



MÉRITO

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 14/09/2016 SECÇÃO MUNICIPAL
EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL

Processos: 12392.989.16-6,
12426.989.16-6,
12483.989.16-6,
12530.989.16-9,
12536.989.16-3.

Representantes: - Soluções Serviços Terceirizados EIRELI.
Advogado: Alexandre Augusto Lanzoni – OAB/SP nº 221.328.

- Letícia Fernanda Ribeiro da Silva, Advogada – OAB/SP nº 356.749.

- Polastre & Paula Ltda., por seu representante legal Daniel Fernando Vieira Polastre.

- Ariovaldo Simões Lincoln, CPF/MF nº 160.948.698-69, RG nº 24.935.062-2

- Noemia Luchesi Barros Pereira – Advogada – OAB/SP nº 78.047.

Representada: Prefeitura Municipal de Sorocaba

Responsáveis: Roberto Juliano – Secretário da Administração e Antonio Carlos Pannunzio - Prefeito.

Procuradores: Anderson Tadeu Oliveira Machado – OAB/SP nº 221.808 e Vilton Luiz da Silva Barboza – OAB/SP nº 129.515.

Assunto: Representações formuladas contra o Edital retificado do Pregão Presencial nº 02/2016 (CPL nº 12/2016), da Prefeitura de Sorocaba, que objetiva a contratação de empresas especializadas na prestação de serviços de preparo de alimentação escolar em conformidade com os anexos do presente edital.

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Procurador do Ministério Público de Contas,



Em exame as Representações formuladas contra o Edital retificado do Pregão Presencial nº 02/2016 (CPL nº 12/2016), da Prefeitura Municipal de Sorocaba, que objetiva a contratação de empresas especializadas na prestação de serviços de preparo de alimentação escolar.

Em linhas gerais a empresa **Soluções Serviços Terceirizados EIRELI (12392.989.16-6)**, aponta ilegalidade na alínea 'a' do subitem 11.1.1 do edital, que prevê a apresentação de Alvará/Licença de funcionamento, expedido pela Vigilância Sanitária da sede da contratada e do Centro de Distribuição.

Afirma que o referido documento não encontra respaldo no artigo 28 da Lei nº 8.666/93, contrariando também a Súmula nº 14 desta Corte, que veda a exigência laudos e licenças na fase habilitatória do certame, comprovações devidas unicamente pelo vencedor da disputa, exigindo-se dos licitantes apenas uma declaração de que poderá apresentar em momento oportuno, o que, ressalta, encontra-se previsto na alínea 'd' do subitem 11.1.5.

Já a **Advogada Letícia Fernanda Ribeiro da Silva (12426.989.16-6)** critica os seguintes aspectos do ato convocatório:

- a) a alínea 'd' do subitem 6.3 do instrumento exige da contratada a apresentação de comprovante de recolhimento do ISS (Imposto Sobre Serviço), o que não tem cabimento no caso em questão, já que sobre o objeto licitado incide o ICMS;
- b) restritividade por conta da fixação de demonstração de Grau de Solvência Geral maior ou igual a 2,0 (alínea 'b' do subitem 11.1.3.1);
- c) o subitem 11.1.4.1.1 prevê a demonstração de qualificação técnica exclusivamente em escolas, impedindo a apresentação de atestados de experiência anterior realizada em outros tipos de estabelecimentos;
- d) indevida exigência de demonstração de propriedade prévia, estampada na alínea 'd' do subitem 11.1.5, no tocante a declaração de que a licitante, por ocasião da contratação, disporá de *Centro de Distribuição para a realização das operações de armazenamento, distribuição e transporte de alimentos*, disposição que contraria a Súmula nº 14 deste Tribunal, vez que não há tempo suficiente para que a contratada providencie a referida estrutura.

Por sua vez, a **Representante Polastre & Paula Ltda. (12483.989.16-6)** aponta as seguintes impropriedades:

- a) questiona a previsão do Item 5.6 do Edital, de retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal referente a mão de obra em obediência ao artigo 31, da Lei n. 8.212/91. Argumenta que, nos termos do Item 6.2.1, não há previsão de emissão de nota fiscal referente a mão de obra, uma vez que a atividade principal é o fornecimento de merenda escolar, sujeita a ICMS, e, ainda, porque os preços unitários se referem ao valor do tipo de refeição;



- b) exigência de alvará emitido pela Vigilância Sanitária, em relação à sede da empresa e à central de distribuição para fins de habilitação jurídica, com violação a Súmula 14, deste Tribunal, uma vez que não poderia constituir condição de habilitação;
- c) Impugna o Item 11.1.4.2 do Edital que prevê obrigatória realização de visita técnica para fins de habilitação, em pelo menos 30% das unidades educacionais, a ser realizada por nutricionista pertencente ao quadro da licitante, mediante prévio agendamento com um único servidor do município.

O Representante **Ariovaldo Simões Lincoln (12530.989.16-9)** contesta a previsão da visita técnica a ser realizada por nutricionista pertencente ao quadro da licitante, destacando, a respeito que, pelo número de escolas a serem visitadas, serão necessários, pelo menos, 15 nutricionistas funcionários.

A Advogada **Noemia Lluchessi Barros Pereira (12536.989.16-3)** aponta, ainda, as seguintes impropriedades:

- a) sustenta haver divergências nas planilhas que compõem os anexos IV e VI do Edital quanto ao número de escolas contempladas pelo fornecimento de alimentação, bem como respectivos períodos – parcial ou integral;
- b) considera que, na exigência de visita técnica, há afronta a Súmula 25 deste Tribunal, na medida em que se impõe que o profissional nutricionista a realizar a providência pertença ao quadro da proponente;
- c) entende haver violação à Súmula 14 deste Tribunal na exigência, para fins de habilitação (regularidade jurídica), de apresentação do Alvará/Licença de Funcionamento da Sede e do Centro de Distribuição. Isso porque, ao exigir tal documento, por via reflexa o Edital exige a prévia disponibilidade do Centro de Distribuição, o que, conforme previsão do item 11.1.5.d., somente será exigido no ato da contratação;
- d) questiona disposições editalícias que, ao citarem dispositivos legais, deixam de mencionar os correspondentes atos normativos, como no Item 3.1 e 3.6.1. Critica também a inadequação do termo subempreitada utilizado no Edital no lugar do correto que seria subcontratação;
- e) insurge-se contra a previsão dos itens 5.1.5 e 5.1.8 do Edital que tratam do dever da contratada de manter preposto responsável bem como sobre a responsabilidade pelos equipamentos existentes nas unidades escolares;
- f) divergências entre as cláusulas 6.1.4 e 6.1.4.4 quanto a previsão de que poderá ser servida repetição da merenda sendo no máximo 10% do total. Sobre o tema, entende equivocada a previsão apenas quanto aos alunos do ensino infantil, sem que nada seja dito quanto aos alunos dos ensinos fundamental, médio e EJA, onde a repetição da merenda é mais frequente;
- g) Questiona a previsão do Item 5.6 do Edital, de retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal referente a mão de obra em obediência ao artigo 31, da Lei n. 8.212/91. Argumenta que tal medida não é cabível em se tratando de contratos em que não haja cessão de mão de obra, trazendo à colação decisões dos Tribunais a respeito da matéria;



- h) entende indevida a previsão de credenciamento de micro e pequenas empresas constante do Item 8 do Edital, uma vez que, para fins de capital social, o faturamento mínimo necessário é superior ao das empresas assim classificadas. A seu ver, da forma redigida, o Edital dá margem à participação fraudulenta dessas empresas, sendo necessário que seja vedada expressamente;
- i) considera imprópria a previsão do item 8.1.1 do edital que somente aceita documentos originais ou cópias autenticadas em cartório ou publicação no Diário Oficial, excluindo a apresentação de cópias simples, acompanhadas dos originais para fins de autenticação por servidor público;
- j) exigência, na proposta, do nome do responsável pela assinatura do contrato - considera que no momento da proposta não é exigível que se saiba quem será o responsável pela assinatura do contrato, sendo suficiente que o Edital preveja que este será assinado por quem tenha poderes para tanto, ou por representante com procuração;
- k) não exigência de que o capital social seja integralizado - entende indevida a omissão do Edital quanto à necessidade de integralização do capital social a ser apresentado para fins de qualificação econômico financeira, o que abre a possibilidade de participação de empresas aventureiras, com riscos à execução do contrato, sem embargo de prejudicar a isonomia entre os licitantes;
- l) Omissão do Edital quanto ao critério de pagamento durante as férias escolares.
- m) ao final, informa ter protocolado junto à Prefeitura Municipal de Sorocaba impugnação ao ato convocatório, sem ter obtido resposta.

Os representantes concluem requerendo a adoção de medida que suspenda o andamento do certame, determinando-se, posteriormente, a correção do instrumento nos pontos impugnados.

Os feitos foram distribuídos à minha relatoria por prevenção, em virtude de abrigarem matéria conexa àquela tratada nos processos n^{os} 3416.989.14-3, 3433.989.14-2, 3455.989.14-5, 3457.989.14-3, bem como nos processos n^{os} 2871.989.16-6, 2925.989.16-2, 2996.989.16-9, 3030.989.16-4, 3031.989.16-3, 3061.989.16-6 e 3064.989.16-3, nos quais se analisaram Representações formuladas contra versões anteriores do edital em questão.

As Representações tratadas nos Processos n^{os} 3416.989.14-3, 3433.989.14-2, 3455.989.14-5 e 3457.989.14-3, formuladas respectivamente por A. M. DIB INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA – EPP, GICLESS SERVIÇOS LTDA., ANA PAULA CALHEIROS ALCANTARA e LARISSA ALVES NOGUEIRA, foram julgadas parcialmente procedentes, em Sessão do Tribunal Pleno de 01/10/14, sob a relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, ocasião em que se determinou a correção do edital nos seguintes aspectos:

- a) promover a exclusão das ações de Educação Nutricional do presente certame;*



- b) providencie a subdivisão do objeto em um número maior de lotes e que estabeleça prazo razoável para que as adjudicatárias coloquem em funcionamento a estrutura física dotada de cozinha de apoio, centro de distribuição e escritório;*
- c) modificar a redação do subitem “4.2.11” do edital, removendo a disposição que isenta a Municipalidade de pagamento por serviços extraordinários;*
- d) incluir no Anexo IV do edital a especificação completa dos produtos, consoante impõe a norma do artigo 15, §7º, I da Lei 8.666/93, e que faça uso da indicação de marcas como referência apenas quando absolutamente indispensável à compreensão da composição e do padrão de qualidade que pretende exigir para os gêneros alimentícios que serão adquiridos;*
- e) reformular as planilhas orçamentárias eventualmente existentes, de forma a garantir a inserção dos custos unitários dos serviços e fornecimentos em perspectiva, franqueando o acesso a tal informação a todos quantos dela queiram tomar conhecimento;*
- f) deslocar a exigência de apresentação de licença ou alvará de funcionamento à condição de documento de habilitação jurídica;*
- g) ampliar o período entre a divulgação do aviso e a abertura das propostas, de forma a garantir o tempo suficiente para que as eventuais interessadas realizem as diligências de visita técnica nas unidades escolares relacionadas no Anexo I;*
- h) excluir a exigência de relação dos salários dos empregados envolvidos na execução dos serviços;*
- i) remover do edital a exigência de comprovação de vínculo empregatício e experiência mínima de 1 a 2 anos registrada na carteira profissional dos nutricionistas e técnicos em nutrição;*
- j) excluir do edital as cominações de retenção de pagamentos pela ausência de comprovação de recolhimento da GPS, acompanhada do relatório GFIP, do FGTS e do ISS devido ao Município de Sorocaba;*
- k) eliminar as inconsistências entre as disposições editalícias que tratam do critério de julgamento do certame;*
- l) exclua a exigência de apresentação, entre os documentos de habilitação, de cardápio completo para 5 semanas, com refeições variadas e completas, prevista no subitem “11.1.5, c” do edital;*
- m) reformular a cláusula “4.2.1.1”, afastando a obrigatoriedade de instalação da central de abastecimento no Município de Sorocaba; e*
- n) excluir do ato convocatório o subitem “10.1.4”, o qual requer dos ofertantes que indiquem em suas propostas a modalidade de garantia que irão prestar, se vencedores da disputa.*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Posteriormente, a segunda versão do instrumento foi impugnada por meio das Representações nºs. 2871.989.16-6, 2925.989.16-2, 2996.989.16-9, 3030.989.16-4, 3031.989.16-3, 3061.989.16-6 e 3064.989.16-3, formuladas respectivamente por Convida Refeições Ltda., A.M. Dib Indústria e Comércio Ltda – EPP, Larissa Alves Nogueira, Ariovaldo Simões Lincoln, Comercial Hortifrutigranjeiro Itaúba Ltda., Qualybem Food & Service Ltda – ME, e Comercial Center Valle Ltda.

As referidas Representações foram analisadas pelo Tribunal Pleno, na Sessão de 23/03/16, sob minha relatoria, ocasião em que se decidiu por julgar improcedente a Representação de Comercial Hortifrutigranjeiro Itaúba e parcialmente procedentes as demais Representações, determinando-se à Prefeitura Municipal de Sorocaba a promoção das seguintes adequações ao ato convocatório:

a - dê integral cumprimento ao quanto decidido quanto do julgamento das Representações 3416.989.14-3, 3433.989.14-2, 3455.989.14-5 e 3457.989.14-3, para o fim de:

a.1. reformular as planilhas orçamentárias eventualmente existentes, de forma a garantir a inserção dos custos unitários dos serviços e funcionamentos em perspectiva, franqueando o acesso a tal informação a todos quantos dela queiram tomar conhecimento, nos termos do quanto decidido no julgamento das representações anteriores;

a.2. excluir do Edital as cominações de retenção de pagamentos pela ausência de comprovação de recolhimento da GPS, acompanhada do Relatório GFIP, do FGTS e do ISS devido ao Município de Sorocaba;

b - exclua a vedação da participação de empresas em Recuperação Judicial, passando a admitir, nesses casos, a comprovação de que, nessa hipótese, está cumprindo o Plano de Recuperação Judicial deferido;

c - identifique corretamente o documento Anexo XVII, como sendo o Termo de Referência;

d - consigne no Edital, ou seus anexos, o número de alunos matriculados por escola;

e - conceda prazo razoável para a apresentação da relação nominal dos empregados.

Trata-se, portanto, da terceira versão do edital.

No exame preliminar da matéria, observei que alguns questionamentos apresentados contestam cláusulas editalícias alteradas pela Administração em decorrência das referidas decisões pretéritas, ou mesmo de forma espontânea, ainda que, em alguns tópicos, este Tribunal já tenha se pronunciado pela regularidade da respectiva regra originária. É o caso, por exemplo, da visita técnica, que apesar de ter sido compreendida como justificável por esta Corte, a Administração incluiu



fator de restritividade na regra atual, impondo sua realização por nutricionista pertencente ao quadro de funcionários da licitante.

Da mesma forma, verifiquei que as alterações ocorridas no instrumento impõem, como requisito de regularidade jurídica para fins de habilitação, a apresentação de Alvará/Licença de funcionamento do Centro de Distribuição, induzindo a necessidade de comprovação de propriedade prévia.

De outra parte, alguns desses quesitos apresentam justificadas dúvidas quanto ao efetivo cumprimento das aludidas decisões anteriores por parte da Prefeitura, hipótese que poderia acarretar a aplicação de sanção pecuniária aos responsáveis, conforme preceitua o artigo 104 da Lei Complementar Estadual nº 709/93.

Por esse motivo, considerando que a abertura do procedimento impugnado estava marcada para as 9h do dia 12/07/16, com fundamento no parágrafo único do artigo 221 de nosso Regimento Interno, expedi ofício à autoridade responsável pelo procedimento, requisitando-lhe cópia completa do edital, a ser remetida a esta Corte, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, facultando-lhe, no mesmo prazo, o oferecimento de esclarecimentos quanto aos pontos de impropriedade suscitados nas iniciais.

Na oportunidade, por se tratar da terceira edição do Certame, requisitei da Prefeitura todas as informações sobre a situação atual dos serviços licitados, se estão sendo executados diretamente pela Administração, ou por empresa contratada, decorrente de licitação ou contratação direta por emergência.

No interesse da lisura do procedimento licitatório e, considerando que este Tribunal poderá decidir pela alteração do ato convocatório, determinei a sua suspensão até apreciação final da matéria.

Em Sessão de 13/07/2016, este Plenário referendou os atos preliminares praticados, recebendo as matérias como Exames Prévios de Edital.

Após sua regular notificação, a Municipalidade apresentou as alegações que considerou pertinentes a respeito da matéria, trazendo aos autos documento que informou ser a cópia do Edital impugnado, a lista das empresas que teriam realizado a visita técnica, bem como o contrato nº. 85/2016, firmado com a empresa APETECE SISTEMAS DE ALIMENTAÇÃO S.A., por dispensa de licitação, em 03/02/2016, pelo prazo de 180 dias.

Aduziu, em síntese, que o Edital exige apenas a apresentação de Alvará/Licença de funcionamento expedido pela Vigilância Sanitária da Sede da Contratada, e não do Centro de Distribuição, consoante redação do Item 11.1.1, alínea a, do Edital, que reproduziu. A esse respeito, afirma que a Representante teria agido de má-fé com tal alegação.



Sobre o questionamento a respeito da exigência do Item 6.3, d, de apresentação do comprovante de recolhimento do ISS, reporta-se ao decidido nos processos 2871.989.16-6, 2925.989.16-2, 2996.989.16-9, 3030.989.16-4, 3031.989.16-3, 3061.989.16-6 e 3064.989.16-3, em que não se determinou qualquer correção.

Acerca da insurgência contra a imposição de grau de solvência geral maior ou igual a 2, constante da alínea b do Subitem 11.1.3., igualmente traz à colação o quanto decidido no julgamento dos processos 2871.989.16-6, 2925.989.16-2, 2996.989.16-9, 3030.989.16-4, 3031.989.16-3, 3061.989.16-6 e 3064.989.16-3.

Quanto à impugnação do Item 11.1.4.1.1, relativo à demonstração de qualificação técnica operacional exclusivamente em escolas, impedindo a apresentação de atestados de experiência anterior em outros tipos de estabelecimentos, aduz que a exigência se justifica porque os serviços de preparo de alimentação escolar diferem dos demais serviços de preparo de alimentação, pois envolvem muitas unidades, no caso, 173 escolas, com uma variedade de tipos de refeições, e de cardápios por tipo de unidade (berçário integral, berçário semi-integral, creche I e II integral, creche I e II semi-integral, creche III integral, creche III semi-integral, creche III parcial, pré escola I e II, ensino fundamental parcial, ensino fundamental integral, ensino médio, educação de jovens e adultos – EJA e Educarte), que os torna peculiares.

Além disso, faz referência a precedentes desta Casa que não identificam na exigência uma afronta à Súmula 30, como é o caso dos julgamentos dos processos 033860/026/06, 017821/026/06, 015057/026/06, 019565/026/06, 024720/026/06 e 001687/003/06.

No que diz respeito à crítica dirigida à previsão do Item 11.1.5.d, que impõe a apresentação de declaração de que a licitante, por ocasião da contratação, disporá de Centro de Distribuição para a realização das operações de armazenamento, distribuição e transporte de alimentos, em possível afronta à Súmula 14, deste Tribunal, alega que a regra já constava na versão anterior do Edital, objeto de análise nos processos 2871.989.16-6, 2925.989.16-2, 2996.989.16-9, 3030.989.16-4, 3031.989.16-3, 3061.989.16-6 e 3064.989.16-3, quando se constatou o atendimento da decisão exarada no processo 003416.989.14-3, não determinando nenhuma alteração e, por consequência, reconhecendo a legalidade da mesma.

De igual modo reportou-se à decisão proferida nos processos 2871.989.16-6, 2925.989.16-2, 2996.989.16-9, 3030.989.16-4, 3031.989.16-3, 3061.989.16-6 e 3064.989.16-3, acerca da legalidade das regras relativas à forma de pagamento pelos serviços a serem contratados.

Sobre a exigência de visita técnica como condição de habilitação, primeiro, afirma tratar-se de providência considerada lícita por esta Corte desde o julgamento dos processos 3416.989.13-3, explicando que, nesse sentido, enquanto na primeira versão, era obrigatória em todas as unidades, foi reduzida para, pelo menos 30%



das unidades dos setores (lotes) pretendidos pela licitante, a fim de compatibilizar com o prazo do pregão, levando em consideração a localização das escolas, a distância entre elas e o tempo estimado para cada uma das vistorias.

E, quanto à exigência de que seja realizada por nutricionista, justifica-a no fato de que somente esse profissional teria condições de avaliar se os equipamentos disponibilizados pela Administração, ou seja, existentes nas unidades, são suficientes ou não à preparação dos cardápios de acordo com o exigido no Edital e seus anexos, ou se demanda, de imediato, eventual reposição, obrigação a cargo da futura contratada. Acrescenta, a respeito da insurgência relativa ao número de escolas a serem visitadas, que um nutricionista seria suficiente (e não quinze como sustenta um dos Representantes).

Ainda a respeito da visita técnica, alega que, embora não expresse no Edital, o vínculo dos nutricionistas poderá ser comprovado nos termos da Súmula 25 deste Tribunal, sendo que sequer foi exigida na prática qualquer comprovação desse vínculo pela Administração, bastando a mera declaração. Afirma, ainda, ter havido solicitação de visita técnica por 28 empresas, e a efetiva realização por 26 destas, conforme lista que trouxe aos autos, evidenciando a ausência de potencial restritivo da medida.

Quanto aos alegados equívocos nas planilhas que compõem os Anexos IV e VI do Edital, reconhece o erro de cálculo, mas aduz não haver qualquer prejuízo, uma vez que os lotes estão de acordo com o total de 173, não alterando os montantes previstos em cada lote. Adicionalmente, esclarece que a matéria foi objeto de pedido de esclarecimentos e já iria ser devidamente esclarecida quando sobreveio a determinação de suspensão do Certame.

Acerca das falhas consistentes em impropriedades gramaticais e não referência adequada às leis aplicáveis nos Itens 3.1 e 3.6.1 do Edital, informa que as questões já seriam resolvidas diante do pedido de esclarecimentos apresentado na via administrativa, ressaltando tratar-se de irregularidade formal que não acarreta prejuízo aos licitantes.

A propósito dos questionamentos quanto aos Itens 5.1.5 e 5.1.8 do Edital, afirma tratar-se de exigência necessária às obrigações contratuais, adequada ao objeto do contrato em disputa e a qualquer contrato que envolva prestação de serviços de forma continuada, destacando que os equipamentos são de responsabilidade da empresa durante a execução do contrato.

Afirma, quanto à alegada divergência entre as cláusulas 6.1.4 e 6.1.4.4 do Edital, relativamente à previsão de que poderá ser servida repetição da merenda, limitada a 10% do total estimado, que a restrição decorre do fato de os pratos serem calculados de acordo com a frequência escolar, e que, nos demais casos não foi estabelecida limitação, porque não existe um máximo permitido.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Também aqui afirma que a questão foi objeto de pedido de esclarecimentos e já seria respondida quando da superveniência da determinação de paralisação do Certame.

Quanto aos questionamentos quanto à indevida admissão do credenciamento de micro e pequenas empresas, aduz não haver justificativa para se vedar a participação dessas empresas em licitações cujo valor estimado supere os limites de faturamento estabelecidos, apenas não poderão usufruir dos benefícios previstos na Lei se, no ano anterior, o faturamento superar tais limites, consoante Acórdão nº. 298/2011 do Tribunal de Contas da União.

Justifica a não aceitação de cópias acompanhadas de originais para serem autenticadas por servidor público na interpretação do artigo 32 da Lei de Licitações, que considera tal medida como uma mera faculdade, não havendo, a seu ver, irregularidade no Item 8.1.1 do Edital.

Defende, igualmente, a regra prevista no item 10.1.2 do Edital, que exige na proposta o nome do responsável pela assinatura do Contrato, uma vez que, segundo os Itens 12.6 e 12.6.2 do Edital, não há previsão de desclassificação da licitante em caso de eventual descumprimento.

Acerca da não exigência de que o capital seja integralizado, argumenta que estaria de acordo com precedentes deste Tribunal, que vedariam tal imposição, nos termos do artigo 31, §3º, da Lei de Licitações, citando julgamento proferido no processo TC-32375/026/07.

Relativamente à alegada omissão do Edital sobre o critério de pagamento durante as férias escolares, sustenta que o instrumento convocatório é expresso no sentido de que não haverá pagamento nesse período, na medida em que prevê que somente serão pagas as refeições efetivamente servidas e durante os dias letivos, tudo conforme Item 6 do Instrumento e Cláusula 5 do Contrato e Anexo II do Edital (modelo de folha proposta, no qual consta expressamente que, para a formulação da proposta, a licitante deverá considerar apenas os dias letivos nele especificados, no total de 200).

Ao final, informa que os serviços ora em disputa estão sendo executados atualmente por meio de contratação direta emergencial, objeto do CPL 85/2016, contrato assinado em 03/02/2016, com vigência até 01/08/2016. Informa, também que o contrato até então vigente, objeto do CPL 3546/2010, firmado com a empresa ERJ Administração e Restaurantes de Empresas LTDA., que se encerraria no dia 26/02/2016, após regular processo administrativo sancionador (PA nº. 33492/2015) foi rescindido por inadimplência da contratada.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES



Destaca que a citada contratação emergencial foi alvo de Representações nº. 3523.989.16-8, julgada improcedente, e, em análise mais específica, no processo 7166.989.16-0, não foram apontadas irregularidades.

Reafirma ter atendido todas as determinações constantes dos Processos 2871.989.16-6, 2925.989.16-2, 2996.989.16-9, 3030.989.16-4, 3031.989.16-3, 3061.989.16-6 e 3064.989.16-3.

E, com isso, requer a improcedência das Representações.

Ao examinar a matéria, a Assessoria Técnico-Jurídica, quanto aos aspectos econômico-financeiros, manifestou-se no sentido da improcedência da impugnação apresentada por Letícia Fernanda Ribeiro da Silva e pela procedência parcial da impugnação de Noêmia Lluchesi Barros Pereira.

Observou que os índices contábeis exigidos para fins de qualificação econômico-financeira (Grau de Endividamento menor ou igual a 0,5 e Índice de Solvência Geral maior ou igual a 2) já foram considerados adequados no julgamento dos processos 2871.989.16-6, 2925.989.16-2, 2996.989.16-9, 3030.989.16-4, 3031.989.16-3, 3061.989.16-6 e 3064.989.16-3, sendo certo que, quanto aos equívocos e inconsistências verificados, a própria Representada os reconhece, cabendo revisão e ajustes nos quadros, ressaltando que tais anexos foram inseridos nesta última versão do Edital, razão pela qual os respectivos questionamentos não foram atingidos pela preclusão.

Considerou preclusa, porém, a insurgência contra não exigência de capital social integralizado, embora entenda que sua previsão está inserida na esfera de discricionariedade do Administrador, diante da redação do artigo 31 da Lei de Licitações, e que, de todo modo, da forma posta, o Edital se revela mais favorável à ampliação da competição.

A respectiva Chefia manifestou-se pela improcedência das Representações trazidas por Soluções Serviços Terceirizados Eireli, Letícia Fernanda Ribeiro da Silva e Ariovaldo Simões Lincoln, e pela procedência parcial das propostas por Polastre & Paula Ltda. e Noêmia Lluchessi Barros Pereira.

O Ministério Público de Contas, por sua vez, opina pela procedência parcial das Representações abrigadas nos processos 12426.989.16-6, 12483.989.16-6 e 12536.989.16-3 e pela procedência das Representações tratadas nos processos 12392.989.16-6 e 12530.989.16-9. Considerou preclusas as questões relativas à comprovação mensal de recolhimento do ISS; à demonstração de grau de solvência geral maior ou igual a 2,00; à retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal; ao credenciamento de microempresas e de pequenas empresas, à identificação do responsável pela assinatura do contrato no momento da proposta e à integralização do capital social.



Contudo, tem como procedente a crítica quanto à exigência de experiência anterior na prestação de serviços de alimentação escolar, à imposição de que a visita técnica seja realizada por nutricionista, a imposição de apresentação de licença de funcionamento expedida pela Vigilância Sanitária não apenas da sede da contratada, mas também do Centro de Distribuição, com afronta à Súmula 14 desta Corte de Contas (a esse respeito, observou que, embora o Edital trazido pela Municipalidade não contenha tal exigência, aquele disponibilizado em sua página oficial na Internet o faz).

Sobre esse último aspecto, ressalta que a previsão está em desacordo com o Item 11.1.5 d, do Edital, que requer “declaração da licitante, de que, por ocasião da contratação, disporá de Centro de Distribuição”, chamando a atenção para a determinação adotada no processo 12426.989.16-6, de que a Representada estabeleça prazo razoável para as adjudicatárias colocarem em funcionamento a estrutura física dotada de cozinha de apoio, centro de distribuição e escritório no Município.

No mais, acompanha as manifestações exaradas pela Assessoria Técnico-Jurídica.

Ao examinar a matéria, a Secretaria-Diretoria Geral manifestou-se no sentido da preclusão de parte das impugnações, pela procedência dos demais aspectos impugnados por Soluções Serviços Terceirizados Eireli, Leticia Fernanda Ribeiro da Silva, Polastre & Paula Ltda. e Ariovaldo Simões Lincoln, e pela procedência parcial daqueles apontados por Noemia Lluchesi Barros Pereira.

É o relatório.

GC.CCM-24



MÉRITO

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 14/09/2016 SECÇÃO MUNICIPAL
EXAMES PRÉVIOS DE EDITAL

Processos: 12392.989.16-6,
12426.989.16-6,
12483.989.16-6,
12530.989.16-9,
12536.989.16-3.

Representantes: - Soluções Serviços Terceirizados EIRELI.
Advogado: Alexandre Augusto Lanzoni – OAB/SP nº 221.328.

- Letícia Fernanda Ribeiro da Silva, Advogada – OAB/SP nº 356.749.

- Polastre & Paula Ltda., por seu representante legal Daniel Fernando Vieira Polastre.

- Ariovaldo Simões Lincoln, CPF/MF nº 160.948.698-69, RG nº 24.935.062-2

- Noemia Luchesi Barros Pereira – Advogada – OAB/SP nº 78.047.

Representada: Prefeitura Municipal de Sorocaba

Responsáveis: Roberto Juliano – Secretário da Administração e Antonio Carlos Pannunzio - Prefeito.

Procuradores: Anderson Tadeu Oliveira Machado – OAB/SP nº 221.808 e Vilton Luiz da Silva Barboza – OAB/SP nº 129.515.

Assunto: Representações formuladas contra o Edital retificado do Pregão Presencial nº 02/2016 (CPL nº 12/2016), da Prefeitura de Sorocaba, que objetiva a contratação de empresas especializadas na prestação de serviços de preparo de alimentação escolar em conformidade com os anexos do presente edital.

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros, Senhor Procurador do Ministério Público de Contas,

Como expus quando do exame preliminar da matéria, trata-se da terceira edição do Certame.



Na ocasião, observei que a Municipalidade promoveu alterações no Edital e, sobre elas, diante de algumas das impropriedades anunciadas nas Representações, a nova paralisação do Certame foi inevitável.

Tais falhas se confirmaram ao longo da instrução processual, como se demonstrará adiante.

Refiro-me, por primeiro, à previsão constante na alínea ‘a’ do subitem 11.1.1 do edital, relacionada a habilitação jurídica exigida dos licitantes, que prevê a apresentação de Alvará/Licença de funcionamento, expedido pela Vigilância Sanitária, não apenas da sede da contratada, o que havia sido considerado lícito por esta Corte nas Representações anteriormente examinadas, mas, desta vez, também do Centro de Distribuição¹.

E, a esse respeito, necessário esclarecer que, como observou o Ministério Público de Contas, o documento colacionado aos autos pela Representada, como sendo a versão correta do Edital, na qual a exigência impugnada não estaria presente, difere do documento disponibilizado em sua página oficial na Internet, que contempla expressamente tal previsão.

Aliás, também o Sr. Secretário-Diretor Geral constatou que o Edital trazido por todas as Representantes tinha data de abertura marcada para 12/07/2016, posterior, portanto, àquela constante do documento juntado no Evento 28.2 (08/07/2016), preenchido à mão pela Prefeitura.

De fato, meu Gabinete promoveu a busca do Edital na Internet com vistas a aferir a veracidade da informação trazida pelas Representantes quando da análise das petições iniciais, constatando que a exigência realmente estava presente. E mais, verificou que a questão chegou a ser objeto de pedido de esclarecimentos, cuja resposta confirmou a presença no Edital da regra impugnada:

“(...) Edital exige para atendimento aos quesitos de habilitação jurídica, a apresentação do Alvará emitido pela Vigilância Sanitária da sede da contratada e Centro de Distribuição, porém por questões de logística possuímos Central de Distribuição terceirizado, ou seja, temos um CD de Armazém Geral mediante contrato de locação, cujo alvará sanitário do local encontra-se em nome do proprietário.

Pergunta-se: Será aceito o Alvará do CD com o nome da proprietária e NÃO em nome da licitante participante? (...)

RESPOSTA DO SETOR TÉCNICO:

O Alvará do Centro de Distribuição deverá estar em nome da licitante.

¹ “(...) 11.1.1 – Habilitação jurídica: (art. 28 da Lei 8.666/93)

a) Alvará/Licença de funcionamento, expedido pela Vigilância Sanitária da sede da contratada e Centro de Distribuição.(...)”.



Carlos Alberto de Carvalho
Área de Administração e Serviços.(...)"

Nessas circunstâncias, considero desde logo afastada a alegação da municipalidade acerca da má-fé das Representantes, as quais se basearam em documento divulgado na página oficial da Prefeitura na Internet.

Além de afrontar o §6º do artigo 30 da Lei nº. 8.666/93, bem como a Súmula 14 deste Tribunal, por implicar a prévia disponibilidade do Centro de Distribuição, na fase de habilitação, a exigência destoa também do próprio Item 11.1.5 d, do Edital, que requer “declaração da licitante, de que, por ocasião da contratação, disporá de Centro de Distribuição”.

Desse modo, considero procedente a impugnação, devendo a Municipalidade promover a necessária retificação, com a exclusão da exigência de Alvará/Licença da Vigilância Sanitária relativamente ao Centro de Distribuição da fase de habilitação.

Também procedente a crítica lançada sobre a exigência de que a visita técnica seja realizada por nutricionista². Este Tribunal tem consolidado o entendimento de que para a realização da visita técnica, incumbe ao licitante e não à Administração Pública, eleger o profissional que considerar apto.

No caso em análise, as justificativas prestadas pela Municipalidade não demonstraram a imprescindibilidade de que a vistoria seja feita exclusivamente por um nutricionista, de forma que a imposição acaba tendo como único efeito o de antecipar a comprovação de que a licitante dispõe de profissional de pessoal técnico necessário à prestação do serviço, o que, a rigor, só é exigível, na data prevista para entrega da proposta, nos termos do inciso I do §1º, ou o §6º, do artigo 30, da Lei nº. 8.666/93.

Previsão da espécie já foi reprovada anteriormente, a exemplo do julgamento do processo 3615.989.15, em que foi analisado Edital de Licitação com objeto semelhante, citado pelo Sr. Secretário-Diretor Geral:

“(...) Mesma sorte, contudo, não guarda a imposição de que a visita técnica deveria ser realizada, obrigatoriamente, por nutricionista pertencente ao quadro de funcionários da licitante. Com efeito, referida imposição contraria jurisprudência consolidada desta Corte, de que é exemplo o TC-333/009/11, cuja decisão registrou que “é encargo da própria licitante a

² **11.1.4.2** - A licitante deverá realizar visita técnica em pelo menos 30% das unidades educacionais do(s) setor(es) pretendido(s), mediante agendamento prévios, examinando os locais dos serviços e suas dependências para obter informações necessárias para apresentação das propostas.

11.1.4.2.1 - A vistoria deverá ser realizado obrigatoriamente por Nutricionista pertencente ao quadro de funcionários da licitante devidamente credenciada na ocasião o (a) diretor (a) da unidade educacional ou responsável assinará o “atestado de vistoria” que deverá ao final ser apresentado na Secretaria de Educação que emitirá um único atestado de visita consolidado.



indicação do profissional responsável pela vistoria, não podendo o edital fazer qualquer restrição neste ponto”.(...)”

E, embora possa ter sido realizada por um número razoável de empresas, conforme documento trazido pela Prefeitura, demonstrando ausência de prejuízo, tal fato não autoriza que, em tese, a regra seja considerada lícita.

Deve assim ser excluída do Edital a previsão de que a visita técnica seja realizada por Nutricionista, ficando, por consequência, prejudicado o exame da insurgência relativa à possível afronta à Súmula 25 deste Tribunal.

Procede, ainda, o questionamento feito à exigência de experiência anterior em serviços similares, assim entendidos, segundo o Edital, como aqueles prestados em unidades escolares³.

Sobre isso, oportuno anotar que os precedentes citados pela Municipalidade para justificar a regra não podem ser adotados como paradigmas para aceitação da regra editalícia, por versarem sobre matérias completamente diversas da aqui examinada.

Nessas circunstâncias, acompanho a manifestação exarada pelo Ministério Público de Contas de que *“no caso concreto, não há diferença técnica suficiente a justificar a exigência específica. Por certo, empresas aptas a executar tais serviços em ambientes hospitalares, prisionais etc., são também capazes de realizá-los nas unidades escolares.(...)”*.

Assim como nos casos anteriores, é possível verificar, também aqui, que a previsão impugnada constitui mais uma inovação efetuada no Edital, que, anteriormente, não a contemplava (o Edital anterior não conceituava a expressão “serviços similares”).

Por fim, diante da expressa concordância da Representada em emitir esclarecimentos a respeito das insurgências relacionadas a equívocos nas planilhas que compõem os Anexos IV e VI, relativamente ao número total de escolas, e à desconsideração, no Anexo VI, em relação ao atendimento ao ensino parcial infantil e ensino integral (escola viva), considero-as procedentes. O mesmo se diga quanto às impropriedades gramaticais, decorrentes do uso equivocado do termo subempreitada ao invés de subcontratação, e, ainda, à ausência de informação das leis aplicáveis.

³ **11.1.4.1** - Atestado(s) expedido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado em nome da empresa, comprovando a execução dos serviços, equivalentes ou superiores a 50 % (cinquenta por cento), similares e compatíveis com as quantidades indicadas no **anexo II** do(s) setor(es) pretendido(s), devendo neles constar às quantidades, prazos e características dos serviços, devidamente registrado(s) no Conselho Regional de Nutricionistas – CRN.

11.1.4.1.1 – Entendesse (*sic*) como similares e compatíveis a prestação de serviços de alimentação que englobam mão de obra, compra de insumos e manutenção de equipamentos e logística de distribuição e entrega de produtos nas unidades escolares.



Improcedentes, porém, as críticas lançadas quanto às disposições relativas à repetição da merenda, que também constituem inovações do Edital, já que, como observou o Sr. Secretário-Diretor Geral, “(...) *explícito nos itens 6.1.4.1, 6.1.4.2 e 6.1.4.3 do instrumento convocatório que a contabilização das refeições para os Centros de Educação Infantil (Berçário, Creche e Pré-Escola) dar-se-á pela frequência diária dos alunos atendidos – e não sobre o total das refeições servidas, como estabelecido para os demais níveis de ensino (item 6.1.5 e seguintes).* (...)”, fazendo sentido, portanto, o estabelecimento da limitação.

De igual modo considero desprovida de fundamento a queixa relativa à omissão quanto ao critério de pagamento durante as férias. Nesse sentido, conforme afirma a Prefeitura, “*somente serão pagas as refeições efetivamente servidas e durante os dias letivos, tudo conforme Item 6 do Edital e Cláusula 5 do contrato e anexo II do Edital (modelo de folha proposta, no qual consta expressamente que para a formulação da proposta a licitante deverá considerar apenas os dias letivos nele especificados, no total de 200).*”

Finalmente, uma vez que já figuravam das primeiras versões do ato convocatório sem terem sofrido impugnações, foram alcançadas pelo instituto da preclusão as críticas dirigidas (i) à forma de pagamento (previsão de retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal referente à mão de obra; apresentação mensal de recolhimento do ISS⁴); (ii) à exigência de um preposto responsável prestando assistência técnica; (iii) à atribuição de guarda e responsabilidade pelos equipamentos; (iv) à possibilidade de participação de micro e pequenas empresa; (v) à exigência de que os documentos não originais somente serão aceitos em cópia autenticada em Cartório ou publicação no Diário Oficial do Estado; e (vi) à imposição de que a proposta contemple o nome de quem assinará o contrato.

Na mesma situação se encontra impugnação contra a (vii) não exigência de que o capital social a ser comprovado seja integralizado (nesse caso, à exceção do montante exigido para esse fim, alterado de 8% para 10%, a regra já estava presente nas versões anteriores); e (viii) exigência de declaração da licitante de que, por ocasião da contratação, disporá de Centro de Distribuição.

⁴ A propósito da questão, aplicável à hipótese a solução adotada no julgamento das Representações 3416.989.15 e outras, em que ficou expressamente consignado no voto condutor que “(...) *à margem da avaliação de incidência do ICMS sobre o objeto do presente certame, ressalto que as impugnações que incidem sobre a cláusula “11.1.2.c2” não se sustentam em face da previsão expressa no edital de admissibilidade de declaração de isenção ou não incidência assinada pelo representante legal do licitante, que afasta qualquer potencial restritivo da exigência, senão vejamos: c2) Certidão de Regularidade de ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, expedida pela Secretaria da Fazenda ou Certidão Negativa ou Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Tributários expedidas pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nos termos da Resolução Conjunta SF/PGE 02, de 09/05/2013 ou declaração de isenção ou de não incidência assinada pelo representante legal do licitante, sob as penas da lei; e(...)*”.



Para concluir, é relevante anotar que a municipalidade vem modificando as regras editalícias a cada novo lançamento do Certame, como no caso da regularidade jurídica e qualificação técnica. Adoto como exemplo, para melhor visualização, as questões a visita técnica.

Na primeira versão do Edital, considerou a visita técnica como obrigatória, devendo ser realizada em todas as unidades escolares, fato que ensejou a paralisação do procedimento e determinação de correções, para que o prazo de realização, diante do número de escolas a serem visitadas, fosse adequado aos prazos inerentes ao Pregão; na segunda versão, a Municipalidade, de forma diametralmente oposta, considerou a visita como facultativa, o que igualmente ensejou impugnações, considerando-se, contudo, regular a previsão editalícia da forma posta; no entanto, nessa terceira versão, a Prefeitura tornou a considerar a providência de visita técnica como obrigatória, acrescentando a previsão de que seja realizada por nutricionista. Em todos os casos, apresentou argumentos a justificar suas escolhas.

Embora a Administração Pública não esteja legalmente impedida de realizar adaptações nos Editais de Licitação que sejam pertinentes e necessárias ao atendimento do interesse público, observo que as sucessivas alterações realizadas, com afronta à legislação vigente, acabam ensejando novas impugnações e por consequência a paralisação do Certame.

Em outras palavras, a reincidência da Administração na prática de ilegalidades nas tratativas de Certames licitatórios gera indesejáveis contratações emergenciais (ou sua prolongação no tempo). No presente feito, a situação se agrava pela juntada ao processo de edital em desacordo com o documento tornado público no site da Prefeitura, o que, a propósito, afronta inclusive os princípios da transparência, estatuídos na Lei nº. 12.527/11.

Diante do exposto, meu voto considera parcialmente procedentes as Representações interpostas por Letícia Fernanda Ribeiro da Silva (12426.989.16-6), Polastre & Paula Ltda. (12483.989.16-6), e Noemia Lluchesi Barros Pereira (12536.989.16-3, e procedentes as Representações formuladas por Soluções Serviços Terceirizados EIRELI (12392.989.16-6) e por Ariovaldo Simões Lincoln (12530.989.16-9),, incumbindo à Prefeitura Municipal de Sorocaba promover os necessários ajustes do Ato Convocatório, nos seguintes termos:

- excluir das condições de regularidade jurídica, para fins de habilitação, a apresentação de Alvará/Licença expedido pela Vigilância Sanitária do Centro de Distribuição;
- excluir a exigência de atestado de experiência anterior em atividade específica, qual seja, serviço de alimentação prestado exclusivamente em unidades escolares;
- excluir a obrigatoriedade de que a visita técnica seja realizada por nutricionista;



- promover as demais retificações e os esclarecimentos que alegou já seriam promovidos quando da determinação de suspensão do Certame, como corrigir os equívocos nas planilhas que compõem os Anexos IV e VI, as impropriedades gramaticais verificadas, e as omissões quanto à legislação aplicável.

À vista da reiteração de ilegalidades nos procedimentos lançados, em especial, no caso específico, ofensa ao inciso I do §1º, e §6º, do artigo 30, da Lei nº. 8.666/93, bem como às Súmulas 14 e 30 deste Tribunal, e aos princípios de transparência da Lei nº. 12.527/11, com fundamento no inciso II do artigo 104, da Lei Complementar Estadual nº. 709/93, proponho a aplicação de multa ao responsável, o Exmo. Sr. Prefeito Municipal de Sorocaba, Sr. Antonio Carlos Pannunzio, no valor correspondente a 200 UFESP's a ser recolhida no prazo de 30 (trinta) dias após o trânsito em julgado da decisão.

Após proceder à retificação do instrumento, os responsáveis pelo certame deverão atentar para o disposto no §4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93 e no inciso V, do artigo 4º, da Lei n. 10.520/02, com a sua republicação e reabertura do prazo inicialmente concedido para formulação de propostas.

Expeçam-se os ofícios necessários. Após o trânsito em julgado, arquivem-se os feitos.

É como voto.