

Processo: 1077208
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Luiz Guilherme Batista Carvalho
Representante: Adriano Costa Alvarenga
Órgão/Entidade: Prefeitura Municipal de Timóteo
Apenso: 1084303, Representação
Partes: Douglas Willkys Alves Oliveira, Eduardo Oliveira Morais, Amanda Silva Lacerda Medeiros.
Procuradores: Aloísio da Silva Peçanha, OAB/MG 67.145; Francis Drumond Borges, OAB/MG 71.924; Humberto de Souza Abreu, OAB/MG 82.604; João Batista Rodrigues da Cruz, OAB/MG 64.791; Maria do Carmo de Lima, OAB/MG 58.202; Maria Goretti Ribeiro Tadeu, OAB/MG 76.012; Renan Jorge de Oliveira, OAB/MG 94.455; Thereza Cristina de Castro Martins Teixeira, OAB/MG 59.397
MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO

PRIMEIRA CÂMARA – 22/9/2020

DENÚNCIA. REPRESENTAÇÃO EM APENSO. CHAMAMENTO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DO EDITAL. REPUBLICAÇÃO. INTERFERÊNCIA NA FORMULAÇÃO DAS PROPOSTAS. NÃO OBSERVÂNCIA A REABERTURA DOS PRAZOS. IRREGULARIDADE. EXIGÊNCIA DE VISITA TÉCNICA POR PESSOA ESPECÍFICA. IRREGULARIDADE. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO

1. A alteração de itens do edital que possam interferir no conteúdo das propostas culminará na reabertura dos prazos, ao teor do disposto no artigo 21, §4º, da Lei n. 8.666/1993, garantindo o amplo conhecimento das disposições do instrumento convocatório, possibilitando a reformulação das propostas, caso necessário.
2. A exigência de visita técnica, por parte da Administração Pública, quando necessária, deverá ser justificada e poderá ser realizada por qualquer preposto das empresas/organizações, a fim de ampliar a competitividade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento, diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedente a Denúncia, bem como a Representação n. 1084303, em apenso, alinhado aos posicionamentos da Unidade Técnica e do Ministério Público junto a este Tribunal, tendo em vista as seguintes irregularidades constatadas no Processo Administrativo n. 238/2019- Edital de Chamamento Público n. 2/2019, realizado pela Prefeitura de Timóteo:
 - a) alteração de itens do edital que poderiam interferir no conteúdo das propostas, sem a reabertura dos prazos, em desconformidade ao disposto no artigo 21, §4º,

da Lei n. 8.666/1993, haja vista que, a prorrogação dos prazos inicialmente fixados, visa garantir aos interessados o amplo conhecimento das disposições do instrumento convocatório, possibilitando a reformulação das propostas, caso necessário;

- b) exigência de visita técnica realizada por representante legal da Organização Social (item 4.6), em desacordo com a jurisprudência deste Tribunal de Contas, no sentido de que deve ser permitida a realização da visita técnica, quando exigida pela Administração, por qualquer preposto das empresas ou organizações, a fim de ampliar a competitividade;
- II) deixar de aplicar multa aos responsáveis, pelas razões expostas na fundamentação desta decisão, e por entenderem que, no presente caso, não houve prejuízo no certame haja vista que não restou demonstrado comprometimento ao caráter competitivo do procedimento;
- III) recomendar o atual gestor que, nos próximos certames observe as formulações contidas na fundamentação desta decisão;
- IV) determinar a intimação dos responsáveis e do atual gestor, por via postal, assim como do Ministério Público do Tribunal de Contas na forma regimental;
- V) determinar, após cumpridas as disposições desta decisão e as regimentais pertinentes, o arquivamento dos autos, bem como do seu apenso, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Presidente José Alves Viana.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 22 de setembro de 2020.

JOSÉ ALVES VIANA

Presidente

SEBASTIÃO HELVECIO

Relator

(assinado digitalmente)

PRIMEIRA CÂMARA – 22/9/2020

CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Denúncia de fl. 1/8, peça 9 do Sistema de Gestão e Administração de Processos - SGAP, instruída com os documentos de fl. 9/121, peça 9 do SGAP, formulada pelo Sr. Luiz Guilherme Batista Carvalho, com pedido liminar de suspensão do Processo Administrativo n. 283/209, Chamamento Público n. 2/2019, promovido pela Prefeitura de Timóteo objetivando a Seleção de Organização Social, nos termos da Lei Federal n. 8.637/1998 e em consonância com a Lei Federal n. 8.666/1993, Lei Federal n. 13.019/2019 e demais legislações aplicáveis, para formação de vínculo de cooperação, por meio de Contrato de Gestão, visando o fomento e a realização de atividades de interesse público consubstanciado na prestação de serviços técnicos especializados de operacionalização, gerenciamento e execução das ações e serviços de saúde, na Unidade de Pronto Atendimento – UPA, Porte II, Nível V, em consonância com as políticas de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS), da Secretaria Municipal de Saúde de Timóteo/MG e Planos de Trabalho apresentados pela Organização Social, com valor da contratação estimado em R\$ 10.8000.000,00 (dez milhões e oitocentos mil reais).

Aduz o denunciante, em síntese, que as exigências constantes do edital do processo de seleção em questão são impróprias para ajustes dessa natureza, impondo restrições indevidas à criação de vínculos de colaboração entre o Estado e a Sociedade Civil Organizada.

A Denúncia foi recebida em 31/10/2019, fl. 126, peça 9 do SGAP, ocasião em que foi determinada a sua autuação e distribuição.

Distribuídos os autos a minha relatoria, fl. 127, peça 9 do SGAP, entendi por bem, consoante despacho de fl. 131/132, peça 9 do SGAP, proceder à análise do pleito cautelar depois de estabelecido o contraditório, com a oitiva do gestor acerca das alegações de irregularidades apresentadas na peça inicial. Para tanto, determinei a intimação dos denunciados para que enviassem cópia dos autos do Chamamento Público n. 02/2019 - Processo Administrativo 283/2019, atualizado e acompanhado de todos os documentos de suas fases interna e externa, inclusive ata de sessão de recebimento de propostas, bem como apresentassem justificativas que entendessem pertinentes acerca dos fatos denunciados.

Devidamente intimados, a Prefeitura de Timóteo, representado pelo Procurador Municipal, apresentou os esclarecimentos de fl. 147/153, peça 9 do SGAP, acompanhado da documentação de fl. 154 da peça 9 a fl. 283 da peça 12 do SGAP.

Em seguida, consubstanciando-me na documentação apresentada, entendi razoáveis as justificativas apresentadas pelos responsáveis e, com base no princípio da continuidade dos serviços públicos e da separação dos poderes, com a devida vênia aos argumentos apresentados na peça inicial da denúncia, entendi, naquele juízo superficial e de urgência, como suficientes as ponderações para afastamento dos requisitos necessários à concessão de pleito cautelar, motivo pelo qual, rejeitei a liminar pretendida, fl. 285/286 da peça 13 do SGAP.

Após, tendo em vista a conexão da matéria, foi apensada aos presentes autos a Representação n. 1084303, autuada neste Tribunal pelo Sr. Adriano Costa Alvarenga, Vereador do Município de Timóteo, no dia 18/12/2019, consoante Termo de Apensamento de fl. 1463, l. 298, peça 13 do SGAP.

Ato contínuo, foram os autos encaminhados à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL, para análise técnica, ocasião em que concluiu pela procedência parcial da denúncia, bem como pela citação dos responsáveis, fl. 300/331, peça 13 do SGAP.

Em análise preliminar, o Ministério Público junto ao Tribunal- MPTC, nessa mesma linha de entendimento, manifestou pela citação dos responsáveis, fl. 332/334, peça 13 do SGAP.

Na sequência, os responsáveis, Douglas Willkys Alves Oliveira, Prefeito de Timóteo, Amanda Silva Lacerda Medeiros, Presidente da Comissão Especial de Seleção e Eduardo Oliveira Moraes, Secretário Municipal de Saúde, devidamente citados, apresentaram defesa, peça 22 do SGAP.

Encaminhados os autos a unidade técnica e, em seguida, ao MPTC, ambos, nas peças de n. 26 e 28, respectivamente, concluíram pela procedência parcial da denúncia, com a expedição de recomendação aos responsáveis.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Das irregularidades apontadas pelo denunciante:

1- Inaplicabilidade da Lei 8.666/1993 para o processo de formalização de Contrato de Gestão;

O Denunciante informa, inicialmente, que o edital em questão aplicou, integralmente, as disposições da Lei 8.666/93, como se processo licitatório fosse.

Afirma que a finalidade da seleção pública não é a assinatura de um contrato administrativo, a exemplo de uma licitação comum, mas de um “contrato de gestão”, cuja natureza é “convenial”, que tem por característica marcante a convergência de interesses entre os parceiros públicos e privados, sem finalidade lucrativa, sendo, pois, segundo o denunciante, indevida a exigência como comprovantes de qualificação econômico-financeira, para fins de habilitação, uma vez que “se revela um mecanismo ardil para inibir o interesse de potenciais parceiros nos vínculos colaborativos com o Estado”.

Para instruir seus argumentos citou o entendimento disposto no julgamento da ADI n. 1.923/DF, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, em que restou consignada a obrigação de se estabelecer, quando da celebração de contrato de gestão, procedimento público, impessoal e pautado por critérios objetivos, ainda que sem os rigores formais estabelecidos pela Lei n. 8.666/1993.

Os denunciados, por sua vez, instados para manifestarem acerca dos fatos apontados na presente Denúncia, esclareceram, fl. 147/153, peça 9 do SGAP, que o Chamamento Público é um procedimento que visa selecionar organização social para firmar parceria, de forma que seja garantida a observância aos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos. E, nesse contexto, explica que a Lei n. 8.666/93 é aplicada no procedimento em questão de forma meramente subsidiária, conforme se verídica no preâmbulo do edital.

No exame inicial, a Unidade Técnica, destacou o equívoco hermenêutico do denunciante quanto à decisão por ele mencionada do STF sobre a questão.

Elucidou que a decisão não estabeleceu qualquer impedimento à realização de licitação, ou utilização de dispositivos típicos desta modalidade, sendo apenas facultada a sua substituição por um procedimento menos formal, não sendo, pois, incompatível a aplicação das

disposições da Lei 8.666/1993 às hipóteses de formalização do contrato de gestão, previstas na Lei n. 9.637/98, conforme afirmado pelo denunciante.

Ressaltou também, excerto do julgado mencionado, no qual o STF equipara o contrato de gestão com o instrumento de natureza convenial, *in verbis*:

[...] contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de objetivo comum aos interessados.

Diante do entendimento estabelecido, concluiu a CFEL, que, nos termos do art. 116 da Lei n. 8.666/93, aplica-se aos contratos de gestão, naquilo que for cabível, a Lei 8.666/1993, por força de seu artigo 116, que dispõe: "*Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.*".

E para dirimir de vez a questão, trouxe o entendimento proferido pela 2ª Câmara deste Tribunal, nesse mesmo sentido, no julgamento do Edital de Licitação n. 1048016, sob a Relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão, publicado em 13/06/2019, tendo considerado, portanto, improcedente o apontamento denunciado.

Com arrimo no muito bem elaborado e fundamentado estudo apresentado pela Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação, bem como nos entendimentos firmados sobre o tema pelo STF e por este Tribunal de Contas, considero improcedente o presente apontamento denunciado, uma vez que não há óbice, no caso em tela, da utilização, ao Edital de Chamamento Público, de elementos tipicamente licitatórios como critérios objetivos de seleção, haja vista que a Lei n. 8.666/1993 deve ser aplicada, subsidiariamente, aos contratos de gestão, pela correspondência destes instrumentos com os convênios públicos.

2- Exigência de Capital Mínimo ou Patrimônio Líquido Mínimo, sem justificativas;

Dispõe o item 7.5, "h", do edital que as proponentes devem apresentar "*CAPITAL MÍNIMO equivalente a 10% do valor estimado para a futura contratação, devendo ser feita relativamente à data de apresentação da proposta, na forma da Lei, admitida a atualização ou PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO equivalente a 10% do valor estimado para a futura contratação.*"

Alega o denunciante que não há qualquer parâmetro objetivo ou justificativa idônea para fixação do percentual em seu nível máximo, previsto no artigo 31, §3º, da Lei 8.666/93.

Relata que o valor estimado para a contratação é de R\$ 10.800.000,00 (dez milhões e oitocentos mil reais), para o período de 12 (doze) meses. Assim, aplicando-se o método de cálculo previsto no instrumento convocatório, as Organizações Sociais interessadas devem possuir um capital social mínimo de R\$ 1.080.000,00 (um milhão e oitenta mil reais), para que possam celebrar uma parceria com o Poder Público, sendo tal exigência inaplicável, desproporcional e injustificada.

Os denunciados, em contra partida, informaram que tal exigência além de encontrar amparo legal, tem por finalidade avaliar a real capacidade do futuro "parceiro" ou "contratada" em cumprir, satisfatoriamente, o objeto contratual, considerando os compromissos já assumidos noutras avenças, haja vista que não é incomum situações em que contratado não pode ter condições de manter com as obrigações do contrato, ou por não ter competência estrutural ou financeira, e abandona a prestação dos serviços deixando dívidas e obrigações à

Administração, causando prejuízos ao erário público e conseqüentemente ao interesse público.

Ressaltaram que o próprio Município de Timóteo herdou obrigações financeiras trabalhistas, elevadíssimas, deixadas pelo Instituto Idheas, que mantinha contrato de gestão dos serviços de saúde do município em 2011/2012.

Analisada a manifestação apresentada, a Unidade Técnica salientou que tal exigência encontra respaldo legal no artigo 31, §§2º e 3º, da Lei 8.666/93, que dispõe: "*Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: [...] §2º o A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no §1º o do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado. §3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.*"

Ainda, que afigura razoável a preocupação da Prefeitura em se certificar da real capacidade financeira das interessadas para cumprir seus compromissos e arcar com os demais ônus decorrentes da contratação, dada a relevância e o interesse público inerentes aos serviços esperados pela Administração, reduzindo as possibilidades de eventuais interrupções na prestação dos serviços e assunção de dívidas e outros encargos provenientes de uma possível inadimplência da organização contratada.

Destacou, também, que a fixação dos documentos de habilitação, desde que inseridos nas hipóteses legais, é matéria afeta ao mérito administrativo e, que o rigor da Administração na avaliação da boa saúde financeira das interessadas é justificado, considerando a importância, a complexidade e o vulto dos serviços demandados.

Por fim, para corroborar com o seu entendimento, citou o julgado nos autos do Edital de Licitação n. 1015813, por mim relatado, no qual restou consignada a possibilidade de se exigir, no instrumento convocatório, a comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, desde que respeitado o limite de 10% do valor estimado para a contratação, *in verbis*:

EDITAL DE LICITAÇÃO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS, CÂMARAS DE AR E PROTETORES. REGULARIDADE. EXTINÇÃO DOS AUTOS COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO.

1. A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 da Lei n. 8.666/93, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

2. A exigência de capital social mínimo deve limitar-se a até 10% sobre o valor estimado da contratação, sob pena de restrição à competitividade.

(Edital de Licitação nº 1015813, Rel. Cons. Sebastião Helvécio, 1ª Câmara, acórdão publicado em 13/06/2019)

Concluindo esta Unidade Técnica pela improcedência da denúncia, quanto ao presente apontamento.

Seguindo a mesma linha de entendimento exposto na decisão mencionada, considerando que tal exigência encontra respaldo legal no artigo 31, §§2º e 3º, da Lei 8.666/93, considero improcedente o apontamento denunciado.

3- Exigência de Garantia Contratual e dos critérios de pontuação inapropriados, desproporcionais e restritivos;

Dispõe o item 21.1 do Edital:

XXI – DA GARANTIA CONTRATATUAL

21.1 – A empresa vencedora desta licitação se obriga a apresentar, no ato da assinatura do contrato, numa das seguintes modalidades, no valor de 5% (cinco por cento) da contratação:

- a) Caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;
- b) Fiança bancária;
- c) Seguro-garantia.

O denunciante apontou que a exigência de garantia contratual é aplicável somente aos contratos administrativos propriamente ditos, sendo que, no caso dos contratos de gestão, impõe restrições indevidas e elevadas ao desenvolvimento e aprofundamento das relações de parceria.

Ainda, que tal exigência deve sempre vir acompanhada de justificativas técnicas, o que não foi feito pela Administração.

Acrescentou, também, que a prestação de garantia contratual não deve ser feita concomitantemente à exigência de capital ou patrimônio líquido mínimo, nos termos do artigo 31, §2º, da Lei 8.666/1993, que utiliza em sua redação a conjunção alternativa “ou” ao tratar das duas modalidades de comprovação da qualificação econômico-financeira.

Mais, que se opõe aos critérios utilizados para seleção e classificação das propostas de trabalho por entender que não ficou demonstrada a compatibilidade de tais critérios com o objeto que se pretende desenvolver no âmbito do contrato de gestão, tais como, pontuações elevadas para certificações internacionais; comprovação de residência médica e conclusão de pelo menos uma turma em medicina de emergência.

Segundo o denunciante, o edital pontua experiência em gerenciamento de hospitais com estrutura superior à unidade referida no objeto, privilegiando eventuais interessados de maior porte, e, conseqüentemente, restringindo a participação de outros potenciais interessados, aptos a executarem os serviços adequados às necessidades da Prefeitura Municipal.

Por derradeiro, cita as disposições do item 6.8 do instrumento convocatório, que exige 11 (onze) leitos de observação adultos e/ou pediátricos e, no mínimo, 3 (três) leitos de emergência, enquanto o mesmo edital atribui pontuação para “comprovação de estrutura significativamente superior”.

Após a análise detida da documentação relativa à fase interna do certame, a Unidade Técnica verificou que o Edital de Chamamento Público n. 2/2019, foi retificado pela Administração, no dia 23/10/2019, conforme consta em “Resposta à Impugnação” de fl. 90/91, peça 10 do SGAP, uma vez que foi apresentada impugnação administrativa pela Associação Obras Sociais da Paróquia Nossa Senhora da Boa Viagem.

Destacou que tal decisão determinou as seguintes alterações:

- 1- Retificar a Cláusula VII – Da Proposta Técnica, Quadro Parâmetros de Seleção e Classificação das Propostas, págs. 11 e 12, e págs. 26 e 27 do Anexo I – Termo de Referência;
- 2 – Retificar a redação da pág.37 do Edital – Das Obrigações da Organização Social;
- 3 – Excluir a redação da pág.44 do Edital – Das Obrigações da Organização Social;
- 4 – Retificar a redação da pág.95 do Edital – item 5.2.17;
- 5 – Excluir a redação da pág.102 do Edital – item 5.2.91;
- 6 – Excluir a cláusula XXI – Da Garantia Contratual e subitens 21.1 a 21.2.

Tendo concluído, esta Unidade - diante da exclusão no edital dos parâmetros de seleção e classificação das propostas relativas aos critérios de certificação ISSO, NIAHO, residência médica, experiência em gerir hospitais com estrutura superior ao da unidade referida, ouvidoria e projeto de implantação da Política Nacional de Humanização, bem como a exigência de garantia contratual prevista nos itens 21.1 a 21.2 - pela improcedência do presente apontamento, considerando que os itens mencionados pelo denunciante não mais subsistem no instrumento convocatório.

Em face da exclusão, dos itens apontados pelo denunciante, conforme demonstrado na "Resposta à Impugnação", fl. 90/91, peça 10 do SGAP, considero improcedente o presente apontamento.

Das irregularidades apontadas na Representação (1084303 em apenso):

4- Não convocação das organizações sociais, assim qualificadas pela Prefeitura Municipal;

O Representante relatou que, no dia 6/9/2019, foi publicado Edital de Credenciamento n. 3/2019, com objetivo de qualificar Organizações Sociais para gerenciamento da Unidade de Pronto Atendimento – UPA, no âmbito do Município de Timóteo, tendo sido publicado o resultado do credenciamento no dia 18/9/2019, com emissão de certificado a 8 (oito) entidades, todas qualificadas como Organizações Sociais, entretanto, alega, que nenhuma destas entidades foi informada sobre a abertura do processo de Chamamento Público, objeto desta Representação, entendendo, pois, que restaram infringidos os preceitos da Lei 13.019/2014, que rege o processo de Chamamento Público e violados os princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos, previstos no mesmo diploma legal.

Em sua análise acerca do apontamento, a Unidade Técnica constatou que, inicialmente, houve equívoco do representante ao considerar a Lei 13.019/2014 como o dispositivo legal aplicável ao caso em tela, uma vez que a referida legislação estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, por meio dos instrumentos denominados “Termo de Colaboração” e “Termo de Fomento”, sendo que, o art. 3º, desta própria Lei (13.019/2014) excluiu do seu âmbito de aplicação os contratos de gestão, firmados com Organizações Sociais.

Esclareceu, que tais entidades permanecem regidas por legislação própria, Lei 9.637/1988 e que as lacunas existentes nesta lei ensejaram questionamentos quanto à sua constitucionalidade junto ao STF (ADI n. 1923/DF), que consignou, entre outros entendimentos, a obrigatoriedade de condução da celebração do contrato de gestão com Organizações Sociais mediante um procedimento “público impessoal e pautado por critérios

objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência da Administração Pública”, inferindo, portanto, esta Unidade Técnica, que a seleção de Organizações Sociais por parte da Administração Pública, far-se-á em observância ao o princípio da publicidade.

Após a elucidação da temática, a Unidade Técnica constatou que a primeira versão do Edital de Chamamento Público foi publicada, no dia 4/10/2019, em jornal de circulação local (fl. 44, peça 10 do SGAP), no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais (fl. 45, peça 10 do SGAP) e em jornal de grande circulação (fl. 46, peça 10 do SGAP), sendo que, a sua retificação foi publicada nos mesmo moldes, (fl. 96/99, peça 10 do SGAP), além disso, verificou também documentos relativos ao certame, tais como avisos, erratas e resultados disponíveis para acesso no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Timóteo, concluindo pela improcedência da representação quanto ao presente apontamento.

Considerando as informações trazidas pela Unidade Técnica, bem como da documentação acostada aos autos, considero que restou demonstrado a ampla divulgação do instrumento convocatório e suas posteriores modificações, em conformidade com o disposto no artigo 21, incisos II e III da Lei 8.666/93, aplicável, subsidiariamente, ao caso em análise.

5- Nova publicação do edital, sem reabertura dos prazos;

Segundo relatou o Representante, o Edital de Chamamento Público foi retificado no dia 24/10/2019, sem que a data para realização da sessão de julgamento das propostas fosse alterada, considerando, segundo alega o representante, que tais retificações poderiam modificar a formulação das Propostas Técnicas dos licitantes por se tratar de um processo que possui como critério de julgamento técnica e preço, de acordo com o art.45, §1º, III, da Lei Federal nº 8.666/1993, tendo a técnica peso referente a 65% (sessenta e cinco por cento) da nota final das licitantes, em afronta ao art.21, §4º da Lei 8.666/1993.

Os defendentes justificaram que o chamamento público, embora possa lembrar um procedimento licitatório, com publicação de edital, regras de participação e disputa, não é uma modalidade de licitação, e, portanto, não está atrelado aos comandos da Lei n. 8.666/1993.

Ainda, que o artigo 21, §4º, da Lei n. 8.666/1993, que trata da publicação do instrumento convocatório e suas respectivas modificações, faz referência apenas às modalidades de licitação concorrência, tomada de preço, concurso e leilão, nada dispondo acerca do chamamento público, mais, que as alterações promovidas no Edital em nada afetaram a formulação das propostas, pois se referiram a quesitos prévios e não são excludentes, motivo pelo qual não haveria necessidade de reabertura dos prazos.

Por derradeiro, informaram que 39 interessados, sendo 27 pessoas físicas e 12 pessoas jurídicas, adquiriram, tempestivamente, o edital junto ao sítio eletrônico do Município e se cadastraram para receber informações relativas ao certame.

Em sede de Reexame, a Unidade Técnica ressaltou o entendimento deste Tribunal de Contas, no sentido de que, em casos de chamamento público, o edital deve ser publicado nos termos do artigo 21, incisos II e III, da Lei n. 8.666/1993, ainda que não seja uma modalidade típica de licitação, ocasião em que, para corroborar a informação, citou a decisão exarada pela 2ª Câmara, nos autos de Tomada de Contas Especial n. 932712, sob a Relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, publicada em 26/09/2019.

Destacou também, que a retificação promovida no edital em questão, conforme já mencionado alhures, suprimiu do instrumento convocatório os parâmetros de seleção e

classificação das propostas relativas aos critérios de certificação ISSO, NIAHO, residência médica, experiência em gerir hospitais com estrutura superior ao da unidade referida, ouvidoria e projeto de implantação da Política Nacional de Humanização, bem como a exigência de garantia contratual prevista nos itens 21.1 a 21.2.

Nesse contexto, prosseguiu esta Unidade Técnica, que ao contrário do que afirmaram os defendentes, tais alterações se referem a aspectos importantes que devem ser considerados pelos licitantes, tanto na preparação da documentação exigida, como também na formulação de suas propostas, o que reforça a necessidade de nova publicação do edital e prorrogação dos prazos fixados inicialmente, tendo concluído pela procedência do presente apontamento.

Ressalto a obrigatoriedade de republicação das alterações editalícias, bem como da prorrogação dos prazos fixados inicialmente, ao teor do disposto no artigo 21, §4º, da Lei n. 8.666/1993, em garantia ao amplo conhecimento das disposições do instrumento convocatório, uma vez que, conforme frisado pela Unidade Técnica, tratam-se de alterações relevantes que podem repercutir na preparação da documentação exigida e/ou na formulação das propostas.

Isso posto, considero procedente o apontamento denunciado, entretanto, acorde a Unidade Técnica e ao Ministério Público junto ao Tribunal, deixo de aplicar multa aos gestores públicos uma vez que não restou demonstrado comprometimento ao caráter competitivo do certame, conforme muito bem observado pela CFEL, que consta na Ata de Abertura dos Envelopes (peça n. 13, cód. arq. 2120500, fls. 281/283), três organizações participaram da sessão pública: Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Social – IBDS; Hospital e Maternidade Therezinha de Jesus e Instituto Jurídico para Efetivação da Cidadania e Saúde – Avante Social e, ainda, que cerca de 30 interessados retiraram a íntegra do edital junto ao sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Timóteo e se cadastraram para receber informações relativas ao certame, sendo que nenhum deles se insurgiu contra o ponto em comento, conforme relatado na defesa.

Cabe neste caso recomendação aos gestores públicos municipais, quanto à obrigatoriedade de republicação dos Editais, no caso de alterações que possam interferir no conteúdo das propostas, bem como da reabertura dos prazos, inicialmente, estabelecidos, garantindo maior competitividade ao certame, nos termos do art. 21, §4º, da Lei nº 8666/9.

6- Da exigência de realização de visita técnica por “Representante Legal da Empresa Licitante”;

Dispõem os itens 4.5 e 4.6 do instrumento convocatório:

4.5 – A Organização Social interessada em participar do certame licitatório deverá proceder visita técnica ao local, conforme previsto neste edital, para tomar conhecimento detalhado das condições e peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos, avaliando e estudando “in loco”, nos termos do inciso III do Artigo 30 da Lei 8.666/1993.

4.6 – A visita técnica deverá ser realizada por Representante Legal da empresa licitante, devidamente identificado, até às 17:00 horas, do dia 31/10/2019, devendo ser agendada previamente, através do telefone: (31) 3847-7611, (31) 3847-7632 ou pelo e-mail fmstimoteo@gmail.com, de segunda à sexta-feira, no horário de 08:00 às 12:00 e de 14:00 às 17:00 horas.

O representante asseverou que o objeto da contratação não possui características específicas que tornem imprescindível a realização de visita técnica, uma vez que as Unidade de Pronto Atendimento onde serão prestados os serviços possuem padrão de construção e funcionamento além disso, alega que a Unidade Pronto Atendimento, em questão, estaria sem

os equipamentos que serão utilizados pela contratada, fazendo com que a visita fosse realizada somente à edificação.

Por derradeiro, insurgiu-se contra o prazo disponibilizado para agendamento e realização da visita técnica, de 4 (quatro) dias úteis, concluindo que a exigência contraria a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e os princípios da impessoalidade, moralidade e igualdade.

A defesa esclareceu que tal exigência foi, de fato, um erro material do instrumento convocatório, pois o que se pretendia era que a visita técnica fosse realizada por qualquer pessoa legitimada para tal.

Informou, ainda, que o objetivo era evitar que a visita fosse “realizada por quem não tivesse condições de compreender e responder pelas necessidades que afetariam o encargo das propostas e da execução do serviço” e, que não obstante a ocorrência do erro material, afirmou que não houve má-fé e, ainda, que não houve contestação por nenhuma das organizações interessadas no certame, além de não ter havido nenhum obstáculo à realização da visita técnica por pessoa que não fosse o representante legal da organização, e, por fim, que cinco entidades se apresentaram para realizar a visita técnica: Fundação São Francisco Xavier, Hospital e Maternidade Therezinha de Jesus, Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Social - IBDS, Instituto Jurídico para Efetivação da Cidadania e Saúde – Avante Social e Instituto Nacional de Gestão e Saúde – Insaúde.

No que se refere ao tema, a Unidade Técnica em exame preliminar, destacou que este Tribunal tem adotado o entendimento de que a visita técnica, em regra, deve ser uma faculdade colocada à disposição dos licitantes, admitindo-se apenas, em caráter excepcional, sua obrigatoriedade, ante às especificidades do objeto e com a devida justificativa por parte dos gestores no curso do processo licitatório, ocasião em que citou os julgados nos autos da Denúncia n. 1015885, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, em recente acórdão publicado no dia 04/06/2019 e Denúncia n. 980375, de relatoria do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, em acórdão publicado no dia 25/01/2019, nesse sentido.

Constatou, ainda, esta Unidade Técnica que as justificativas apresentadas para a exigência de realização de visita técnica (item 13 do Termo de Referência, fl. 61/62, peça 9 do SGAP) se mostram razoáveis diante da complexidade do objeto da contratação, conforme demonstrado no item 6 do Termo de Referência.

No que se refere ao prazo disponibilizado para agendamento e realização da visita técnica, de 4 (quatro) dias úteis, a CFEL asseverou que o edital não fixou data única, nem horário específico, para que os interessados realizassem a mencionada visita, mais, que também não impôs limitações de horário, exigindo-se, apenas, que seja realizada até às 17:00 horas do dia 31/10/2019, com agendamento prévio, por e-mail ou por telefone (item 4.6), sendo suficiente o tempo disponibilizado para realização da vistoria (23/10/2019, 28/10/2019, 29/10/2019, 30/10/2019 e 31/10/2019), haja vista que o edital retificado foi publicado no dia 24/10/2019, sendo prevista a data de abertura da sessão pública para o dia 07/11/2019.

Verificou, também, clareando ainda mais os fatos, que as interessadas ainda depuseram de um intervalo de quatro dias úteis entre os dois eventos (visita técnica e abertura da sessão) "para realizar eventuais adequações e reformulações no Plano de Trabalho, "em vista das singularidades porventura diagnosticadas durante a visita técnica.", tendo concluído que o apontamento não restringiu o caráter competitivo do certame, nem obstaculizou a participação de organizações que, por questões de localização geográfica, não teriam condições de realizar a visita técnica dentro do prazo assinalado no instrumento convocatório, conforme demonstrado na ata circunstanciada, fl. 281/283, peça 13 do SGAP, na qual três organizações participaram do certame, e nenhuma delas deixou de realizar a visita técnica, tendo

observado, ainda, que dentre todas as organizações que efetuaram a visita, nenhuma tem sede em Timóteo ou em Municípios próximo, demonstrando ampla participação de empresas sediadas em outras cidades, tendo concluído pela improcedência do apontamento.

Por outro lado, da análise minuciosa dos autos, realizada pela Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitações, conforme demonstrado por meio dos Relatórios Técnicos apresentados com riqueza de detalhes, observou-se irregularidade no item 4.6 do instrumento convocatório, ao exigir que a visita técnica seja realizada por “representante legal da empresa licitante”, uma vez que, conforme esclarecido pela CFEL, a jurisprudência deste Tribunal caminha no sentido de que a realização de visita técnica, quando imprescindível, não deve sofrer condicionantes, tais como a exigência de que seja realizada por representante legal, sócio administrador, responsável técnico ou profissional de nível superior, garantindo às licitantes a possibilidade de realizar a visita técnica por meio de qualquer preposto, à sua escolha (Denúncia n. 888144, Rel. Cons. Mauri Torres, 1ª Câmara, acórdão publicado em 07/05/2018 e Denúncia n. 896600, Rel. Cons. Mauri Torres, 1ª Câmara, acórdão publicado em 05/06/2018).

Diante do exposto, corroborando com o entendimento explanado pela Unidade Técnica, considero improcedente o apontamento constante da Representação diante das justificativas apresentadas para a exigência de realização de visita técnica (item 13 do Termo de Referência, fl. 61/62, peça 9 do SGAP) que se mostra razoável diante da complexidade do objeto da contratação, conforme demonstrado no do item 6 do Termo de Referência, entretanto, a exigência de que a visita seja realizada por “representante legal da empresa”, vai de encontro com o entendimento deste Tribunal, conforme citado alhures e, ainda, não encontra guarida no art. 30, inciso III, da Lei 8.666/1993, que, em momento algum, dispõe sobre a realização da visita técnica por pessoa específica, mas apenas que a qualificação técnica limitar-se-á à “comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação”.

Após a análise da defesa, a Unidade Técnica constatou que não foi apresentado nenhum fato e documento novos ou outras argumentações que já não constassem dos autos, capazes de elidir a irregularidade apontada no estudo técnico inicial, motivo pelo qual, pela irregularidade apontada pela Unidade Técnica.

Entretanto, considerando que não consta dos autos qualquer impedimento por parte da Administração Municipal à realização da visita técnica por pessoa não investida dos poderes de representação legal, além do que, não houve inabilitação em virtude da referida exigência, demonstrando ausência de prejuízo concreto à competitividade do certame.

Cabe aqui, recomendação aos responsáveis, para que, nos próximos certames licitatórios ou de chamamento público, a ser realizados pela Prefeitura, não haja restrição à realização de visita técnica, em conformidade com a jurisprudência deste Tribunal.

7- Declaração da vencedora sem apresentação de certidão negativa de débitos trabalhistas;

O representante relata que a prova de regularidade trabalhista se faz com a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, não podendo ser substituída por nenhum outro documento, a exemplo de certidão negativa de ações trabalhistas ou certidão expedida pela respectiva Delegacia Regional do Trabalho, tendo alegado que a Organização Social declarada vencedora do certame não possui regularidade trabalhista, sendo “devedora de diversos processos”, motivo pelo qual requer a nulidade do processo, em todas as suas etapas.

Em seu estudo, a Unidade Técnica verificou que a Organização Social vencedora no certame, Hospital e Maternidade Therezinha de Jesus, apresentou a Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeito de Negativa, fl. 202/203, peça 12 do SGAP, que foi devidamente conferida por esta Unidade, no sítio eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho.

Elucidando a questão, a CFEL informou que a certidão positiva com efeito de negativa foi equiparada à CNDT, por força do artigo 642-A, §2º da CLT, *in verbis*:

Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

[...]

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.

Neste mesmo sentido, trouxe o entendimento exarado pela 2ª Câmara deste Tribunal de Contas, no julgamento da Denúncia n. 886458, sob a Relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, publicado em 16/08/2017, no qual, por força do §2º, do art. 642, da CLT, não compete ao Administrador fazer distinção entre a certidão positiva com efeito de negativa e a CNDT, "de modo que, prevendo a aceitação de certidão negativa de débitos, deverá obrigatoriamente receber a certidão positiva com efeito de negativa como apta à comprovação da regularidade fiscal dos licitantes."

Por derradeiro, concluiu pela ausência de irregularidades na documentação apresentada pela entidade Hospital e Maternidade Therezinha de Jesus, no que concerne aos documentos de comprovação da regularidade trabalhista, considerando improcedente o presente apontamento.

Da análise detida dos autos, verifico que restou comprovada a regularidade fiscal da Organização Social declarada vencedora, considerando que restou observado o item 7.4, alínea "f", do edital, que exigiu a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) ou positiva com efeito de negativa, bem como a legislação trabalhista (art. 642-A e §2º), razão pela qual, desconsidero o presente apontamento constante da Representação.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto e alinhado aos posicionamentos da Unidade Técnica e do Ministério Público junto a este Tribunal, voto pela procedência parcial dos apontamentos constantes da presente Denúncia, bem como da Representação n. 1084303, em apenso, tendo em vista as seguintes irregularidade constatadas no Processo Administrativo n. 238/2019- Edital de Chamamento Público n. 2/2019, realizado pela Prefeitura de Timóteo:

- Alteração de itens do edital que poderiam interferir no conteúdo das propostas, sem a reabertura dos prazos, em desconformidade com o disposto no artigo 21, §4º, da Lei n. 8.666/1993, haja vista que, a prorrogação dos prazos inicialmente fixados, visa garantir aos interessados amplo conhecimento das disposições do instrumento convocatório, possibilitando a reformulação das propostas, caso necessário.
- Exigência de visita técnica realizada por representante legal da Organização Social (item 4.6), em desacordo com a jurisprudência deste Tribunal de Contas, no sentido de que deve ser permitida a realização da visita técnica, quando exigida pela Administração, por qualquer preposto das empresas ou organizações, a fim de ampliar a competitividade.

Deixo de aplicar multa aos responsáveis, pelas razões expostas na fundamentação e por entender que, no presente caso, não houve prejuízo no certame, haja vista que não restou demonstrado comprometimento ao seu caráter competitivo.

Recomendo ao atual gestor que, nos próximos certames, observe as formulações contidas na fundamentação deste voto.

Intimem-se os responsáveis e o atual gestor, por via postal, assim como o Ministério Público junto ao Tribunal na forma regimental.

Cumpridas as disposições deste voto e regimentais pertinentes, arquivem-se os autos, bem como seu apenso, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

* * * * *