Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Processo	-	TC/009083/2020
Recorrente	-	Procuradoria da Fazenda Municipal
Objeto	-	Recurso interposto em face do v. Acórdão de 26/5/2021 – Viveiro Campo Lindo Comércio de Plantas Ltda. – Secretaria Municipal das Subprefeituras – Representação interposta em face do edital do Pregão Eletrônico 12/SMSUB/Cogel/2020, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de insumos para realização de serviços de paisagismo

33ª Sessão Ordinária Não Presencial

RECURSO. PFM. SMSUB. Registro de preços. Fornecimento de insumos para realização de serviços de paisagismo. Decisão que conheceu a representação e julgou parcialmente procedente eis que o critério de julgamento, menor preço global, aparentemente vantajoso à Administração, deve exigir e analisar os valores de cada um dos itens a serem registrados, inibindo a prática vulgarmente chamada de mergulho do preço, sendo que as questões de mérito do apelo são de competência privativa de autoridade superior, cabendo a pregoeira somente a observância da tempestividade e motivação. CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em sede de juízo de admissibilidade, em conhecer do recurso interposto, por preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito, corroborando as manifestações unânimes da Assessoria Jurídica de Controle Externa e da Secretaria-Geral, que ficam incorporadas a este voto e adotadas como razão de decidir, em negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos, uma vez que o recurso não trouxe quaisquer elementos novos com força para alterar o quanto julgado.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, cumpridas as formalidades legais, o arquivamento destes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDUARDO TUMA – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

São Paulo, 18 de maio de 2022.

JOÃO ANTONIO – Presidente
DOMINGOS DISSEI – Relator, com voto apresentado em 29/04/2022

/mfl

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 07/06/2022 17:49:40 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por DOMINGOS ODONE DISSEI
Data: 21/06/2022 16:11:15 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TC 009.083/2020

Egrégio Plenário

Em julgamento o recurso ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal em face do Acordão proferido em 26/05/2021, na 3.145ª Sessão Ordinária, que, à unanimidade, julgou parcialmente procedente Representação oferecida pela empresa Viveiro Campo Lindo Comércio de Plantas Ltda., em face do Edital de Pregão Eletrônico nº 12/SMSUB/COGEL/2020, tendo por objeto o registro de preço para o fornecimento de insumos para realização de serviços de paisagismo à Prefeitura do Município de São Paulo.

Do referido Acordão constou, ainda, à unanimidade, determinação à Secretaria Municipal de Subprefeituras para que: a) nas ocasiões em que justificadamente for eleito o critério de julgamento de menor preço global, seja obrigatoriamente estatuído um critério de admissibilidade do preço dos itens unitários, a fim de evitar contratações antieconômicas e potencialmente lesivas ao Erário, afastando o risco de que a proposta da licitante vencedora (que ofertou o menor valor global por grupo de itens) contenha insumos com preços superiores aos de mercado; b) o Pregoeiro observe rigorosamente os termos da lei quanto aos critérios de admissibilidade de recursos, sendo-lhe defeso inovar em face dos estritos termos legais, especialmente no sentido de restringir o amplo exercício do direito de defesa e do contraditório.

Constou, também, igualmente à unanimidade, determinação à Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte examine, por amostragem, a utilização da Ata de Registro de Preços 11/SMSUB/COGEL/2020, decorrente do Pregão Eletrônico 12/SMSUB/COGEL/2020, a fim de constatar a eventual ocorrência de prejuízo ao Erário, especialmente quanto aos itens que comprovadamente situaram-se em valores acima do preço referencial fixado no correspondente edital.

Instados a se manifestarem, o Sr. Alexandre Modonezi de Andrade (Secretário/SMSUB), a Sra. Bruna Teodoro Milani (Pregoeira) e a Empresa

Viveiro Campo Lindo Comércio de Plantas Ltda. deixaram transcorrer o prazo para eventual oferecimento de seus respectivos recursos.

Inconformada com os termos do julgamento, a Procuradoria da Fazenda Municipal interpôs recurso requerendo a reapreciação de todos os elementos de instrução colhidos em primeira instância, e o seu provimento, com a finalidade de se reconhecer que os agentes públicos responsáveis agiram em conformidade com a legislação, tendo praticado todos os atos com boa fé, não havendo nos autos qualquer prova de dano concreto à Administração Municipal ou prejuízo ao erário.

A Auditoria, considerando que todos os elementos expostos pela Origem na instrução foram devidamente analisados e que o recurso não trouxe quaisquer elementos novos, entendeu que não haveria fundamento de competência dela para modificação das conclusões anteriormente alcançadas, deixando de se manifestar.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento do recurso. Quanto ao mérito, não vislumbrou elementos que pudessem afastar os pontos responsáveis pelo entendimento da procedência parcial da Representação, opinando pelo não provimento do recurso.

Após a Procuradoria da Fazenda Municipal requerer o provimento do recurso, a Secretaria Geral opinou pelo conhecimento do recurso. Quanto ao mérito, entendeu que o apelo não suplantou as razões de decidir e não infirmou as irregularidades reconhecidas, apenas tentou justificá-las e/ou flexibilizá-las, não trazendo nenhum argumento diferente daqueles já utilizados nas manifestações em sede de primeira instância, motivo pelo qual opinou pelo seu não provimento.

É o relatório.

VOTO

1. Em julgamento recurso ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal em face do Acordão proferido em 26/05/2021, que, à unanimidade, julgou parcialmente procedente Representação oferecida pela

empresa Viveiro Campo Lindo Comércio de Plantas Ltda., em face do Edital de Pregão Eletrônico nº 12/SMSUB/COGEL/2020, tendo por objeto o registro de preço para o fornecimento de insumos para realização de serviços de paisagismo à Prefeitura do Município de São Paulo, fazendo ainda determinações à Origem, bem como à Subsecretaria de Fiscalização e Controle para que examine, por amostragem, a utilização da Ata de Registro de Preços 11/SMSUB/Cogel/2020, decorrente do referido Pregão, a fim de constatar a eventual ocorrência de prejuízo ao Erário.

2. Em sede de juízo de admissibilidade, conheço do Recurso interposto, por preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

3. Quanto ao mérito, corroborando as manifestações unânimes da Assessoria Jurídica de Controle Externa e da Secretaria Geral, que ficam incorporadas a este voto a adotadas como razão de decidir, nego-lhe provimento, mantendo-se a decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos, uma vez que o recurso não trouxe quaisquer elementos novos com força para alterar o quanto julgado.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

É como voto

DOMINGOS ODONE DISSEI:81822650887

Assinado de forma digital por DOMINGOS ODONE DISSEI:81822650887
Dados: 2022.04.29 12:33:59 -03'00'

DOMINGOS DISSEI
Conselheiro TCMSP

HCMC/SMAS/ecg/

TC 9.083/2020

1º Julgado - 3.145ª Sessão Ordinária
REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SUBPREFEITURA. Registro de preços. Fornecimento de insumos para realização de serviços de paisagismo. 1. O critério de julgamento, menor preço global, aparentemente vantajoso à Administração, deve exigir e analisar os valores de cada um dos itens a serem registrados, inibindo a prática vulgarmente chamada de "mergulho" do preço. 2. As questões de mérito do apelo são de competência privativa de autoridade superior, cabendo a pregoeira somente a observância da tempestividade e motivação. Art. 3º, V, e art. 6º, parágrafo único, Dec. Mun. 46.662/05. CONHECIDA. PARCIALMENTE PROCEDENTE. DETERMINAÇÕES. 1. Nas ocasiões em que justificadamente for eleito o critério de julgamento de menor preço global, seja obrigatoriamente estatuído um critério de admissibilidade do preço dos itens unitários, a fim de evitar contratações antieconômicas e potencialmente lesivas ao Erário. 2. Que o pregoeiro observe rigorosamente os termos da lei quanto aos critérios de admissibilidade de recursos. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

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 preenchidos os requisitos para sua admissibilidade, e, no mérito, em julgá-la parcialmente procedente.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal das Subprefeituras, em decorrência desta decisão, que:

a) nas ocasiões em que justificadamente for eleito o critério de julgamento de menor preço global, seja obrigatoriamente estatuído um critério de admissibilidade do preço dos itens unitários, a fim de evitar contratações antieconômicas e potencialmente lesivas ao Erário, afastando o risco de que a proposta da licitante vencedora (que ofertou o menor valor global por grupo de itens) contenha insumos com preços superiores aos de mercado;

b) o Pregoeiro observe rigorosamente os termos da lei quanto aos critérios de admissibilidade de recursos, sendo-lhe defeso inovar em face dos estritos termos legais, especialmente no sentido de restringir o amplo exercício do direito de defesa e do contraditório.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar que a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle** desta Corte examine, por amostragem, a utilização da Ata de Registro de Preços 11/SMSUB/Cogel/2020, decorrente do Pregão Eletrônico 12/SMSUB/Cogel/2020, a fim de constatar a eventual ocorrência de prejuízo ao Erário, especialmente quanto aos itens que comprovadamente situaram-se em valores acima do preço referencial fixado no correspondente edital.

ACORDAM, à unanimidade, considerando a natureza específica e restrita do procedimento que se analisa, em deixar de aplicar, por ora, penalidades ao Ordenador e à Pregoeira, reservando, para tal fim, o momento de conclusão da apuração de eventual prejuízo ao Erário.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o cumprimento do disposto no artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDUARDO TUMA – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

São Paulo, 26 de maio de 2021.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Representação oposta por Viveiro Campo Lindo Comércio de Plantas Ltda., por meio da qual contesta o resultado do Pregão Eletrônico nº 12/SMSUB/COGEL/2020, promovido pela Secretaria Municipal das Subprefeituras – SMSUB, que objetivou o Registro de Preços de insumos para realização de serviços de paisagismo à Prefeitura do Município de São Paulo.

A Representante requereu a suspensão liminar do

mencionado Pregão na fase em que se encontrasse, até que esta Casa se manifestasse a respeito.

Para tanto, questionou que o procedimento licitatório padeceria de vício, tendo em vista que:

a) o Edital estabeleceu valor máximo aceitável;
b) a proposta vencedora contém itens unitários com valor acima do estimado;
c) a decisão da Pregoeira quanto ao recurso administrativo interposto pela ora Representante não teria observado as normas aplicáveis, em afronta ao princípio do contraditório.

Ressalto que a suspensão liminar pleiteada foi indeferida, consoante despacho que segue como Peça nº 9, uma vez que a Representação foi protocolada nesta Casa em 30 de julho de 2020, quando o Pregão atacado já se encerrara, visto que, conforme publicação estampada na pág. 37 do Diário Oficial da Cidade, de 22 de julho de 2020, o certame fora homologado e tivera seu objeto adjudicado à empresa declarada vencedora da licitação, ou seja, há mais de uma semana da divulgação do resultado do Pregão, não sendo possível sequer cogitar a suspensão de procedimento que se encontrava encerrado.

Visando à adequada instrução dos autos, a Secretaria Municipal das Subprefeituras – SMSUB e a Senhora Pregoeira responsável pelo certame foram instadas a se manifestar, tendo sido apresentados, em consequência, os esclarecimentos identificados como Peça nº 16.

Quanto aos atos praticados pela Senhora Pregoeira, a Administração defendeu que foram desempenhados conforme a legislação em vigor, tendo em conta que a outrora licitante, ora Representante, não manifestou sua intenção de recorrer de forma motivada, como prescrito pelo § 1º do art. 26 do Decreto Federal nº 5.450/05[1] (revogado, todavia, pelo Decreto nº 10.024/2019[2]) e inciso XVIII do art. 4º da Lei Federal nº 10.520/02[3].

---

[1] "Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses. § 1º - A falta de manifestação imediata e motivada do licitante quanto à intenção de recorrer, nos termos do caput, importará na decadência desse direito, ficando o pregoeiro autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor."

[2] " Art. 60. Ficam revogados: I - Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005;"

[3] "Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: (...) XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra-razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos"

No que tange ao valor da proposta vencedora, aduziu que esta significou grande vantajosidade ao Erário, na medida em que implicou economia de cerca de 26,5% (vinte e seis e meio por cento) em face do valor referencial apurado pela Administração, ressaltando que este, ademais, não se trata de valor máximo aceitável, mas tão somente, repita-se, valor referencial.

Submetida a matéria dos autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC, esta concluiu pela improcedência das alegações da Representante que giram em torno da tese do maior preço aceitável, pois, como reconheceu a própria Representante, há vasta jurisprudência contrária à tese esposada.

No que diz respeito à aceitação da proposta vencedora com itens unitários com valor acima do estimado, a SFC entendeu ser pertinente a Representação sob esse aspecto, pois, em que pese o critério de julgamento adotado no Pregão Eletrônico nº 12/SMSUB/COGEL/2020 ter sido o de menor preço global para o grupo de insumos previsto no Anexo I – Termo de Referência do Edital, também deveria ter sido estatuído um critério de admissibilidade de preço dos itens unitários, sob pena de possibilitar contratações antieconômicas e potencialmente lesivas ao Erário, uma vez que há o risco de a proposta da licitante vencedora (que ofertou o menor valor global por grupo de itens) conter insumos com preços superiores aos de mercado.

Por fim, a SFC concluiu que a conduta da Senhora Pregoeira incidiu em equívoco, pois, para efeito de interposição de recurso, quando adotada a modalidade de pregão eletrônico, caberia à condutora do certame, quando o licitante manifesta interesse em recorrer, apenas verificar o atendimento de pressupostos recursais, notadamente a tempestividade e motivação, nos moldes do disposto no art. 4º, XVIII, da Lei Federal nº 10.520/2002 (vide nota de rodapé 3). Entretanto, a Senhora Pregoeira teria adentrado no mérito das alegações aduzidas pela ora Representante, extrapolando, além disso, suas competências legais, vez que o exame de razões de tal natureza cabe à autoridade superior, conforme art. 3º, inciso V e parágrafo único do art. 6º, ambos do Decreto Municipal nº 46.662/2005[4].

Assim, a SFC opinou pela procedência parcial da Representação.

Em continuidade, manifestou-se a Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE, acompanhando a SFC integralmente, no sentido da procedência parcial da Representação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, a seu

[4] "Art. 3º Compete aos Secretários, Subprefeitos, Superintendentes de Autarquias, Presidentes de Fundações e ao Ouvidor Geral do Município, nas licitações realizadas na modalidade de pregão: (...) V - Decidir os recursos interpostos contra ato do pregoeiro; (...) Art. 6º São atribuições do pregoeiro, com assessoramento da equipe de apoio: Parágrafo único. Interposto recurso, o pregoeiro poderá reformar a sua decisão ou encaminhá-lo, devidamente informado, à autoridade competente para decidir."

turno, encampou as alegações expendidas pela Administração para concluir que os argumentos tecidos pela Auditoria não se mostraram suficientes para servir como fundamento para o julgamento de procedência da presente Representação, uma vez que restou demonstrado que a Administração observou os procedimentos legais no seu agir, de modo a buscar a proposta que melhor atendia ao interesse público. Assim, opinou pela admissibilidade da Denúncia e pela sua integral improcedência.

Encerrando a instrução do feito, a Secretaria Geral – SG, depois do exame dos elementos instrutórios do presente, trilhou o caminho aberto pela Auditoria e pela AJCE, para posicionar-se pela admissibilidade da Representação, posto que preenchidos os requisitos de sua admissibilidade, e, no mérito, pela sua procedência parcial.

É o Relatório.

VOTO

Chamo a atenção, de início, quanto ao fato da impossibilidade de concessão da liminar pleiteada, não merecedor tal pedido sequer de exame de mérito, mesmo que perfunctório, que se coaduna com a rapidez que os pedidos cautelares normalmente exigem, por motivo eminentemente fático, que levou ao perecimento do direito acautelatório: como relatado, o requerimento de suspensão do certame deu-se quando este já se encerrara, encontrando-se inclusive assinada, àquela altura, a Ata de Registro de Preços nº 11/SMSUB/COGEL/2020, que dele decorreu, consoante publicação havida no Diário Oficial da Cidade, de 31 de julho de 2020.

Mesmo assim, diante das dúvidas levantadas pela Representante, dei continuidade ao estudo das questões suscitadas, conferindo ao presente sua regular instrução.

Nessa linha, ouvida sobre as razões alinhavadas pela Representante, a Administração defendeu os atos praticados, entretanto, como apontado pelos órgãos técnicos desta Casa, tais argumentos não têm condições de subsistir.

O critério de julgamento adotado – menor preço global –, aparentemente vantajoso à Administração, em verdade, depois de esmiuçado, revelou-se temerário, na medida em que não se exigiu, e nem sequer se analisou, os valores de cada um dos itens a serem registrados, revelando prática que permite aquilo que vulgarmente é chamado como "mergulho" do preço de certos itens, os menos utilizados ou adquiridos, ao passo que aqueles de maior uso e compra têm preços superiores aos de mercado. Assim, o preço total está dentro dos parâmetros tecnicamente estabelecidos pela Administração, porém, coberta com o véu de aparente legalidade, a Administração acaba por adquirir os produtos ou serviços de necessidade mais frequente com preços acima do mercado, ocasionado prejuízo e

pondo por terra que tal proceder estaria voltado a contratar o melhor produto ou serviço pelo menor preço.

Esse quadro, como muito bem apontado pela SFC, revela-se agravado exatamente em casos como o retratado nestes autos, ou seja, quando envolve uma licitação para registro de preços em que "a Administração não se encontra obrigada a adquirir todos os insumos nos quantitativos licitados. Há, assim, a possibilidade de a unidade contratante adquirir cada insumo isoladamente ou em proporções quantitativas distintas das constantes do grupo de insumos registrados, fato que distorceria o desconto da proposta vencedora. Frisa-se, a Administração não irá adquirir grupos, mas itens."

Como se não bastasse, a SFC, ao examinar o processo SEI nº 6012.2020/0015289-8, que cuidou da instrução do Pregão a que se referem os autos, não se deparou com justificativa para a adoção do critério de julgamento por menor valor global. Localizou, apenas, breve análise acerca do critério de aceitação das propostas.

Ademais, a SFC constatou, em consonância com o alegado pela Representante, que o critério de julgamento, "embora tenha selecionado a proposta com menor valor global, possibilitou que 5 dos 25 insumos licitados constassem com preços unitários acima dos referenciais adotados pela Administração, cuja diferença excede em R$ 679.680,00 o valor de referência da Administração...".

A conduta da Senhora Pregoeira também merece reparos, pois, como registrado por todos os órgãos técnicos do Tribunal, a diretora do certame não observou disposição expressa de lei quanto à admissibilidade de recurso em pregão eletrônico (vide nota de rodapé nº 3), restrita à observância da tempestividade e motivação, cingindo-se à mera plausibilidade da interposição do apelo.

Afora isso, quando rejeitou a possibilidade de recorrer pela Representante, cuidou de questões de mérito do apelo, usurpando competência privativa de autoridade superior, conferida pelo art. 3º, inciso V e parágrafo único do art. 6º, ambos do Decreto Municipal nº 46.662/2005, já transcritos no Relatório que precede a este voto como nota de rodapé nº 4.

Por fim, esclareço que não me ative ao ponto relacionado à suposta fixação em edital de preço máximo aceitável, porque a própria Denunciante informa que esse aspecto da Representação se encontra superado por farta jurisprudência tratando da matéria.

Desse modo, embasado nas manifestações da SFC, da AJCE e da SG, as quais ficam fazendo parte deste voto, conheço da Representação em debate, posto que preenchidos os requisitos para sua admissibilidade, para, no mérito, julgá-la parcialmente procedente.

Determino à Secretaria Municipal das Subprefeituras, em decorrência desta decisão, que:

a) Nas ocasiões em que justificadamente for eleito o critério de julgamento de menor preço global, seja obrigatoriamente estatuído um critério de admissibilidade do preço dos itens unitários, a fim de evitar contratações antieconômicas e potencialmente lesivas ao Erário, afastando o risco de que a proposta da licitante vencedora (que ofertou o menor valor global por grupo de itens) contenha insumos com preços superiores aos de mercado;

b) O pregoeiro observe rigorosamente os termos da lei quanto aos critérios de admissibilidade de recursos, sendo-lhe defeso inovar em face dos estritos termos legais, especialmente no sentido de restringir o amplo exercício do direito de defesa e do contraditório.

Determino, ainda, a SFC que examine, por amostragem, a utilização da Ata de Registro de Preços nº 11/SMSUB/COGEL/2020, decorrente do Pregão em questão, a fim de constatar a eventual ocorrência de prejuízo ao Erário, especialmente quanto aos itens que comprovadamente situaram-se em valores acima do preço referencial fixado no correspondente Edital.

Por derradeiro, considerando a natureza específica e restrita do procedimento que se analisa, deixo de aplicar, por ora, penalidades ao Ordenador e à Pregoeira, reservando, para tal fim, o momento de conclusão da apuração de eventual prejuízo ao Erário, nos termos do item "c" da parte dispositiva deste voto.

Feitas as comunicações regimentais, arquive-se o presente feito.