DECISÃO LIMINAR DLM - G.ODJ - 19/2017

PROCESSO TC/MS	: TC/5120/2017
PROTOCOLO	: 1792022
ÓRGÃO	: SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE, POR INTERMÉDIO DA SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO E DESBUROCRATIZAÇÃO
RESPONSÁVEL	: CARLOS ALBERTO DE ASSIS
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
RELATOR	: CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO

Vistos, etc.

Trata-se de denúncia, com pedido de liminar, formulada pela empresa Neo Line Produtos e Serviços Hospitalares Ltda., pessoa jurídica de direito privado, devidamente qualificada em documentação anexa ao expediente inicial, em desfavor da Secretaria de Estado de Saúde, por intermédio da Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização, em razão de supostas irregularidades contidas no edital do procedimento licitatório, na modalidade Pregão Eletrônico n. 3/2017.

Os relatos da empresa denunciante informam que os itens a serem adquiridos são distintos e não possuem semelhança entre si, o que não justifica o agrupamento em lote único, e que o edital sofreu alterações consideráveis, que afetariam a formulação das propostas, e não foi reaberto o prazo inicialmente estabelecido, conforme preconiza o art. 21, § 4º, da Lei n. 8.666/93.

DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

A denúncia foi recebida pelo Conselheiro Presidente, peça 2, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 124 do Regimento Interno (RITC/MS), aprovado pela Resolução Normativa n. 76, de 11 de dezembro de 2013.

DO MÉRITO

Cumpridos os requisitos de admissibilidade, a denúncia formulada pode ser conhecida e analisada segundo as razões de mérito apresentadas.

O procedimento licitatório, na modalidade Pregão Eletrônico n. 3/2017, foi realizado no dia 22 de março de 2017 e tem como objeto a contratação de empresa visando à locação de equipamentos e software para

a coleta de sangue, com aquisição de bolsas e materiais laboratoriais para atender as necessidades dos Núcleos de Coleta e de Processamento das Gerências do Ciclo Doador e de Processamento e Distribuição de Hemocomponentes da Rede Hemosul.

O valor estimado global da licitação foi de R$ 9.411.899,91 (nove milhões, quatrocentos e onze mil, oitocentos e noventa e nove reais e noventa e um centavos).

Conforme consta no preâmbulo do edital o tipo de licitação adotado é o menor preço global, sendo os 22 itens agrupados em um único lote, conforme consta do Anexo I, "A", do edital.

Os itens que compõem o grupo único do certame caracterizam-se como serviços de locação de máquinas e equipamentos em geral e fornecimento de material hospitalar e laboratorial - item 3 do Anexo I, "A", do edital.

Deve-se analisar a real necessidade da junção destes itens. Contudo, em regra, a Administração não pode agrupar na mesma licitação/lote objetos de natureza distinta, exceto caso tenha justificativa expressa no processo licitatório.

A junção de objetos de natureza distinta restringe o universo de participantes afrontando o princípio da competitividade.

Assim determina o art. 3º, I, § 1º, da Lei n. 8666/93:

"Art. 3º...

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;".

Na licitação por itens, o objeto é dividido em partes específicas, cada qual representando um bem de forma autônoma, razão pela qual aumenta a competitividade do certame, pois possibilita a participação de vários fornecedores.

Por sua vez, na licitação por lotes há o agrupamento de diversos itens que formarão o lote. Para a definição do lote a Administração deve agir com cautela, razoabilidade e proporcionalidade para identificar os itens que o integrarão, pois os itens agrupados devem guardar compatibilidade entre si, observando-se, inclusive, as regras de mercado para a comercialização dos produtos, de modo a manter a competitividade necessária à disputa.

A empresa denunciante entrou com o pedido de impugnação do referido edital, questionando o agrupamento dos itens em lote único. Em resposta, o órgão solicitante, no caso o Hemosul, informou que o agrupamento dos insumos faz com que o processo do ciclo do doador e fracionamento de Hemocomponentes torna-se mais ágil, com registro correto das informações no sistema, além de permitir rastreabilidade total dos dados, tornando-se um dos mais modernos hemocentros do país.

Ainda, em resposta à referida impugnação interposta, a responsável técnica informa que não há exigência de que os itens 2 e 3 sejam da mesma marca dos equipamentos ofertados, havendo apenas a necessidade de ser compatíveis com os insumos.

Ora, se os insumos constantes dos itens do edital não necessitam ser da mesma marca dos equipamentos que também estão sendo licitados, não existem razões para que insumos e equipamentos sejam agrupados e restrinjam a competitividade do certame.

Na situação em apreço não foram demonstradas as razões técnicas, logísticas, econômicas ou de outra natureza que tornaram necessárias a promoção do agrupamento como medida tendente a propiciar a contratação mais vantajosa, comparativamente à adjudicação por item.

A adjudicação por grupo sem fundamento e sem as razões que a sustente, revela-se sem sentido, uma vez que a mera similaridade entre itens não é critério hábil para fundamentar a formação de grupos/lotes.

Práticas como as constantes no referido edital do Pregão Eletrônico n. 3/2017 caracterizam restrição à competitividade e ofensa à isonomia do procedimento licitatório, uma vez que impossibilitam a participação de empresas capazes de atender os objetos isoladamente, oferecendo, dessa forma, propostas mais vantajosas à Administração Pública.

A fim de evitar práticas como essa, cada vez mais frequentes entre os gestores brasileiros, que as licitações relativas a objetos divisíveis, como no caso ora apreciado, devem ser realizadas de forma parcelada, dividida por itens, de modo a possibilitar a participação de interessados que não teriam condições de competir se a contratação tratasse de lote único.

Esse é o posicionamento de diversos Tribunais de Contas do país, a exemplo do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso "*depara-se, portanto, que o edital abrange uma diversidade de objetos com características técnicas, sem interferências e, que diante de sua independência, deveriam ser licitados de forma parcelada. (...) Assim, a intenção do legislador é que a licitação seja sempre realizada de forma parcelada quando houver viabilidade técnica e econômica, observada a modalidade pertinente para o valor total da contratação. Em outras palavras, a lei estabelece que o administrador deve demonstrar a inviabilidade técnica e econômica da divisibilidade, quando deixar de adotar o parcelamento*." (TCE/MT – Processo n. 30503/2008).

O Tribunal de Contas da União editou a Súmula n. 247 no sentido de "*É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade*".

Outro exemplo que reforça a premissa de que se deve adotar a licitação por itens, nos casos em que seja tecnicamente viável e que não haja prejuízo econômico, é o que se viu no julgamento também proferido pelo TCU, na ocasião de um pregão promovido pela Caixa Econômica Federal para aquisição de veículos de naturezas diferentes, oportunidade em que a Corte de Contas da União recomendou àquela instituição bancária o parcelamento do objeto como forma de ampliar a competição. Veja:

"*A falta de parcelamento de objeto que implique diminuição sensível de licitantes aptos a prestar parte dos serviços demandados configura violação ao comando contido no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993: Representação formulada por empresa deu notícia de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 229/7066-2011 conduzido pela Caixa Econômica Federal – CEF para a contratação de prestação de serviço de transporte de executivos da entidade, com disponibilização de um veículo blindado e 12 carros de passeio. O citado certame foi suspenso cautelarmente por meio de despacho de Presidente do Tribunal em substituição, o qual foi posteriormente endossado pelo Plenário. Os indícios que justificaram a adoção dessa medida consistiram na ausência de parcelamento do objeto. Considerou-se que a "adjudicação global" do serviço implicaria afronta ao comando contido no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/1993. O relator do feito, ao se deparar com informações prestadas pela CEF, anotou que o citado objeto "possui natureza divisível (...), o que, em tese, afastou a participação de empresas que não estavam habilitadas a fornecer a totalidade dos itens especificados, mas que poderiam trazer uma proposta mais vantajosa para a Caixa, no que diz respeito aos demais itens". Observou, ainda, que a própria CEF adotara providências com o intuito de revogar o certame em tela e, também, de lançar novo edital em que efetuaria a divisão do objeto. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: "9.1. conhecer da Representação (...) para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente; 9.2. determinar à Caixa Econômica Federal que, quando da elaboração de novo certame para substituição do Pregão Eletrônico 229/7066-2011, promova a separação do objeto em dois itens distintos, a saber, veículo não blindado e veículo blindado ...".* Acórdão n.º 491/2012-Plenário, TC 037.753/2011-8, rel. Min. Valmir Campelo, 7.3.2012.

A denunciante informa, também, que o edital do Pregão Eletrônico n. 3/2017 sofreu importantes alterações que afetariam a elaboração de proposta pelas empresas interessadas em participar do certame.

Em consulta ao site https://ww3.centraldecompras.ms.gov.br/sgc/faces/pub/sgc/central/DownloadEditalPageList.jsp verifica-se que foram feitos três adendos ao edital, ou seja, alterações que implicaram na formulação das propostas das empresas interessadas em participar do certame.

O art. 23, § 4º, da Lei n. 8.666/93, assim dispõe:

"Art. 23...

[...]

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas."

O descumprimento da determinação legal restringe a competitividade do certame e afronta o principio da isonomia e da publicidade, expressos no art. 3º da Lei n. 8.666/93.

Dessa forma, considerando que a regra deve ser o parcelamento do objeto a ser licitado pela Administração Pública, que deverá promovê-la por itens ou lotes, sempre que houver viabilidade técnica e econômica; a concessão de medida cautelar para a suspensão do certame – Pregão Eletrônico n. 3/2017 – é medida necessária para que a Secretaria de Administração e Desburocratização, representada pelo Sr. Carlos Alberto de Assis, Secretário de Estado, promova a adequação mencionada ou justifique tecnicamente a impossibilidade de fazê-la.

DOS REQUISITOS PARA APLICAR LIMINARMENTE A MEDIDA CAUTELAR

Com fundamento nos argumentos demonstrados, considerando que os fatos narrados aparentam veracidade, e em razão do caráter urgente da matéria, visto que o certame se iniciou em 18 de janeiro e encontra-se em vias de ter seu resultado proclamado, havendo, ainda, fundado receio de grave lesão ao erário, traduzido pela violação do caráter competitivo do certame, além do risco de ineficácia da decisão de mérito a ser proferida pelo órgão colegiado desta Corte de Contas, o deferimento do pedido de medida liminar para a **SUSPENSÃO DO CERTAME** é providência que se impõe, em razão do instrumento convocatório do procedimento licitatório – Pregão Eletrônico n. 3/2017 – trazer ordem incompatível com a legislação em vigor.

São as razões que fundamentam a decisão liminar.

DA DECISÃO

Pelas razões e argumentos expendidos, com fulcro no art. 71, da Constituição Federal, c/c o art. art. 77 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, art. 113, § 2.º, da Lei n. 8.666/93, arts. 56 a 58, da Lei Complementar Estadual (LCE) n. 160/2012, e art. 4º, I, "b", 3; e art. 148, *caput*, ambos do RITC/MS, e no Poder Geral de Cautela dos Tribunais de Contas, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, com base na teoria dos poderes implícitos, por meio do acórdão proferido no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.547-7/DF, determino:

1. a imediata suspensão do procedimento licitatório, na modalidade Pregão Eletrônico n. 3/2017, ou da respectiva contratação, caso já tenha ocorrido; para que seja fracionado o objeto do certame em itens distintos, de forma a possibilitar o acesso de um maior número de interessados ao certame e, consequentemente, a obtenção de proposta mais economicamente vantajosa ao interesse da Administração Pública; ou demonstrar, tecnicamente, a inviabilidade de fazê-lo;

2. comprovar a determinação contida no item 1, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da ciência desta decisão, sob pena de multa correspondente ao valor de 1.000 (mil) UFERMS, nos termos do art. 57, III, da LCE n. 160/2012, c/c o art. 170, I, do RITC/MS, sem prejuízo de eventual obrigação de ressarcimento ao erário a ser apurada no curso do processo.

Intimem-se o Secretário de Estado de Administração e Desburocratização, Sr. Carlos Alberto de Assis, para, querendo, apresentar defesa no prazo de 5 (cinco) dias, nos termos do art. 148, § 2º, do RITC/MS, e o representante legal da empresa Neo Line Produtos e Serviços Hospitalares Ltda., denunciante, para que tome conhecimento do teor desta decisão.

É a decisão.

Publique-se.

Cumpra-se.

Campo Grande/MS, 24 de abril de 2017.

CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO

Relator