ACO-UTR-582/2023

Processo	-	TC/008099/2021
Representante	-	[redacted]
Representada	-	Hospital do Servidor Público Municipal
Objeto	-	Representação interposta em face do edital do Pregão Eletrônico 210/2021/HSPM, cujo objeto é a contratação de serviços de gestão de fluxos de materiais – logística hospitalar do Hospital do Servidor Público Municipal

47ª Sessão Ordinária Não Presencial

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. HSPM. Serviços de gestão de fluxos de materiais. 1. A legislação confere poder discricionário ao administrador público para permitir ou não a participação de empresas em consórcio, desde que devidamente motivada. Art. 33, L 8.666/1993. Acórdão TCU 1.165/2012 - Plenário. 2. A exigência de apresentação de atestado de experiência anterior, que contenha a execução de operação logística de unidade hospitalar, com equipamentos de automatização de fracionamento, é razoável. Art. 30, II e §1º, L 8.666/1993. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. 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 interposta e, no mérito, julgá-la improcedente quanto ao questionamento expresso no item 2, restando superado o questionamento do item 1.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o cumprimento do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, com posterior arquivamento dos autos.

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

São Paulo, 27 de setembro 2023.

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

/hc

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM Data: 14/11/2023 14:53:45 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA Data: 16/11/2023 11:43:29 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

47ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

TC 8.099/2021 - REPRESENTAÇÃO

Objeto: Representação interposta em face do edital do Pregão Eletrônico 210/2021/HSPM (apontando irregularidades), cujo objeto é a contratação de serviços de gestão de fluxos de materiais – logística hospitalar do Hospital do Servidor Público Municipal (FHMC)
Interessadas: [redacted] – Hospital do Servidor Público Municipal

Relator: Conselheiro Eduardo Tuma

Competência: Pleno

RELATÓRIO

Trata o presente TC da análise da Representação formulada por [redacted] contra o Edital do Pregão Eletrônico nº 210/2021/HSPM, conduzido pela Secretária Municipal de Saúde - SMS, cujo objeto é a contratação de serviços especializados de gestão de fluxos de materiais - logística hospitalar do Hospital do Servidor Público Municipal-HSPM.

Em apertada síntese, o Requerente requer a suspensão em caráter liminar da referida licitação, alegando a existência das seguintes irregularidades:

a) a restrição da participação de empresas consorciadas, e

b) exigências abusivas relativas à qualificação técnica.

Após determinar a expedição de ofício à Secretaria Municipal de Saúde – SMS e ao Hospital do Servidor Público Municipal – HSPM, esta Relatoria proferiu as seguintes recomendações (peça 4):

(i) fosse sopesada a possibilidade de adiamento da data prevista para o recebimento das propostas;

(ii) motivação e devida justificativa para a vedação de participação de empresas reunidas em consórcio;

(iii) que as exigências para qualificação técnica devem ser justificadas e limitadas aos valores e quantidades aptos a garantir a perfeita execução do objeto; e que

(iv) as exigências de comprovação de habilitação sejam condizentes com os termos legais e compatíveis com o ramo do objeto licitado.

Devidamente oficiados, a Secretaria Municipal de Saúde e o Hospital do Servidor Público Municipal apresentaram manifestação.

À peça 19, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC** apresentou seu relatório preliminar com as considerações e conclusões seguintes:

*"**2. ANÁLISE***

2.1. Da restrição indevida da participação de empresas em consórcio — ofensa ao princípio da ampla competitividade (fls. 05/07, Peça 1)

Alegações do Representante (Peça 1)

O Edital de licitação impugnado, em seu item 3.2, restringe a participação de empresas Consorciadas, conforme trecho abaixo reproduzido:

***3.2.** Será vedada a participação de empresas:*

(...)

***3.2.4.** Reunidas em consórcio, qualquer que seja sua forma de constituição;*

Ocorre que a REFERIDA RESTRIÇÃO É ILEGAL, uma vez que além de não ser lastreada em qualquer legislação, é terminantemente combatida pela Doutrina e Pela Jurisprudência pátria, que entendem ser referida restrição a competitividade prejudicial à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, fundamento básico do procedimento licitatório. Nas Palavras de Marçal Justen Filho:

"Em regra, o consócio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Assim se passar porque, como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. A formação de consórcios acarreta risco da dominação do mercado, através de pactos da eliminação de competição entre os empresários. No campo das licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O Consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados: Em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam um acordo para eliminar a competição. Aliás, a composição entre os potenciais interessados para participação de licitação pode alcançar a dimensão da criminalidade.

Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) a complexidade do objeto torna problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuser de condições para

participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes. *(Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012 p. 565)*

Insta salientar que a jurisprudência considera ilegal a injustificada vedação à participação de empresas consorciadas em licitações de grande porte, entende que o futuro contrato administrativo padece de nulidade absoluta.
APELAÇÕES. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TOMADA DE PREÇOS N216/2007 DO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM CONSÓRCIO. VIOLAÇÃO DA AMPLA CONCORRÊNCIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO DECLARADO NULO. Certame do tipo Menor Preço Global que se atém apenas aos requisitos legais e à proposta de menor valor. Cláusula 2.1.2 do Edital obstativa da ***formação de consórcio que ofende o art. 33 da Lei 8.666/93 e não atende ao interesse público. Decretação de nulidade do pacto que se impunha.*** *APELO DO MUNICÍPIO DESPROVIDO. UNÂNIME. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. POR MAIORIA. (71/R5, Apelação Cível Nº70052803954, Vigésima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Kraemer, Julgado em 28/11/2013)*

EDITAL DE LICITAÇÃO. CÂMARA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. REALIZAÇÃO DE NOVA LICITAÇÃO. EXAME DE IRREGULARIDADES. INSUFICIÊNCIA DA PESQUISA DE PREÇOS. ***VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIO DE EMPRESAS.*** *AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. VISITA TÉCNICA. PRAZO EXÍGUO. ENTREGA PESSOAL DE DOCUMENTOS. NÃO CONFIGURADA. IRREGULARIDADES. RECOMENDAÇÕES. APLICAÇÃO DE MULTA. 1. Na modalidade pregão, o orçamento deve integrar os autos do procedimento licitatório. 2. A pesquisa de preços realizada pela Administração objetiva obter estimativa dos preços praticados no mercado, bem como viabilizar a fixação dos critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global, sendo, portanto, indispensável nas licitações. 3.* ***A decisão administrativa referente à participação ou à vedação de consórcio de empresas nos procedimentos licitatórios deve, necessariamente, ser motivada, mediante demonstração de que a Administração observou as condições do mercado com vistas a assegurar o caráter competitivo do certame****. (TCE-MG - EDITAL DE LICITAÇÃO: 885846, Relator: CONS. GILBERTO DINIZ, Data de Julgamento: 08/02/2018, Data de Publicação: 28/03/2018) (g.n)*

Diante do exposto, este impugnante entende que o Edital supramencionado restringe o universo de participantes quando impõe que empresas consorciadas não poderão participar do certame, demonstrando grande afronta aos princípios que regem os processos administrativos. (grifos no original) (fls. 05/07 da peça 01).

Análise da Coordenadoria

O edital, na cláusula 3.2.4, vedou a participação de consórcios no objeto do Pregão Eletrônico nº 210/2021/HSPM (fl. 03 da peça 18).

O artigo 33 da LF nº 8.666/93 conferiu poder discricionário ao administrador público para permitir ou não a participação de empresas em consórcio. Todavia, na lição de Ronny Charles Lopes de Torres[1] é "Imperioso que a opção do administrador, no sentido de vedar ou não a participação de empresas em consórcio, seja ***devidamente justificada****, tendo parâmetro e fundamento a ampliação da competitividade e a complexidade do objeto contratual". (grifo nosso).*

Na mesma linha, o TCU, no Acórdão nº 1.165/2012 consignou que: "Fica ao juízo discricionário da Administração Pública a decisão, ***devidamente motivada****, quanto à possibilidade de participação ou não em licitações de empresas em consórcio." (grifo nosso)*

Sem embargo, não consta do processo administrativo SEI nº 6210.2020/0010043-6 justificativa técnica para a referida exclusão.

Diante do exposto, no caso concreto, procedente a representação considerando que a Origem não fez constar no processo administrativo no pregão em análise, a justificativa técnica para a vedação à participação de empresas em consórcio.

2.2. Exigência abusiva relativa à qualificação técnica (fls. 07/10, Peça 1)

Alegações do Representante (Peça 1)

Frisamos, nos contratos desta natureza a contratação de empresas inexperientes acarretam interrupções na prestação dos serviços, ausência de pagamento aos funcionários, traz prejuízos à administração e encerramentos prematuros de contratações. Importante ressaltar, ainda, a responsabilidade subsidiária que recai ao órgão contratante quando existente o não pagamento das verbas trabalhistas e débitos previdenciários, motivos suficientes que justificam critérios mais rigorosos para inibir este resultado. Mister evidenciar que a experiência de fracionamento e unitarização visa aferir a capacidade de prestação de serviços da empresa. Portanto, minimamente a empresa deve ter prestado 50% (cinquenta por cento) do número de fracionamento/unitarização a ser contratado.

O douto Edital exige como condição prévia para participação dos licitantes o que segue:

"Será exigida na fase de habilitação a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com as características e quantidades do objeto da licitação através da apresentação de atestado(s) de desempenho anterior, fornecido(s)

[1] **Leis de licitações públicas comentadas** - Ronny Charles Lopes de Torres. – revista, amp. e atualiz. 11. Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, p. 545, 2021.

por pessoa jurídica de direito público ou privado, que demonstre a responsabilidade direta pelo serviço de logística hospitalar com as seguintes características:

• Armazenagem e logística caracterizada pela operação de almoxarifado e farmácias hospitalares de, no mínimo, 295 m2 (duzentos e noventa e cinco metros quadrados) em unidade hospitalar e 450m2de área em Centro de Distribuição externa;

• Gestão logística de medicamentos, materiais médicos hospitalares,de escritório, de manutenção, de laboratório e OPME;

• Operação logística de unidade hospitalar de grande porte (mínimo de 151 leitos), incluindo disponibilização de mão de obra operacional e de gestão e sistema;

*• **Operação logística de unidade hospitalar com equipamentos de automatização de fracionamento, dispensários eletrônicos, dispensários RFID e gestão de administração no leito (Beira-leito);***

• Operação logística de unidade ambulatorial incluindo disponibilização de mão de obra operacional e de gestão e sistema específico de farmácia ambulatorial;(...)" (g.n)

*Pode-se observar que a exigência de atestação técnica referente a **Equipamentos de Automação de Fracionamento** para qualificação das empresas, tem único objetivo de diminuir o universo dos licitantes tendo em vista que se trata de serviço que pode ser desempenhado de forma automatizado ou não, caracterizando, grave afronta aos princípios que regem a lei de licitações.*
[...]
A lei expressamente estabeleceu um limite de qualificação técnica a ser exigida. Ocorre que, extrapolando a finalidade contida na lei, o edital previu qualificação técnicas abusiva, como:

*• **Equipamentos de Automatizacão de Fracionamento***

Ocorre que tais exigências desbordam do mínimo razoável admitido à legislação, doutrina e ampla jurisprudência acerca da matéria, devendo ser retirados.

*O Edital tenta restringir o universo de licitantes baseando-se na afirmação de que a empresa que possui **ATESTAÇÃO MÁQUINAS DE AUTOMACÃO PARA ATIVIDADE DE FRACIONAMENTO** em sua operação logística, está mais bem qualificada que uma empresa que utiliza mão de obra profissional.*

Entretanto, fica descrito no Termo de Referência, in verbis:

***5.4.** Será de decisão da Contratada o nível de automatização a ser implantada no processo de unitarização, desde que seja alcançado o grau de excelência descrito neste edital; (g.n.)*

A exigência de atestação de da automação do processo de unitarização trata-se de uma agrave afronta ao princípio da motivação, um dos pilares das licitações públicas, que deveria obrigatoriamente ser observada pela Administração Publica [...]
[...]
Destarte, o edital exigir que o serviço de fracionamento e unitarização seja prestado de forma automatizada não torna o edital irregular, mas exigir atestação da Automação do Serviços de Fracionamento se torna desarrazoada tendo em vista que o serviço pode ser prestado por servidores capacitados. (grifos no original) (fls. 07/10 da peça 01).

Análise da Coordenadoria

O representante se insurge contra a exigência, prevista na cláusula 12.4.1 do edital (fl. 11 da peça 18) de apresentação de atestado de experiência anterior que contenha, dentre outras características, a execução de operação logística de unidade hospitalar com ***equipamentos de automatização de fracionamento****.*

A LF nº 8.666/93, no artigo 30, II e § 1º permitiu a Administração Pública a exigência de:

> II – comprovação de aptidão para desempenho de **atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação**, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.
> [...]
> § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita **por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado**, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes (grifos nossos)

O edital traz a exigência desse objeto no Anexo - Plano de Equipamentos (fls. 49/50 da peça 18).

Com efeito, conforme reconhecido pelo representante, exigir que o serviço de fracionamento e unitarização seja prestado de forma automatizada não torna o edital irregular.

Por decorrência, a exigência, pelo edital, de atestados que contemplem operação logística de unidade hospitalar com equipamentos de automatização de fracionamento, caracteriza comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação.

Portanto, por falta de amparo legal, é improcedente a representação nesse ponto.

3. CONCLUSÃO

À luz das análises efetuadas, concluímos, em sede de Relatório Preliminar:

*• **Procedente o item 2.1**, cabendo à Origem fazer constar do processo administrativo que cuida da licitação a justificativa técnica para a vedação à participação de empresas em consórcio no Pregão Eletrônico nº 210/2021/HSPM.*

*• **Improcedente o item 2.2.”***

A Secretaria Municipal de Saúde - SMS e o Hospital do Servidor Público Municipal - HSPM apresentaram nova manifestação (peças 28/29/30).

A **SFC**, à peça 36, apresentou nova manifestação, como segue:

*“**2. ANÁLISE***

2.1. Da restrição indevida da participação de empresas em consórcio — ofensa ao princípio da ampla competitividade (fls. 05/07, Peça 1)
(...)

Manifestação do HSPM

Sabe-se que dentre as exigências de utilização da modalidade licitatória pregão eletrônico está os serviços a serem considerados de natureza comum, assim sendo, a participação de consórcio é excepcional, algum sentido faria em exigir justificativa para a sua permissão, mas jamais quanto a sua restrição, já que a motivação para vedação está implícita na natureza do objeto.

A leitura do disposto no art. 33 da Lei n. 8.666/93 deixa claro que a justificativa deve ser apresentada apenas quando da autorização da participação das empresas consorciadas, in verbis:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: (...)

O emprego, pelo legislador, da locução "quando permitida" evidência que se trata de permissão excepcional e específica, a depender do juízo de oportunidade e conveniência da Administração.

Ademais, decorre do próprio senso comum e das jurisprudências deveras consolidadas nos Tribunais de Contas brasileiros, que a formação de consórcios de empresas só tem

sentido para a possível execução de objetos extraordinários, vultosos, altamente complexos ou inauditos.

Neste sentido é o entendimento do llmo. Cons. Robson Marinho no julgamento do TC-281/989/14-5: "a participação de consórcio pode ou não ser admitida, a juízo discricionário da Administração", desde que essa escolha não ocasione "uma concentração oficial e indevida de mercado, deixando a Administração sem opções no momento de contratar". Em outras palavras, e considerando a disposição legal constante do art. 33, caput, da Lei de Licitações, a Administração não está obrigada a permitir, sempre, a participação de empresas reunidas em consórcio".

Assim, em licitações altamente complexas, a lógica é que a participação de empresas em consórcio, como regra, seja ampliativa da competitividade, razão pela qual a vedação deverá ser justificada, porém, quando se trata da licitação comum, de menor monta, vulto ou complexidade, a lógica se inverte e o pressuposto é de que a admissão de consórcios pode levar à restrição da competitividade, uma vez que retira ou reduz a possibilidade de que empresas menores, isoladamente, possam sagrar-se vencedoras nas licitações, sem que haja fundamento para tanto.

É visível que não há extraordinário diferencial de alta complexidade na execução do objeto em questão que exija a reunião de empresas em consórcio, bem como o valor da contratação não pode ser considerado de grande vulto. Assim, a decisão proibitiva de participação de consórcio no pregão em exame não trará prejuízos à competitividade, e nem mesmo teve o potencial de reduzir o número de participantes interessados, devendo, por isso, ser mantida a vedação, e a conclusão preliminar já alcançada no Relatório.

A participação de consórcios em licitação justifica-se quando demonstradas a inviabilidade da execução individual por apenas um executor devido à alta complexidade do objeto, que reclamaria a aproximação de pessoas jurídicas diferenciadas com expertise em áreas diversas científicas ou técnicas, o que não ocorre na prestação de serviços licitada no Edital representado.

Nos ensinamento de Marçal Justen Filho ("Manual Prático de Licitações", Ed. Saraiva, 3ª edição) (p. 4-5, peça 13):"A utilização do consórcio configurarse-á, primeiramente, pela ampliação da competitividade. É a situação mais óbvia e evidente. Nessa hipótese, consideram-se especialmente as situações de interessados que isoladamente, não disporiam de condições para formular proposta vantajosa para a Administração Pública. Os interessados somam seus esforços e seus recursos para o fim específico de participar de licitação, e, se for o caso, executar o contrato. Desse modo, amplia-se o número de licitantes. (...) São situações em que o objeto contratual apresenta-se extremamente complexo ou grandemente oneroso. Eventualmente uma empresa de grandes proporções poderia participar da licitação, mas isso importaria em desvantagem

econômica. Assim, por exemplo, seria necessário contratar pessoal especializado não disponível no mercado. Ou então, teria de ampliar suas atividades, deixando de lado suas vocações empresariais. Os exemplos são inúmeros. Em todos eles, o consórcio representa uma vantagem por possibilitar a participação sem desestruturação empresarial nem ampliação irracional de custos. "

É prerrogativa da administração a admissão ou não de consórcios em licitações por ela promovidas, e no presente caso houve a conclusão de que a vedação de constituição de empresas em consórcio é o que melhor atende o interesse público, por prestigiar os princípios da competitividade, economicidade e moralidade, já que visa exatamente afastar a restrição à competição, na medida que a reunião de empresas que, individualmente, poderiam prestar os serviços, reduziria o número de licitantes e poderia, eventualmente, proporcionar a formação de conluios/carteis para manipular os preços na licitação. [...] (sem grifos) (fls. 02/04 da peça 28).

<u>Análise da Coordenadoria</u>

O edital, na cláusula 3.2.4, vedou a participação de consórcios no objeto do Pregão Eletrônico nº 210/2021/HSPM (fl. 03 da peça 18).

O artigo 33 da LF nº 8.666/93 conferiu poder discricionário ao administrador público para permitir ou não a participação de empresas em consórcio. Todavia, na lição de Ronny Charles Lopes de Torres1 é "Imperioso que a opção do administrador, no sentido de vedar ou não a participação de empresas em consórcio, seja devidamente justificada, tendo parâmetro e fundamento a ampliação da competitividade e a complexidade do objeto contratual". (grifo nosso).

Na mesma linha, o TCU, no Acórdão nº 1.165/2012 consignou que: "Fica ao juízo discricionário da Administração Pública a decisão, devidamente motivada, quanto à possibilidade de participação ou não em licitações de empresas em consórcio." (grifo nosso)

No processo SEI nº 6210.2020/0010043-6 não constava justificativa para a referida exclusão. Porém, foi inserido no SEI, no dia 25.06.21, justificativa técnica para a vedação da participação de empresas em consórcio no certame (peça 34).

Em suma, o HSPM alegou que o objeto a ser licitado não envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, de modo que empresas individuais possuem condições de participar da licitação. Destacou ainda que: "Em pesquisa ao banco de preços, encontram-se diversas empresas que participaram de procedimentos similares ao do HSPM [...]" (peça 34). As consultas efetuadas ao banco de preços encontram-se à peça 35.

Diante do exposto, considerando os esclarecimentos técnicos prestados pelo HSPM para vedação à participação de empresas em consórcio no presente pregão, está solucionado o ponto representado.

2.2. Exigência abusiva relativa à qualificação técnica (fls. 07/10, Peça 1)

(...)

Manifestação do HSPM

Os dispositivos inteligentes são capazes de realizar funções numa velocidade muito maior do que no processo manual, acelerando a produtividade, eliminando retrabalhas e com erro próximo do zero.

Especificamente em relação ao equipamento de automatização de fracionamento haverá a separação de frascos e comprimidos em doses individuais, com o mínimo de contato humano. No leito do paciente, já chega um envelope fechado, etiquetado com seu nome, a descrição dos remédios com as doses prescritas, reduzindo inclusive o tempo necessário para atendimento ao leito hospitalar.

Por outro lado, a ausência de experiência pretérita da futura contratada traria riscos e demora na utilização da tecnologia requerida no edital já que seria necessário o interfaceamento das máquinas com o sistema a ser utilizado por esta na gestão logística, o que demanda tempo, bem como o aprendizado na utilização da tecnologia por parte da empresa expondo a risco tanto a efetividade e controle advindo da operação logística quanto a vida de pacientes pelos erros advindos da falta de experiência operacional.

A aquisição de um serviço automatizado e informatizado de gestão de armazenagem de materiais para saúde, certamente, acarretará na melhoria do gerenciamento da logística de dispensação de medicamentos e produtos hospitalares, além do aumento de agilidade e otimização do estoque, com possível economia aos cofres públicos, proveniente da inibição de eventuais desperdícios.

Diante do exposto as exigências não limitam a participação de interessados já que diversas empresas do segmento logístico já utilizam máquinas unitarizadores em suas prestações de serviços, bem como a exigência é pertinente e necessária diante do bem final tutelado, saúde pública, vidas e economia aos cofres públicos.

Dessa forma, considerando o princípio da razoabilidade, é cristalinamente possível exigir, para a qualificação técnica operacional, especificidades necessárias a prestação dos serviços a ser apresentadas pelas licitantes que pretendem se habilitar em licitações.

[...] A inserção de tecnologia em operações de gestão logística, com a integração de máquinas ao sistema de controle de estoque, além de gerar eficiência, economia e efetivo controle, afasta de sobremaneira erros que colocam em risco o próprio objeto

dos serviços já que garantem a lisura e rastreabilidade dos itens que devem ser unitarizado sem doses mínimas, etiquetados, ensacados e dispensados para uso de pacientes; asseguram maior produtividade com menor número de avarias e perdas e atesta a segurança do paciente, usuário final do item unitarizado.

O objetivo da licitação em exame é galgar uma gestão integrada de rastreabilidade eficiente, com a gerência da logística do fluxo dos materiais e medicamentos hospitalares de maneira estratégica e racional, envolvendo compras, armazenagem, manuseio, movimentação, até a dispensação ao paciente, a fim de afastar os erros, desperdícios e, simultaneamente, reduzir os custos.

Deixar de exigir prova de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação, é colocar em risco o interesse público envolvido no objeto da licitação, bem como pode configurar descaso do administrador diante das cautelas assecuratórias que devem revestir seus atos, já que seria procedimentalizar um inexorável prejuízo ao erário.

Isso porque pode haver determinados objetos, que, por sua especificidade e complexidade, justificam a exigência de experiência anterior que proporcione mais garantias de que será executado a contento. Mostra-se adequado de certa forma restringira participação no certame àqueles que, comprovadamente, dispõe de plena capacidade para a consecução do fim colimado pelo Poder Público, demonstrada pela participação em situações semelhantes no passado.

Nesse sentido já se manifestou o Egrégio Tribunal de Contas da União:

> "Habilitação. Qualificação técnica. Capacitação técnico profissional. Capacitação técnico-operacional. Concorrência. A estabilidade do futuro contrato pode ser garantida com a exigência de atestados de capacitação técnico-profissional aliada ao estabelecimento de requisitos destinados a comprovar a capacitação técnico-operacional nos termos do inciso lI do art. 30 da Lei no. 8.666/93. (TC-009.987 /94-0, publicado no Boletim de Licitações e Contratos, NDJ, 1995,vol. 11,p. 564).

Negar que a lei admite a exigência de capacitação técnica em relação à empresa capacitação esta pertinente à características, quantidades e prazos em relação ao objeto licitado, é tornar sem efeito os comandos do inc.II do art.30.

Vale dizer, o art. 30, li da Lei Federal é expresso ao asseverar a possibilidade de exigir-se a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazo se, por certo, na melhor regra de hermenêutica jurídica, a lei não contém palavras inúteis.

De certo que poderia ser considerada desídia desta Administração deixar de exigir a comprovação da capacitação técnica da empresa, face à especificidade do objeto envolvido, sob pena de, não raro, restar prejudicada a execução do objeto a contento, em prejuízo ao interesse público, do qual não se pode descurar.

O que o dispositivo visa coibir é a exigência infundada, dirigida exclusivamente a privilegiar alguns e afastar outros licitantes, sem qualquer justificativa. No entanto, não fere a competição a exigência de requisitos que, de fato, sejam necessários no caso concreto, face ao objeto a ser contratado, conforme demonstrado.

Logo, a exigência de comprovação da capacitação técnico-operacional, estando prevista na Lei, conforme citado art. 30, inc. II, bem como plenamente justificada face à especificidade do objeto envolvido, o que não viola a competitividade. Reitere-se, não pode ser tida como excessiva a exigência, quando a complexidade do objeto assim o reclama, face às suas especificidades. (sem grifos) (fls. 05/08 da peça 28).

Análise da Coordenadoria

O representante se insurge contra a exigência, prevista na cláusula 12.4.1 do edital (fl. 11 da peça 18) de apresentação de atestado de experiência anterior que contenha, dentre outras características, a execução de operação logística de unidade hospitalar com ***equipamentos de automatização de fracionamento****.*

A LF nº 8.666/93, no artigo 30, II e § 1º permitiu a Administração Pública a exigência de:

> II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.
>
> § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita **por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado**, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes (grifos nossos)

O edital traz a exigência desse objeto no Anexo - Plano de Equipamentos (fls. 49/50 da peça 18).

Com efeito, conforme reconhecido pelo representante, exigir que o serviço de fracionamento e unitarização seja prestado de forma automatizada não torna o edital irregular.

Por decorrência, a exigência, pelo edital, de atestados que contemplem operação logística de unidade hospitalar com equipamentos de automatização de fracionamento, caracteriza comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação.

Em manifestação prévia, o HSPM apresentou os esclarecimentos técnicos e jurídicos relativos à exigência de equipamentos de automatização de fracionamento e dos atestados de experiência anterior, nessa ordem.

*Diante do exposto, é **improcedente** a representação nesse ponto.*

3. CONCLUSÃO

À luz das análises efetuadas, concluímos, em sede de Relatório Conclusivo:

- ***Procedente** o item 2.1, estando solucionado pela inclusão, no processo da licitação (SEI nº 6210.2020/0010043-6), dos esclarecimentos técnicos para vedação à participação de empresas em consórcio no Pregão Eletrônico nº 210/2021/HSPM.*

- ***Improcedente** o item 2.2."*

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE** apresentou à peça 45 a seguinte manifestação:

"Inicialmente, consideramos ausentes os requisitos de legitimidade integrantes dos artigos 54 e 55 do Regimento Interno desta E. Corte de Contas[2], uma vez não termos identificado a prova de cidadania determinada pelo § 1º, do artigo 55 do Regimento Interno ou a documentação prevista no artigo 7º, da Portaria SG-GAB nº 06/2020[3] deste E. Tribunal.

---

[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.

[3] **Portaria SG-GAB nº 06/2020:**
Art. 7º Será admitida a recepção de documentos através do endereço eletrônico utpa_protocolo@tcm.sp.gov.br, observados os seguintes critérios:

No mérito, após a Origem prestar os esclarecimentos devidos quanto à participação de empresas em consórcio no Pregão Eletrônico nº 210/2021/HSPM e, considerando o desfecho indicado pela Auditoria em seu Relatório Conclusivo, ao entender solucionada a questão tratada no item 2.1, acreditamos que o assunto está devidamente equacionado, não restando pendências do ponto de vista jurídico.

Quanto ao item 2.2, o Representante atacou a exigência indicada no item 12.4.1 do edital, relativamente à apresentação de atestado comprovando experiência anterior contendo, notadamente a execução de operação logística de unidade hospitalar com equipamentos de automatização de fracionamento.

O predito item do edital, referente à qualificação técnica das proponentes, assim está redigido:

> "12.4.1. Atestado(s) de capacidade técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da empresa licitante, que comprove a sua aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em característica com o objeto da licitação, qual seja: SERVIÇOS ESPECIALIZADOS DE GESTÃO DE FLUXOS DE MATERIAIS - LOGÍSTICA HOSPITALAR. O atestado deverá demonstrar a responsabilidade direta pelo serviço de logística hospitalar com as seguintes características:
> - Armazenagem e logística caracterizada pela operação de almoxarifado e farmácias hospitalares de, no mínimo, 295 m² (duzentos e noventa e cinco metros quadrados) em unidade hospitalar e 450m² de área em Centro de Distribuição externa;
> - Gestão logística de medicamentos, materiais médicos hospitalares, de escritório, de manutenção, de laboratório e OPME;
> - Operação logística de unidade hospitalar de grande porte (mínimo de 151 leitos), incluindo disponibilização de mão de obra operacional e de gestão e sistema;
> - Operação logística de unidade hospitalar com equipamentos de automatização de fracionamento, dispensários eletrônicos, dispensários RFID e gestão de administração no leito (Beira-leito);
> - Operação logística de unidade ambulatorial incluindo disponibilização de mão de obra operacional e de gestão e sistema específico de farmácia ambulatorial."

I – forem nato digitais ou tenham sido digitalizados sem perda de informação, resolução ou característica que resulte no comprometimento da análise do conteúdo;
II – estiverem acompanhados de:
a) ofício, requerimento, petição ou similar, devidamente assinado;
b) cópia de documento oficial de identificação da pessoa física signatária apenas nos casos de documentos com assinatura física, nos termos do inciso III do § 1º deste artigo, contendo assinatura idêntica a aposta no ofício, requerimento, petição ou similar.
§ 1º Entende-se por devidamente assinado o documento que:
I – apresente assinatura digital vinculada a um certificado emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil); ou
II – apresente assinatura eletrônica; ou
III – tenha sido digitalizado a partir de documento original em papel com assinatura física.

Entendemos que as condições para a qualificação técnica das proponentes estão plenamente de acordo com o objeto a ser contratado, quando cotejadas com o teor do Termo de Referência (Anexo I do edital) e, assim sendo, não há que se falar em "exigências abusivas", uma vez que essas condições também se encontram em sintonia com o artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93:

> "Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
>
> II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
> (...)
> § 1o A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:"

Ademais, os esclarecimentos prestados pela Origem quanto à necessidade de equipamentos de automatização de fracionamento também ajudam a elucidar a questão.

CONCLUSÃO

Assim, pelas razões expostas, entendemos ausentes os requisitos de admissibilidade da Representação em comento.

No mérito, entendemos solucionada a questão relativa ao item 2.1 e improcedente aquela referente ao item 2.2."

À peça 49, a **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM** requereu que a Representação fosse julgada improcedente em relação ao item 2.2 e prejudicada em relação ao item 2.1.

A **Secretaria Geral – SG** assim se manifestou (peça 51):

"Inicialmente, considero ausentes os requisitos de admissibilidade integrantes dos artigos 54 e 55 do Regimento Interno desta E. Corte de Contas, uma vez não foi identificada prova de cidadania determinada pelo § 1º, do artigo 55 do Regimento Interno.

2.1 Da vedação de participação de consórcios

O Requerente questiona a vedação da participação de consórcios no objeto do Pregão Eletrônico nº 210/2021/HSPM, uma vez que não havia justificativa para tal em Edital.

Em resposta, o HSMP no dia 25.06.21, inseriu justificativa técnica para a vedação da participação de empresas em consórcio no certame (peça 34), onde alegou que o objeto a ser licitado não envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, de modo que empresas individuais possuem condições de participar da licitação.

Diante do exposto, considerando os esclarecimentos técnicos prestados pelo HSPM para vedação à participação de empresas em consórcio no presente pregão, opino que está solucionado o ponto representado.

2.2 Exigência abusiva relativa à qualificação técnica

O representante se insurge contra a exigência prevista no edital de apresentação de atestado de experiência anterior que contenha, dentre outras características, a execução de operação logística de unidade hospitalar com equipamentos de automatização de fracionamento.

A LF nº 8.666/93, no artigo 30, II e § 1º permitiu à Administração Pública a exigência de: II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.

Com efeito, em meu entendimento, exigir que o serviço de fracionamento seja prestado de forma automatizada não torna o edital irregular. Por decorrência, a exigência, pelo edital, de atestados que contemplem operação logística de unidade hospitalar com equipamentos de automatização de fracionamento, caracteriza comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação.

Acompanho os Órgãos Técnicos deste Egrégio Tribunal, no sentido de que resta improcedente a representação nesse ponto.

Diante do exposto, entendo ausentes os requisitos de admissibilidade da Representação em comento, razão pela qual opino pelo não conhecimento. E no mérito, entendo solucionada a questão relativa ao item 2.1 e improcedente aquela referente ao item 2.2."

É o Relatório.

VOTO

Processo nº 8.099/2021: Representação formulada por [redacted] contra o Edital do Pregão Eletrônico nº 210/2021/HSPM, conduzido pela Secretária Municipal de Saúde - SMS, cujo objeto é a contratação de serviços especializados de gestão de fluxos de materiais - logística hospitalar do Hospital do Servidor Público Municipal-HSPM.

A presente Representação, formulada por [redacted] contra o Edital do Pregão Eletrônico nº 210/2021/HSPM, promovido pela Secretária Municipal de Saúde - SMS, cujo objeto é a contratação de serviços especializados de gestão de fluxos de materiais - logística hospitalar do Hospital do Servidor Público Municipal-HSPM, requereu a suspensão em caráter liminar da referida licitação, alegando a existência das seguintes irregularidades:

a) restrição da participação de empresas consorciadas, conforme prevê o item 3.2 do Edital, onde consta expressa vedação à participação de consórcios no objeto do Pregão Eletrônico nº 210/2021/HSPM (fl. 03 da peça 18).

b) exigências abusivas relativas à qualificação técnica.

O Representante se insurge contra a exigência, prevista na cláusula 12.4.1 do edital (fl. 11 da peça 18), de apresentação de atestado de experiência anterior que contenha, dentre outras características, a execução de operação logística de unidade hospitalar com **equipamentos de automatização de fracionamento**.

Sobre esse item da Representação, assinalou a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC** em seu relatório conclusivo (peça 36) que o artigo 33 da LF nº 8.666/93 conferiu poder discricionário ao administrador público para permitir ou não a participação de empresas em consórcio.

Sustenta a doutrina que a opção do administrador, no sentido de vedar ou não a participação de empresas em consórcio, seja devidamente justificada, tendo como parâmetro e fundamento a ampliação da competitividade e a complexidade do objeto contratual.[4]

Entendimento esse adotado pelo TCU no Acórdão nº 1.165/2012, no qual consignou: "*Fica ao juízo discricionário da Administração Pública a decisão, devidamente motivada, quanto à possibilidade de participação ou não em licitações de empresas em consórcio.*"

[4] **Leis de licitações públicas comentadas** - Ronny Charles Lopes de Torres. – revista, amp. e atualiz. 11. Ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, p. 545, 2021.

Conforme apurado pela Auditoria, no processo SEI nº 6210.2020/0010043-6 não constava justificativa para a referida exclusão, porém, foi inserida no SEI, na data de 25.06.2021, justificativa técnica para a vedação da participação de empresas em consórcio no certame, conforme consta da peça 34.

Trata-se da informação prestada pelo Hospital do Servidor Público - HSPM de que o objeto a ser licitado não envolve questões de alta complexidade ou de relevante vulto, de modo que empresas individuais possuem condições de participar da licitação. Acrescentou que "*Em pesquisa ao banco de preços, encontram-se diversas empresas que participaram de procedimentos similares ao do HSPM [...]*" (peça 34) - as consultas efetuadas ao banco de preços encontram-se à peça 35.

Assim, diante dos esclarecimentos técnicos prestados pelo HSPM para vedação à participação de empresas em consórcio no presente pregão, considerou a Auditoria como solucionado esse questionamento da Representação.

Sobre o questionamento seguinte, relativo a exigências abusivas de qualificação técnica, no qual o Representante se insurge contra a exigência prevista na cláusula 12.4.1 do Edital (fl. 11 da peça 18), consubstanciada em apresentação de atestado de experiência anterior que contenha, dentre outras características, a execução de operação logística de unidade hospitalar com **equipamentos de automatização de fracionamento**, restou apurado nos autos que a LF nº 8.666/93, em seu artigo 30, II, e § 1º, permitiu que a Administração Pública assim o exigisse:

> II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.
> [...]
> § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita **por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado**, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes (grifos nossos)

O próprio Representante reconheceu que a exigência de que o serviço de fracionamento e unitarização seja prestado de forma automatizada não torna o edital irregular.

Nesse sentido, a Auditoria assinalou:

> *"Por decorrência, a exigência, pelo edital, de atestados que contemplem operação logística de unidade hospitalar com equipamentos de automatização de fracionamento,*

caracteriza comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação.

Em manifestação prévia, o HSPM apresentou os esclarecimentos técnicos e jurídicos relativos à exigência de equipamentos de automatização de fracionamento e dos atestados de experiência anterior, nessa ordem."

Diante disso, concluiu pela improcedência da Representação nesse ponto.

Adotando iguais razões, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE** e a **Secretaria Geral – SG**, chegaram às mesmas conclusões, ou seja, que foi superado o item 1 ante a comprovada justificativa da Origem e considerado improcedente o item 2 por não haver irregularidade na exigência de que o serviço de fracionamento e unitarização seja prestado de forma automatizada.

Não obstante a ausência de comprovante de cidadania da pessoa do Representante, o que descumpre exigência regimental de admissibilidade da Representação, pondero que a instrução do presente processo foi plenamente realizada e concluída, com provas produzidas e ampla manifestação das partes interessadas, dando plena compreensão às questões de comprovado interesse público trazidas a esta Corte, razão pela qual **CONHEÇO** da Representação formulada por [redacted] contra o Edital do Pregão Eletrônico nº 210/2021/HSPM.

No mérito, acompanho as conclusões do parecer da Auditoria desta Corte de Contas, endossado por aqueles da AJCE e da SG, os quais adoto como razões de decidir para **JULGAR IMPROCEDENTE** a Representação quanto ao questionamento expresso no item 2, acima transcrito, restando superado o questionamento do item 1.

Expeça-se ofício dirigido ao Representante, informando-o da presente decisão.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 19/10/2023 14:43:50 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo