DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB - 111/2019

PROCESSO TC/MS	: TC/10352/2019
PROTOCOLO	: 1995420
ÓRGÃO	: COMPANHIA DE GÁS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: RUDEL ESPINDOLA TRINDADE JUNIOR
TIPO DE PROCESSO	: PROCEDIMENTO PRÉVIO ADMINISTRATIVO
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

PROCEDIMENTO PRÉVIO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – MSGÁS - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DESCRITAS NA LEI Nº 13.303/2016 – RESPOSTA À INTIMAÇÃO – REGULARIDADES – MANUTENÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO - ARQUIVAMENTO.

Vistos, etc.

Consta dos autos que se trata de procedimento licitatório na modalidade de Pregão Presencial nº 09/2019, instaurado pela Companhia de Gás do Estado de Mato Grosso do Sul - MSGÁS, tendo como objeto a aquisição de tubos de polietileno de alta densidade – PEAD.

A Divisão de Fiscalização de Contratação Pública, Parcerias e Convênios deste Tribunal de Contas enviou a Comunicação Interna, CI nº 171/2019, a este Conselheiro certificando que realizou análise do conteúdo do referido procedimento licitatório em que destacou algumas irregularidades, opinando pela adoção de medida cautelar para suspensão da sessão pública para recebimento das propostas, marcada para 25/09/2019.

A equipe técnica apontou, em suma, a insuficiência da pesquisa de preços realizada com base em orçamentos solicitados via e-mail para quatro empresas privadas, bem como a possível violação ao art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006, em face da ausência de reserva de cotas às microempresas nos percentuais descritos na referida legislação.

Descreveu a ausência de regras no edital informando aos licitantes o dever de cumprir a Diretriz de Segurança para Movimentação, Transporte e Armazenamento de Cargas, tampouco a existência de documento em anexo ao edital para que os interessados tomassem conhecimento das obrigações a serem assumidas no contrato e em quais condições o produto adquirido deve ser entregue à contratante.

Foi observado, também, inobservância das exigências legais quanto ao parecer técnico emitido, haja vista que não avalia nem fundamenta os aspectos de legalidade do procedimento, podendo caracterizar futura responsabilidade solidária do parecerista.

Além disso, declarou a ausência de justificativa do quantitativo e de estudo técnico preliminar e, por fim, a falta de Termo de Referência, exigência contida no artigo 19 do Regulamento Interno de Licitações e Contratos RILC/MSGÁS, apontando para possível irregularidade do procedimento.

Ao receber os autos no gabinete, este Relator, por meio do Despacho DSP –G.WNB-33397/2019, fls. 183-185, determinou a intimação da autoridade responsável para que em 05 dias prestasse informações sobre as possíveis irregularidades.

Em resposta, a MSGÁS apresentou justificativa rebatendo os pontos apresentados pela equipe técnica, ressaltando, sobretudo, que a Empresa submete-se às regras da Lei nº 13.303/16 e de suas Normas Internas, em especial ao Regulamento Interno de Licitações e Contratos – RILC/MSGÁS, não se aplicando as determinações da Lei nº 8.666/93.

Por fim, afirma que obedeceu a todos os preceitos legais, afastando, dessa forma a alegação de vício no edital.

É o relatório.

Esclarece-se inicialmente que se trata de procedimento licitatório

realizado por sociedade de economia mista, a qual é regida pelas normas descritas na Lei nº 13.303/16, que no art. 28 estabelece:

> "Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

Com relação à alegação do Órgão Técnico referente à insuficiência de pesquisa de preços realizada pela licitante, o jurisdicionado informou que "*...atendeu plenamente aos requisitos do art. 12 do RILC/MSGÁS. Inclusive, atendeu aos requisitos previstos no art. 2°, IV c/c § 2° do mesmo artigo, da Instrução Normativa nº 03/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.*" (fls. 194)

Verifica-se que na presente licitação, houve a ampla pesquisa de mercado, com a consulta de quatro empresas.

Não é razoável, portanto, exigir que a licitante confrontasse os preços apresentados com os praticados pela Superintendência de Compras e Suprimentos, haja vista que essa é uma prática somente adotada por determinados órgãos, sem nenhuma regulamentação estabelecendo essa metodologia, razão por que não pode ser imposta a todos os entes públicos.

Em face do poder discricionário que é concedido ao gestor para administrar a coisa pública, não se pode interferir no *modus operandi* da prática dos atos, desde que a forma de realização esteja dentro dos requisitos legais, pois seria o caso de interferir no mérito administrativo do ato, o que é expressamente vedado.

Aliás, os métodos utilizados para realizar a pesquisa de mercado nas licitações não são pacíficos, pois o próprio Tribunal de Contas da União já entendeu ser suficiente a consulta de pelo menos duas empresas e no presente caso foram

consultadas 4 empresas:

> "Promova, em todos os procedimentos licitatórios, a realização de pesquisa de preços em pelo menos duas empresas pertencentes ao do objeto licitado ou consulta a sistema de registro de preços, visando aferir a compatibilidade dos preços propostos com os praticados no mercado, nos termos do disposto no inciso V, § 1º, art. 15 e inciso IV, art. 43, da Lei nº 8.666, de 1993 e Decisões nºs 431/1993-TCU Plenário, 288/1996-TCU Plenário e 386/1997-TCU Plenário." (Acórdão 828/2004, Segunda Câmara)."

Além disso, não é certo afirmar que o menor preço sempre será a melhor opção para a Administração Pública, considerando a qualidade dos materiais a serem ofertados, o que também não se apresenta como regra que o maior preço será desvantajoso, tornando, portanto, necessária a efetivação de pesquisa de preços para realizar a média dos valores apresentados e assim chegar a um montante que apresente o melhor custo/benefício para a compra dentre os praticados no mercado, como ocorreu neste caso.

Dessa forma, afasta-se a alegação de insuficiência na pesquisa de preços realizada.

A Divisão de Fiscalização apontou possível violação ao percentual reservado às microempresas.

Sobre essa questão, deve-se considerar primeiramente o fato de que a própria Lei Complementar nº 123/2003 ressalta a possibilidade de afastamento dos privilégios a essas empresas quando houver ausência de vantagem para a Administração ou existência de prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser licitado, sendo que na resposta à intimação constou:

> "É relevante observar, o parcelamento do objeto licitado em cota de até 25%,implicaria em solução menos vantajosa para a MSGÁS, prejudicando o conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. Isto porque, além de ocasionar o aumento do custo

> decorrente da produção parcelada ou em baixa/menor escala dos tubos (prejuízo à produção em larga escala pela empresa fabricante-licitante), também ocasionaria o aumento do custo com o transporte/frete parcelado dos produtos (carga fechada e necessariamente exclusiva dos tubos). Vale dizer, haveria perda de economia na produção e no transporte em grande escala dos tubos em PEAD se comercializados e transportados parceladamente pela fabricante.
>
> Ademais disso, as empresas licitantes são fabricantes de tubos em PEAD, razão pela qual os grandes fornecedores (licitantes) são as próprias fabricantes que comercializam os tubos diretamente (POLIERG, FGS BRASIL, TIGRE, CORR PLASTIK, POLITEJO BRASIL, KANAFLEX), **não havendo, por isso, fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente**.
>
> Portanto, não se aplica a reserva de cotas às micro e pequenas empresas, tendo em vista que, no presente caso, não há um mínimo de 3 (três) fornecedores **competitivos** (leia-se: detentores de preços competitivos) enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente, porquanto as empresas licitantes são as próprias fabricantes, detentoras dos menores preços e que comercializam diretamente o produto; e, ainda, porquanto o tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas **não se mostra como a solução mais vantajosa para a MSGÁS**, nos termos do art. 49 da LC .123/06." (fls. 196-197)

Entende-se, portanto, justificada a ausência de todos os benefícios descritos na legislação para participação de microempresas e empresas de pequeno porte no presente edital.

Em seguida, foi apontado também pela Divisão de Fiscalização de Contratação Pública falha no edital quanto à previsão de regras informando aos lici-

tantes sobre o dever de cumprir as Diretrizes de Segurança para Movimentação, Transporte e Armazenamento de Cargas em caso de contratação.

Em sua resposta, a Empresa MSGÁS esclareceu:

> "Numa leitura mais atenta do edital, verifica-se que ***a Diretriz de Segurança para a movimentação, transporte e armazenamento de cargas integra o instrumento convocatório, está prevista no item 14 do edital (Anexo M - Documentos de SMS) e no item 17.1 (cláusula décima sétima - Diretriz de SMS) da minuta do contrato, disponível para download pelos licitantes no site da MSGÁS.***
>
> (...)
>
> De igual maneira, numa leitura atenta do edital, verifica-se que as obrigações do contratado estão devidamente previstas na Cláusula Quinta da minuta do Contrato (Anexo N do Edital), dispondo sobre as obrigações de fornecimento do produto, bem como estão previstas na Cláusula Oitava da minuta do contrato as condições de entrega e recebimento dos produtos, e, ainda, na Cláusula Décima os prazos de entrega dos produtos." (fls. 200-201)

Nessa matéria, deve-se considerar o fato de que o edital vincula a contratação e, por isso, todos os documentos constantes do edital e do contrato, ainda que juntados em anexo, devem ser observados e considerados pelos contratantes.

Com efeito, se houve a menção no edital da existência de documento em anexo sobre a Diretriz de Segurança, certamente o contratante tem a obrigação de consultar, não caracterizando falha no edital.

Em razão desses fatos, não há indícios de irregularidades nesse ponto, a fim de justificar a suspensão da licitação.

Em relação à possíveis falhas no parecer jurídico apresentado nos autos, constou da resposta:

"Inicialmente, cumpre esclarecer que na fase licitatória interna da MSGÁS são emitidos dois pareceres. O primeiro em relação à legalidade do procedimento, e o segundo em relação à minuta do edital e do contrato. Percebe-se que a Divisão de Fiscalização não analisou o parecer jurídico de fls. 30, querendo atribuir falha ao parecer de fls. 118 ao que já fora analisado no parecer anterior, analisando a legalidade da licitação a ser realizada.

(...)

As minutas-padrão, analisadas previamente por esta GEJUR, 12 foram aprovadas pelas instâncias competentes da MSGÁS, 13 de forma que o parecer em questão se refere tão somente a excesso de zelo por parte da administração, pois seria desnecessária sua - elaboração.

Informamos também que a sistemática de minutas-padrão também é adotada pela administração direta, sob o regime da Lei 8.666/93, como por exemplo no Estado do Paraná, dispensando até mesmo a necessidade de manifestação jurídica em casos específicos. 14 Ressaltamos, porém, que a Lei 13.303/16 permite a utilização de minutas padrão de maneira mais ampla, conforme acima explicado, pois um de seus objetivos foi exatamente a desburocratização dos processos licitatórios das empresas públicas para dar maior celeridade e agilidade à realização de compras e contratação de serviços em prol da atividade empresarial.

(...)

Portanto, acreditamos, analisados em conjunto, os pareceres emitidos no processo licitatório em questão vão até mesmo além dos requisitos legais, tendo em vista a existência de minutas padrão aprovadas pela Diretoria Executiva, atendendo às previsões da Lei 13.303/16 e às regras previstas no RILC. Ressaltamos que a crítica quanto à análise da legalidade do

> procedimento licitatório em relação ao Parecer de fls. 118 é descabida, tendo em vista que a referida análise foi realizada no Parecer de fls. 30, e além disso as minutas em questão são padrão, tendo sido previamente analisadas pela GEJUR e aprovadas pela Diretoria Executiva." (fls. 202-205)

Com efeito, se foram apresentados dois pareceres, um quanto à legalidade do procedimento e outro sobre a minuta do edital e do contrato, certamente houve a observância da determinação legal neste aspecto, sem mencionar o fato de que a Lei nº 13.303/16 exige a manutenção de minutas-padrão para as empresas contratantes, nas quais são estabelecidos previamente elementos necessários para as licitações.

Neste tópico, restou afastado o possível vício descrito na Análise feita pela equipe técnica deste Tribunal.

Por fim, a Divisão Técnica ressaltou a ausência de justificativa do quantitativo e de estudo técnico preliminar.

Quanto a este aspecto, verifica-se dos autos que foi juntado o "Termo de Contratação/Aquisição – TCA", no qual descreve o objeto, a justificativa da contratação, o valor de referência e o método de orçamentação, a existência do produto em estoque, dentre outras informações.

Constata-se, ainda, da Ata da 967ª Reunião da Diretoria Executiva da MSGÁS, autorizando a realização do procedimento licitatório, que esta licitação teve por objeto atender ao "plano de expansão da RDGN em Campo Grande e Três Lagoas, e a demanda de novos clientes captados para 2019/2020", (fls. 43).

Nesses termos, considerando que a empresa licitante obedece a regras específicas de licitação e que o procedimento foi instaurado para atender ao plano de expansão, além de ter sido juntado Termo de Contratação/Aquisição, no qual há elementos integrantes do Estudo Técnico Preliminar, conclui-se pela observância das regras legais que regulamentam a licitação.

Assim, diante das justificativas apresentadas pela Empresa Licitante, nas quais demonstra a regularidade formal do Edital aqui analisado, não restou caracterizada nenhuma situação que justifique a aplicação de suspensão do procedimento licitatório neste momento.

Outrossim, apresenta-se oportuno destacar que, recentemente a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), sofreu alterações pela Lei nº 13.655/2018, apontando a necessidade de se observar o princípio da razoabilidade nas decisões das esferas administrativa, controladora e judicial.

Especificamente, no *caput* do art. 22 da LINDB, oferta-se um parâmetro de realidade relevantíssimo em matéria de hermenêutica, qual seja:

> "Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados."

Com efeito, conclui-se que, conquanto a equipe da Divisão Técnica deste Tribunal tenha apresentado análise apontando possíveis falhas no processo licitatório, esclarece-se que diante dos esclarecimentos apresentados, as observações não são suficientes para, neste juízo de cognição sumária, justificar a adoção de medida excepcional como a cautelar, suspendendo da presente licitação, cujo procedimento não deve sofrer solução de continuidade quando não houver fatos concretos que demonstrem irregularidades na licitação.

Ressalte-se que esta decisão não impede a continuidade da fiscalização por este Tribunal do procedimento licitatório, bem como a apreciação de situações novas.

Diante do exposto e pelos fundamentos descritos, considerando a insuficiência de fatos para embasar a suspensão do edital, **DETERMINO O ARQUIVAMENTO DOS DOCUMENTOS,** com fundamento no art.152, II, do RITCE/MS, Resolução nº 98/2018.

INTIMEM-SE os responsáveis pela Licitação, para tomarem conhecimento da presente decisão.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 20 de setembro de 2019.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA