

AUTOS DO PROCESSO N. 969.113

I - Relatório

Cuidam os autos de **Denúncia** apresentada a este Tribunal de Contas por **Cristiano Fernandes Matos da Silva**, em face do Processo Licitatório n. 129/2015 - Pregão Presencial n. 073/2015 - deflagrado pela **Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba - i. CISMEP**, do tipo menor valor total do lote, visando o “Registro de Preço para futura e eventual terceirização da administração dos serviços de alimentação para a coletividade”, com valor estimado de R\$2.043.348,76 (dois milhões, quarenta e três mil, trezentos e quarenta e oito reais e setenta e seis centavos).

Na petição inicial de fl. 01/05, o Denunciante alega, em síntese, a impossibilidade de adoção do sistema de registro de preços para o serviço objeto do contrato, que se caracteriza pela continuidade; não ter sido exigido o balanço patrimonial como forma de analisar a boa situação da empresa participante; não terem sido exigidos atestados de capacidade técnica, tudo isto inviabilizando a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. Solicita o cancelamento do pregão, a convocação dos responsáveis para prestarem esclarecimentos e o sigilo dos seus dados pessoais.

A inicial veio acompanhada de cópia do edital (fl. 06/54), documento de identificação e comprovante de endereço (fl. 56/59).

Elaborado o Relatório de Triagem, o Sr. Conselheiro Presidente recebeu a documentação como Denúncia e determinou sua autuação e distribuição nos termos do *caput* do artigo 305 da Resolução n. 12/2008 (fl. 61).

Distribuídos à Relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão (fl. 62), este proferiu o despacho de, no qual esclarece, inicialmente, o caráter sigiloso das denúncias que tramitam nesta Corte até a existência de provas de irregularidades, mas da inexistência de sigilo em favor do denunciante, já que a denúncia anônima não está legalmente prevista, indeferindo o pedido de sigilo.

Ao depois, determinou (fl. 63):

Encaminho os autos à **Secretaria da Primeira Câmara** a fim de que intime o denunciante do teor deste despacho e, após, remetam-se os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL a fim de que proceda ao exame integral da denúncia e de todo procedimento licitatório.

Em seguida, remetam-se os autos ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer, nos termos do disposto no § 3º do art. 61 do Regimento Interno.

O Diretor da Secretaria procedeu à intimação (fl. 64/65) e encaminhou os autos a esta Coordenadoria, que passa à análise integral da denúncia e do ato convocatório.

II - Da análise dos fatos denunciados:

2.1 - quanto à impossibilidade de adoção do sistema de registro de preços para o serviço objeto do contrato, que se caracteriza pela continuidade.

Diz o Denunciante que a adoção do Sistema de Registro de Preço, no caso de Pregão para este objeto restringe o universo de licitantes, infringe o inciso IV, artigo 3º do Decreto n. 7.892/2013, que dispõe: poderá ser adotado “quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração”.

Cita trecho da cartilha da Controladoria Geral da União – CGU vedando a contratação de serviço continuado por meio do sistema por tratar-se de serviço que envolve a necessidade de planejamento e elaboração prévia de projeto básico.

Aduz ainda (fl. 03):

Os serviços de alimentação objeto da licitação em tela são fornecidos regularmente e continuamente há mais de um ano pela empresa declarada vencedora do certame, portanto, não há desconhecimento do prazo e do quantitativo a ser fornecido, descaracterizando o Sistema de Registro de Preços. Prova de tal argumentação se vale observando o item 10.1.4.3. obriga as participantes apresentarem no momento da habilitação o Termo de vistoria lavrado na visita técnica. A vistoria na cozinha prova a existência do serviço de alimentação, seu quantitativo e prazos de fornecimento.

Análise

O objeto do certame está definido no edital como (fl. 06):

Registro de Preço para futura e eventual terceirização da administração dos serviços de alimentação para a coletividade, conforme especificações constantes dos Termo de Referência, Anexo I.

Examinando o Termo de Referência apresentado no edital do Pregão Presencial n. 073/2015 do i. CISMEP, constata-se que ali está prevista uma certa quantidade de refeições, bem como os itens do cardápio a serem disponibilizados pela futura contratada (fl. 19/21, 24/25), o local onde se localiza a cozinha da unidade (item 10.6.1, fl. 26), além da cozinha a ser disponibilizada pela executante com o transporte às expensas desta. Define ainda locais e horários onde os serviços serão requeridos (fl. 33).

Observa-se que a Administração adota, como critério de julgamento, o menor valor total do lote, sendo que o lote abrange todo o fornecimento de produtos, o serviço que envolve a preparação dos alimentos e o transporte, quando necessário.

Veja-se a descrição de Marçal Justen Filho a respeito das contratações fundadas no sistema de registro de preços¹:

Para melhor compreender o sistema de registro de preços, é necessário compará-lo com a situação comum, em que a Administração realiza contratação específica, antecedida de licitação com objeto específico, Nesses casos, a licitação tem um objeto específico e determinado e o contrato dela derivado terá de respeitar esses limites (com as modificações admissíveis nos termos do art. 65). Isso significa, como regra, licitações e contratações de objeto unitário.

Já numa licitação de registro de preços, os interessados não formulam propostas unitárias de contratação, elaboradas em função de quantidade exatas. As propostas definem a qualidade do produto e o preço unitário, mas as quantidades a serem adquiridas e a ocasião em que ocorrerá a aquisição dependerão das conveniências da Administração. Uma vez decidida a contratar, a Administração verificará se os preços registrados são compatíveis com os praticados no mercado. Em caso positivo, realizará as aquisições com eficiência, rapidez e segurança. O licitante não poderá se negar a contratar (desde que o contrato se compatibilize com os limites estabelecidos no ato convocatório). Mais ainda, podem ocorrer diversas contratações tomando por base o registro, de modo que a licitação não se exaure com uma única contratação.

No sistema de registro de preços, a principal diferença reside no objeto da licitação. Usualmente, a licitação destina-se a selecionar um fornecedor e uma proposta para uma contratação específica, a ser efetivada posteriormente pela Administração. No registro de preços, a licitação destina-se a selecionar fornecedor e proposta para contratações não específicas, seriadas, que poderão ser realizadas durante um certo período, por repetidas vezes. A proposta selecionada fica à disposição da Administração que, se e quando desejar adquirir, se valerá dos preços registrados, tantas vezes quantas o desejar (dentro dos limites estabelecidos no ato convocatório).

...

Quando a Administração necessita realizar aquisições reiteradas e contínuas de produtos semelhantes, depara-se com o problema de promover, a cada aquisição, uma nova licitação. Com o registro de preços, basta uma única licitação. Os preços ficam à disposição da Administração, que formalizará as aquisições quando lhe for conveniente. (GN)

¹ JUSTEN FILHO, Marçal in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 14ª ed., Dialética, São Paulo, 2010, p. 192.
C:\inetpub\wwwroot\WS\Private\WSgap\Arquivos\87139130-7499-4599-a21f-04afc16d2d3d.DOC

Preliminarmente, devido ao tempo decorrido entre o oferecimento da Denúncia até o presente momento, verifica-se, em consulta à rede mundial de computadores - *internet* - que o Pregão Presencial para Registro de Preços n 073/2015 do i.CISMEP já se realizou, em 23/09/2015, conforme documento em anexo.

Da ata da sessão, retira-se terem participado três licitantes, ter ocorrido disputa, sendo obtido o preço final de R\$1.785.000,00 (um milhão, setecentos e oitenta e cinco mil reais), que contrapostos ao preço estimado de R\$2.043.348,76 (dois milhões, quarenta e três mil, trezentos e quarenta e oito reais e setenta e seis centavos), afigurou-se como vantajoso para a Administração.

Entretanto, o julgamento foi feito pelo valor global do lote, não se podendo avaliar a adequabilidade dos preços unitários o que, aliás, é a intenção quando se efetua uma compra por meio de registro de preços: será registrado sempre aquele que for mais vantajoso.

Por este motivo é que o registro de preços não se conformaria ao caso da pretendida contratação, cujo objeto se enquadra na previsão legal da licitação comum. Se a Administração fosse adquirir refeições esparsadamente, ou de itens separadamente, de acordo com suas necessidades, haveria que se falar em registro de preços. A intenção que fica evidente é o compromisso do fornecedor com um contrato de vulto, em que terá que disponibilizar grande esforço com pessoal, equipamentos e materiais, sem um compromisso preciso por parte da Administração, ensejando grande risco e falta de assimetria entre as partes envolvidas na licitação.

O registro de preços aqui seria possível sim, contrariando afirmativa do denunciante, mas o critério de julgamento não poderia ter sido o menor preço do lote, globalmente considerado.

Em que pese a exigência editalícia do item 9.1.2 (fl. 09), que prevê constar da proposta comercial o “valor unitário de cada item expresso em numeral, com até 02 (duas) casas decimais”, veja-se o disposto no item 9.2: “a proposta e os lances apresentados deverão referir-se à integralidade do lote, não se admitindo propostas para fornecimento parcial do lote” (fl. 09), restando assim impossível a avaliação da adequabilidade dos preços, unitariamente considerados, aos do mercado fornecedor.

Assim, por estes motivos, entende-se pelo não cabimento do registro de preços para o pretendido ajuste.

2.2 - quanto a não ter sido exigido o balanço patrimonial como forma de analisar a boa situação da empresa participante.

Citando o inciso I do artigo 31 da Lei de Licitações, aduz o Denunciante que (fl. 03):

... a Administração deverá, quando da qualificação econômico financeira, verificar o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa.

Dado o valor estimado da contratação (R\$2.043.348,76) a Administração não poderia prescindir, para assegurar a sua garantia, da exigência do balanço como comprovação de qualificação econômica da futura contratada. Como não o fez, o edital afrontou os princípios da legalidade e da isonomia.

Análise

Para que a proponente no pregão fosse considerada habilitada no quesito econômico-financeiro, a i.CISMEP inseriu a exigência de fl. 10:

10.1.3. - QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA

10.1.3.1. - Certidão negativa de falência expedida pelo cartório distribuidor da sede da pessoa jurídica.

Transcrevendo-se o trecho da lei que dispõe sobre a qualificação econômico-financeira tem-se o que segue:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

...

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.
(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

A Lei deixa ao arbítrio da Administração a escolha da modalidade de comprovação que lhe assegurará a necessária garantia do cumprimento do futuro contrato, já que impõe somente os limites para o que se pode exigir.

No caso, optou-se pela exigência consignada no inciso II do artigo 31, tão-somente. Entretanto, trata-se de contratação vultosa, com preço estimado em mais de dois milhões de reais, o que deve ser considerado.

A denúncia aponta omissão em relação à qualificação econômico-financeira, tendo em vista que não se exige sua comprovação cabal por meio da apresentação de balanço, condição considerada necessária para que as proponentes habilitem-se ao certame, tendo em vista a estimativa da despesa em valores expressivos e o risco.

Como é cediço, as exigências contidas no art. 31 da Lei n.º 8.666/93 são meios de garantir que a Administração Pública não fique vulnerável quanto a eventuais inadimplências ou descumprimento das obrigações da contratada por prazo razoável, o que impõe o dever de cautela nesse sentido. Retira-se da doutrina²:

...a redução das exigências de participação amplia o risco de contratações desastrosas, pois dá oportunidade a que sujeitos destituídos de capacitação se saiam vencedores do certame. Logo, a redução dos requisitos de participação configura-se como um fator que contribui para a elevação do risco de contratos mal executados. O efeito prático na redução da severidade na fixação dos requisitos de habilitação é a tendência à obtenção de objeto com preço reduzido, mas mal executado.

...

A determinação do grau de severidade a ser adotado relativamente às condições de participação depende do caso concreto. A Lei pode estabelecer exigências mínimas e máximas, mas a determinação específica será variável caso a caso e dependerá das características do objeto a ser executado.

² JUSTEN FILHO, Marçal in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 14ª ed., Dialética, São Paulo, 2010, p. 401.
C:\inetpub\wwwroot\WS\Private\WSgap\Arquivos\87139130-7499-4599-a21f-04afc16d2d3d.DOC

Há de se frisar que se trata de Pregão para Registro de Preços destinado a futura e eventual contratação de alimentação, em valores consideráveis, como ressaltado acima, daí a importância de se atentar para as garantias econômico-financeiras, dado o valor de grande monta e o desempenho de tarefa tão essencial, como o atendimento a pacientes atendidos em hospitais, por determinado tempo.

Considerando essa especificidade, a irregularidade em questão fica patente, pois o atendimento é de caráter essencial à vida dos municípios, o que poderia implicar vulnerabilidade à Administração, dado a não ter atentado devidamente para a qualificação econômico-financeira da contratada.

Pelo exposto, considerando o objeto licitado, entende-se insuficiente a exigência de qualificação econômico-financeiro, conforme disposta no edital.

2.3 - quanto à não terem sido exigidos atestados de capacidade técnica, tudo isto inviabilizando a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Está alegando o Denunciante que a exigência de atestado de capacidade técnica, como requisitos de qualificação técnica, sem que este fosse apresentado com características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto licitado feriu a disciplina do artigo 30, inciso II da Lei Federal n. 8.666/93, tratando-se de um contrato expressivo em valor que ultrapassa dois milhões de reais.

Análise

Como requisitos de qualificação técnica, dispôs o edital do Pregão Presencial n. 073/2015, ora sob exame (fl. 10):

10.1.4. - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

10.1.4.1. - **Certidão de registro e Quitação de Empresa Licitante junto ao CRN – Conselho Regional de Nutricionistas**, conforme exigência das Resoluções CFN nº 218/1999, CFN nº 510/2012, CFN nº 419/2008 e CFN nº 378/2005 e Portaria nº 1.428 de 26/11/1993.

10.1.4.2. - **Atestado(s) de capacidade técnica**, fornecido por pessoa jurídica, de direito público ou privado, em papel timbrado, comprovando que a empresa licitante executa(ou) satisfatoriamente a **administração e serviços de alimentação**, conforme previsto no art. 30, inci. II da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, **comprovado pelo CFN Nº 510/2012.**

10.1.4.3. - **Termo de Vistoria** lavrado na visita técnica, conforme exigência do item 4 do Termo de Referência deste Edital.

Como se vê, não se comprova a afirmação do Denunciante, já que se encontra disposto no item 10.1.4.2 do edital o atestado de capacidade técnica “conforme previsto no art. 30, inci. II da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993”.

IV - Conclusão

Por todo o exposto, entende esta Unidade Técnica pela confirmação das seguintes irregularidades detectadas no Pregão Presencial para Registro de Preços n. 073/2015 da **Instituição de Cooperação Intermunicipal do Médio Paraopeba - i.CISMEP**:

- utilização indevida do sistema de registro de preços para o pretendido ajuste;
- exigência insuficiente de comprovação de qualificação econômico-financeira, dado o vulto da contratação.

Entende-se ainda que, após envio dos autos ao Ministério Público junto ao Tribunal, o **Sr. João Luiz Teixeira, Secretário Executivo** e a **Sra. Laís Gomes Martins, Pregoeira e subscritora do edital**, podem ser citados para apresentarem defesa e justificativas que acharem cabíveis em face das irregularidades apontadas, bem como por aquelas que eventualmente possam ser apontadas pelo *Parquet*.

À consideração superior,

CFEL, em 23 de junho de 2016.

Evelyn Simão
Analista de Controle Externo
TC-2305-9