EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-008.899.16-40

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SME. Serviço de nutrição e alimentação escolar. CONHECIDA. IMPROCEDENTE quanto aos pontos 2, 5, 6, 7, 8 e itens 3, 4, 5 e 6. PREJUDICADA, pela perda do objeto quanto aos demais itens. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 72-008.701.16-09, 72-008.899.16-40, 72-008.908.16-39, 72-008.909.16-00.

2.969ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Processo julgado em bloco, nos termos da Resolução 6/2017 desta Corte, do qual é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

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, visto que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade constantes da legislação aplicável e, quanto ao mérito, em julgá-la parcialmente improcedente, pois os pontos 2, 5, 6, 7 e 8 da representação, bem como os itens 3, 4, 5 e 6 do aditamento à representação são improcedentes, assim como em declarar prejudicados pela perda do objeto, os demais pontos suscitados na exordial.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão ao representante e à representada, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno deste Tribunal, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 7 de março de 2018.

JOÃO ANTONIO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trago a julgamento o TC n.º 72-008.899.16-40, consistente em Representação apresentada por Guilherme Luiz Francisco, dando conta de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 78/SME/2016, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de serviço de nutrição e alimentação escolar, para as unidades da rede municipal de ensino, divididas em 13 (treze) lotes.

O Representante suscitou, em síntese, a ocorrência das seguintes infringências:

1) divergências de informações nos Anexos XVII e XXII;

2) incorreção na formulação da planilha de determinada unidade escolar;

3) divergências de quantitativos nos Anexos V e XVIII;

4) impugnação do cálculo do valor anual por multiplicação por onze e ausência de informações sobre pagamento nos períodos de férias escolares;

5) imprevisão de critérios de pagamento em caso de suspensão das aulas por greves;

6) restrição de competitividade por previsão de que as impugnações devam ser feitas por escrito e protocoladas na sede da Secretaria;

7) aceitação de capital social não integralizado; 8) inobservância da Súmula 24 do TCE, por ser exigida comprovação de capacidade de execução de apenas 30% do objeto licitado. Pleiteou a suspensão cautelar do certame.

A Auditoria manifestou-se preliminarmente pela procedência dos itens 1, 3, 4 e 5; pela improcedência dos itens 2, 7 e 8; e pela necessidade de oitiva da Assessoria Jurídica de Controle Externo sobre o item 6, por reputar que tal ponto é eminentemente jurídico.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou que os requisitos regimentais de admissibilidade da Representação estavam preenchidos e, no mérito, considerou procedentes os itens 1 e 6, ao passo que os itens 5, 7 e 8 foram reputados improcedentes. Em relação aos itens 2, 3 e 4, suscitou a necessidade de oitiva da Origem antes da formulação de um juízo definitivo.

Registrou-se nos autos que a medida liminar pleiteada estava prejudicada, visto que o certame havia sido suspenso em razão dos apontamentos constantes do Acompanhamento do Edital levado a cabo no TC 72.007.866/16-55.

O Representante peticionou novamente nos autos, informando que as impugnações apresentadas haviam sido indeferidas pela Secretaria Municipal da Educação. A fim de verificar se novas questões haviam sido suscitadas, foram novamente ouvidas a Subsecretaria de Fiscalização e Controle e a Assessoria Jurídica de Controle Externo, para, posteriormente, instar-se a Origem a se manifestar sobre todos os pontos impugnados.

Em síntese, a impugnação administrativa, recebida como aditamento à representação, trouxe os seguintes questionamentos:

1) divergências entre os quantitativos dos Anexos V e XVIII;

2) ausência de previsão de indenização à Contratada;

3) restritividade à competição pela possibilidade apenas de impugnação presencial;

4) restrição de acesso à lista de produtos homologados;

5) ausência de previsão de percentual estimado de repetição de refeições;

6) indeferimento das impugnações sem motivação.

A Secretaria Municipal de Educação foi instada a se manifestar e apresentou seus esclarecimentos. Resumidamente, a Origem alegou que:

a) os Anexos XVIII e XXII não são discrepantes, possuem informações diferentes;

b) a planilha está correta, pois muito embora não exista EJA em determinada unidade, no período letivo seguinte pode haver essa modalidade escolar e, consequentemente, a necessidade de fornecimento da alimentação;

c) a divergência de quantitativos entre os Anexos V e XVII é insignificante (menor que 1%), não causando impacto no preço;

d) o critério de cálculo por 11 meses leva em conta períodos de recesso, em que não há fornecimento de alimentação escolar;

e) na hipótese de greve e suspensão das aulas, o prejuízo deverá ser suportado pela Contratada;

f) a impugnação presencial não frustrou o caráter competitivo do certame;

g) o edital não exige capital social mínimo, havendo equívoco do Representante acerca de tal ponto.

Tornados os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, esta manteve seu posicionamento acerca da procedência parcial da Representação e da necessidade de oitiva da Assessoria Jurídica de Controle Externo sobre um dos questionamentos (item 6), reputado predominantemente jurídico.

A seu turno, a Assessoria Jurídica de Controle Externo considerou que o item 1 procedente, por afetar a formulação das propostas, mas que a questão das discrepâncias de unidades escolares poderia ser corrigida na republicação do edital. Da mesma forma, considerou procedente, apesar das justificativas e esclarecimentos da Origem, o item 6 da Representação original, qual seja, a restrição de competitividade por aceitar somente impugnações presenciais. Quanto aos pontos constantes da impugnação administrativa, reiterados nos autos, aquele Órgão Jurídico entendeu procederem as alegações de ausência de previsão de percentual de repetições, e a omissão do edital em prever que greves e outros casos fortuitos de paralisação serão um risco da contratada.

O Assessor Jurídico Chefe acompanhou o Assessor Preopinante no apontamento dos itens que julgava procedentes, ressalvando, todavia, que os pontos debatidos não prejudicariam a higidez do procedimento licitatório.

Mais uma vez, então, foi instada a Origem a se manifestar, sobre os pontos considerados remanescentes pelos Órgãos Técnicos. Nessa ocasião, a Secretaria informou que havia sanado os itens apontados pela Auditoria e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e apenas com relação à impugnação eletrônica do edital considerava inviável o atendimento da demanda, posto não haver tal ferramenta digital disponível na plataforma ComprasNet.

A Coordenadoria II examinou a resposta trazida pela Origem e considerou que a maioria dos pontos estava superada ou era improcedente, à

exceção: da alegação de que as impugnações foram rejeitadas sem justificativas; da proposição de que inexistência de acesso prévio à lista de produtos homologados acarretaria vantagem indevida a licitantes que já prestassem serviços à Prefeitura.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifestou-se, derradeiramente, pela perda do objeto com relação aos itens 2.2, 2.3, 2.4 da Representação e dos itens 1 e 2 do aditamento, face às alterações do Edital. Considerou, improcedentes, os itens 2.5, 2.6, 2.7, 2.8 da Representação e os itens 3, 4, 5 e 6 do aditamento. Em relação ao item 2.1 e ao item 4 do aditamento, teve por prejudicada a Representação, em razão da correção efetuada pela Origem e pela autorização de retomada do certame nos autos do TC 72-007.886.16-55.

Seguiu-se a instrução e a Procuradoria da Fazenda Municipal foi ouvida, tendo pugnado pela regularidade do edital, face aos itens alterados e aos reputados improcedentes, nos termos da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral considerou que a Representação deveria ser conhecida. No mérito, opinou pela improcedência parcial da Representação e pela perda do objeto em relação aos itens sanados pela Origem, nos mesmos termos que a Assessoria Jurídica de Controle Externo.

É o relatório.

V O T O

Conheço da Representação interposta por Guilherme Luiz Francisco, posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade constantes da legislação aplicável.

Passando ao mérito da demanda, registre-se que antes da provocação da atuação desta Corte pela presente Representação, o edital do Pregão Eletrônico n.º 78/SME/2016 era objeto de acompanhamento no TC n.º 72-007.866.16-55, razão pela qual é necessário registrar que alguns pontos articulados pela Representação ora julgada já eram analisados e que o certame já se encontrava suspenso por força da decisão contida naqueles autos.

Pois bem, dito isso, e considerando as várias manifestações da Secretaria Municipal da Educação, as reuniões de trabalho realizadas entre os técnicos da Origem e os representantes dos Órgãos Especializados desta Corte de Contas, a retomada do certame foi proposta, com condicionantes, e acolhida pela unanimidade do Plenário desta Casa, na 2906ª. Sessão Ordinária, realizada no dia 19 de dezembro de 2016, conforme registrado no processo de acompanhamento referido.

Não obstante, apesar de todos os elementos contidos na instrução destes autos, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou que dois pontos dentre aqueles suscitados pelo Representante remanesciam como procedentes: a proposição de que inexistência de acesso prévio à lista de produtos homologados acarretaria vantagem indevida a licitantes que já prestassem serviços à Prefeitura (item 2 do aditamento); a alegação de que as impugnações foram rejeitadas sem justificativas (item 6 do aditamento).

Veja-se que todos os Órgãos Técnicos tiveram os demais pontos da Representação e do aditamento como improcedentes ou superados pelas alterações procedidas no edital. De modo que cabe examinar somente estes dois questionamentos.

No que tange ao item 4 do aditamento – sobre o acesso à lista de produtos homologados para uso nas refeições, tanto a Assessoria Jurídica de Controle Externo quanto a Secretaria Geral consideraram o ponto prejudicado pela revogação da medida suspensiva, com a autorização de retomada do certame.

Neste ponto, necessário registrar que uma das determinações propostas por esta Relatoria, acolhida pelo Plenário por unanimidade, foi que os informativos técnicos de CODAE passassem a fazer parte dos anexos do Edital. Pois bem, muito embora a determinação tenha sido emitida com relação à conversão dos pratos prontos em porções de autosserviço, para fins de aferição do valor a ser pago, fato é que os informativos técnicos de CODAE também abrangem a questão dos produtos homologados.

Ademais, se consultado o termo de referência constante dos anexos do edital, desde a primeira versão publicada, verifica-se que dele constam todas as características que cada alimento ou produto deve possuir para ser considerado homologado ou homologável pela Origem. Assim, o Contratante não desconhece o padrão que a matéria prima alimentar ou que os outros produtos empregados no preparo das refeições deve obedecer.

Tenha-se, ainda, que se a Contratada pretendesse que uma determinada marca de produto ainda não homologada fosse empregada na prestação de serviços, bastaria que ela, Contratada, apresentasse o produto para homologação da Secretaria Municipal de Educação. O produto, por sua vez, seria homologado e liberado para uso somente se preenchidos os requisitos do edital.

Assim, não se vislumbra que neste ponto haveria assimetria de informações. De fato, há que se zelar para que em uma licitação possam concorrer, em situação de igualdade, empresas que já prestaram o serviço – e, que em tese conheceriam melhor suas especificidades – com empresas que pela primeira vez se interessaram pelo certame.

Mas, no caso em tela, em razão de todas as informações constantes do edital, não se pode afirmar que empresas que nunca prestaram os serviços estariam em desvantagem, já que as características dos produtos e alimentos estavam descritas criteriosamente nos anexos. Destarte, improcede, também quanto a este aspecto, o aditamento apresentado pelo Representante.

Em relação à alegação do Representante de que as impugnações foram rejeitadas sem motivação, conforme item 6 do aditamento, esta não se confirmou. Isso porque, de fato, a publicação em que as impugnações foram consideradas improcedentes realmente foi sucinta, somente com o resultado do julgamento. No entanto, a Origem comprovou que as impugnações foram todas examinadas e repelidas, de forma motivada, no processo administrativo.

Assim, o que se afigurou, concretamente, no caso em tela, foi uma mera falha na comunicação do ato administrativo, mas não na sua elaboração, já que a decisão foi devidamente motivada e qualquer interessado poderia ter vistas dos autos e conhecer dos fundamentos decisórios.

Portanto, nesse ponto, como bem salientado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, o ato praticado é válido, e o item 6 do aditamento é improcedente.

Diante do exposto, **CONHEÇO** da Representação e, no mérito, **JULGO-A PARCIALMENTE IMPROCEDENTE**, em relação aos pontos 2, 5, 6, 7 e 8 da Representação, bem como aos itens 3, 4, 5 e 6 do aditamento à Representação, dando por **PREJUDICADOS** os demais pontos suscitados, pela perda do objeto.

OFICIE-SE à Secretaria Municipal de Educação e ao Representante, para ciência do acórdão.

Após, arquivem-se os autos.