

GABINETE DO CONSELHEIRO Ricardo Torres
Excelentíssimo Senhor Conselheiro

Ref.: TC/000763/2024

Representação em face do Pregão Eletrônico 23/2023-SMS/CRSLeste, que o objeto é a contratação de empresa de Engenharia especializada em conservação e manutenção predial com fornecimento de materiais para as unidades sob gestão da Coordenadoria Regional de Saúde Leste.

1. INTRODUÇÃO

Trata o presente de Relatório Conclusivo de representação, nos termos do art. 3º, § 2º, da Resolução TCMSP nº 18/2019, interposta pela empresa Cibam Engenharia Ltda (inscrita no CNPJ sob nº 01.211.015/0001-61), em face do Pregão Eletrônico 23/2023, lançado pela Secretaria Municipal de Saúde (SMS), cujo objeto é a “contratação de empresa de Engenharia Especializada em Conservação e Manutenção Predial com fornecimento de materiais para as Unidades sob gestão da Coordenadoria Regional de Saúde Leste” (Processo SEI nº 6018.2023/0086207-9).

A abertura do certame ocorreu em 07.12.2023 e a Representante, que foi uma das empresas licitantes, ofertou o melhor lance, no montante de R\$ 309.000,00 mensais. A empresa Soluções Serviços Terceirizados Ltda (Soluções) interpôs recurso administrativo em face da habilitação da Representante, o que resultou em sua desqualificação, segundo a decisão, pela não apresentação de toda a documentação necessária para sua habilitação.

Como consequência, o melhor lance passou a ser o da empresa Soluções, no montante de R\$ 350.000,00 mensais (Termo de Julgamento da segunda sessão, peça 17). Então, a Representante recorreu da decisão de habilitação da empresa Soluções, mas seu recurso teve o provimento negado. A licitação foi homologada e a empresa Soluções foi contratada, em 20.02.2024, pelo valor mensal de R\$ 349.985,21 (peças 18 e 19).

A SMS apresentou manifestação prévia às peças 12/14.

Em atendimento à determinação de peça 15, passamos a nos manifestar, em sede de Relatório Conclusivo, acerca das alegações trazidas pela Representante.

2. ANÁLISE

A Representante se insurgiu em relação aos seguintes pontos:

2.1. Inabilitação da Cibam por falta de apresentação do Balanço Patrimonial de 2021

Argumentos da Representante (peça 02 - fls. 02/11)

A Representante afirma que foi habilitada e que, depois, em razão do provimento ao recurso da licitante Soluções foi inabilitada por ter sido alegada e não provada falta de apresentação de balanço referente ao exercício de 2021.

Aduz que, conforme art. 64 da LF nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações – NLL), quando declarada aceita e habilitada uma empresa, não seria cabível inabilitação, exceto por motivo justo e superveniente, ou seja, conhecido somente após o julgamento, o que, segundo ela, não aconteceu.

Além disso, defende que em pregão eletrônico eventual documento faltante deveria ter sido indicado na própria sessão e que, ainda, poderia ter sido colhido por meios oficiais. Afirma que, segundo o edital, a falta de qualquer documento deve ser coletada junto ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF) ou em sede de diligência.

Com relação ao Balanço Patrimonial, demonstrativo que visa comprovar a qualificação econômico-financeira, a Representante alega que o edital determinava que deveriam ser apresentadas somente peças “isoladas” do balanço, e não o balanço inteiro, e que enviou exatamente o que é exigido no item 11.5.3.b.2.3 do edital (fls. 18/19, peça 16).

Ainda sobre o Balanço Patrimonial, a Representante afirma que, como o balanço cuja falta foi afirmada tratava do exercício de 2021, sua ausência não causaria prejuízo à contratação, por ser de exercício muito anterior, especialmente considerando-se que fora apresentado o do exercício de 2022.

Além disso, afirma que, em resposta a recurso interposto pela própria Representante contra a habilitação da empresa Soluções, a Administração Pública informou que o balanço não

precisava ser enviado na forma completa, bastando somente peças. Por essa razão, concluiu, foi dado tratamento diferente às licitantes, em detrimento da empresa Representante.

Manifestação prévia a SMS (peça 13)

A SMS afirmou que, na primeira sessão de abertura do certame, a Cibam encaminhou 04 pastas contendo documentação de habilitação e nessas respectivas pastas havia muitos documentos repetidos e com nomes trocados, principalmente os documentos referentes a Habilitação. A Cibam enviou o Termo de Abertura e Encerramento, a Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido e a Demonstração de Resultado de Exercício e, embora não tenha apresentado o Balanço Patrimonial relativo a 2021, a empresa foi indevidamente habilitada, por equívoco da Comissão e do Pregoeiro.

Como a falta do documento para habilitação foi anunciada no recurso de outra licitante, a SMS utilizou do poder de autotutela e corrigiu o vício, inabilitando a Cibam.

A SMS entende que não era cabível diligência, “pois essa serve para esclarecer ou complementar a instrução, não podendo ser utilizada para permitir a apresentação de documento ou informação que devia constar originariamente da proposta”. Foram citados julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Contas da União (TCU), para corroborar esse entendimento.

Por fim, informa que a Cibam ingressou com Mandado de Segurança (processo judicial 1001649-81.2024.8.26.0053), na 8ª Vara da Fazenda Pública, para tratar do tema, tendo sido negada a liminar.

Análise da Coordenadoria

O edital dispõe sobre a necessidade de apresentação do Balanço Patrimonial no item 11.5.3, letra b¹.

¹ 11.5.3 Qualificação econômico-financeira
[...]

b) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada sua substituição por balanço ou balancetes provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de três meses da data da apresentação da proposta;

A Representante apresentou Balanço Patrimonial referente aos exercícios 2020 e 2022, e não comprovou que fez o envio do demonstrativo relativo a 2021.

A SMS, ao analisar o recurso administrativo interposto pela licitante Soluções, se limitou a justificar que a falta do documento causou a inobservância ao edital, tendo assim decidido: “Portanto, assiste razão ao argumento apresentado pela Recorrente, no qual a Recorrida (CIBAM ENGENHARIA EIRELI EPP.), deixou de apresentar para fins de qualificação, a exigência contida no item 11.5.3, letra b do Pregão Eletrônico 23/2023-CRS.Leste.” (documento SEI nº. 096116388).

A questão central que aqui se discute é a possibilidade ou não da superação da falta de apresentação do Balanço Patrimonial de um dos exercícios pela Representante.

A Nova Lei de Licitações, no art. 64², previu a possibilidade de “complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame”.

b.1) Somente empresas que ainda não tenham completado seu primeiro exercício fiscal poderão comprovar sua capacidade econômico-financeira por meio de balancetes mensais, conforme disposto na Lei Federal nº 8.541/1992;

b.2) Serão considerados como na forma da Lei, o Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis assim apresentados:

b.2.1) Na sociedade empresária regida pela Lei nº. 6.404/76, 11.638/07, 11.941/09, mediante documento publicado em Diário Oficial ou em jornal de grande circulação;

b.2.2) As empresas desobrigadas a adotar a ECD – Escrituração Contábil Digital e que não tenham optado por esse meio, deverão apresentar o Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis, extraídos do Livro Diário, contendo Termo de Abertura e de Encerramento, através de Cópia Autenticada, Registrado na Junta Comercial ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou no Cartório de Registro de Títulos e Documentos para Sociedades Simples;

b.2.3) Para as empresas obrigadas a adotar, ou que optaram por utilizar, a Escrituração Contábil Digital (ECD) deverão apresentar a impressão do arquivo gerado pelo SPED Contábil constando o Termo de Abertura e Encerramento com o termo de autenticação eletrônica gerada pelo sistema, recibo de entrega do Livro Digital e a Demonstração de Resultado do Exercício.

² Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

§ 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

Quanto ao tema, cumpre registrar entendimento do TCU acerca do inciso I do art. 64 da Nova Lei de Licitações manifestado no julgamento do Acórdão nº 1.211/2021-Plenário³ no sentido de que:

Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim).

[...]

a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro. (grifos nossos)

Ressalte-se que tal entendimento se encontra em vias de consolidação no TCU, dada a expressa menção ao Acórdão nº 1.211/2021-P, como referência jurisprudencial, nos Acórdãos nº 253/2023, nº 2.673/2021, nº 2.568/2021 e nº 2528/2021, todos do Plenário.

No caso em análise, a falta de um dos Balanços Patrimoniais não foi percebida pelo agente de contratação e sim foi noticiada a partir do recurso administrativo interposto por outra licitante. Dessa forma, não tendo havido por parte do agente de contratação a avaliação sobre a pertinência ou não de diligência e tão pouco justificativas formalizadas para sua não realização, entendemos que a falta de referida oportunidade eivou de vício o certame.

³ Acórdão nº 1.211/2021-Plenário

Ementa: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO REGIDO PELO DECRETO 10.024/2019. IRREGULARIDADE NA CONCESSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO AOS LICITANTES, NA FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, SEM QUE O ATO TENHA SIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PROCEDÊNCIA. REVOGAÇÃO DO CERTAME. MEDIDA CAUTELAR PLEITEADA PREJUDICADA. CIÊNCIA AO JURISDICIONADO ACERCA DA IRREGULARIDADE. OITIVA DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA SOBRE A CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DE IMPLANTAÇÃO DE MELHORIAS NO SISTEMA COMPRASNET.

Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim). O pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea "h"; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro. (grifo nosso)

Ressalte-se que o agente de contratação, na análise do recurso interposto pela empresa Soluções, justifica que não é possível aceitar o documento faltante única e simplesmente pela necessidade de observância aos dispositivos do edital. Não houve, pois, frise-se, a necessária justificativa para a não realização de diligência para complementação da documentação de qualificação da licitante que ofertou a proposta mais vantajosa. Considerando que o documento faltante era um dos três Balanços Patrimoniais exigidos pelo edital e que os outros dois foram apresentados, a documentação poderia ter sido complementada, conforme permissão da NLL, se tivesse havido oportunidade para tanto.

De fato, considerando ser a busca da proposta mais vantajosa o objetivo maior da licitação, é possível superar e afastar exigências meramente formais e burocráticas, de forma que a exclusão de um licitante somente se justifica diante do descumprimento de uma regra que seja considerada substancial para a disputa.

No caso em tela, o afastamento da proposta mais vantajosa, ofertada pela Representante, em decorrência de sua inabilitação, ocasionou o aumento de R\$ 41.000,00 mensais (diferença entre a proposta da Cibam, de R\$ 309.000,00, e a proposta da Soluções, de R\$ 350.000,00).

Quanto aos argumentos trazidos pela SMS, na manifestação prévia, cumpre ressaltar que os julgados do STJ e do TCU que foram citados naquela peça são antigos, aquele de 1998, e este de 2004. O tema vem sendo atualizado nas últimas décadas e não se pode furtar de reconhecer que o TCU tem recente e reiterado entendimento de modo diverso (já mencionado neste item), que prima pela busca da proposta mais vantajosa, utilizando-se, se necessário, da complementação de documentos por meio da diligência.

Pelo exposto, concluímos pela **procedência** da Representação neste ponto.

2.2. Habilitação da empresa Solução sem que tenha apresentado o Livro Diário

Argumentos da Representante (peça 02 - fls. 16/21)

A Representante alega que o balanço apresentado pela empresa Soluções estava incompleto, em decorrência da falta de Livro Diário e que, por essa razão, recorreu da habilitação. No entanto, o recurso não foi acolhido e foi informado pela SMS que deveriam ser apresentadas

somente peças do balanço, exatamente as peças que a Representante havia apresentado quando de sua habilitação.

A Cibam concluiu, então, que não existiu isonomia no tratamento dado às licitantes e que a SMS descumpriu condição claramente fixada em instrumento convocatório.

Manifestação prévia da SMS (peça 13)

A SMS não tratou desse ponto em sua manifestação prévia.

Análise da Coordenadoria

Segundo constou da decisão proferida pela Comissão de Licitação quanto ao recurso administrativo interposto pela Cibam, “para as empresas obrigadas a adotar, ou que optaram por utilizar, a Escrituração Contábil Digital (ECD), o Edital não obriga a apresentação do Livro Diário, apenas do Balanço Patrimonial constando o Termo de Abertura e Encerramento com o termo de autenticação eletrônica gerada pelo sistema, recibo de entrega do Livro Digital e a Demonstração de Resultado do Exercício” (documento SEI nº. 097306254).

Sendo esse o caso da empresa Soluções, não encontramos comprovação de vício na aceitação da documentação apresentada pela referida empresa e, por essa razão, concluímos ser **improcedente** a Representação neste ponto.

2.3. Apresentação de proposta de preços incompleta pela empresa Solução, vencedora do certame

Argumentos da Representante (peça 02 - fls. 19/20)

A Representante afirma que a proposta apresentada pela empresa Soluções está incompleta por não terem sido corretamente considerados os adicionais de insalubridade e de periculosidade.

Alega que não cabe perícia obrigatória para verificação de insalubridade, porque já existe determinação legal para os locais e percentuais e que, por isso, a proposta não poderia ter sido aceita, dado que não incluiu esses adicionais.

Afirma que os valores são relevantes, que os percentuais são de 10%, 20% ou 40% sobre os salários ou salário-mínimo e que é obrigatório 20% para todos os postos.

Manifestação prévia da SMS (peça 13)

Em relação ao adicional de periculosidade, a SMS afirma que não abrange todos os profissionais exigidos na contratação e ressalta que esse posicionamento atende ao Acórdão nº 718/2018 do TCU.

Referido posicionamento, segundo a SMS, firmou o entendimento de que as regras e critérios para elaboração de orçamentos de referência de obras e serviços de engenharia pela Administração Pública devem se basear precipuamente nos sistemas referenciais oficiais de custo.

Dessa forma, e conforme norteia a NR 16 do Ministério do Trabalho (que trata das atividades e operações perigosas), a área técnica deve especificar o grau de exposição em que o trabalhador estará sujeito e se nortear por disposições presentes em convenção ou dissídio coletivo de trabalho, em observância ao art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988, e ao art. 611 do Decreto-Lei 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), que conferem caráter normativo a tais instrumentos, tornando obrigatória, assim, a sua observância nas relações de trabalho.

Afirma, por fim, que o adicional poderá ser acrescentado pela empresa vencedora, em sua planilha de custo, sem alteração do valor global da proposta.

Análise da Coordenadoria

A SMS, em sua manifestação prévia, se limitou a repetir o que constou da decisão proferida no recurso interposto pela Cibam com relação à alegada incompletude da proposta apresentada pela empresa Soluções.

Ao afirmar que o adicional de periculosidade não abrange todos os profissionais exigidos na contratação, leva à conclusão de que abrange ao menos uma parte desses profissionais.

Partindo-se desse raciocínio, aplica-se aos serviços do edital em questão o entendimento do TCU exposto no Acórdão n.º 1496/2023-Plenário relativo aos chamados “serviços com alocação de mão de obra em regime de exclusividade”⁴, dentre os quais estão os serviços de manutenção predial:

Deve ser verificada a existência de condições insalubres ou de periculosidade no local de trabalho, cuja presença levará ao pagamento dos respectivos adicionais aos empregados. Tais condições obrigam a empresa a fornecer determinados Equipamentos de Proteção Individual (EPI).

A leitura das disposições acima deixa claro que os adicionais devem estar previstos e estimados no instrumento convocatório e que o conhecimento das condições insalubres ou de periculosidade pela Administração é essencial para o regular desempenho da fiscalização pelo órgão contratante, mormente em se tratando de unidade hospitalar.

[...] o pagamento desse adicional pela empresa prestadora de serviço com alocação de mão de obra em regime de exclusividade deve ser objeto de atenção pela Administração contratante, pois, verificado o exercício da atividade em condições insalubres, surge o direito dos empregados, o qual, se não for observado pela empresa contratada, expõe a Administração contratante ao risco da responsabilização subsidiária trabalhista, na forma da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho;

[...] em licitação que envolva prestação de serviços com dedicação exclusiva de mão de obra em ambientes possivelmente sob condições insalubres ou de periculosidade, o órgão ou a entidade contratante deve identificar, mediante laudo pericial, os casos de incidência dos respectivos adicionais. Tais elementos são imprescindíveis não só como elemento de composição do edital para balizar as propostas dos licitantes, como também para mitigar os riscos de responsabilização subsidiária da própria Administração.

[...]

Portanto, se a administração pública não evidenciar o caso, não caberá ao licitante informar o adicional na sua proposta de preços. Por conseguinte, o Poder Público não poderá desclassificar proposta de preços de empresa que

⁴ Os “serviços com alocação de mão de obra em regime de exclusividade” estão definidos no art. 17 da Instrução Normativa nº 05/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão:

Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que:

I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços;

II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e

III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

Parágrafo único. Os serviços de que trata o **caput** poderão ser prestados fora das dependências do órgão ou entidade, desde que não seja nas dependências da contratada e presentes os requisitos dos incisos II e III.

não incluiu os adicionais de insalubridade e periculosidade, se o instrumento convocatório não mencionar que o local da prestação de serviços envolve esse tipo de ambiente nocivo ou perigoso.

É possível afirmar então que, embora a SMS devesse ter especificado os casos de incidência dos adicionais de insalubridade e/ou de periculosidade no edital, como não o fez, não cabia aos licitantes informarem esses adicionais em suas propostas. Em decorrência, ao contrário do que supôs a Representante, a SMS não poderia desclassificar a empresa Soluções por não ter incluído em sua proposta de preços esses adicionais.

Por todo o exposto, concluímos pela **improcedência** da Representação neste ponto.

3. ANÁLISE DOS ELEMENTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO

Em consonância com o Anexo IV do Manual de Auditoria Governamental deste TCMSP (MAG-SCE, versão 02), registra-se a seguir a Análise dos Elementos da Responsabilização, enquanto método por meio do qual são elencados os pontos considerados procedentes pela Auditoria e verificados os elementos que poderão ensejar eventual responsabilização a partir de cada subitem e da individualização da conduta. Após percorridas as etapas da instrução processual, com as devidas garantias constitucionais, quais sejam, contraditório e ampla defesa, caberá ao Conselheiro Relator e/ou ao Pleno, no momento do julgamento, apreciar os elementos e decidir sobre a responsabilidade de cada agente.

3.1. Inabilitação da Cibam por falta de apresentação do Balanço Patrimonial de 2021

Agente 1: A.G.C.

Cargo: Pregoeira

Entidade: Secretaria Municipal de Saúde (SMS)

Período de Exercício no Cargo: 01.10.19 a presente.

Data/Período da Omissão: 29.12.23 (documento SEI nº. 096116388).

Conduta: Falta de realização de diligência para complementação da documentação de qualificação da licitante que ofertou a proposta mais vantajosa.

Nexo de Causalidade: Caso a pregoeira houvesse demandado da licitante com proposta mais vantajosa a complementação da documentação apresentada, a Representante poderia ter se mantido como vencedora do certame em questão e a Administração Pública teria feito contratação com valor mais vantajoso.

4. CONCLUSÃO

Da análise do alegado na Representação, em sede de Relatório Conclusivo, consideramos a Representação **parcialmente procedente**:

- **Procedente** em relação ao subitem **2.1** do Relatório.
- **Improcedente** em relação aos subitens **2.2** e **2.3** do Relatório.

São Paulo, 5 de março de 2024.

ROBERTA CAROLINA DIAS BARBOSA
Auditora de Controle Externo

RAÍSSA BRANCO GRIZZE
Supervisora de Controle Externo 7

LUIZ GUSTAVO DE OLIVEIRA VIEIRA
Coordenador de Controle Externo IV

RAFAEL VALVERDE ARANTES
Subsecretário de Controle Externo