

PROCESSO: TCE-RJ Nº 212.931-5/22

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE QUEIMADOS

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO

REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES IDENTIFICADAS EM EDITAL DE SELEÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL PARA GERENCIAMENTO DE ATIVIDADES, AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE NO HOSPITAL MATERNIDADE MUNICIPAL DE QUEIMADOS. ESCLARECIMENTOS INSUFICIENTES. AUSÊNCIA DE ADEQUADA PESQUISA DE PREÇOS. INDÍCIOS DE SOBREPREÇO. EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA MÍNIMA POR PERÍODO SUPERIOR AO PRAZO DA CONTRATAÇÃO. NOTIFICAÇÃO DO RESPONSÁVEL. COMUNICAÇÃO.

Trata-se de **Representação, com pedido de medida cautelar**, formulada pela sociedade de advogados Ricardo Horácio & Advogados Associados, pessoa jurídica inscrita no CNPJ nº 11.990.196/0001-25, em face do Edital de Seleção nº 02/2022, elaborado pela Prefeitura Municipal de Queimados, cujo objeto é a contratação de organização social para gerenciamento de atividades, ações e serviços de saúde no Hospital Maternidade Municipal, pelo prazo de 2 anos, no valor global estimado de R\$ 22.499.354,92.

Em breve síntese, alega a Representante que o instrumento convocatório restringe a ampla competição, em função da exigência prevista no item 3.5 do edital, a qual impede a participação de Organizações Sociais em funcionamento há menos de três anos. Aduz que o referido prazo não guarda compatibilidade com a Lei Municipal 1.067/2012 (art. 2º, inciso III), que trata da qualificação de Organizações Sociais, e estabelece como pré-requisito para a efetivação da qualificação o efetivo funcionamento há mais de um ano (art. 2º, inciso III).

Argumenta, ainda, que o item 6.2.1.4 do edital exige atestado de capacidade

técnica semelhante ao objeto licitado por um prazo de mínimo de três anos, ao passo que a contratação está prevista por um prazo inferior, de 24 meses. Neste ponto, também alega que os critérios de julgamento das propostas, descritos pelo item 8.3 do edital, são extremamente subjetivos.

Nesse contexto, sugere um possível direcionamento da seleção, eis que, em seu entendimento, as restrições mencionadas possibilitam a manipulação do resultado para atender um determinado licitante. Ademais, anexa aos autos notícia veiculada no Jornal Extra acerca de possível direcionamento no procedimento em comento.

Segundo o Representante, o instrumento convocatório também representa grave risco de dano ao erário, diante do aumento do valor da seleção em relação ao mesmo serviço hoje prestado pela atual contratada, além do fato de que a via eleita do Chamamento Público não seria adequada. Neste sentido, afirma que o mesmo objeto hoje é desempenhado pelo Instituto Social Se Liga, por meio do contrato nº. 50/2020, pelo custo de R\$ 16.271.432,76, conforme se extrai da publicação no Diário Oficial do Município, anexada à exordial.

Ao fim, argumenta que houve violação à ampla divulgação do certame, em função do exíguo prazo entre sua publicação - que ocorreu no dia 20.04.2022, frisa-se, apenas no diário oficial da Prefeitura - e a realização do chamamento público, que está agendada para o dia 10.05.2022. Segundo alega, considerando, em especial, a complexidade do objeto da seleção, referido prazo é incapaz de possibilitar a ampla participação dos interessados.

Trata-se da terceira submissão desta Representação à apreciação deste Tribunal. **Na última apreciação do feito**, foi proferida decisão plenária datada de 29.06.2022, indeferindo o pedido cautelar de suspensão da licitação e determinando a comunicação do Jurisdicionado, nos seguintes termos:

I - pelo **CONHECIMENTO** da Representação, por se encontrarem presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 58 do Regimento Interno e no art. 9º-A da Deliberação TCE-RJ nº 266/16;

II - pelo **INDEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA** requerida, pelos motivos expostos neste voto;

III - pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Secretário Municipal de Saúde de Queimados, com base no art. 26, § 1º, do Regimento Interno, para que tome ciência da decisão desta Corte e, **no prazo de 15 (quinze) dias**, adote as seguintes providências:

- a) junte a pesquisa de preços realizada na fase interna do certame;
- b) junte aos autos o termo de referência que acompanhou o edital de seleção nº 02/2022;
- c) apresente esclarecimentos quanto à existência de estudo prévio que justifique o tempo mínimo de 3 (três) anos de experiência prévia do licitante, superior ao prazo de vigência inicial do contrato de gestão a ser celebrado, que é de 2 (dois) anos, de acordo com o item 2.1 do edital;
- d) inclua o edital, o contrato e demais atos do certame ao Sistema Integrado de Gestão Fiscal (SIGFIS) do TCE-RJ, conforme disposto nas Deliberações TCE-RJ nº 281/2017 e nº 312/2020 e especificações constantes no Manual de Operação do SIGFIS;

IV - pela **EXPEDIÇÃO de OFÍCIO** à Representante, a fim de que tome ciência da decisão desta Corte.

Em atendimento, o Jurisdicionado apresentou esclarecimentos através do documento TCE-RJ nº 14.102-4/2022, a cujo respeito o Corpo Instrutivo, após análise, assim se manifestou conclusivamente:

1. **COMUNICAÇÃO** ao atual Secretário Municipal de Saúde de Queimados, com base no art. 26, § 1º, do Regimento Interno, para que, em prazo a ser fixado pelo Egrégio Plenário, apresente:

- a. Pesquisa de preços realizada na fase interna do certame;
- b. Termo de referência e estudo técnico preliminar pertinentes ao edital de seleção nº 02/2022, de forma completa e em ordem sequencial;
- c. Esclarecimentos quanto ao acréscimo de quase seis milhões de reais do presente contrato, fruto do edital de seleção nº 02/2022, em comparação com o contrato de gestão anterior, nº 50/2020, anexando comprovação do alegado;

2. **NOTIFICAÇÃO** à atual Secretária Municipal de Saúde de Queimados, Sra. Marcelle Nayda, com base no art. 26, § 2º, do Regimento Interno, para que, em prazo a ser fixado pelo Egrégio Plenário, apresente razões de defesa quanto ao indício da irregularidade de exigência de experiência anterior mínima superior ao prazo inicial do contrato, a qual fere o princípio da competitividade.

3. **EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO** ao representante, para ciência acerca da decisão proferida.

O Ministério Público de Contas, representado por seu Procurador-Geral, Dr. Henrique Cunha de Lima, acompanhou a Instrução.

É o Relatório.

Na última decisão proferida no feito, o Plenário desta Corte reputou prudente prosseguir com a apuração de algumas das irregularidades apontadas na Representação, motivo pelo qual foi expedida comunicação ao Jurisdicionado para que (i) juntasse aos autos a pesquisa de preços realizada na fase interna do certame (item III.a) e o termo de referência que acompanhou o edital de seleção nº 02/2022 (item III.b); (ii) apresentasse esclarecimentos quanto à existência de estudo prévio apto a justificar a exigência de tempo mínimo de experiência prévia do licitante de 3 (três) anos (item III.c) e; (iii) incluísse o edital, o contrato e demais atos no SIGFIS.

Em sua resposta, o Jurisdicionado sustenta a inexistência de qualquer irregularidade no procedimento e, a fim de corroborar com sua tese de defesa, junta aos autos a cópia do processo administrativo referente ao Edital de Seleção nº 02/2022.

Passo a expor, a seguir, os **esclarecimentos apresentados** pelo Jurisdicionado em atendimento à decisão plenária de 29.06.2022.

Inicialmente, em atendimento às determinações contidas nos itens III.a e III.b, a municipalidade anexou o Termo de Referência e a Pesquisa de Preços, razão pela qual estes itens podem ser considerados atendidos.

Com relação ao item III.c, que solicitou informações acerca da existência de estudo prévio apto a justificar a **exigência do tempo mínimo de 3 (três) anos de experiência prévia dos licitantes**, o Jurisdicionado apresenta o Estudo Técnico Preliminar e defende a regularidade da exigência, sustentando que teria sido incluída no edital para garantir a celebração de ajuste com organização social com experiência na execução dos serviços.

Afirma que a Lei Municipal nº 1.067/12, em seu art. 2º, inciso III¹, indica o prazo mínimo de 1 ano para a **qualificação** da entidade como organização social no âmbito do município de Queimados, e **não para a celebração de contrato de gestão**, sendo certo que o prazo e requisitos para a qualificação são menos exigentes que os previstos no chamamento público em análise, uma vez que *“este tem o escopo de selecionar e melhor organização social, aquela objetiva unicamente credenciar quaisquer entidades minimamente aptas a participar do processo de seleção”*.

Destaca, ainda, que o Decreto Municipal nº 1.453/12, em seu art. 20, inciso IV, estabelece que deve ser exigida a comprovação de experiência técnica para desempenho da atividade objeto do contrato de gestão, que se limitará, conforme §2º, à demonstração, pela entidade, de sua experiência técnica e gerencial na área relativa à atividade a ser executada, ou pela capacidade técnica do seu corpo dirigente e funcional, podendo ser exigido, conforme recomende o interesse público, e considerando a natureza dos serviços a serem executados, **tempo mínimo de experiência, sem impor período específico**.

Por fim, cita a Instrução Normativa nº 02/2008 que, em seu art 19, §5º, inciso I, dispõe a possibilidade de que a Administração Pública exija do licitante a comprovação da execução dos serviços de terceirização por, no mínimo, 3 anos² e a Lei nº 13.019/14³ que, ao tratar das parcerias entre a Administração Pública e as

¹ Art. 2º - São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como Organização Social:

[...]

III - estar constituída há pelo menos 01 (um) ano no pleno exercício das atividades citadas no caput do art. 1º desta lei.

² Art. 19. Os instrumentos convocatórios devem conter o disposto no art. 40 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, indicando ainda, quando couber:

[...]

§ 5º Na contratação de serviços continuados, a Administração Pública poderá exigir do licitante:

I - comprovação de que tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 (três) anos.

³ Art. 33. Para celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por normas de organização interna que prevejam, expressamente: [...] V - possuir: a) no mínimo, um, dois ou três anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica

organizações da sociedade civil, prevê o requisito de que estas organizações possuam, no mínimo, de um a três anos de existência.

Após análise de todos os argumentos e documentos apresentados pelo Jurisdicionado, o Corpo Instrutivo os considerou insuficientes para afastar as irregularidades apontadas na presente Representação.

No que tange ao **indício de sobrepreço e ausência de pesquisa de preço** capaz de justificar o expressivo aumento de valor da contratação, quando comparado ao ajuste atualmente em curso, as instâncias técnicas relatam que a adequada análise restou prejudicada uma vez que tanto o Estudo Técnico Preliminar, quanto o Termo de Referência, juntados aos autos, foram encaminhados de forma incompleta, desordenada e com páginas faltantes.

Ressaltam, ainda, que na documentação apresentada não há referência aos valores praticados na contratação anterior, tampouco aos serviços que tenham sido alterados e/ou acrescidos, a fim de justificar a diferença de quase 6 milhões.

Por tais motivos, conclui o corpo técnico desta Corte que **não foi apresentada justificativa para o expressivo aumento no valor da contratação**, entendimento com o qual corroboro.

Conforme já destacado na decisão plenária anterior, não foram juntados aos autos os documentos necessários à análise da pesquisa de preços realizada e, apesar de concedida nova oportunidade ao Jurisdicionado, como bem destacado pelas instâncias técnicas *“constata-se que o estudo técnico preliminar, bem como o termo de referência, pertinentes ao Edital de Seleção nº 02/2022, foram encaminhados de forma incompleta, com páginas faltantes e de forma desordenada, prejudicando o adequado exame dos mesmos. Ademais, no documento juntado não há referência aos valores já praticados no contrato anterior e os aumentos do contrato atual que justificassem a*

- CNPJ, conforme, respectivamente, a parceria seja celebrada no âmbito dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Estados e da União, admitida a redução desses prazos por ato específico de cada ente na hipótese de nenhuma organização atingi-los”.

diferença de quase seis milhões a mais no instrumento atual”.

No entanto, discordo da sugestão do corpo técnico quanto ao envio de nova comunicação ao Jurisdicionado para que apresente os esclarecimentos pertinentes, pois entendo que tal oportunidade já lhe foi conferida, cabendo, neste momento a sua **notificação para que apresente razões de defesa quanto à irregularidade identificada.**

Com relação ao **impedimento de participação de pessoas jurídicas constituídas há menos de 3 anos, exigindo o edital, em seu item 3.5⁴, o tempo mínimo de 3 anos de experiência,** concordo com o posicionamento do Corpo Instrutivo que considerou os esclarecimentos prestados insuficientes.

Apesar de devidamente instado a justificar o tempo mínimo exigido pelo instrumento convocatório, o Jurisdicionado se limitou a afirmar que tal exigência busca garantir a celebração de ajuste com organização social que detenha experiência e apresentou, a título exemplificativo, normas que teriam se utilizado do mesmo critério.

Ocorre que, em nenhum momento foi questionada a mera exigência de experiência anterior, mas sim o **prazo de 3 anos estabelecido, que se mostra superior ao tempo de duração do contrato, que seria de 2 anos** e, no entanto, o responsável não apresentou fundamentos aptos a justificá-lo, cabendo destacar que, como bem identificado pelas instâncias técnicas, os instrumentos normativos apresentados pelo Jurisdicionado não contemplam a esfera municipal.

Transcrevo, por oportuno, trecho do Acórdão nº 7164 proferido pelo Tribunal de Contas da União, onde restou sedimentado o **entendimento de que a exigência de experiência anterior em tempo superior ao prazo inicial do contrato deve ser objeto de adequada fundamentação baseada em estudos prévios,** citando, inclusive, outros acórdãos em que foi adotado o mesmo posicionamento. Vejamos:

⁴ 3.5. Não serão admitidas nesta Seleção as Organizações Sociais que possuam menos de 3 (três) anos de atividades semelhantes ao objeto, qual seja, gerenciamento e execução de atividades, ações e serviços de saúde, contados desde a sua fundação.

Contudo, a **adoção indiscriminada da exigência de comprovação de experiência por prazo não inferior a três anos, mesmo para contratos que preveem lapso inicial inferior, levou este Tribunal a rever seu posicionamento, para exigir que, nesses casos, a exigência deve estar respaldada por justificativa técnica fundamentada**, conforme se pode observar em trecho do voto proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, que resultou no Acórdão 2870/2018-TCU-Plenário, citado pelo representante na inicial, após discorrer sobre o caráter restritivo da exigência:

'Por se tratar de exigência de qualificação com potencial de restringir o caráter competitivo do certame e o desenvolvimento do setor em que se insere o objeto da contratação, a experiência anterior em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação e na experiência pretérita do órgão contratante, que indiquem ser tal lapso indispensável para assegurar prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade. Convém, também, que o órgão contratante sopesse os reflexos da restrição no desenvolvimento do setor do serviço pretendido.

A exemplo de zeladoria, limpeza, conservação e dedetização de grupos sanitários, lavatórios e vestiários, há atividades em relação às quais não me parece que a empresa com 3 anos de experiência tenha melhores condições de execução a contento do que outra que tenha executado quantitativo equivalente em prazo inferior.

Nesse sentido, fez bem o MPOG ao prever, no 10.6 do anexo VI da Instrução Normativa 5/2017, a possibilidade de a Administração exigir experiência mínima de 3 anos, em vez de determinar, como lhe havia recomendado o TCU. Teria feito ainda melhor se houvesse assinalado que essa possibilidade está restrita aos casos em que as circunstâncias da prestação do serviço a ser contratado assim recomendem.'

11. Nota-se a citação explícita, no acórdão supracitado, dos serviços de limpeza, que são exatamente o objeto do Pregão 55/2019 aqui discutido, indicando que, para esses serviços, não parece ser adequada e necessária a exigência de três anos de experiência.

12. Ainda no mencionado Acórdão 2870/2018-TCU-Plenário (Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) , o Tribunal deliberou:

'9.2. dar ciência à Universidade Federal de Goiás (UFG) de que:

9.2.1. para fins de qualificação técnico-operacional, pode ser exigida comprovação de experiência mínima de três anos, na execução de serviços continuados compatíveis em características e quantidades com o objeto da licitação, executados de forma sucessiva e não contínua, a teor do disposto nos subitens 10.6, b, e 10.6.1 do anexo VI da Instrução Normativa 5/2017, do Ministério do Planejamento, Orçamento de Gestão (MPOG), desde que as circunstâncias específicas da prestação do serviço assim recomendem, o que deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação e na experiência pretérita do órgão contratante.'

13. Também consta determinação semelhante no Acórdão 14.951/2018-1ª Câmara, também da relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, no seguintes termos: **'Para fins de qualificação técnico-operacional, pode-se exigir comprovação de experiência mínima na execução de serviços continuados semelhantes ao objeto da contratação em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato, desde que as circunstâncias específicas da prestação do serviço assim o exijam, o que deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada na experiência pretérita do órgão contratante e em estudos prévios à licitação'.**

14. Mais recentemente, essa posição do TCU foi reforçada no Acórdão 2785/2019-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, que assim deliberou:

'9.4. dar ciência à 1ª Divisão de Exército - 1ª DE/CML/MD, com fundamento no art. 7º da Resolução - TCU 265/2014, por intermédio do Centro de Controle Interno do Exército, consoante a Portaria-TCU 488/1998, sobre a seguinte impropriedade/falha relativa à exigência de atestados de capacidade técnica-operacional para fins de qualificação técnica identificada no Pregão Eletrônico 16/2019, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras semelhantes:

9.4.1. ausência de estudo prévio à licitação para fundamentar a exigência, para fins de habilitação do licitante, do tempo mínimo de experiência anterior em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato, que indique ser tal lapso indispensável para assegurar prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade, consoante entendimento

contido no Acórdão 2870/2018-TCU-Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues.'

Neste aspecto, corroboro com a sugestão formulada pelas instâncias técnicas para que seja expedida **notificação ao responsável a fim de que apresente razões de defesa quanto à irregular exigência de experiência anterior mínima superior ao prazo inicial do contrato**, a qual fere o princípio da competitividade.

Reputo pertinente, ainda, a fim de possibilitar a futura análise da regularidade da contratação, determinar que o Jurisdicionado apresente toda a documentação referente ao Edital de Chamamento 02/2022, especialmente as atas de realização identificando os participantes da licitação.

Por fim, verifico que o item III.d da decisão plenária anterior, que determinou a inclusão do contrato e demais atos do certame ao Sistema Integrado de Gestão Fiscal (SIGFIS) do TCE/RJ, restou devidamente atendido pela municipalidade.

Pelo exposto, posiciono-me **parcialmente de acordo** com a proposta do Corpo Instrutivo e com o parecer do douto Ministério Público Especial, pois considero despiciendo o envio de nova comunicação ao Jurisdicionado reiterando as determinações já formuladas na decisão anterior, e considero pertinente a expedição de notificação ao responsável para a apresentação de razões de defesa ante as irregularidades identificadas.

VOTO:

I. Pela **NOTIFICAÇÃO** à atual Secretária Municipal de Saúde de Queimados, Sra. Marcelle Nayda Pires Peixoto, com base no art. 26, §2º do Regimento Interno deste Tribunal, para que, **no prazo de 15 (quinze) dias** apresente razões de defesa quanto às seguintes irregularidades praticadas no âmbito do Edital de Seleção nº 02/2022:

I.1. Ausência da adequada pesquisa de preços que justifique o acréscimo de

quase seis milhões de reais do presente contrato, fruto do edital de seleção nº 02/2022, em comparação com o contrato de gestão anterior, nº 50/2020, anexando comprovação do alegado;

I.2. Divulgação de edital contendo a irregular exigência de experiência anterior mínima superior ao prazo inicial do contrato, a qual fere o princípio da competitividade.

II. Pela **COMUNICAÇÃO** à atual Secretária Municipal de Saúde de Queimados, com base no art. 26, § 1º, do Regimento Interno, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, apresente toda a documentação referente ao Edital de Chamamento 02/2022, especialmente suas atas de realização contendo a listagem dos participantes.

III. Pela **COMUNICAÇÃO** à Representante, nos termos do artigo 26, §1º, do Regimento Interno deste Tribunal, para que tome ciência da presente decisão.

GCS-2,

ANDREA SIQUEIRA MARTINS
CONSELHEIRA SUBSTITUTA