Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Processo	-	TC/010407/2021 (Tramita com o processo TC/010172/2021)
Representante	-	Ravi Indústria e Comércio de Materiais em Geral – Eireli
Representada	-	Secretaria Municipal da Saúde
Objeto	-	Representação interposta em face do edital do Pregão Eletrônico 386/SMS/2021, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de luva de procedimento de borracha nitrílica ambidestra, uso único

31ª Sessão Ordinária Não Presencial

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMS. Registro de preços. Fornecimento de luva de borracha nitrílica. 1. Certame revogado. Perda de objeto. CONHECIDA. PREJUDICADA. 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, considerando os documentos juntados às peças 01 e 02, com os quais ficam atendidos os requisitos regimentais de admissibilidade, em conhecer da representação formulada pela empresa Ravi Indústria e Comércio de Materiais em Geral – Eireli e em declarar prejudicado seu exame, ante a perda superveniente do objeto, em razão da revogação do Pregão Eletrônico 386/SMS/2021, conforme decisão publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, página 98 (peça 26).

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício à empresa representante e à representada, informando-as do presente Acórdão, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o arquivamento dos autos, após o cumprimento das formalidades legais.

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

São Paulo, 23 de março de 2022.

JOÃO ANTONIO – Presidente
EDUARDO TUMA – Relator

/lsr

Assinado digitalmente por JOAO ANTONIO DA SILVA FILHO
Data: 19/04/2022 18:19:04 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 27/04/2022 10:58:56 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

31ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL – PLENO

Item 18º

18)TC 10.407/2021 - Ravi Indústria e Comércio de Materiais em Geral-Eireli - Secretaria Municipal da Saúde - **Representação** interposta em face do edital do Pregão Eletrônico 386/SMS/2021, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de luva de procedimento de borracha nitrílica ambidestra, uso único (FHMC) (Processo Eletrônico)

RELATÓRIO

Trata o presente TC da análise da Representação formulada pela empresa Ravi Indústria e Comércio de Materiais em Geral EIRELI (peça 1), apontando eventuais irregularidades no Edital de Pregão Eletrônico nº 386/SMS/2021, promovido pela Secretaria Municipal de Saúde – SMS, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de luva, procedimento, borracha nitrilica, ambidestra, uso único.

Não há informação sobre valores neste processo.

Insurge-se a representante, em síntese, contra a ausência de previsão de cotas reservadas para as microempresas e empresas de pequeno porte.

À peça 20, a **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC**, através de sua Coordenadoria IV, apresentou seu relatório conclusivo de análise da Representação, considerando a manifestação prévia da Secretaria Municipal de Saúde – SMS, apresentada à peça 15. O relatório contém as seguintes considerações e conclusões:

> *"**2. ANÁLISE***
> ***2.1. Ausência de previsão de cotas reservadas para as microempresas e empresas de pequeno porte. (fls. 02/12, Peça 1)***
>
> *Alegações da Representante (Peça 1)*
>
> Constatou-se da leitura do edital a presença de diversos dispositivos referenciando a presença de cota reservada a microempresas e empresas de pequeno porte, a teor do disposto no artigo 48 da Lei Complementar n. 123/2006.
> A exemplo – não exaustivamente, temos os seguintes itens do edital:
> 4.1.2. Os ITENS de participação exclusiva a microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de14 de dezembro de 2006, estão indicadas no ANEXO I deste instrumento.
> 4.3.1.1. O licitante microempresa ou empresa de pequeno porte deverá informar tal condição no ato do envio da proposta, por intermédio de funcionalidade disponível no sistema eletrônico, sob pena de não usufruir do tratamento diferenciado previsto na Lei Complementar nº 123/06.

4.3.1. Por força do que dispõe o Capítulo V, artigos 42 a 45 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, c/c o disposto no art. 1º, parágrafo 2º, do Decreto nº 56.475/15, as microempresas, empresas de pequeno porte e as cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do "caput" do artigo 3º da referida Lei Complementar, terão tratamento diferenciado e favorecido, observadas as disposições do Decreto Municipal nº 56.475, de 05 de outubro de 2015.
4.3.1.2. Nos itens exclusivos para participação de microempresas e empresas de pequeno porte, a assinalação do campo "não" impedirá o prosseguimento no certame;
4.3.1.3. Nos itens em que a participação não for exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, a assinalação do campo "não" apenas produzirá o efeito de o licitante não ter direito ao tratamento favorecido previsto na Lei Complementar nº 123, de 2006, mesmo que microempresa, empresa de pequeno porte.
4.3.1.4. A falsidade das declarações prestadas, objetivando os benefícios da Lei Complementar nº 123, de 2006, poderá caracterizar o crime de que trata o artigo 299 do Código Penal, sem prejuízo do enquadramento em outras figuras penais e das sanções administrativas previstas na legislação pertinente, mediante o devido processo legal, e implicará, também, a inabilitação do licitante, se o fato vier a ser constatado durante o trâmite da licitação.

Não obstante, ao compulsar o Anexo I- TERMO DE REFERÊNCIA do edital verificou-se que todos os itens estão sendo destinados à ampla concorrência [...]
Verifica-se, portanto que existe uma dissociação entre o disposto no edital – que prevê cota reservada a microempresa e empresa de pequeno porte, e o seu anexo I, que efetivamente traz a distribuição dos itens, omitindo essa cota e contrariando o edital. Essa dissociação demonstra que o instrumento convocatório não foi elaborado com o devido planejamento necessário para tratar da previsão ou da ausência de cota reservada a microempresa e empresa de pequeno porte, razão pela qual se torna imperiosa a análise desse aspecto em específico.
[...]
Observa-se, do texto legal, que na Lei Complementar n. 123/2006 foram previstos diversos benefícios, denominados tratamento diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte, a serem observados nas contratações públicas, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.
[...]
Portanto, a redação adotada no artigo 48 da Lei Complementar n. 123/2006, com o uso do verbo "deverá", indica que a política de favorecimento às microempresas e empresas de pequeno porte é imperativa, não estando a cargo do administrador a faculdade de deixar de conceder as benesses fixadas na lei, salvo em situações excepcionais, devidamente comprovadas.

Como visto no inciso III do artigo em epígrafe, agora por obrigação a administração deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Como nada é absoluto, há naturalmente a ressalva, fundada na excepcionalidade. No artigo 49 da Lei Complementar n. 123/2006, excepciona-se a obrigatoriedade de conceder o tratamento diferenciado nas contratações públicas
[...]
Assim, o artigo 49 da mesma Lei determina que a inaplicabilidade dessa política deverá ser medida excepcional e devidamente assentada na (i) ausência de um mínimo de 3 fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; (ii) constatação de ausência de vantajosidade à administração ou (iii) representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

Por óbvio, em homenagem ao Princípio da Veracidade dos atos administrativos, a constatação dessas circunstâncias excepcionais deve ser precedida de estudo prévio do mercado local que ateste a efetiva inviabilidade da aplicação do benefício.

Por força do Princípio da Motivação, a eventual constatação dessas circunstâncias excepcionais que ensejariam a inaplicabilidade deveria ser devidamente fundamentada instruir o processo administrativo na fase interna, e, finalmente, por amor à Publicidade dos Atos Administrativos, deveriam tais razões estar à baila no edital.
[...]
Não foi o que se viu, no entanto, pois o edital não trouxe qualquer menção a ato administrativo interno da administração dando conta das hipóteses do artigo 49 da Lei Complementar n. 123/2006.

Em verdade, observou-se bem ao contrário: em inúmeros trechos o edital efetivamente previa a existência de cota reservada a microempresas e empresas de pequeno porte, ainda que efetivamente não reservasse nenhum percentual dos produtos a essa cota.

Pressupondo-se que o edital é ato administrativo dotado de presunção de veracidade e legitimidade, não se há conceber que a previsão de cota exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte foi tomada por desleixo. A previsão do edital é acertada, portanto, uma vez que uma análise do objeto, do valor e do mercado atestam que uma licitação prevendo cota reservada a microempresa e empresa de pequeno porte no caso concreto não incidiria, em absoluto, nas hipóteses do artigo 49, que, reitera-se, são excepcionais.

Portanto, o Anexo I – Termo de Referência do edital em apreço deve ser reformado, apenas para que nele conste quais produtos estão sendo reservados a microempresas e empresas de pequeno porte. (fls. 02/09 da peça 01).

Manifestação da Origem
O referido processo foi licitado através do Pregão Eletrônico 184/2021, cuja sessão ocorreu em 18/05/2021, restou FRACASSADO.

Sendo assim, já foi aplicado o tratamento diferenciado estabelecido no artigo art. 48, III, da LC nº 123/06, conforme Edital publicado, Relação de Itens Comprasnet, Termo de Homologação e DOC (documentos SEI 044705917, 044880979, 044705917 e 044880979).

Oportuno se torna dizer que, apenas após a aplicação da lei em benefício a Micro Empresas/EPP's e Empresas de Pequeno Porte e para continuidade na aquisição, foi publicado novo Pregão para licitar os itens em questão em Ampla Concorrência. (fl. 03 da peça 15).

Análise da Coordenadoria
A Representante se insurgiu contra a falta de previsão no anexo I do edital da reserva de cotas para as microempresas e empresas de pequeno porte.
Embora a cláusula 4.1.2 do edital estabeleça que: "Os ITENS de participação exclusiva a microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, estão indicadas no ANEXO I deste instrumento (fls. 03/04 da peça 03)"; verifica-se que, de fato, não consta do anexo I (fls. 34/35 da peça 03) os itens com cota reservada para as microempresas e empresas de pequeno porte, em violação ao art. 48, III, da LC nº 123/06.
Em manifestação prévia, a Origem alegou que já teria sido aplicado o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, com a reserva de cotas, no Pregão Eletrônico nº 184/2021, que foi fracassado (fl. 03 da peça 15).
Não obstante, a Origem realizou novo procedimento licitatório, com a renovação dos atos processuais no Pregão Eletrônico nº 386/SMS/2021. Nessa medida, o edital deveria prever no anexo I reserva de cotas para as microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 48, III, da LC nº 123/06.
Lado outro, conforme mencionado pela Representante, não constou do processo SEI qualquer motivação para a não adoção de tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, nas hipóteses previstas no art. 49 da LC nº 123/06.
*Dessa forma, **procedente** o ponto representado.*
3. CONCLUSÃO
*À luz das análises efetuadas, concluímos, em sede de Relatório Conclusivo, pela **procedência** da Representação."*

Devidamente intimada, a Origem informou que, em 20.08.2021, foi publicada a **revogação** do Pregão Eletrônico nº 386/2021-SMS.G no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, página 98 (peça 26).

A **Coordenadoria IV** se manifestou à peça 30 nos termos seguintes:

"Análise da Coordenadoria

Tendo sido revogado o Pregão Eletrônico nº 386/2021-SMS.G, conforme publicação à pág. 98 do DOC de 20.08.21, constata-se a ***perda do objeto*** *da Representação em tela.*

No entanto, como a Origem declara que será instaurado novo procedimento visando a adequação da previsão de consumo do material e publicação de novo edital de licitação para sua aquisição, ressalta-se a necessidade de que seja observada a correção do item representado no novo edital.

3. CONCLUSÃO

Considerando a revogação do Pregão Eletrônico em tela, concluímos pela perda do objeto da Representação em análise."

A **Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM,** em manifestação apresentada à peça 33, requereu fosse julgada prejudicada a presente Representação por perda superveniente de objeto (revogação do certame).

A **Secretaria Geral – SG**, à peça se manifestou como segue:

"De minha parte, considerando a notícia de que o certame licitatório em questão, Edital de Pregão Eletrônico nº 386/2021-SMS.G, foi ***REVOGADO****, conforme publicação do D.O.C. de 20/08/2021 (fl. 98), opino pelo não conhecimento da exordial pela falta de interesse de agir.*

Conclusão.

Portanto, conforme as razões acima expostas, opino pelo não conhecimento da presente Representação, haja vista a perda superveniente de seu objeto, e, no mérito, entendo que resta prejudicada a vertente Representação."

É o Relatório.

VOTO

A empresa Ravi Indústria e Comércio de Materiais em Geral EIRELI apresenta a presente Representação apontando irregularidades no Edital de Pregão Eletrônico nº 386/SMS/2021, promovido pela Secretaria Municipal de Saúde – SMS, que tem por objeto o registro de preços para o fornecimento de luva, procedimento, borracha nitrilica, ambidestra, uso único.

Em síntese, questiona a ausência de previsão de cotas reservadas para as microempresas e empresas de pequeno porte.

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC**, por meio de sua Coordenadoria IV, procedeu à análise dos questionamentos da Representação concluindo, ao final, pela sua procedência.

Constatou a Auditoria que, de fato, não constam do Anexo I (fls. 34/35 da peça 03), os itens com cota reservada para as microempresas e empresas de pequeno porte, em violação ao art. 48, III, da LC nº 123/06.

Em manifestação prévia, a Origem havia alegado já ter sido aplicado o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, com a reserva de cotas, no Pregão Eletrônico nº 184/2021, que foi fracassado (fl. 03 da peça 15).

No entanto, a Origem realizou novo procedimento licitatório, com a renovação dos atos processuais no Pregão Eletrônico nº 386/SMS/2021, deixando de prever no Anexo I reserva de cotas para as microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do artigo 48, III, da Lei Complementar nº 123/06.

Conforme mencionado pela Representante, não constou do processo SEI qualquer motivação para a não adoção de tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, nas hipóteses previstas no art. 49 da LC nº 123/06.

Todavia, sobreveio a informação da **revogação** do Pregão Eletrônico nº 386/2021-SMS.G, com a publicação da respectiva decisão no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, página 98, consoante comprovado na peça 26 destes autos, ensejando as manifestações da Coordenadoria IV e da Secretaria Geral – SG, entendendo configurada a perda de objeto da presente Representação.

Ante o exposto, face aos documentos juntados às peças 01 e 02, com os quais ficam atendidos os requisitos regimentais de admissibilidade, **CONHEÇO** da Representação formulada pela empresa Ravi Indústria e Comércio de Materiais em Geral EIRELI, apontando irregularidades no Edital de Pregão Eletrônico nº 386/SMS/2021, promovido pela Secretaria Municipal de Saúde – SMS, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de luva, procedimento, borracha nitrilica, ambidestra, uso único.

Quanto ao mérito, **JULGO PREJUDICADO** o exame da Representação tendo em vista a **perda superveniente de seu objeto**, em razão da **revogação** do Pregão Eletrônico nº 386/2021-SMS.G, conforme decisão publicada no Diário Oficial da Cidade de São Paulo, página 98 (peça 26).

Expeça-se ofício dirigido à empresa Representante, informando-a da presente decisão.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Tribunal de Contas do Município de São Paulo, 07 de março de 2022.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 01/04/2022 11:10:11 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo