC COMÉRCIO E SERVIÇO LTDA. – ME (peça 1) em face do Edital de Pregão Eletrônico nº 116/2020/AHM, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços hospitalares na área de anestesiologia para a realização de procedimentos cirúrgicos eletivos e

emergenciais, em pacientes adultos e pediátricos, de quaisquer especialidades, para as unidades da Autarquia Hospitalar Municipal.

A Representante insurge-se, basicamente, contra os seguintes pontos do Edital:

i) Participação de Cooperativas;
ii) Previsão de retenção de pagamento em caso de faltas; e
iii) Ausência de parâmetro para inexecução total.

A equipe técnica da Coordenadoria IV, em manifestação de peça 8, assim concluiu:

*"À luz das análises efetuadas, concluímos pela parcial procedência da representação, sendo:*
*• improcedentes os itens 2.1 e 2.3; e*
*• procedente o item 2.2".*

Foi determinada a suspensão "ad cautelam" do certame e concedido prazo para que a Origem, o Sr. pregoeiro e a Autarquia Hospitalar Municipal - AHM se manifestassem acerca dos apontamentos dos autos.

À peça 18, o Egrégio Plenário referendou a decisão de suspensão "ad cautelam" do certame.

Devidamente intimadas, a Secretaria Municipal da Saúde – SMS e a Autarquia Hospitalar Municipal - AHM apresentaram esclarecimentos à peça 20.

A equipe técnica da Coordenadoria IV, de posse dos esclarecimentos apresentados, em manifestação de peça 23, assim concluiu:

*"À luz das análises efetuadas, concluímos, em sede de análise conclusiva, pela parcial procedência da representação, sendo:*
*• improcedentes os itens 2.1 e 2.3; e*
*• procedente o item 2.2".*

Em sede de manifestação prévia, a Origem apresentou proposta de redação Editalícia que soluciona o item 2.2, ao excluir a previsão de retenção dos pagamentos até a conclusão do procedimento para apuração de falta, desde que efetivada quando da republicação do Edital. Porém, a redação proposta também exclui do Anexo III do Edital, de forma indevida, a possibilidade de desconto de eventuais débitos da Contratada, inclusive os decorrentes de multa, sendo esses cabíveis quando finalizada a sua apuração, cabendo providências por parte da Origem nesse aspecto ao se publicar o novo Edital.

À peça 24, consta a PROPOSTA DE RETOMADA DO CERTAME, condicionada à republicação do Edital, por parte da Origem, contendo as alterações propostas.

À peça 31, o Egrégio Plenário referendou e autorizou a retomada do certame.

À peça 35, consta o Edital republicado em 09.09.20, com base no Edital disponibilizado no Portal Comprasnet.

A equipe técnica da Coordenadoria IV, de posse do novo Edital, em manifestação de peça 37, assim concluiu:

*"À luz das análises efetuadas, ratificamos a conclusão alcançada no relatório conclusivo (peça 23), pela parcial procedência da representação quanto ao Edital inicialmente divulgado, sendo:*

- *improcedentes os itens 2.1 e 2.3; e*
- *procedente o item 2.2. Registramos que o item 2.2 restou solucionado com a redação adotada no Edital divulgado em 09.09.20".*

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em manifestação de peça 39, assim concluiu:

*"Acompanhamos as conclusões da Coordenadoria IV, para também entender superados os óbices à realização do Pregão Eletrônico nº 116/2020/AHM".*

Por fim, a Procuradoria da Fazenda Municipal, em manifestação de peça 43, opinou pela perda superveniente do objeto da presente representação.

A Secretaria Geral manifestou-se nos seguintes termos:

"***Da admissibilidade.***

*Cumpre registrar, que a Representação em tela preenche os requisitos de admissibilidade, constantes do artigo 55 do Regimento Interno desta Corte, motivo pelo qual me manifesto pelo seu parcial conhecimento, pelas razões de mérito a seguir expostas.*

***Do mérito.***

*A controvérsia gira em torno dos seguintes pontos: i) Participação de Cooperativas; ii) Previsão de retenção de pagamento em caso de faltas; e iii) Ausência de parâmetro para inexecução total.*

***Quanto ao apontamento referente à conclusão 2.1 do relatório da Auditoria: 'Participação de Cooperativas'.***

*Como bem explicitado por AUD, a Representante alegou, basicamente, que:*

*'Requer, em síntese, que 'uma vez que não é permitida a participação de cooperativas em licitações públicas, quando o objeto da contratação puder, de alguma forma, caracterizar intermediação de mão de obra subordinada, o presente Edital deve ser reformado para consignar a vedação'.'*

*- Análise da coordenadoria (peça 23):*

*O Edital já prevê, em seu item 3.3.8, vedação à participação de Cooperativas (fl. 05, Peça 04).*

*Improcedente a representação neste ponto.*

***Quanto ao apontamento referente à conclusão 2.2 do relatório da Auditoria: 'Previsão de retenção de pagamento em caso de faltas'.***

*A Auditoria, em manifestação de peça 37, assim concluiu acerca do apontamento:*

*'O aspecto foi considerado procedente devido à previsão no Edital de retenção de pagamentos em caso de faltas até a conclusão do procedimento de apuração, hipótese não estabelecida pela legislação e sanção não prevista no rol taxativo trazido pela Lei nº 8.666/93.*

*A Origem havia apresentado, em sede de manifestação prévia (fls. 10/11, Peça 20), proposta de retificação do Anexo III do Edital, que solucionaria o aspecto procedente, porém também excluía, de forma indevida, do referido anexo, a possibilidade de desconto de eventuais débitos da Contratada, inclusive os decorrentes de multa, sendo esses cabíveis quando finalizada a sua apuração.*

*Em consulta ao Edital republicado em 09.09.20, verificamos que houve a exclusão do trecho que previa a possibilidade de retenção de pagamentos e foi mantida a possibilidade de descontos de eventuais débitos da contratada, inclusive os decorrentes de multas, conforme Peça 35, fl. 66:*

*Os pagamentos serão efetuados em conformidade com a execução dos serviços, mediante apresentação da(s) respectiva(s) nota(s) fiscal(is) ou nota(s) fiscal(is)/fatura, bem como de cópia reprográfica da nota de empenho, acompanhada, quando for o caso, do recolhimento do ISSQN - Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza do mês de competência, descontados os eventuais débitos da Contratada, inclusive os decorrentes de multas.*

*Dessa forma, restou solucionado o aspecto procedente deste ponto com a redação adotada no Edital divulgado em 09.09.20'.*

*Com relação ao item 2.2 do relatório inicial da Auditoria, opino pela perda do objeto da alegação, em função de que a publicação do novo Edital de Pregão Eletrônico nº 116/2020/AHM contemplou as alterações noticiadas nos autos.*

***Quanto ao apontamento referente à conclusão 2.3 do relatório da Auditoria: 'Ausência de parâmetro para inexecução total'***

*Como bem explicitado por AUD, a Representante alegou, basicamente, que:*

*'Outra falha do Edital é ausência de proporcionalidade e adequação na aplicação de sanções e multas, assim como do prazo para constatação entre inexecução parcial e inexecução total do contrato.*

*O item 12.2, do Edital, consigna que a não apresentação de garantia equivale ao descumprimento contratual, sem qualquer prazo para correção:*

*12.2. A não prestação da garantia de execução equivale à recusa injustificada para a assinatura do contrato, caracterizando descumprimento total da obrigação assumida e sujeitando a licitante vencedora às sanções previstas neste Edital e demais normas pertinentes;*

*Ou seja, do texto de Edital deduz-se que a não entrega de garantia já constitui descumprimento integral de obrigação contratual.*

*Contraditoriamente, ao longo do instrumento contratual verifica-se que há outras hipóteses de enquadramento como descumprimento contratual, com a consignação de prazo mínimo de 20 dias a partir do termo final para cumprimento da obrigação, para que seja reconhecida a infração.*

*Nos itens 2, Anexo III do Edital, consta que o prazo para que seja considerada a inexecução parcial do contrato é a partir do vigésimo dia de atraso para início da prestação dos serviços: 2. Pelo descumprimento do ajuste a CONTRATADA sujeitar-se-á às seguintes penalidades: 2.1. Advertência; 2.2. Multa de 0,5% (meio por cento), para cada dia de atraso no início da execução contratual, computada sobre o valor mensal da unidade da AHM em que ocorreu o atraso. A partir do 20º dia de atraso, poderá configurar-se a inexecução total ou parcial do contrato, com as consequências daí advindas; 2.3. Multa de 10% (dez por cento) sobre o valor mensal do contrato, por local de prestação dos serviços, nas hipóteses de descumprimento ou cumprimento irregular das obrigações assumidas pela Contratada; 2.4. Multa de 15% (quinze por cento) sobre o valor mensal do contrato, por local de prestação dos serviços, no caso de inexecução parcial do objeto licitado ou nas hipóteses de atrasos superiores a 20 (vinte) dias.*

*Após a análise das sanções previstas no Edital, fica claro que há um acerto e correção em se conceder um prazo 20 dias de atraso para reconhecimento de inexecução contratual, já que falhas decorrentes de caso fortuito e força maior podem acorrera a qualquer empresa, ao mesmo tempo em que há excesso e falta de proporcionalidade na aplicação de sanção por descumprimento integral do contrato por não entrega de garantia contratual.*

*Com o máximo respeito, mas é totalmente discrepante a não concessão de prazo, ainda que mínimo, para sanear a ausência de entrega de proposta, ao passo que se trata de obrigação contratual acessória.*

*Os parâmetros devem ser razoáveis e equânime de modo que há de se conceder um prazo para saneamento do dever de apresentação de garantia antes da conclusão pelo inadimplemento total.*

*Além disso, sobreleva destacar que os percentuais para aplicação de multa são consideravelmente elevados, o que pode resultar em um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao invés de ter o fim de ressarcir um dano. É incontroverso que multas em valores elevados é um dos fatores que causam desequilíbrio econômico no contrato, aumentando assim a assunção de riscos a possível contratada que pode repercutir na proposta de preços a ser ofertada.*

*A necessidade de se adequar as penalidades a serem aplicadas, com prazos mínimos, para o caso previsto no item 18.2, do Edital. Além*

*disso, requer, neste aspecto, o regramento da mora administrativa para a situação de atraso no pagamento dos valores devidos, entendendo pertinente a estipulação de multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros moratórios de 1% ao mês e a correção monetária pelo índice oficial do contrato, de modo a garantir o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual.*

*Diante do exposto, requer-se o acolhimento da impugnação para correção do Edital'.*

*Análise da Coordenadoria (peça 23):*

*'A Representante pugna, em suma, que a obrigação contida no item 12.2 do Edital possua prazo mínimo de apresentação, considerando discrepante a não concessão de prazo para a entrega de tal documento, uma vez que se trata de obrigação acessória.*

*Apesar das argumentações apresentadas, não observamos irregularidade no referido item do Edital. As sanções previstas no Edital e no contrato administrativo encontram regulamentação no art. 87 da Lei 8.666/93 e há entendimento uníssono na doutrina mais abalizada de que a Administração goza de autonomia na previsão de sanções em seus Editais e Contratos Administrativos, podendo atuar de forma discricionária.*

*A Representante, requer, ainda, neste aspecto, a previsão de mora administrativa para a situação de atraso no pagamento dos valores devidos, 'entendendo pertinente a estipulação de multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros moratórios de 1% ao mês e a correção monetária pelo índice oficial do contrato, de modo a garantir o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual'. Trata-se de igual sorte de aspecto discricionário da Origem, não havendo regramento normativo que exija a sua previsão.*

*Nesse sentido, não estando evidenciada falta de razoabilidade na previsão das penalidades contidas no item 2 do Anexo III do Edital, estando tais penalidades nos limites da discricionariedade administrativa, e não havendo regramento normativo obrigando a previsão de mora requerida, consideramos improcedente a Representação neste ponto'.*

*Com relação aos itens 2.1 e 2.3 do relatório inicial da Auditoria, em nada me oponho ao exarado nos minudentes pareceres da AUDITORIA (peças 9 e 23), motivo pelo qual entendo, igualmente, pela improcedência dos questionamentos.*

***Conclusão.***

*Portanto, conforme as razões acima expostas, opino pelo não conhecimento da peça inicial no tocante ao item 2.2, em razão da perda superveniente do seu objeto, bem como pelo conhecimento da Representação quanto aos itens 2.1 e 2.3, e, nesta parte, pela improcedência dos apontamentos 2.1 e 2.3".*

É o Relatório.

## VOTO

Conforme relatado, a Representante insurgiu-se, basicamente, contra os seguintes pontos do Edital: i) Participação de Cooperativas; ii) Previsão de retenção de pagamento em caso de faltas; e iii) Ausência de parâmetro para inexecução total.

Preliminarmente, CONHEÇO da Representação, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Contas.

No mérito, conforme se extrai dos autos, após a determinação de suspensão do certame com base nas conclusões de Subsecretaria de Fiscalização e Controle, devidamente referendada pelo Pleno deste Tribunal de Contas do Município de São Paulo, a ORIGEM realizou as devidas alterações no Edital, o que, conforme concluíram a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Procuradoria da Fazenda Municipal, sanou o antigo apontamento.

Em face do exposto, **JULGO PREJUDICADA** a análise da Representação pela perda superveniente do seu objeto devido às alterações no Edital promovidas pela Origem.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.