



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

PRIMEIRA CÂMARA – SESSÃO DE 18/02/2014 – ITEM 89

TC-001055/004/09

Contratante: Fundação de Apoio à Faculdade de Medicina de Marília – FAMAR.

Contratada: Verocheque Refeições Ltda.

Autoridade Responsável pela Abertura do Certame Licitatório, pela Homologação e Autoridade que firmou o Instrumento: Alfredo Rafael Dell’Aringa (Diretor Presidente).

Objeto: Prestação de serviços de fornecimento e distribuição de cartão magnético (alimentação) e senha.

Em Julgamento: Licitação – Pregão Presencial. Contrato celebrado em 05-08-09. Valor – R\$2.563.444,80. Justificativas apresentadas em decorrência das assinaturas de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Antonio Roque Citadini e Substituto de Conselheiro Marcelo Pereira, publicadas no D.O.E. de 21-10-09, 28-08-10 e 06-12-12.

Advogados: Francisco de Assis Alves, Rafael Francisco Basso Alves, Fernanda Kelly Galdencio Dias e outros.

Fiscalizada por: UR-4 - DSF-II.

Fiscalização atual: UR-4 - DSF-II.

RELATÓRIO

Trata-se de licitação na modalidade pregão presencial realizada pela Fundação de Apoio à Faculdade de Medicina de Marília - FAMAR, tendo como objeto a prestação de serviços de fornecimento e distribuição de cartão magnético (alimentação) e senha.

O correspondente instrumento convocatório, reproduzido nas fls. 12/29, foi apenas divulgado em jornal local (fl. 30), conforme artigo 15 do regulamento próprio de licitações e contratos da Fundação (fls. 301/302).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Sete empresas compareceram à sessão pública de 22/07/2009, das quais quatro foram desclassificadas, três delas por deixar de atender o item 5, letra "c", do Edital¹ e uma por descumprir os itens 1.8 a 1.10 do respectivo Anexo I – Memorial Descritivo² (fls. 238/241).

Sagrou-se vencedora a Contratada, com proposta no valor de R\$ 2.563.444,80 (dois milhões, quinhentos e sessenta e três mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e oitenta centavos) (fls. 238/241).

A empresa Trivale Administração Ltda. interpôs recurso administrativo, impugnando sua desclassificação fundada no desrespeito ao item 5, letra c, do edital (fls. 242/252), ao qual foi negado provimento (fls. 282/288).

Assim, foi homologado o julgamento, com a consequente celebração do Contrato nº 042/2009 com a Verocheque

¹ V-DO CONTEÚDO DO ENVELOPE PROPOSTA 1. A proposta de preço deverá conter os seguintes elementos: (...) c) Descrição clara e completa do objeto da presente licitação, em conformidade com as especificações do folheto descritivo – Anexo I deste Edital, devendo ser informadas marca forma de apresentação da embalagem, características técnicas e procedência.

² 1.8. Nos casos de perda, roubo e outros, o funcionário deverá entrar em contato com a empresa através do telefone 0800, solicitar o bloqueio do cartão e o fornecimento da 2ª via acompanhada de senha. As senhas e cartões são gratuitos e enviados para a Instituição (FAMAR) aos cuidados do Setor de Benefícios para que este faça os procedimentos necessários. O prazo para emissão das 2ªs vias dos cartões será de 07 dias corridos; 1.9 As quantidades de créditos do mês são informadas no hollerith, portanto qualquer divergência no cartão, o funcionário efetuará a reclamação à empresa contratada através do 0800. 1.10 Se o total da fatura não coincidir com o total do relatório enviado, não caberá a contratante verificar a diferença para localizar o erro da contratada.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Refeições Ltda. no valor proposto, pelo prazo de doze meses (fls. 292/294).

A instrução preliminar dos autos ficou a cargo da UR-04 que propugnou pela irregularidade da matéria em análise, em razão das seguintes falhas (fls. 309/312):

- ausência de relação entre os objetivos previstos no Estatuto e Escritura de Constituição da FAMAR com as despesas em exame (preâmbulo do relatório da fiscalização);

- contrariedade ao artigo 21, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93, uma vez que a divulgação do certame somente foi realizada em jornal local (item 13 do relatório da fiscalização);

- falta de parecer jurídico (item 14 do relatório da fiscalização);

- violação às Súmulas nºs 17³ e 24⁴ deste E. Tribunal pelo item VI, 2, letra "a", do instrumento de convocação⁵ (item 20 do relatório da fiscalização);

³SÚMULA Nº 17 - Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei.

⁴SÚMULA Nº 24 - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

⁵ "2- Qualificação técnica: a) comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

- exigência de contratação de nutricionista pelo item VI, 2, letra "c", do instrumento de convocação⁶, contrariando jurisprudência desta E. Corte (item 20 do relatório da fiscalização);

- desrespeito à Súmula nº 15⁷ pelo subitem 1.7.3 do Anexo I do Edital (fl. 20), no qual é exigida a garantia de aceitação dos cartões em pelo menos quatro supermercados e demais estabelecimentos congêneres no Município de Marília, Estado de São Paulo (item 20 do relatório da fiscalização);

- descumprimento do artigo 4º, inciso XXI, da Lei Federal nº 10.520/02, uma vez que deixou de ser apresentado o ato formal de adjudicação assinado pela autoridade competente (item 31 do relatório da fiscalização); e

quantidade cotada do objeto da licitação, por meio de 01 (um) ou mais atestado(s) emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente certificados pelo órgão profissional competente, nos termos da Resolução do Conselho Federal de Nutricionistas. a.1) O(s) referido(s) atestado(s) deverá(ão) indicar, ainda, o nº do contrato, data de início e término do mesmo e a especificação do produto "Vale alimentação" (cartão magnético). Não serão aceitos atestados de "Vale Refeição".

⁶ "2- Qualificação técnica: (...) b) Registro em nome do licitante, junto ao Conselho Regional de Nutricionistas - CRN, com validade expressa, na data da sessão pública. c) Indicação do nutricionista responsável, acompanhado do correspondente registro no Conselho Regional de Nutricionistas e cópia autenticada da Carteira de Trabalho e Previdência Social do referido profissional, emitida pela Secretaria de Políticas de Emprego e Salário do Ministério do Trabalho, devendo ser apresentadas todas as folhas com registros ou lançamentos comprobatórios de integrar o quadro de pessoal da empresa, ou cópia de outro documento que comprove o vínculo jurídico entre a empresa e o profissional, na data prevista para apresentação dos envelopes de Habilitação e Proposta;(...)"

⁷ SÚMULA Nº 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

- infringência ao artigo 61 da Lei nº 8.666/93, uma vez que não houve publicação do extrato contratual (item 38 do relatório da fiscalização).

UR-04 informou também que o ajuste em exame foi antecedido pelo contrato celebrado em 11/08/2008, com a empresa Trivale Administração Ltda., no valor de R\$ 2.207.157,50.

Aquele pacto foi julgado irregular nos autos do TC-002172/004/08, pelos votos do Conselheiro Antonio Roque Citadini, Presidente e Relator, da Conselheira Cristiana de Castro Moraes e do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, conforme Acórdão publicado em 06/11/2012.

Instada a se manifestar sobre o conteúdo do parecer da UR-04, a FAMAR alegou que (fls. 322/359):

- não poderia ser tratada por este Tribunal com o mesmo rigor destinado aos órgãos da Administração Pública por ser pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos e de caráter assistencial, que colabora com a Faculdade de Medicina de Marília – FAMEMA e com a Fundação Municipal de Ensino Superior de Marília – FUMES na prestação de serviços essenciais de saúde;

- estaria dispensada da publicação do edital de convocação no Diário Oficial do Estado pois, na qualidade de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

instituição de natureza privada, obedeceria a regulamento de licitação próprio;

- consta de fls. 385/387 manifestação técnico-jurídica sobre o ato em exame, através de cota;

- a exigência de profissional da área de nutrição como responsável técnico seria condizente com as normas sanitárias, bem como prática consagrada no mercado, uma vez que o certame envolve alimentação;

- a necessidade de comprovação da aceitação dos cartões em quatro supermercados também seria usual em contratações desse tipo;

- a homologação do certame poderia suprir a falta do ato formal de adjudicação;

- a falta de divulgação do ajuste seria mera falha formal se a Lei nº 8.666/93 incidisse sobre o ato; e

- as despesas relativas a auxílio alimentação seriam obrigação trabalhista de natureza cogente, a ser cumprida independentemente de menção no rol de atividades-fim da FAMAR.

A unidade técnica de ATJ propôs nova assinatura de prazo à origem, para que fossem apresentados os três últimos balanços da Fundação e verificadas as suas fontes de receitas (fl. 401).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Essa sugestão foi endossada por Chefia de ATJ (fl. 403).

SDG opinou pela irregularidade da matéria, com aplicação do artigo 2º, XV e XXVII, além da multa prevista no artigo 104, II, da Lei Complementar 709/93, em razão da afronta às Súmulas 17 e 24 deste Tribunal, bem como do artigo 21, inciso II, da Lei nº 8.666/93 (fls. 404/407), destacando que:

- a Contratante está classificada neste Tribunal de Contas como “fundação de apoio” e o ajuste diz respeito a despesas com sua atividade-meio, estando, pois, integralmente sujeito aos ditames da Lei de Licitações; e

- houve restrição à competitividade verificada a partir (i) da limitada publicidade do edital, (ii) dos motivos alegados para as quatro desclassificações, (iii) das exigências de comprovação de aptidão técnica para 100% do objeto licitado, bem como (iv) da obrigatoriedade de indicação de nutricionista responsável pelas licitantes.

Assim, foi oferecida nova oportunidade para defesa da origem que, a fls. 411/433, complementou seus esclarecimentos destacando que não foi instituída pelo governo nem é mantida com verba pública, mas apenas administra alguns recursos oriundos de parceria com o Poder Público (convênio SUS).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Além disso, impugnou as conclusões de SDG, requerendo ao final o juízo de regularidade da licitação e contrato.

Assessoria Técnica avaliou os aspectos econômico-financeiros e legais da matéria, concluindo que os argumentos da defesa não afastaram as falhas apontadas, entendimento esse confirmado pela respectiva Chefia e SDG (fls. 435/439).

Na sequência foi fixado outro prazo para manifestação dos interessados, oportunidade em que a FAMAR apresentou seus argumentos finais (fls. 443/470).

Retornaram os autos à Assessoria Técnica que manteve seu posicionamento pela irregularidade, tanto em relação aos aspectos econômico-financeiros, como jurídicos (fls. 472/475).

Chefia de ATJ ratificou o entendimento desfavorável anteriormente externado (fls. 476/477).

É o relatório.

MFR



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

VOTO

O contrato que antecedeu o ajuste em exame foi reprovado por este E. Tribunal, nos autos do TC-002172/004/08, por vícios semelhantes àqueles verificados nestes autos.

Compartilho integralmente do entendimento ali externado, especialmente no tocante à incidência da Lei nº 8.666/93 sobre as despesas relativas à atividade meio dessa fundação de apoio; à imprescindibilidade da publicação do edital de convocação no Diário Oficial do Estado e em jornais de grande circulação; e à inaceitabilidade da exigência de inscrição de responsável técnico nutricionista perante o Conselho Regional de Nutrição – CRN.

Por essa razão, peço vênica para transcrever parte do referido julgado relatado pelo eminente Conselheiro Antonio Roque Citadini, em sessão de 23/10/2012:

“Considero insubsistentes as justificativas apresentadas pela origem, posto que, os elementos constantes dos autos indicaram uma sequência de procedimentos irregulares, contrariando os ordenamentos inseridos na Lei Federal n.º 8666/93, e entendimentos Jurisprudenciais consolidados nas Súmulas deste Tribunal.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

De plano, afasto a questão levantada quanto à submissão da Fundação à fiscalização deste Tribunal, isto porque como bem salientou Secretaria Diretoria Geral, a contratante está classificada neste Tribunal como 'fundação de apoio' e que, conforme entendimento pacificado, suas aquisições e contratações para a consecução de objetivos ou melhorias nas atividades fim não implicam em sujeição aos procedimentos impostos pela Lei 8666/93, entretanto, naquelas voltadas a sua atividade meio deve ser observado os princípios que regem o Direito Administrativo.

Sobre esta questão, decisão exarada quando da análise das contas do exercício de 2008, nos autos do TC 37464/026/08, ainda que mitigada sua rigidez, está sujeita aos ditames das leis que regem, porque desenvolve atividade meio que em nada diferem das rotinas praticas pela Administração Pública, consoante seu regulamento próprio.

Inicialmente, observa-se que não foi dada a devida publicidade ao certame, face à ausência de divulgação em jornais de grande circulação no estado que frustrou o caráter competitivo da licitação.

Restou demonstrado na instrução processual, que as exigências de registro da licitante no PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador do Ministério do Trabalho (inciso VI,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

item 2, letra "d" do edital) e inscrição de responsável técnico nutricionista perante o Conselho Regional de Nutrição –CRN (inciso VI, item 2, letra "b" do edital) são intensamente combatidas por esta Corte de Contas, em face da incompatibilidade como objeto licitado, na medida em que tais empresas não fornecerão diretamente os serviços submetidos à fiscalização, extrapolando o rol taxativo constante dos artigos 28 a 31 do Estatuto de Licitações. (...)"

Vê-se que, como o contrato em tela está relacionado à atividade meio da FAMAR, não há flexibilização das regras para celebração do ajuste, estando ele submetido à Lei nº 8.666/93.

Cabe destacar que essa questão já havia sido abordada na r. sentença proferida em 07/06/2010 pelo eminente Conselheiro Robson Marinho, nos autos do TC-37464/026/08, que abrigou as contas da FAMAR relativas ao exercício de 2008:

"Trata-se de Fundação constituída, em 08/08/2007, com o fim precípuo de apoiar o desenvolvimento de projetos e atividades afetas à Faculdade de Medicina de Marília – FAMEMA, desenvolvendo ações e serviços na área da saúde, educação, ensino, pesquisa e desenvolvimento institucional.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Nesse sentido, segundo o Manual de Auditoria, 'essas entidades públicas fundacionais ou autárquicas, auxiliando-as em alguns casos e até mesmo aprimorando sua atuação. Para tanto, desenvolvem atividades-meio que em nada diferem das rotinas praticadas pela Administração Pública e portanto sujeitas à estrita observância legal e outras relacionadas à sua atividade fim, por vezes incomuns, que tornam o rigor da lei um entrave à consecução de seus objetivos. Para conciliar esta situação há a necessidade de que as Fundações mantenham regulamentos próprios e específicos que suportem suas ações sem com isso ferir Princípios Legais'.

Também restou estabelecido que para a consecução da atividade-fim, tais Fundações necessitam de maior flexibilização das regras em relação à contratação de pessoal e despesas, desde que efetuadas em consonância com seus regulamentos. (...)"

Dessa forma, a divulgação do edital de convocação realizada exclusivamente em periódico do Município de Marília (fl. 31) representa claro desrespeito ao artigo 21, incisos II e III, da referida legislação, além de inegável restrição à competitividade.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Não bastasse essa falha, foram formuladas exigências no edital que também contribuíram para a limitação da concorrência.

Primeiramente, observo que a FAMAR solicitou no Item VI, Subitem 2, letra "a", do edital a *"comprovação de aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com a quantidade cotada do objeto da licitação, por meio de 01 (um) ou mais atestado(s) emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente certificados pelo órgão profissional competente, nos termos da Resolução do Conselho Federal de Nutricionistas"*.

Com isso, uma das premissas para qualificação das interessadas seria a demonstração de aptidão técnica sobre 100% do objeto licitado, o que extrapola o conteúdo do artigo 30, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e contraria flagrantemente a Súmula nº 24 deste Tribunal.

Soma-se a essa irregularidade a necessidade de comprovação da certificação das interessadas pelo órgão profissional competente – Conselho Regional de Nutricionistas – para fins de habilitação, que é inegavelmente contrária à Súmula nº 17 deste Tribunal.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Outra previsão do instrumento convocatório que diverge da jurisprudência desta Casa é aquela contemplada no Item VI, Subitem 2, letra "c" do edital, pois exige a indicação de nutricionista responsável pelas licitantes que não fornecerão alimentos, mas apenas cartões magnéticos de vale-refeição (TC-002172/004/08 e TC-000782/013/08).

Destaco, ainda, que a desclassificação de quatro empresas interessadas no certame teve como causa, direta ou indireta⁸, o conteúdo do Anexo I do Edital de convocação (fls. 20/21).

E consoante bem observado por SDG (fl. 406), esse anexo é muito amplo e apresenta extenso rol de subitens, não havendo sido deixado claro o exato motivo dos afastamentos.

Por fim, a inexistência de publicação do extrato contratual se traduz em violação ao artigo 61 da Lei nº 8.666/93, falha formal que poderia ser relevada se ocorrida isoladamente, mas que vem reforçar o posicionamento desfavorável, à vista do contexto ora apresentado.

⁸ O item 5, letra "c" do Edital também se reporta ao Anexo I: V-DO CONTEÚDO DO ENVELOPE PROPOSTA 1. A proposta de preço deverá conter os seguintes elementos: (...) c) Descrição clara e completa do objeto da presente licitação, em conformidade com as especificações do folheto descritivo – Anexo I deste Edital, devendo ser informadas marca forma de apresentação da embalagem, características técnicas e procedência.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Assim, muito embora seja possível afastar os demais vícios suscitados ao longo da instrução, em razão da presença nos autos do parecer jurídico e do ato de adjudicação (fls. 51/53 e 290), bem como do entendimento de que não haveria violação à Súmula nº 15 pela exigência de garantia de "*aceitação dos cartões no mínimo em 04 supermercados e demais estabelecimentos congêneres*" (subitem 1.7.3 do Anexo I do Edital), o conjunto de irregularidades verificadas condena irremediavelmente os atos.

Nessas condições, acolho os pronunciamentos desfavoráveis da Unidade Regional de Marília, ATJ e SDG e **voto pela irregularidade do Pregão Presencial nº 008/2009 e do decorrente Contrato nº 042/2009, firmado em 05/08/2009**, aplicando-se em consequência as disposições do artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93.

Consigno que a invocação dos ditames do inciso XXVII, acima referido, importa que o atual Gestor Municipal informe a esta Egrégia Corte as providências administrativas complementares adotadas em função das imperfeições anotadas, comunicando, em especial, a eventual abertura de sindicância.

Com fundamento no artigo 104, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93, aplico multa no valor correspondente a 200 (duzentas) UFESPs para o responsável, Senhor Alfredo Rafael



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Dell'Aringa, a ser recolhida na forma da Lei nº 11.077, de 20 de março de 2002.

RENATO MARTINS COSTA
Conselheiro