



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



25-02-14

ACS

=====

24 TC-038455/026/09

Representante: Convida alimentação Ltda.

Representado: Secretaria de Estado da Saúde – Coordenadoria de Serviços de Saúde – Unidade Gestão Assistencial III - Hospital Infantil Darcy Vargas.

Assunto: Possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 51/09. Justificativas apresentadas em decorrência da assinatura de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Renato Martins Costa, publicada no D.O.E. de 07-05-10.

Advogado: Paulo Alexandre Antunes Mesquita.

Procuradora da Fazenda: Evelyn Moraes de Oliveira.

=====

25 TC-004640/026/10

Contratante: Secretaria de Estado da Saúde – Coordenadoria de Serviços de Saúde – Unidade Gestão Assistencial III - Hospital Infantil Darcy Vargas.

Contratada: GMD Sistema de Alimentação Ltda. EPP.

Autoridade Responsável pela Abertura do Certame Licitatório e pela Homologação: Ricardo Tardelli (Coordenador de Saúde).

Autoridade que firmou o Instrumento: Marcelo Otsuka (Diretor Técnico de Departamento de Saúde - Substituto).

Objeto: Prestação de serviços de nutrição e alimentação Hospitalar para pacientes e acompanhantes legalmente constituídos, bem como de nutrição e alimentação de servidores e empregados, no âmbito da UGA-III.

Em Julgamento: Licitação – Pregão Eletrônico. Contrato celebrado em 18-12-09. Valor – R\$192.597,73 (mensal). Justificativas apresentadas em decorrência da assinatura de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Renato Martins Costa, publicada no D.O.E. de 07-05-10.

Procuradora da Fazenda: Evelyn Moraes de Oliveira.

=====

1. RELATÓRIO

1.1 Tratam os autos do **Contrato nº 30/09**, de 18-12-09¹ (fls. 652/663), celebrado entre a **SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE – UGA**

¹ Extrato do contrato publicado em 22-12-09, à fl. 665.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



III – HOSPITAL INFANTIL DARCY VARGAS e a empresa **GMD SISTEMA DE ALIMENTAÇÃO LTDA.**, tendo por objeto a prestação de serviços de nutrição e alimentação hospitalar para pacientes e acompanhantes legalmente instituídos, bem como para servidores e empregados, no valor total de R\$ 2.888.965,95 (base mensal de R\$ 192.597,73) e vigência de 15 meses.

Tratam, ainda, da **Representação** apresentada pela empresa **CONVIDA ALIMENTAÇÃO LTDA.**

1.2 O ajuste foi precedido do **Pregão Eletrônico nº 51/09**, cujo aviso de edital foi publicado no DOE e em jornal de grande circulação, em 03-10-09 (fls. 303/306), bem como divulgado na internet (fls. 310/312).

De acordo com ata da sessão pública, realizada em **19-10-09**, a licitação contou com 12 (doze) licitantes, sendo 11 (onze) classificados (fls. 692/702).

Finda a fase de lances, restou como a oferta de menor preço a da empresa **JLA Alimentação Ltda. – EPP**, no valor mensal de **R\$ 130.000,00**. Em diligência, a senhora Pregoeira determinou à empresa que encaminhasse a composição de preços da proposta, no prazo de 24 horas², salientando que *“esta composição deve ter todos os custos diretos e indiretos, impostos e demais valores”*, bem como que, em caso de necessidade, faria diligência nas instalações da empresa³. Em seguida, a Pregoeira informou a todos a suspensão da sessão e complementou que,

² Determinação feita às 10h57, do dia 19-10-09. Não obstante, também constou do *chat*, em seguida: *“reativação prevista para 21/10/2009 12:00”*.

³ Nos memoriais de recurso apresentados pela empresa JLA (fls. 610/615) consta a seguinte informação: *“(…) durante dois dias recebemos a visita de uma comissão técnica, para avaliar-nos, todavia não foi-nos informado a finalidade de tal vistoria. No primeiro dia esta Comissão vistoriou o Centro de Referência DST/AIDS, o qual vistoriou ‘in loco’ e fotografou nossas dependências, a nossa metodologia de trabalho, inquiriu nossos funcionários e funcionários do Estado sobre os procedimentos de execução dos serviços. No segundo dia, a mesma Comissão vistoriou nossa sede Administrativa e Cozinha Piloto, novamente fotografando todas as dependências de nossa Unidade Piloto, inclusive solicitando que ligássemos todos os aparelhos, acreditando que a Comissão desejava verificar o bom estado e uso dos mesmos, fotografaram e checaram nosso estoque de carnes, verificando as datas e fotografando os mesmos, solicitaram que apresentássemos o programa de treinamento de nossos funcionários, discriminando por função, inquiriu-nos de como ocorria a contratação de nossas nutricionistas, e qual a rotatividade das mesmas, solicitou examinar os ASO’s (Atestado de Saúde Ocupacional) de funcionários alocados em unidade hospitalar. Diante de tantas exigências, as quais não fundamentam a verificação da capacidade técnica, operacional e financeira da JLA, não compreendemos qual foi o intuito de tantas visitas e perguntas, pois e fotografias.”*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



havendo dúvidas sobre a composição de custos, deveria ser observado o estudo do CADTERC, vol. 8 e 9.

A sessão foi retomada às 12h32 de **21-10-09**, quando a Pregoeira informou que a composição de custos apresentada estava incompleta, solicitando à empresa *JLA* que enviasse, no prazo máximo de 2 (duas) horas, complementação referente a: 1) mão de obra: número de funcionários para composição de quadro que prestará os serviços, considerando o número de leitos da unidade; 2) número de funcionários e devidos cargos, para verificar se os salários e encargos sociais são condizentes com a legislação vigente e estudo do CADTERC; 3) gêneros alimentícios: descrever, item a item, os valores em conformidade com estudo do CADTERC, volume 8; 4) BDI: apresentar fórmula e taxas utilizadas para calcular o lucro bruto, as despesas indiretas e as incidências de despesas fiscais.

Suspensa pela segunda vez, às 13h02 do dia 21-10-09, a sessão foi retomada e novamente suspensa, às 15h53, para análise da documentação complementar⁴, com previsão de reabertura para as 12h00 do dia subsequente.

Reaberta a sessão às 12h03 do dia **22-10-09**, às 13h14, a senhora Pregoeira considerou inaceitável o preço mensal ofertado pela empresa *JLA Alimentações Ltda. – EPP*, com fulcro no artigo 43 inciso IV, da Lei federal nº 8.666/93⁵.

Em seguida, concedeu à segunda colocada, empresa ***Nutri Hospitalar Alimentação e Serviços Ltda.***, no valor mensal de **R\$132.700,00**, o prazo de 30 minutos para que encaminhasse sua planilha de custos. A empresa pediu reiteradamente que houvesse dilação de prazo, indeferido pela Pregoeira, sob a justificativa de que a planilha deveria estar pronta, já que, conforme preceitua o subitem 8.2 do item 5 do Edital⁶, a unidade poderá pedir a composição de custos a qualquer

⁴ A empresa *JLA* encaminhou as planilhas de fls. 401/467.

⁵ Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
(...)

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

⁶ 8.2. O pregoeiro poderá a qualquer momento solicitar às licitantes a composição de preços unitários de serviços e/ou de materiais/equipamentos, bem como os demais esclarecimentos que julgar necessário.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



momento, bem assim que o pregão eletrônico deve ser célere, não cabendo mais prolação de prazo. Assim, expirado o tempo concedido sem o envio das planilhas, a Pregoeira considerou a oferta inaceitável, *“mediante consulta do preço referencial, pois o valor encontra-se inexequível frente aos cálculos do Cadterc e a pesquisa de mercado realizada por esta Unidade.”*

Após constatar que a terceira colocada, empresa **Cheff Grill Refeições Express Ltda., com proposta mensal no valor de R\$ 170.560,72**, estava *“off line”*, a Pregoeira concedeu-lhe o prazo de 5 (cinco) minutos para se conectar, o que não ocorreu, sendo sua proposta considerada inaceitável, com base na pesquisa de preços e no CADTERC.

Ato contínuo, foi chamada a quarta colocada, empresa **GMD Sistema de Alimentação Ltda.-EPP, com oferta no valor mensal de R\$192.597,73**, para encaminhar planilha de custos no prazo de 30 minutos. A empresa encaminhou planilha e informou que não tinha, naquele momento, a composição de custos item por item, pois utiliza sistema específico, comprometendo-se, porém, a adaptar a planilha encaminhada ao modelo solicitado caso lhe fosse concedido mais tempo. A Pregoeira, após consultar o setor jurídico, aceitou a planilha apresentada, com a condição de que outra, detalhada, fosse enviada juntamente com os documentos de habilitação, justificando sua posição pelo fato de que o preço ofertado pela empresa GMD, *“diferentemente do que ocorreu com as demais empresas cujos preços não foram aceitos, mostra-se compatível com [a] pesquisa de preços e CADTERC, sendo portanto exequível”*. O preço foi considerado aceitável e a sessão foi novamente suspensa, às 16h16, com previsão de retorno às 12 horas do dia 23-10-09, para recebimento dos documentos de habilitação, da composição dos custos por item, bem como para análise dessa documentação.

Reaberta a sessão às 14h07 do dia **23-10-09**, a Pregoeira declarou habilitada a empresa **GMD Sistema de Alimentação Ltda. - EPP**.

Em seguida, às 14h58, os licitantes foram informados pelo *“chat”* que, *“a partir deste horário, qualquer licitante poderá interpor recurso, imediata e motivadamente, nesta sessão pública”*. As empresas **JLA** e **Nutri** apresentaram, no campo próprio, sua intenção de recorrer⁷,

⁷ A empresa JLA recorreu contra: 1) a não aceitabilidade dos seus preços e, conseqüentemente, de sua desclassificação, requerendo sua classificação e posterior habilitação e demais atos pertinentes ao certame licitatório; 2) o rigorismo exacerbado por parte da Comissão de Licitações, não concedendo



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



bem assim as respectivas motivações. No entanto, a licitante *Convinda Alimentação Ltda.* asseverou no “chat” que digitou sua manifestação de interpor recurso, que, sem embargo, não foi consignada. Dessa forma, apresentou suas motivações no próprio “chat”⁸, o que, contudo, não foi admitido pela Pregoeira sob o argumento de ter cumprido o disposto no subitem 1 do item VI do Edital⁹, “que diz que o recurso deve ser interposto imediatamente”, bem assim que concedeu 5 (cinco) minutos para tal, tempo suficiente, “tanto que 2 licitantes apresentaram suas intenções”.

Apresentadas as respectivas razões e contrarrazões, os recursos não foram acolhidos (fls. 609/624), de modo que a autoridade competente adjudicou o objeto à *GMD Sistema de Alimentação* e homologou o certame, em **24-11-09** (fl. 628).

1.3 Acompanha o presente a **Representação** (TC-038455/026/09)¹⁰, apresentada pela **CONVIDA ALIMENTAÇÃO LTDA.**, em que sustenta que atos praticados pela Pregoeira durante a sessão pública afrontaram os

prazo suficiente e não detalhando com clareza aos licitantes quais os itens para a apresentação da composição dos custos apresentados; 3) inversão das fases do pregão, exigência de apresentação de quadro de funcionários na fase de aceitabilidade das propostas, sendo essa exigência enquadrada no Edital como fase de habilitação; 4) dano ao erário, devido à aceitabilidade de proposta consideravelmente superior às anteriores; 5) diligência “in loco” de suas unidades. Já a empresa NUTRI motivou seu recurso nos seguintes pontos: 1) a não aceitabilidade dos seus preços; 2) prazo insuficiente e não detalhando com clareza aos licitantes quais os itens para a apresentação da composição dos custos apresentados.

⁸ A licitante Convinda Alimentação afirmou que: “Intenciono recorrer contra a classificação da GMD por ter apresentado proposta com o posto Diurno I ao invés do Diurno II exigido no projeto básico. Todos os demais fornecedores também cometeram o mesmo erro.” Consignou, ainda, o seguinte: “Reiterando, manifestamos nossa intenção de recorrer contra a classificação da GMD, por esta ter apresentado em sua proposta o Posto de Serviços Diurno I, quando o projeto básico (anexo I do edital) fala em Diurno II. Os demais fornecedores também apresentaram proposta com o Posto Diurno I, ao invés do Diurno II exigido no projeto básico do edital. Intenciono recorrer ainda contra a habilitação da empresa GMD, em razão de seus documentos apresentados.”

⁹ VI. Do Recurso, da Adjudicação e da Homologação.
1. Divulgado o vencedor ou, se for o caso, saneada a irregularidade fiscal nos moldes dos subitens 10 a 13 do item V, o Pregoeiro informará às licitantes, por meio de mensagem lançada no sistema, que poderão interpor recurso, imediata e motivadamente, por meio eletrônico, utilizando para tanto, exclusivamente, campo próprio disponibilizado no sistema.

¹⁰ A empresa apresentou Exame Prévio de Edital, indeferido por ter sido intempestivo, com determinação para processamento do pedido como Representação, nos termos do artigo 214 do Regimento Interno desta Corte de Contas, servindo como subsídio à eventual análise de natureza ordinária (fls. 59/60 do TC-033609/026/11).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



princípios da legalidade, da isonomia, da razoabilidade, do contraditório e da ampla defesa, uma vez que (fls. 02/11 do TC-038455/026/09):

a) houve tratamento desigual entre licitantes, com prazos diferentes para o envio de planilhas;

b) o tempo de 5 minutos para interposição de recurso foi exíguo, contrariando a praxe no Estado, de 15 minutos, além de não constar do Edital e de não ter sido informado previamente pela Pregoeira;

c) à revelia do Projeto Básico – Anexo I do Edital, que determina que a composição de custos deve seguir os valores referentes ao “Plano Especial de Serviços Diurno II”, todas as licitantes, com exceção da própria representante, consideraram como base para composição dos seus custos os itens do plano “Diurno I”, com consequências relevantes para os preços finais e em prejuízo dos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

1.4 As partes foram cientificadas da remessa do contrato a este Tribunal de Contas e notificadas para acompanhar todos os atos da tramitação processual até o julgamento final e sua publicação (fl. 680).

1.5 A **Fiscalização** afirmou que o contrato contemplou todas as cláusulas necessárias, contidas no artigo 55 da Lei federal nº 8.666/93.

Não obstante, opinou pela **irregularidade** da matéria, ante as seguintes falhas observadas na licitação (fls. 764/777):

a) o Item 1.2, alínea “e”, do Edital¹¹ exige Certidão Negativa de Débitos relativa a tributos federais e dívida ativa da União, em desacordo com o art. 29 da Lei nº 8.666/93, o qual exige somente a comprovação de regularidade fiscal;

b) o Item 1.4, alínea “e”¹², do Edital dispõe sobre a vistoria do local da prestação dos serviços, fixando data e horário, contrariando decisão exarada no TC-001246/009/07;

¹¹ 1.2. **REGULARIDADE FISCAL**
(...)
e) Certidão Conjunta Negativa de Débitos relativa a tributos federais e dívida ativa da União.

¹² 1.4. **QUALIFICAÇÃO TÉCNICA**
(...)
e) Atestado de Vistoria do local da prestação dos serviços assinado por servidor do Hospital Infantil Darcy Vargas.
Consta do início do Edital: **VISTORIA: 16/10/2009 DAS 09:00 ÀS 14:00 HORAS.**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



c) na sessão pública, constatou-se tratamento desigual entre as empresas licitantes, contrariando os princípios da legalidade, da isonomia e razoabilidade;

d) o prazo para interposição de recursos (5 minutos) foi exíguo e não foi informado previamente aos licitantes;

e) propostas foram classificadas, inclusive a da vencedora, em desacordo com o ato convocatório, que previa, no seu Projeto Básico – Anexo I, Plano Especial de Serviços Diurnos II.

1.6 Regularmente notificadas (fls. 779/780), tanto a **Contratada** quanto a **Administração** apresentaram suas alegações (fls. 274/304 do TC-038455/026/09).

A empresa *GMD Sistema de Alimentação Ltda.* alegou que todos os atos observaram as disposições editalícias, com pleno atendimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório; que o prazo de 5 minutos era suficiente para interposição de recurso, além do que a ora representante poderia ter requisitado mais prazo; que as propostas deveriam seguir o Anexo II, onde constava Postos de Serviços Diurno I e Noturno I; e que, “... em relação ao prazo dado para a elaboração das planilhas de custos, a pregoeira informou a todos os licitantes que a mesma seria exigida de todos, eis que a mesma consta como item do Cadterc – Cadastro de Serviços Terceirizados do Estado de São Paulo – para a formulação de preços”.

A Administração, por sua vez, apontou que:

a) Quanto ao tratamento isonômico dos licitantes, a Administração se viu obrigada a solicitar a composição de custos do serviço, a fim de averiguar a sua exequibilidade, vez que os preços apresentados estavam muito abaixo dos valores apurados na pesquisa de mercado, sopesando, ademais, que as empresas já deveriam dispor previamente da composição de suas despesas, sendo todas alertadas de que lhes seria solicitada a composição de custos, consoante mensagem exarada na ata da sessão pública, no dia 22-10-2009, às 13:18¹³;

13

De	Para	Mensagem	Data/Hora
Pregoeiro	TODOS	Srs. licitantes a sessão publica será suspensa por 01:00 hora para recebimento e análise da composição de custos do for 783*, caso haja interesse de outros fornecedores, adiantamos que este procedimento será solicitado a todos os licitantes, caso não seja aceito a próxima oferta.	22/10/2009 13:18:49

* FOR 783: Nutri Hospitalar Alimentação e Serviços Ltda.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



b) As diligências estavam amparadas pelo art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93 e no subitem 8.2 do item V do Edital;

c) O art. 4º, inciso XVIII, da Lei nº 10.520/02 dispõe que o interessado em interpor recurso deve fazê-lo “imediate e motivadamente”, não se fixando tempo algum, “vez que, tão logo se é dada oportunidade para interposição dos recursos automaticamente os licitantes devem manifestar-se, independentemente da concessão formal de qualquer prazo por parte do Pregoeiro”;

d) Demais, a praxe de tempo para interposição de recursos nos certames realizados pelas Unidades Hospitalares do Estado de São Paulo não é de 15 minutos, como alegou a representante, mas, sim, de 5 minutos;

e) Quanto às planilhas dos Anexos I e II, a representante se engana, pois o documento por ela mencionado não constou do Edital;

f) No tocante ao prazo dado para a vistoria técnica, foi respeitado o prazo legal de 8 (oito) dias úteis entre a publicação e a abertura do pregão, sendo prevista a vistoria para depois desse prazo, comprometendo-se a Administração a seguir o entendimento desta Corte de Contas, a partir dos próximos certames.

1.7 Instada a se manifestar (fls. 779/780), a **Assessoria Técnico-Jurídica** opinou pela regularidade formal da matéria pelo enfoque econômico-financeiro, e pela irregularidade da licitação e do contrato, bem como pela procedência parcial da representação, do ponto de vista jurídico (fls. 784/798).

1.8 A **Procuradoria da Fazenda do Estado**, por seu turno, opinou pela regularidade da matéria, alçando as objeções ao campo das recomendações (fls. 801/803).

2. VOTO

2.1 Da apreciação dos elementos constantes dos autos, entendo que a licitação e o contrato não merecem o beneplácito desta Corte de Contas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



2.2 Dos pontos impugnados na representação, não entendo que mereça guarida a tese de que todos as licitantes, com exceção da própria representante, tenham apresentado propostas em desacordo com o edital, incidindo, assim, em afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Conquanto possa ter provocado alguma confusão o fato de constar em um único quadro do Plano Básico – Anexo I a expressão “Postos de Serviços II – Diurno” (fl. 48 do 038455/026/09), o Edital é claro, quando se refere à formulação de propostas, de que os interessados devem seguir o Anexo II, onde consta “Posto Diurno I e Noturno I”¹⁴.

Vale ressaltar, a propósito, que não há menção a qualquer pedido de esclarecimento ou de impugnação ao edital em relação a esse ponto, bem assim que dos 11 (onze) proponentes só a ora representante compreendeu que o ato convocatório exigia composição de custos referente a Postos de Serviços Diurno II, e não Diurno I.

Da mesma forma, afasto a impugnação relativa à visita técnica em data única, porquanto, no caso concreto, tal exigência não gerou prejuízo à participação de interessados.

Não obstante, **advirto** a Administração para que, em futuros torneios, atente ao pleno atendimento das determinações legais e jurisprudenciais.

2.3 Por outro lado, merecem acolhimento os demais pontos opostos pela representante.

Quanto ao tempo dado para a manifestação de interposição de recurso, em que pese o prazo de 5 (cinco) minutos ser adotado por muitos dos órgãos que realizam pregão eletrônico, notadamente aqueles que se utilizam do Sistema BEC, o fato é que tal prazo não está definido na lei ou no edital e que os licitantes não foram a esse respeito previamente alertados. Assim, não me parece razoável que a manifestação da empresa *Convida*, ainda que registrada no “chat”, fosse desconsiderada pela senhora Pregoeira.

¹⁴

III. DAS PROPOSTAS

5- A proposta de preço deverá estar acompanhada da seguinte documentação:

a) Planilha de Preços conforme modelo constante do Anexo II, preenchida em todos os itens com seus respectivos preços grafados em moeda corrente nacional.

5.1. Só serão aceitos arquivo(s) contendo o(s) anexo(s) indicados no subitem 5, deste item III, elaborado(s) no formato(s) indicado(s) no formulário eletrônico de encaminhamento da proposta.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Aliás, diferentemente do que afirmou a Origem, não se depreende do termo “imediate”, constante do art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/02, que o tempo para a manifestação se inicia e se encerra tão logo o pregoeiro declara aberta a fase recursal, uma vez que o recurso deve ser motivado, e, por mais breve que seja, requer tempo para sua elaboração. Tampouco é razoável o argumento da contratada de que a motivação deveria ser elaborada no decorrer do certame e tão somente anunciada no momento oportuno, por várias razões, entre as quais, porque o motivo do inconformismo pode ser um ato proferido no instante imediatamente anterior à abertura da fase recursal; ou porque o motivo só tenha ocorrido ao proponente naquele instante específico; ou, ainda, porque, até o último instante, o licitante tinha dúvida sobre a pertinência ou a conveniência de recorrer.

Aqui, fundamental não é a exiguidade ou não do prazo de 5 (cinco) minutos, mas, sim, que ao licitante assiste o direito de recorrer, por força de lei e, até mesmo, por determinação constitucional, e ao pregoeiro cabe o dever de respeitar esse direito.

Também entendo de somenos importância discutir se a praxe para espera das interposições de recurso é de 5 ou 15 minutos, mesmo porque alguma(s) empresa(s) pode(m) estar participando pela primeira vez de um pregão, desconhecendo, pois, os costumes inerentes às licitações do órgão.

Demais, se não há prazo definido na Lei, como bem apontado pela própria Administração, a única medida possível é a razoabilidade a ser contemplada pelo condutor do certame, que, tomando todas as cautelas para que seus atos não desbordem das regras legais e editalícias, deve se manter em total comunicação com os potenciais recorrentes. Esse cuidado deve ser ainda maior em se tratando de pregão eletrônico, em que os licitantes não estão postados fisicamente diante do pregoeiro, em condições de lhe externar diretamente suas demandas e/ou seus inconformismos.

2.4 Por fim, observo que a impugnação relativa à falta de isonomia no tratamento dos licitantes, também apontada pela Fiscalização e pela ATJ, refere-se aos atos proferidos na fase de aceitabilidade de preços. Assim, por oportuno, teço algumas considerações preliminares acerca da aceitabilidade e da inexequibilidade no pregão.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Muito embora parte da doutrina recomende ao administrador que se afaste de contendas envolvendo a inexequibilidade¹⁵, fato é que sua previsão legal impõe àquele a obrigação de enfrentá-las, por vezes em condições tortuosas. A propósito, transcrevo v. voto proferido pelo E. CONSELHEIRO CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA, nos autos do TC-031070/026/08¹⁶:

“Sobre os critérios de inexequibilidade e aceitabilidade, recorro voto que proferi no TC-000181/003/06, acolhido em sessão de 04-03-08:

Nas modalidades tradicionais de licitação, a questão da exequibilidade dos preços ofertados é aferida a um só tempo, com o concurso das regras estabelecidas nos artigos 40, X; 43, IV; 44, §3º e 48, II c/c §1º, todos da Lei de Licitações e Contratos.

No pregão, a questão ganha relevância pelo fato de haver fomento da própria Administração à disputa e consequente redução de preços, cabendo-lhe, bem por isso, redobrar cuidados no sentido de ver demonstrada a exequibilidade da proposta previamente à declaração de vencedor do certame.

A análise da aceitabilidade dos valores ofertados é feita em dois momentos distintos, consoante decorre do artigo 4º, VII e XI, da Lei 10.520/02: por ocasião da abertura das propostas, quando pode haver desclassificação somente nas hipóteses em que o edital estabelecer valor máximo admissível; após a conclusão da fase de lances, momento em que compete à Administração averiguar a exequibilidade do lance vencedor da disputa, cotejando-a não só com o valor estimado constante dos autos, mas também com os valores praticados no mercado, banco de dados, pregões similares realizados por outros órgãos, diligências, solicitação da decomposição da planilha de custos, dentre outras medidas possíveis.

Se convincente a demonstração do licitante no sentido de que, mesmo com o preço reduzido, é capaz de executar o contrato e obter alguma vantagem, não haveria razão para declarar a proposta inexequível. Vê-se que a inversão do ônus da prova, neste caso, revela-se proveitosa para ambas as partes. É que se há o dever de a

¹⁵ Marçal Justen Filho, por exemplo, afirma: “A tendência deste comentarista é afastar o problema da inexequibilidade, não apenas no âmbito do pregão, mas em qualquer licitação. A formulação de proposta inexequível é problema particular do licitante, que deve resolver-se ou através da punição exemplar (quando a proposta não for honrada) ou no âmbito da repressão a práticas de abuso de poder econômico (quando o sujeito valer-se de seu poder econômico para infringir a competição econômica leal).” JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. 6ª edição – revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2013. P. 181.

¹⁶ Publicado no DOE de 14-10-08.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Administração buscar a melhor proposta para a consecução do interesse público almejado, haverá, por outro lado, de assegurar-se quanto à contratação de proposta idônea, no sentido de que possa ser cumprida nos exatos termos estabelecidos no contrato.”

Sem embargo do dever de enfrentar o problema da inexequibilidade, intentando a contratação de proposta idônea, o modo de fazê-lo requer do pregoeiro o atendimento de alguns requisitos. Como leciona Marçal Justen Filho¹⁷:

“Para sumarizar o entendimento adotado acerca da inexequibilidade no âmbito do pregão, apresentam-se as seguintes propostas doutrinárias, adotadas para a hipótese de se reputar cabível desclassificar proposta sob fundamento de inexequibilidade:

a) O fenômeno da inexequibilidade não é peculiar e exclusivo das licitações processadas segundo a Lei nº 8666 e pode ocorrer também no âmbito de propostas e lances apresentados em licitação na modalidade pregão;

b) É impossível estabelecer critério único, uniforme e padronizado para determinar a inexequibilidade de uma proposta, inclusive no âmbito de licitação processada na modalidade pregão;

c) A decretação da inexequibilidade tem de apurar-se caso a caso por parte da Administração, tendo em vista as circunstâncias peculiares a cada licitação;

d) A dissociação entre o valor proposto ou ofertado e o constante do orçamento produz presunção relativa de inexequibilidade;

e) A amplitude da diferença entre o valor proposto ou ofertado e o constante do orçamento obriga a Administração a exigir comprovação por parte do particular acerca da viabilidade da execução do objeto nas condições ofertadas;

f) Em face da natureza específica do pregão, é impossível promover avaliação precisa da inexequibilidade antes do término da fase de lances;

g) Se o lance vencedor do pregão apresentar-se como significativamente mais reduzido do que o valor do orçamento, incumbirá ao pregoeiro exigir do ofertante, antes de encerrar a etapa competitiva, comprovação de que sua oferta é exequível;

h) No pregão, a comprovação da exequibilidade da oferta deverá fazer-se documentalmente, através de planilhas de custos e

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. 6ª edição – revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2013. P. 188/189.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



demonstrativos que evidenciem que o valor ofertado é suficiente para cobrir as despesas deferidas no art. 48, inc. II, da Lei nº 8.666;

i) Se o licitante não dispuser de informações concretas e confiáveis, deverá reputar-se sua proposta como inexequível, eis que é irrelevante para a Lei e para a Administração que o sujeito atue com dolo ou com culpa: quem não dispuser de informações acerca dos custos necessários a executar uma prestação não poderá assegurar que sua proposta será exequível;

j) O ato convocatório deverá prever o dever de o licitante (ou seu representante) portar informações acerca dos custos em que incorrerá para executar a prestação, aptas e satisfatórias para justificar a proposta ou o lance que formular.”

Posto isto, relembro os fatos ocorridos no pregão, respeitando sua cronologia:

1) Terminada a fase de lances, a Pregoeiro, em diligência, determinou à empresa JLA (oferta mensal de R\$ 130.000,00) que apresentasse planilha de composição de custos, bem como complementações da planilha enviada. Essa diligência durou das 10h57 do dia 19-10-09 até às 13h14 do dia 22-10-09, quando a proposta foi considerada inexequível;

2) À segunda colocada, empresa Nutri (oferta mensal de R\$132.700,00), foi determinado que enviasse a planilha de composição de custos no prazo de 30 minutos. Somente depois, a Pregoeira registrou a seguinte mensagem: “*caso haja interesse de outros fornecedores, adiantamos que este procedimento será solicitado a todos os licitantes, caso não seja aceita a próxima oferta*”. Não atendido o prazo designado e indeferido pedido de dilação sob o argumento de que a “*planilha deveria estar pronta conforme preceitua o subitem 8.2 do item 5 do edital*”, podendo ser requerida a qualquer momento, a oferta da empresa Nutri também foi considerada inexequível;

3) Após constatar que a terceira colocada, empresa Cheff Grill (oferta mensal de R\$ 170.560,72) estava “*off line*”, a Pregoeira definiu o prazo de 5 (cinco) minutos para sua manifestação, o que não ocorreu, sendo sua proposta considerada inaceitável por ser inexequível;

4) Finalmente, dado o prazo de 30 minutos à empresa GMD Sistema de Alimentação (oferta mensal de R\$ 192.597,73), esta apresentou planilha de forma diversa daquela antes proposta pela Pregoeira (segundo o CADTERC), que foi considerada aceitável, sob a condição de entrega de planilha detalhada quando do envio dos documentos de habilitação. Esta decisão, amparada pelo setor jurídico, foi justificada pelo fato de que o



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



valor ofertado, diferentemente dos demais, era compatível com a pesquisa de preços e com o CADTERC, “*sendo portanto exequível*”.

Inicialmente, sem adentrar no mérito da inexecutabilidade das planilhas apresentadas, cuja análise só foi procedida, de fato, em relação às empresas JLA e GMD, pode-se constatar que o **modelo** do CADTERC foi exigido dos licitantes como parâmetro para as planilhas de composição de custos, sendo a Pregoeira transigente em relação à vencedora, já que, o preço por ela ofertado, “*diferentemente do que ocorreu com as demais empresas cujos preços não foram aceitos, mostra-se compatível com nossa pesquisa de preços e CADTERC*”. Ou seja, além de insistir na apresentação dos custos sob um modelo específico, o preço total, e não a planilha, foi determinante para a declaração de aceitabilidade, podendo-se concluir que a Pregoeira tomou a inexecutabilidade como **presunção absoluta**, fundamentada no valor final, e não como presunção relativa, como apregoa a doutrina e a jurisprudência, respeitando-se a distinta capacidade financeira, administrativa e operacional de cada empresa em cumprir um contrato, mesmo que traga um valor que, a princípio, pareça inexecutável.

Além disso, o tempo outorgado à empresa JLA serviu de parâmetro para as demais, não sendo razoável que, a partir da segunda colocada, tal tempo fosse bruscamente diminuído sob a alegação de que o item 8.2 do Edital permite ao pregoeiro exigir a planilha “*a qualquer tempo*”, repetindo aqui o erro da interpretação literal já verificado acima em relação ao termo “*imediate*”, do art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/02. Neste caso, ainda mais prejudicada foi a empresa Nutri, para a qual foram concedidos 30 minutos, antes da Pregoeira informar que a planilha poderia ser exigida de todos os licitantes.

Acerca dos princípios da **economicidade** e da **vantajosidade**, mesmo após toda a dinâmica de aumento dos preços licitados observada no torneio (passando de R\$ 130.000,00 por mês para R\$ 192.597,73 por mês), avessa ao próprio espírito do pregão, conquanto se pondere a questão da inexecutabilidade, observo que não foram envidados maiores esforços para a contratação de empresa por preço mais vantajoso – haja vista, especialmente, a celeridade com que foram descartadas as propostas das empresas *Nutri* e *Cheff Grill*, cujos valores foram considerados inexecutáveis com base em mera presunção –, bem assim que nada consta na ata do pregão sobre qualquer tentativa de negociação com a vencedora para redução de sua proposta inicial.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Em suma, entendo que a senhora Pregoeira, ainda que diligente na apuração de proposta que não comprometesse a escorreta execução contratual, não deu as mesmas oportunidades aos licitantes, notadamente em relação ao tempo permitido à empresa *JLA* para apresentação da planilha e em relação à empresa *GMD* quanto à forma de sua apresentação, devendo ser relevado, por outro lado, o ato contra a proposta da empresa *Cheff Grill*, que, por força do item VII, 1, do Edital¹⁸, deve arcar com os ônus decorrentes de sua desconexão.

Como no caso do recurso negado à licitante *Convida*, entendo que os atos praticados na fase de aceitabilidade também incorreram em afronta aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da legalidade e da isonomia, além dos princípios da economicidade e da proposta mais vantajosa à Administração.

2.5 No que tange à exigência de Certidão Conjunta Negativa de Débitos relativa a Tributos Federais e Dívida Ativa da União, não vislumbro irregularidade em sua exigência, posto que o art. 29, inciso III, da Lei de Licitações determina que se comprove a regularidade fiscal, no caso, com a Fazenda Federal, na forma da lei, e a referida certidão é o instrumento de comprovação da regularidade dos tributos federais, amparada que está na Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 03/07.

Não observo, no caso concreto, restritividade causada por tal exigência, cabendo, porém, **advertência** à Origem para que, nas próximas licitações, faça constar a certidão positiva com efeitos de negativa, além da certidão negativa.

2.6 Pelo exposto, voto pela **irregularidade** do pregão e do contrato, e, por conseguinte, pela ilegalidade dos respectivos atos ordenadores de despesa, com aplicação de multa, fixada individualmente no valor equivalente a 300 UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo) aos responsáveis, senhor Ricardo Tardelli (autoridade que homologou o certame) e senhor Marcelo Otsuka (autoridade que firmou o instrumento), com

¹⁸

Sobre a desconexão do licitante, previa o Edital:
VII. DA DESCONEXÃO COM O SISTEMA ELETRÔNICO

1. À licitante caberá acompanhar as operações no sistema eletrônico, durante a sessão pública, respondendo pelos ônus decorrentes de sua desconexão ou da inobservância de quaisquer mensagens emitidas pelo sistema.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



fulcro no art. 104, II, da Lei Complementar nº 709/93, a ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa deste Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias.

Também voto pela **parcial procedência** da representação, no que toca ao prazo de manifestação para interpor recurso e ao tratamento isonômico dos licitantes.

Determino, por fim, sejam tomadas as providências dos incisos XV e XXVII, do art. 2º, do referido diploma legal, delas dando ciência a este Tribunal, em até 60 (sessenta) dias.

Oficie-se ao DD. Ministério Público do Estado, encaminhando cópia do acórdão e das correspondentes notas taquigráficas.

Sala das Sessões, 25 de fevereiro de 2014.

ANTONIO CARLOS DOS SANTOS
Substituto de Conselheiro