TC 11.506/2018

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMADS. Realização de ações cadastrais das famílias. 1. Inexiste vedação de participação de organização com imunidade tributária em licitação. 2. Inadmissível a representação de suposta irregularidade ou ilegalidade, sem reflexo sobre o interesse público, direito subjetivo. Súm. 3, TCMSP. CONHECIDA. IMPROCEDENTE Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 13.459/2017, 1.219/2018 e 11.506/2018.

3.053ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/013.459/2017, TC/001.219/2018 e TC/011.506/2018, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, com relatório e voto, EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA, consoante voto proferido em separado, e DOMINGOS DISSEI, em conhecer da representação interposta, visto que presentes os requisitos regimentais de admissibilidade, e, no mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o cumprimento do disposto no artigo 58 do Regimento Interno deste Tribunal, arquivando-se, posteriormente, estes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de agosto de 2019.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trata o **TC 013.459/2017** de Acompanhamento do Edital de Pregão Eletrônico 016/SMADS/2017, lançado pela Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social – SMADS, cujo objeto é a contratação, por um período de 24 meses, de empresa para realizar ações cadastrais (no CADUnico e BDC ou qualquer outro banco de dados ou sistema que venha a ser disponibilizado por SMADS), das famílias na cidade de São Paulo. (SEI 6024.2017/0002930-1).

Na análise de fls. 70/76, a equipe de Auditoria assim concluiu:

"4 – CONCLUSÃO:

O Edital de Pregão Eletrônico 016/SMADS/2017, objetivando a contratação, por um período de 24 meses, de empresa para realizar ações cadastrais (no CADUnico e BDC ou qualquer outro banco de dados ou sistema que venha a ser disponibilizado por SMADS), das famílias na Cidade de São Paulo, não reúne condições de prosseguimento, tendo em vista as seguintes impropriedades:

4.1. Fragilidade da justificativa para os quantitativos estimados, maculando o princípio da motivação, e infringindo o art. 3º, I, da Lei Federal 10.520/02 e o art. 2º, IX, do Decreto Municipal 44.279/03 (item 3.4.1);

4.2. Não houve consulta a banco de preços mantido pela Prefeitura para estabelecer os preços de referência e sua ausência não foi devidamente caracterizada, em infringência ao Artigo 4º, parágrafo 1º do DM 44.279/03 (subitem 3.4.2).

4.3. A pesquisa de mercado realizada é insubsistente para a determinação do valor referencial da licitação, em infringência ao artigo 7º, parágrafo 2º, II da Lei Federal 8.666/93, artigo 3º, III da Lei Federal 10.520/02, artigo 4º do Decreto Municipal 44.279/03 e artigo 7º, III do Decreto Municipal 46.662/05 (subitem 3.4.2).

4.4. O Anexo II do Edital – Modelo de Proposta de Preços e Cláusula Segunda da Minuta de Contrato estabelecem quantidade fixa de entrevistadores e supervisores, em conflito com o item 4.2 do Anexo I do Edital (item 3.4.2.1);

4.5. Não há nos autos indicação da dotação orçamentária para fazer frente à despesa decorrente do PE 016/SMADS/2017, infringindo o art. 2º, VII do DM 44.279/2003 (item 3.4.3);

4.6. Não consta do processo administrativo justificativa para o índice econômico-financeiro – infringência ao disposto no § 5.º do artigo 31 da Lei Federal 8.666/93 (item 3.4.4.1);

4.7. Estabelece como índice de reajustes o centro da meta de inflação definida pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), o que vai de encontro ao art. 40, XI da Lei 8.666/1993, que define que o índice de reajuste deve retratar a variação efetiva do custo de produção (item 3.4.4.2);

4.8. Irregularidade do item 9.1 da Minuta do Edital que estabelece o fiscal do contrato e seu substituto, sem estar amparado em despacho do ordenador de despesa anterior a formalização do ajuste, em infringência ao art. 6º do DM 54.873/2014 (item 3.4.4.3)."

Ante as conclusões alcançadas, o Conselheiro Relator determinou, *ad cautelam*, a suspensão temporária do certame, com fundamento no art. 19, inc. VII e VIII, da Lei Municipal 9.167/80 e no art. 101, § 1º, "d", do Regimento Interno desta E. Corte de Contas (fls. 78/80).

Na sequência, a FUNDAC – Fundação para o Desenvolvimento das Artes e da Comunicação – requereu o ingresso no processo como terceira interessada, por se tratar da atual prestadora dos serviços que são objeto do certame em exame (fls. 88/90).

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou as conclusões da Auditoria no sentido de que o certame em exame não reúne condições de acolhimento em face das irregularidades constatadas, com exceção da irregularidade apontada no item 4.8, por não vislumbrar ilegalidade e, com relação ao requerido pela FUNDAC, opinou pelo seu indeferimento (fls. 93/96vº).

Na 2.966ª Sessão Ordinária do Plenário desta E. Corte de Contas, foi referendada a suspensão de certame, à unanimidade (fls. 98/98vº).

Regularmente intimadas acerca do processado (fls. 83, 87 e 167), a Origem apresentou defesa às fls. 100/165 e 169/195 e, a FUNDAC deixou transcorrer *in albis* o prazo assinalado para manifestação.

Após análise das defesas apresentadas, a Auditoria concluiu no relatório de fls. 198/201vº o quanto segue:

"Diante dos esclarecimentos apresentados e da documentação acrescida, em relação aos apontamentos iniciais, assim concluímos:

Ratificamos os apontamentos dos subitens 4.1, 4.3 e 4.5;
O apontamento do subitem 4.2 encontra-se superado;

O saneamento dos apontamentos dos subitens 4.4, 4.7 e 4.8 fica condicionado à observância das alterações efetuadas na minuta apresentada pela Origem quando da republicação do edital, e em especial o do subitem 4.6 fica condicionado à inclusão da justificativa nos autos do processo administrativo no qual está inserido o certame."

Novamente intimada, a Origem apresentou novos esclarecimentos às fls. 204/212 dos presentes autos, os quais foram analisados pela Auditoria no relatório de fls. 214/216vº, onde ratificou suas conclusões anteriores.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, após análise do acrescido, acompanhou as conclusões da Auditoria no sentido da manutenção dos apontamentos 4.1, 4.3 e 4.5 (fls. 217/219).

Na 2.980ª Sessão Plenária, foi referendado, à unanimidade, a retomada do certame, condicionada às providências elencadas no voto de fls. 221/222, quais sejam:

Apresentação de relatório com a série histórica de cadastros, assim como o estudo que embasou a estimativa de 1.875 novos cadastros por mês ou de documento que justifique a previsão de 95.000 cadastros de beneficiários do BPC; realização de nova pesquisa de preço, considerando as alterações operadas no edital, com mais empresas e utilizando na composição de custos contratos similares firmados por entes públicos, nos termos do art. 04º do DM 44.279/03; e emissão de nota de reserva no valor das despesas estimadas para a contratação, suficiente até o final do exercício.

Regularmente intimada acerca do decidido, a Origem colacionou aos presentes autos o novo Edital (fls. 228/284).

Após análise do novo Edital, a Auditoria concluiu no relatório de fls. 285/288 o quanto segue:

"Do exposto, considerando o referendado na 2.980ª Sessão Plenária e as providências adotadas pela Origem em relação ao Edital do PE 016/SMADS/2017, concluímos:

Pelo atendimento à determinação de realização de nova pesquisa de preço, considerando as alterações operadas no edital, com maior número de empresas e considerando na composição dos custos contratos similares firmados por entes públicos, nos termos do art. 4º do DM 44.279/03 (subitem 2.2);

Pelo não atendimento da determinação de apresentar relatório com a série histórica de cadastros, assim como o estudo que embasou a estimativa de novos cadastros por mês ou de documento que justifique a previsão de cadastros de beneficiários do BPC (subitem 2.1);

Pelo não atendimento da determinação de emitir nota de reserva no valor das despesas estimadas para a contratação, suficiente até o final do exercício (subitem 2.3).

Em outros aspectos, concluímos que o novo Edital não reúne condições de prosseguimento visto que:

O novo Edital 016/SMADS/2017, com sessão de abertura designada para o dia 24.10.18, não consta do processo administrativo que trata do certame, não foi publicado no DOC e em jornal de grande circulação, bem como não foi divulgado na internet no portal e-negócios, em infringência ao art. 24 do DM 44.279/2003 (subitem 2.5);

A Origem não juntou no processo SEI 6024.2017/0002930-1 a justificativa e os critérios utilizados para a escolha dos índices econômico-financeiros exigidos no Edital (subitem 2.4)."

Através do R. Despacho de fls. 289/292, concluiu o Exmo. Sr. Conselheiro Relator que os apontamentos remanescentes de Auditoria podem facilmente ser analisados em sede de execução contratual, sem prejuízo direto para a disputa do certame, de modo que devem ser sopesados considerando o relevante interesse social envolvido na contratação objeto dos presentes autos.

Regularmente intimada acerca das conclusões do Exmo. Sr. Conselheiro Relator (fls. 294/296), a Origem deixou transcorrer *in albis* o prazo assinalado para eventual manifestação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou as conclusões do Exmo. Sr. Conselheiro Relator, no sentido da possibilidade da análise dos apontamentos remanescentes durante a **execução contratual**, a critério superior, assim como a necessidade de tais falhas serem ponderadas tendo-se em vista o relevante interesse social subjacente (fls. 299/302).

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu pelo reconhecimento da regularidade do certame ora examinado, tendo em vista as conclusões do Exmo. Sr. Conselheiro Relator no R. Despacho de fls. 289/292 (fls. 304/305).

A Secretaria Geral opinou pelo acolhimento excepcional do certame, sem prejuízo das determinações e/ou recomendações que o Exmo. Sr. Conselheiro Relator entender necessárias.

Deixou consignado que foi publicado no DOC de 06.12.2018, a adjudicação do objeto do certame em exame à Fundação para o Desenvolvimento das Artes e da Comunicação – FUNDAC (doc. anexo).

O **TC 001.219/2018** cuida de Representação interposta pela INVAR – INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO E TECNOLOGIA VALE DO RIBEIRA,

em face do Edital de Pregão em exame. Alega a Representante, que o Edital de Pregão Eletrônico 16/SMADS/2017, contém as seguintes ilegalidades:

(1) Inadequação da modalidade licitatória escolhida (pregão), frente ao objeto da contratação pretendida; e

(2) Adoção do tipo de licitação "menor preço global".

Com isso, requer a suspensão liminar do certame, assim como a sua anulação, a fim de que seja adotada outra modalidade licitatória e, também, um dos tipos de licitação de julgamento a que se refere o art. 45 da Lei 8.666/1993.

Realizada análise, a Assessoria Jurídica de Controle Externo concluiu no parecer de fls. 102/107vº, pelo conhecimento da Representação e, no mérito, pela sua improcedência.

A Representante foi regularmente intimada (fls. 109 e 113), deixando, todavia, transcorrer in albis o prazo assinalado para eventual manifestação.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo ratificou suas conclusões anteriores, no sentido da improcedência da Representação, visto que nada foi acrescentado aos presentes autos (fls. 121/123).

A Procuradoria da Fazenda Municipal acompanhou as conclusões da Assessoria Jurídica de Controle Externo e requereu, assim, pela improcedência da Representação (fls.125).

A Secretaria Geral opinou pelo conhecimento da presente Representação e, no mérito, pela sua improcedência, sem prejuízo das recomendações e/ou determinações que o Exmo. Sr. Conselheiro Relator entender necessárias.

O **TC TC/011.506/2018** trata da análise da Representação interposta pela empresa BK Consultoria e Serviços Ltda., em face da decisão que declarou vencedora do Pregão Eletrônico 16/SMADS/2017, a licitante FUNDAC – Fundação para o Desenvolvimento das Artes e da Comunicação.

Em síntese, alega a empresa Representante que a decisão declarando vencedora a Fundação é ilegal, tendo em vista que a mesma não atende aos requisitos legais necessários para participar da licitação, tendo em vista seu regime tributário diferenciado, o que ofende ao princípio da isonomia e ainda, os serviços a serem prestados não têm nexo ou similitude com os objetivos sociais da vencedora FUNDAC.

Posto isso, requereu cautelarmente a suspensão do certame e ao final, seja reconhecida a ilegalidade da decisão que declarou a licitante

FUNDAC vencedora, bem como seja determinada a retomada do processo licitatório com as licitantes remanescentes.

A AJCE – Assessoria Jurídica de Controle Externo, às peças 10 e 11, em preliminar, analisou os elementos apresentados pela Representante e posicionou-se no sentido do não conhecimento da Representação, pois, em consulta ao andamento do Pregão em questão, constatou que a empresa Representante já havia interposto recurso administrativo com o mesmo conteúdo deste, ou seja, questionando o ato de habilitação da entidade FUNDAC.

E por outro lado, destacou a recente Súmula 3 deste Egrégio Tribunal de Contas, que indica inadmissibilidade de "representações ou denúncias de suposta irregularidade ou ilegalidade, que seja exclusivamente passível de lesionar ou ameaçar, sem reflexo sobre o interesse público, direito subjetivo".

Por fim, argumentou que, caso não seja esse o entendimento do Nobre Conselheiro Relator, sugeriu a intimação da Origem para apresentar os esclarecimentos pertinentes.

Oficiada, a Origem apresentou resposta, peça 23, acerca da Representação em exame, esclarecendo que a legislação vigente não veda a participação de organizações com imunidade tributária em licitação e que em relação ao objeto licitado e o objetivo social da licitante vencedora, foram devidamente avaliados, durante a etapa de habilitação, bem como pela autoridade competente da Pasta, por ocasião da homologação, sem que nenhum óbice fosse constatado.

Diante disso, informa que o Pregão 16/SMADS/2018 transcorreu de forma regular, culminando com a homologação e adjudicação do objeto licitado, bem como a celebração do Contrato 22/SMADS/2018, em 20/12/2018, com a Fundação para o Desenvolvimento das Artes e da Comunicação – FUNDAC, requerendo, por fim, seja a presente Representação julgada improcedente.

Instada a manifestar-se, a AJCE, peça 27, analisou os esclarecimentos apresentados pela Origem e opinou pela improcedência da Representação, apresentada pela empresa BK Consultoria e Serviços Ltda.

A PFM – Procuradoria da Fazenda Municipal, peça 29, requereu a decretação de improcedência total da presente Representação.

A Secretaria Geral acompanhou o posicionamento da AJCE, concluindo, igualmente, pela improcedência da Representação.

É o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

Em julgamento o Edital de Pregão Eletrônico 016/SMADS/2017, formulado pela Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social – SMADS e Representações interpostas contra o respectivo edital que previa a contratação, por um período de 24 meses, de empresa para realizar ações cadastrais das famílias na cidade de São Paulo.

Ante as conclusões alcançadas pela Auditoria, determinei a suspensão temporária do certame e oitiva da Origem.

Após análise dos documentos apresentados, os autos foram a referendo para retomada do certame, condicionado às seguintes providências:

1 - Apresentação de relatório com a série histórica de cadastros, assim como o estudo que embasou a estimativa de 1.875 novos cadastros por mês ou de documento que justifique a previsão de 95.000 cadastros de beneficiários do BPC.

2 - Realização de nova pesquisa de preço, considerando as alterações operadas no edital, com mais empresas e utilizando na composição de custos contratos similares firmados por entes públicos, nos termos do art. 4º do DM 44.279/03.

3 - Emissão de nota de reserva no valor das despesas estimadas para a contratação, suficiente até o final do exercício.

Dessas condicionantes, observei que o item 2 foi sanado, tendo em vista as alterações operadas no edital, com maior número de empresas e considerando na composição dos custos contratos similares firmados por entes públicos, nos termos do art. 4º do DM 44.279/03.

Quanto aos dois itens remanescentes, quais sejam: apresentação da série histórica de cadastros (item 1) e emissão da nota de reserva no valor das despesas estimadas para a contratação, suficiente até o final do exercício (item 3), embora a Auditoria tenha considerado não atendidas as determinações, entendi que os apontamentos poderiam ser facilmente analisados em sede de **execução contratual**, sem prejuízo direto para a disputa do certame, sopesado o relevante interesse social envolvido na contratação objeto dos presentes autos.

Relativamente às Representações, entendo preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno deste Tribunal, devendo, assim, serem conhecidas.

A primeira Representação foi interposta pela INVAR – INSTITUIÇÃO DE EDUCAÇÃO E TECNOLOGIA VALE DO RIBEIRA.

Quanto à modalidade licitatória escolhida, alega a Representante que o item 3.1 do Edital, ao empregar o termo "satisfatoriamente", revela a ideia de que a Contratada deverá realizar a execução parcial do objeto pretendido e não a integral. Alega, também que a exigência contida no item 11.2.14 do Edital versa sobre serviços que não são comuns, cujos padrões de qualidade e de desempenho não podem ser e não estão objetivamente definidos no Edital. Pelo mesmo motivo, cita também os itens 4.2, 4.4.1, 4.6, 5.1, 5.3 e 11.2.15 do Edital.

Sobre esses questionamentos, acompanho a manifestação dos órgãos técnicos, pois o termo empregado no item 3.1 é usual e corriqueiro e se correlaciona ao cumprimento regular e suficientemente adequado do objeto licitado. Na mesma linha de entendimento, quanto aos itens **11.2.14** e **11.2.15** entendo que a quantidade estimada de cadastros não é critério hábil para a inadequação da modalidade licitatória escolhida, não procedendo, portanto, tais alegações.

Com relação à alegação da Representante de foi adotado do tipo de licitação "**menor preço global**" e que isso seria ilegal, verifica-se que o preâmbulo do Edital faz referência ao critério de julgamento pelo **"menor preço**", revelando, assim, sua improcedente.

A segunda Representação foi interposta pela empresa BK Consultoria e Serviços Ltda. Alega a empresa Representante que a decisão declarando vencedora a Fundação é ilegal, tendo em vista que a mesma não atende aos requisitos legais necessários para participar da licitação, tendo em vista seu regime tributário diferenciado, o que ofende ao princípio da isonomia e ainda os serviços a serem prestados não têm nexo ou similitude com os objetivos sociais da vencedora FUNDAC.

Sobre esse questionamento, acompanho a manifestação dos órgãos técnicos pela improcedência da alegação, uma vez que a legislação vigente não veda a participação de organizações com imunidade tributária em licitação e que em relação ao objeto licitado e o objetivo social da licitante vencedora, essa situação foi devidamente avaliada durante a etapa de habilitação, bem como pela autoridade competente da Pasta, por ocasião da homologação, sem que nenhum óbice fosse constatado.

Diante do exposto, julgo **REGULAR** o Edital de Pregão Eletrônico 016/SMADS/2017, lançado pela Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social – SMADS.

CONHEÇO das Representações interpostas, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade e, no mérito, julgo-as **IMPROCEDENTES**, acompanhando a manifestação dos órgãos técnicos deste Tribunal.

Submeto ao atual Relator da matéria, Conselheiro Maurício Faria, a avaliação quanto à necessidade de que se promova a análise do Contrato e o respectivo acompanhamento da execução contratual.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

VOTO EM SEPARADO englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Em conformidade com a manifestação da Auditoria, voto pela irregularidade do Edital de Pregão Eletrônico 16/SMADS/2017, em razão do não atendimento das seguintes condicionantes impostas na 2.980ª Plenária (na qual foi referendado, à unanimidade, que a retomada do Pregão em análise ficaria condicionada a determinadas providências):

a) apresentação de relatório com a série histórica de cadastros, assim como o estudo que embasou a estimativa de 1.875 novos cadastros por mês ou de documento que justifique a previsão de 95.000 cadastros de beneficiários do BPC;

b) emissão de nota de reserva no valor das despesas estimadas para a contratação, suficiente até o fina do exercício.

Além disso, quando da análise do novo Edital, a Auditoria, além de concluir pelo não atendimento das determinações acima relacionadas, indicou mais duas irregularidades, quais sejam:

a) ausência de publicação do Edital no Diário Oficial do Municipal e em jornal de grande circulação, bem como ausência de divulgação na internet no portal e-negócios; e

b) ausência de juntada ao processo SEI correspondente da justificativa e dos critérios utilizados para a escolha dos índices econômico-financeiros exigidos no Edital.

Pelo exposto, voto pela irregularidade de Edital, sendo que a ideia de que os apontamentos remanescentes de Auditoria podem ser analisados em sede de execução contratual fica prejudicada em razão da inexistência de instauração de Processo TC para tal finalidade.

No que diz respeito às Representações tratadas nos TCs 1.219/2018 e 11.506/2018, voto pelo conhecimento, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade e, no mérito, pela improcedência das mesmas.