ACÓRDÃO - AC01 - 197/2023

PROCESSO TC/MS	**:** TC/6861/2021
PROTOCOLO	**:** 2111625
TIPO DE PROCESSO	**:** PROCEDIMENTO LICITATÓRIO / ATA DE REGISTRO DE PREÇOS
ÓRGÃO	**:** SECRETARIA DE ESTADO DE EDUCAÇÃO
JURISDICIONADOS	**:** 1. ANDERSON SOARES JBARA 2. MARIA CECÍLIA AMÊNDOLA MOTTA 3. ANA GONÇALVES LIMA DO PRADO
INTERESSADO	**:** ÁREA 51 SERVIÇOS DE EDUCAÇÃO E CULTURA LTDA
VALOR	**:** R$ 76.508.444,21
RELATOR	**:** CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO ELETRÔNICO – AQUISIÇÃO DE MATERIAL DIDÁTICO IMPRESSO E ONLINE – AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO FORMAL DO VENCEDOR DA LICITAÇÃO – FALTA DE ADJUDICAÇÃO DO OBJETO LICITADO PELA AUTORIDADE COMPETENTE – FALHAS QUE NÃO OCASIONARAM PREJUÍZO – REGULARIDADE COM RESSALVA – RECOMENDAÇÃO – ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – ATENDIMENTO À LEGISLAÇÃO APLICÁVEL – REGULARIDADE.

1. É declarada a regularidade com ressalva do procedimento licitatório do Pregão Eletrônico, com fundamento na regra do art. 59, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, diante da ausência de declaração formal do vencedor da licitação e da falta de adjudicação do objeto licitado pela autoridade competente, em desacordo com o art. 4º, XV e XXI, da Lei (federal) nº 10.520/2002, pois são falhas que não ocasionaram prejuízo, entretanto resultam em recomendação.

2. É declarada a regularidade da formalização da Ata de Registro de Preços, com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, em razão do atendimento às disposições legais e regulamentares aplicáveis à matéria.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 17ª Sessão Ordinária Virtual da Primeira Câmara realizada de 25 a 28 de setembro de 2023, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em **declarar,** com fundamento na regra do art. 59, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, a **regularidade com ressalvada** inscrita no inciso ***III,*** do **procedimento licitatório do Pregão Eletrônico nº 66/2020**, realizado pelo **Estado de Mato Grosso do Sul**, por intermédio da **Secretaria de Estado de Administração e**

Desburocratização, em razão da ausência de declaração formal do vencedor da licitação e da falta de adjudicação do objeto licitado pela autoridade competente, em desacordo com o art. 4º, XV e XXI, da Lei (federal) nº 10.520/2002; em **declarar,** com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, a **regularidade** da formalização da **Ata de Registro de Preços nº 1/2021**, celebrada entre a **Secretaria de Estado de Educação** e a empresa promitente contratante **Área 51 Serviços de Educação e Cultura Ltda.**; e **recomendar,** com fundamento na regra do art. 59, § 1º, II, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, ao responsável ou a quem sucedê-lo no cargo, a adoção das medidas necessárias para que, nas licitações na modalidade pregão, sempre promova a declaração formal da licitante vencedora do certame e, quando houver interposição de recursos pelas demais, que o objeto seja adjudicado pela autoridade superior competente, tudo em atenção ao art. 4º, XV e XXI, da Lei (federal) nº 10.520/2002.

Campo Grande, 28 de setembro de 2023.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

A matéria dos autos trata do procedimento licitatório do Pregão Eletrônico nº 66/2020, realizado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, por intermédio da Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização, bem como da formalização da Ata de Registro de Preços nº 1/2021, formalizada entre a Secretaria de Estado de Educação e a empresa promitente contratante Área 51 Serviços de Educação e Cultura Ltda., tendo por objeto o registro de preços para aquisição de material didático impresso e online, no valor estimado de R$ 76.508.444,21.

A Divisão de Fiscalização de Gestão de Educação (DFE) avaliou inicialmente os documentos presentes nos autos e concluiu, na Análise ANA DFE 7484/2021, pela regularidade do procedimento licitatório do Pregão Eletrônico nº 66/2020 e da formalização da Ata de Registro de Preços nº 1/2021 (pç. 19, fls. 365-370).

O membro do Ministério Público de Contas (MPC), por outro lado, considerou existirem falhas no procedimento licitatório do Pregão Eletrônico nº 66/2020, razão pela qual opinou pela declaração de irregularidade de toda prestação de contas (PAR 3ªPRC 9297/2022 - fls. 373-379 e PAR 3ªPRC 666/2023, fls. 464-474).

Em prestígio ao contraditório e ampla defesa, foi determinada a intimação do Sr. Anderson Soares Jbara, ex-Superintendente de Administração, Orçamento e Finanças, da Srª Maria Cecília Amêndola da Motta, ex-Secretária de Estado de Educação, e da Srª Ana Gonçalves Lima do Prado, pregoeira da Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização, que compareceram nos autos e apresentaram justificativas e documentos para compor a instrução processual (fls. 389-462 e fls. 481-483).

Os autos retornaram ao Ministério Público de Contas, que ratificou o entendimento previamente exarado e reiterou a adoção do seguinte julgamento (PAR 3ªPRC 4706/2023 – pç.48, fls. 485-490):

> **I – Pela IRREGULARIDADE** do procedimento do Pregão Eletrônico nº 66/2020 – SED e da formalização da Ata de Registro de Preços nº 1/2021, com lastro nas disposições do artigo 121, I, da Resolução Normativa TCE/MS nº 98/2018, c/c os artigos 37, 42, II, e 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012, no artigo 38 da Lei nº 8.666/1993, no artigo 4º, XV e XXI, da Lei nº 10.520/2002, nos artigos 47 e 48 da Lei Complementar nº 123/2006, nos artigos 13, 44 e 45 do Decreto Estadual nº 15.327/2019, no artigo 14 do Decreto Estadual nº 15.454/2020, nos artigos 5º e 10 do Decreto Estadual nº 15.524/2020 e no artigo 4º do Decreto Estadual nº 15.617/2021;
>
> **II – Pela aplicação de MULTA** aos responsáveis pelas irregularidades, com fulcro no artigo 44, I, da Lei Complementar nº 160/2012; e

III – Pela RECOMENDAÇÃO às pessoas responsabilizadas pela prática das irregularidades apuradas nestes autos, ou a quem a haja sucedido no cargo ou na função, para prevenir a ocorrência futura de impropriedades semelhantes ou assemelhadas, com fulcro no artigo 185, IV, 'b', da Resolução TCE/MS nº 98/2018.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

De acordo com as informações contidas nos autos, observo que há divergência de posicionamento entre os órgãos de apoio em relação à regularidade dos atos praticados no procedimento do Pregão Eletrônico nº 66/2020, na medida em que a Divisão de Fiscalização de Gestão de Educação considera regular a presente prestação de contas e o Ministério Público de Contas entende que está irregular, em razão das falhas abaixo apontadas (PAR 3ªPRC 9297/2022 – pç. 22, fls. 373-379):

1. Ausência de remessa de:

a. Estudo técnico preliminar contendo os levantamentos de mercado com os preços referenciais e básicos pesquisados, no mínimo, em três fontes;

b. Adjudicação do objeto da licitação aos licitantes habilitados, identificando os itens e valor individualizados por licitante;

Ato de homologação dos resultados da licitação;

c. Planilha com os custos estimados unitário e total do objeto;

d. Pareceres técnicos ou jurídicos acerca da licitação, conforme artigo 38, VI, da Lei nº 8.666/1993.

2. Exigência de que a habilitação seja realizada unicamente por meio de Certificado de Registro Cadastral – CERCA, em desacordo com o art. 32, §3º, da Lei (federal) nº 8.666/93;

3. Ausência de tratamento diferenciado e simplificado às empresas de Pequeno Porte (EPP), Microempresas (ME) e Microempreendedores individuais (MEI);

4. Falta de realização da "declaração do vencedor" do certame antes da adjudicação do objeto, em desacordo com o artigo 4º, XV, da Lei nº 10.520/2002 e os artigos 44 e 45 do Decreto nº 15.327/2019;

5. Realização da adjudicação do objeto pelo pregoeiro, em desacordo com o artigo 4º, XXI, da Lei nº 10.520/2002 e artigo 13, V, do Decreto nº 15.327/2019, que estabelecem para a autoridade competente a adjudicação do objeto na hipótese da existência de recursos.

A Srª Maria Cecília Amendola da Motta, então Secretária de Estado de Educação, apresentou manifestação refutando todos os argumentos lançados pelo membro ministerial tendo, ao final, requerido o julgamento regular da prestação de contas sob análise, o que foi integralmente ratificado pelo Sr. Anderson Soares Jbara, Superintendente de Administração, Orçamento e Finanças, à época dos fatos (fls. 389-396 e 462).

Diante do exposto, passo ao exame e julgamento da matéria.

O procedimento licitatório do Pregão Eletrônico nº 66/2020 foi instaurado com a finalidade de registrar preços para aquisição de material didático impresso (livro didático), acesso à plataforma online destinado à preparação de alunos para vestibulares e o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), e material de apoio para professores, visando subsidiar os estudantes da rede estadual de ensino, conforme consta no estudo técnico preliminar de fls. 2-25.

Partindo-se inicialmente dos documentos considerados ausentes na fase interna da licitação, o membro do MPC defende que embora a Administração Estadual tenha realizado um estudo técnico preliminar a respeito da necessidade e viabilidade do objeto licitado, este não foi instruído com uma **pesquisa de mercado** contemplando, ao menos, três fontes distintas, assim como está desacompanhado da **planilha contendo os custos estimados unitário e total** do objeto, em desacordo com os arts. 5º, 14, §1º e Anexo II, todos do Decreto (estadual) nº 15.454/2020 e art. 4º, do Decreto (estadual) nº 15.617/2021.

Em manifestação, os jurisdicionados informaram que a pesquisa de mercado foi embasada na consulta de preços junto a quatro potenciais fornecedores (fls. 446-456), bem como na referência dos valores que foram registrados na Ata de Registro de Preços nº 138/2016 e Ata de Registro de Preços nº 104/2018.

Não há na legislação federal aplicável ao caso uma descrição quanto a formalidade que uma pesquisa de mercado deve possuir (art. 15, §1º, do Lei nº 8.666/93 e art. 3º, III, da Lei nº 10.520/2002). Por outro lado, os arts. 5º, VI, e 10, I, "f", ambos do Decreto (estadual) nº 15.524/2020 tratam dos elementos que devem constar no estudo técnico preliminar dos procedimentos licitatórios promovidos no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, veja:

> "**Art. 5º** O estudo técnico preliminar deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, **e conterá os seguintes elementos**, observando o modelo constante do Anexo II deste Decreto:
>
> (...)
>
> VI - **estimativa do valor da contratação, acompanhada dos documentos que lhe dão suporte;** (...)

> **Art. 10**. O termo de referência será elaborado pela equipe de planejamento, a partir do estudo técnico preliminar, devendo conter:
>
> I - **os elementos que embasam a avaliação do custo pela Administração Pública Estadual**, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:
>
> (...)
>
> f) **o valor estimado do objeto da contratação, acompanhado dos documentos que lhe dão suporte**." (grifei)

Ainda, o art. 2º, do Decreto (estadual) nº 15.287/2019[1], aplicável ao caso à época dos fatos, define quais os parâmetros de consulta devem ser observados para a elaboração das pesquisas de preços nos processos de compras do executivo estadual, bem como que estes – parâmetros - podem ser utilizados de forma combinada ou não, para obtenção da média de mercado do objeto demandado:

> **Art. 2º** Toda e qualquer pesquisa de preços, destinada a instruir os processos de compras no âmbito do Executivo Estadual, deverá seguir, os seguintes parâmetros:
>
> (...)
>
> **IV - pesquisa com os fornecedores** por e-mail ou correspondência, desde que realizada há menos de 60 (sessenta) dias;
>
> (...)
>
> **VI - valores registrados em Ata de Registro de Preços vigente local** ou de outros Estados;
>
> (...)
>
> § 1º **Os parâmetros de pesquisas previstos nos incisos do caput deste artigo poderão ser utilizados de forma <u>combinada ou não</u>**, e demonstrada no processo administrativo a metodologia utilizada para a obtenção do preço de referência, por meio de despacho fundamentado

A referência dos preços para licitação em comento foi formada a partir dos valores registrados em licitações realizadas anteriormente, isto é, na Ata de Registro de Preços nº 138/2016 e Ata de Registro de Preços nº 104/2018, bem como pela a consulta direta com quatro potenciais fornecedores (fls. 446-456).

[1] Disponível em: https://www.tjms.jus.br/legislacao/visualizar.php?lei=33889&original=1. Acesso em 13/07/2023.

Nesse contexto, percebo que a pesquisa de mercado está em consonância com as normas estaduais supracitadas e, portanto, não subsiste a irregularidade alegada pelo MPC neste tocante.

Concernente a **planilha de formação de custos unitários e total do objeto**, é cediço que esta permite a verificação e adequação do preço proposto com o que é praticado no mercado, a partir da decomposição dos custos envolvidos para a execução do objeto. Entretanto, a exigência da citada planilha nos procedimentos licitatórios deve ser avaliada caso a caso, mormente em relação à natureza do objeto pretendido pela Administração.

O art. 7º, §2º, da Lei (federal) 8.666/93 trata do tema em questão, prevendo o seguinte:

> Art. 7º **As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços** obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:
>
> (...)
>
> § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:
>
> (...)
>
> II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

Relembro que o objeto da licitação em testilha versa sobre o registro de preços para a aquisição de bens, tais como: materiais e kits didáticos para alunos, materiais de apoio para professores e chaves de acesso (login e senha) em sistema/portal com curso de multimídia específico. Ou seja, não vislumbro no mencionado objeto a prestação de qualquer serviço, tampouco a realização de obra, de acordo com os conceitos incutidos no art. 6º, da Lei (federal) nº 8.666/93:

> Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:
>
> I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;
>
> II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;
>
> III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente; (...)

A doutrina de Marçal Justen Filho[2] define que:

> "Um dos principais problemas da Lei 8.666/93 consiste em adotar um tratamento uniforme para toda a espécie de serviços. A Seção III disciplina, de modo conjunto, as obras e os serviços tomando por modelo as contratações na área de engenharia. Isso provoca algumas dificuldades, eis que a esmagadora maioria dos serviços contratados pela Administração Pública não se configuram como de engenharia.
>
> É imperioso destacar que as regras previstas na Seção III refletem princípios gerais aplicáveis genericamente a outras espécies de contratações, que não apenas às obras e serviços de engenharia. De todo modo, **cabe adaptar as regras consagradas nessa Seção de modo compatível com a natureza da contratação que se tratar**."

À vista do exposto, considerando que a licitação em tela não está atrelada a uma "*obrigação de fazer"*, típica das prestações de serviços e obras, **mas sim a uma "*obrigação de dar"***, compatível com o conceito de *compra,* inscrito no inciso III, do art. 6º, da Lei (federal) 8.666/93, entendo que a regra prevista no art. 7º, §2º, da mencionada legislação, não alcança indistintamente as compras realizadas pela Administração Pública, mesmo porque o art. 15, da Lei (federal) nº 8.666/93 define que elas serão balizadas por ampla pesquisa de mercado sem, contudo, impor a necessidade de decomposição dos custos unitários afetos ao bem pretendido.

Sobre o **parecer técnico ou jurídico acerca da licitação**, previsto no art. 38, VI, da Lei (federal) nº 8.666/93, os jurisdicionados esclareceram que este somente não foi remetido porque o sistema do Tribunal de Contas, na aba "Educação", não possui o campo específico para a inserção do citado documento.

A prestação de constas foi remetida inicialmente acompanhada do Parecer PGE/MS/CJUR-SUCOMP/Nº 33/2020, exarado pela Procuradoria do Estado, no qual é possível constatar o conhecimento jurídico do processo licitatório pelo parecerista, bem como as medidas e recomendações que foram expedidas para a tomada de decisões pelo gestor (fls. 46-86). Após, foi juntado o Parecer Referencial PGE/MS/CJUR-SUCOMP/Nº 1/2020, em que foram revisados os atos praticados na fase interna e externa da licitação (fls. 399-437).

Logo, considero cumprida a exigência contida no art. 38, inciso VI e parágrafo único, da Lei (federal) nº 8.666/93, porquanto os pareceres jurídicos retromencionados avaliaram satisfatoriamente todos os atos concernentes ao Pregão Eletrônico nº 66/2020.

[2] JUSTEM FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos; Lei 8.666/1993 – 18 de.rev.atual. e ampl. Thomson e Reuters Brasil, 2019, pg. 216-217.

Adiante, passo à insurgência do MPC acerca da necessidade de apresentação, pelas licitantes, do **Certificado de Registro Cadastral** (CERCA) para fins de habilitação no procedimento licitatório em questão, a qual decorre da previsão contida no item 8.2 e seguintes, do edital licitatório, conforme abaixo transcrito (fls. 95-96):

> 8.2. Caso atendidas as condições de participação, **a habilitação da licitante será verificada por meio do Certificado de Registro Cadastral/CERCA**, em relação aos documentos abrangidos pelo Cadastro Central de Fornecedores - CCF/MS, exceto a documentação fiscal e trabalhista das Micro e Pequenas Empresas, devidamente informada na Declaração de Habilitação (subitens 4.1 .2.1 e 4.1.2.2)., nos termos do Decreto estadual n. 14.803, de 17 de agosto de 2017.
>
> 8.2.1. É dever da licitante atualizar previamente a documentação constante do CCF/MS para que estejam vigentes na data da abertura da sessão pública e possam ser comprovadas pelo CERCA, ou encaminhar, em conjunto com a apresentação da proposta, a respectiva documentação atualizada.
>
> 8.2.1.1. É também dever da licitante encaminhar a documentação de habilitação exigida pelo Edital e que não esteja abrangida pelo CCF/MS, em conjunto com a apresentação da proposta.

A regulamentação do Cadastro Central de Fornecedores no Estado de Mato Grosso do Sul (CCF/MS) decorre do Decreto (estadual) nº 14.803/2017, que assim dispõe:

> Art. 1º **O Cadastro Central de Fornecedores** do Estado de Mato Grosso do Sul (CCF/MS), previsto nos artigos 34 a 37 da Lei Federal nº 8.666, de 23 de junho de 1993, **constitui-se de registro cadastral de interessados em contratar com órgãos e entidades da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo Estadua**l, e com os demais órgãos ou entidades que, expressamente, a ele aderirem.
>
> § 1º O registro cadastral de fornecedores interessados em contratar com órgãos e entidades da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo Estadual **destina-se a permitir que esses fornecedores possam**:
>
> I - realizar contratações com a Administração Pública Estadual em processos de licitação dispensa ou de inexigibilidade;
>
> II - **participar de pregões eletrônicos**. (...)
>
> § 3º **O registro no Cadastro Central de Fornecedores estará aberto, a qualquer tempo, para que esses requeiram a sua inclusão** ou a sua exclusão, por intermédio da Superintendência de Gestão de Compras e Materiais da Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização.

> Art. 2º **A utilização do CCF/MS é obrigatória para** os órgãos e as entidades da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional do **Poder Executivo Estadual.** (...)
>
> Seção II - Do Certificado de Registro Cadastral
>
> Art. 9º **A documentação exigida para habilitação de fornecedores**, para os casos previstos no § 2º do art. 1º deste Decreto, **poderá ser comprovada por meio do Certificado de Registro Cadastral (CERCA)**.

Nesse contexto, o CCF constitui-se em um banco de dados de registro cadastral de interessados em contratar com os órgãos e entidades da Administração do Poder Executivo Estadual, para o fim de otimização da sistemática de compras por meio de procedimento licitatórios eletrônicos, em consonância com os arts. 34 a 37, da Lei (federal) nº 8.666/93.

O CERCA, por sua vez, trata-se de um documento que além de comprovar o cadastro da licitante junto ao CCF, também poderá ser utilizado para substituir a documentação exigida para habilitação, por já congregar tais informações em seu banco de dados, na forma do art. 32, §3º, da Lei (federal) nº 8.666/93, a conferir:

> Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.
>
> **§ 3º A documentação** referida neste artigo **poderá ser substituída por registro cadastral** emitido por órgão ou entidade pública, **desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei.**

A utilização de certificados de registros cadastrais, em substituição à apresentação das inúmeras certidões para habilitação da licitante, já foi apreciada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que se posicionou nos seguintes termos:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA DE OFÍCIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. **CERTIFICADO DE REGISTRO CADASTRAL. SUBSTITUIÇÃO DAS CERTIDÕES DE REGULARIDADE FISCAL. PREVISÃO LEGAL.** - Nos termos do que estabelece o artigo 14 § 1º da Lei Federal 12.016/2009, a sentença que concede a segurança está sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição - **Diante da previsão legal contida no § 2º do art. 32 da Lei Federal 8.666/93, que autoriza a substituição dos documentos enumerados nos arts. 28 a 31 pelo certificado de registro cadastral é imperativa a aceitação do mesmo para substituir a certidão de regularidade fiscal.** (TJ-MG - AC: 10411180010018002 MG, Relator: Moacyr Lobato, Data de Julgamento: 31/01/2019, Data de Publicação: 04/02/2019)

Logo, avaliando a disposição contida nos itens 8.2 e seguintes do edital do Pregão Eletrônico nº 66/2020, percebo não ter sido imposta condição de habilitação além daquelas previstas na Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas, porquanto apenas referenciou o CERCA em substituição às certidões de praxe exigidas para a dita habilitação, o que se mostra compatível com os termos do art. 32, §3º, da Lei (federal) nº 8.666/93 e do Decreto (estadual) nº 14.803/2017.

Em relação ao **tratamento diferenciado que deve ser garantido às empresas ME e EPP**, a Lei Complementar (federal) nº 123/2006 estipula o seguinte:

> Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, **deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte** objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.
>
> Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:
>
> I - **deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);**
>
> II - **deverá estabelecer,** em certames para aquisição de bens de natureza divisível, **cota de até 25% (vinte e cinco por cento)** do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (...)

As regras acima não são absolutas, pois nos moldes do art. 49, inciso III, da citada lei, não haverá o tratamento diferenciado e simplificado para as empresas ME e EPP quando isso *"***não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou completo do objeto a ser contratado***."*

Para o caso em questão, o item 6 do Termo de Referência (fl. 32) expressamente informa não ser vantajoso para a Administração o estabelecimento de cota para as ME e EPPs, porquanto o objeto licitado foi estabelecido como indivisível, isto é, para ser licitado em lote único. Tal argumentação constou, inclusive, no estudo técnico preliminar que instrui o procedimento licitatório, a conferir:

> 14.1. Considerando a natureza da aquisição a mesma não poderá ser parcelada para atender o inciso III do Artigo 48 da Lei Complementar n. 123/2006
>
> 14.2. O agrupamento dos itens se dará considerando que possuem características semelhantes, dotando de maior celeridade e eficiência as etapas procedimentais relativas à licitação, formalização e gerenciamento dos contratos, com reflexos na economia processual e financeira, além de proporcionar uma maior atratividade para as empresas participantes da licitação.

> 14.3. Além disso tal agrupamento se faz necessário em decorrência da singularidade do objeto a ser licitado (Cursinho online pré-vestibular e ENEM, com fornecimento de material didático), uma vez que caso seja distribuído em lotes distintos tais itens, pode ocasionar que um destes pode ser julgado deserto ou fracassado, prejudicando o objetivo do presente Certame Licitatório.
>
> 14.4. Dessa forma, embora haja itens distintos no presente certame, se analisados isoladamente, não se torna viável e nem economicamente vantajoso para a Administração Pública, separar em itens tal procedimento, uma vez que todos os itens estão interligados na aquisição a ser realizada, não sendo possível alcançar o objetivo final da contratação caso algum dos itens não possa ser licitado.

Assim sendo, é factível que a segregação ou destinação de cotas especificas quanto ao objeto do Pregão Eletrônico nº 66/2020 para empresas distintas poderia inviabilizar a execução ou os objetivos esperados com a contratação, razão pela qual entendo não ter ocorrido a alegada afronta ao art. 48, da Lei Complementar nº 123/2006, visto que o presente caso está devidamente enquadrado na exceção contida no inciso III, do art. 49, da mesma legislação.

Prosseguindo ao exame da fase externa do procedimento licitatório, relembro que o MPC apontou que os gestores não observaram adequadamente **os atos e a ordem do rito do pregão**, pois:

> **(i)** não consta da ata do certame a declaração do vencedor (art. 4º, XV, da Lei federal nº 10.520/2002 e arts. 44 e 45, do Decreto estadual nº 15.327/2019), e;
>
> **(ii)**o objeto licitado foi adjudicado à licitante vencedora pelo pregoeiro e não pela autoridade competente, não obstante algumas licitantes terem apresentado recursos administrativos (art. 4º, XXI, da Lei federal nº 10.520/2002 e art. 13, V, do Decreto estadual nº 15.327/2019).

A pregoeira, Srª Ana Gonçalves Lima do Prado, alegou que o sistema que operacionalizava as sessões dos pregões eletrônicos à época da licitação em voga registrava a denominação “classificação” ao invés “adjudicação”, o que foi corrigido posteriormente. Aduziu, também, que a adjudicação do objeto à licitante vencedora foi realizada pela autoridade competente, conforme se verifica do extrato de publicação do Diário Oficial do Estado de mato Grosso do Sul nº 10.470, de 9 de abril de 2021, e que não obstante a ausência da expressão “declaro vencedor o licitante”, todas as exigências fixadas no edital foram atendidas (fls. 481-483).

Na modalidade pregão os atos procedimentais para a sessão pública da licitação estão previstos nos diversos incisos do art. 4º, da Lei (federal) nº 10.520/2002 e devem observar a seguinte ordem cronológica: **1.** abertura da sessão; **2.** recebimento dos envelopes; **3.** verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no edital; **4.** divulgação das propostas e início da etapa de lances; **5**.

classificação das propostas em ordem crescente de valor; **6.** verificação da habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta; **7.** declaração do licitante vencedor; **8.** abertura de prazo para interposição e análise de recursos; **9.** adjudicação do objeto da licitação; **10.** homologação do resultado da licitação.

De acordo com as informações registradas na sessão pública da licitação (fl. 241), após a habilitação da empresa Area 51 Serviços de Educação Ltda., a pregoeira abriu a etapa de apresentação de recursos para as demais licitantes, porém, sem que previamente tivesse formalmente declarado tal empresa como a vencedora, descumprindo a regra prevista no art. 4º, XV, da Lei (federal) nº 10.520/2002.

Além disso, a empresa Conesul Comercial e Tecnologia Educacional EIRELI interpôs recurso administrativo, que foi apreciado e não provido pela autoridade competente (fl. 245-304). Na sequência, todavia, a pregoeira reabriu a sessão da licitação e, na ocasião, também foi quem adjudicou[3] o objeto à licitante vencedora (fl. 244).

Na forma do art. 4º, inciso XX, da citada legislação, é o pregoeiro quem adjudica o objeto à licitante vencedora. No entanto, quando há interposição de recursos administrativos pelas licitantes, como ocorreu no caso em apreço, tanto o julgamento destes quanto a adjudicação do objeto cabem exclusivamente à autoridade superior competente e não ao pregoeiro, na forma do inciso XXI, do mesmo artigo.

Desse modo, de fato restaram configuradas impropriedades em relação à sessão pública do Pregão Eletrônico nº 66/2020, contudo verifico que elas são meramente formais e não alteraram os resultados esperados com a licitação, posto que os demais atos praticados estão em ordem e respeitaram a forma adequada aplicável ao caso.

Recentemente a Segunda Câmara dessa Corte de Contas apreciou caso análogo, posicionando-se nos seguintes termos:

> EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS PARA A COMPOSIÇÃO DA MERENDA ESCOLAR – ATA DE REGISTROS DE PREÇOS – TERMO ADITIVO – FORMALIZAÇÃO – FALHAS ADMINISTRATIVAS – AUSÊNCIA DE ADJUDICAÇÃO DO OBJETO SUPRIDA PELA HOMOLOGAÇÃO E ATA ASSINADA PELO PREFEITO MUNICIPAL – PESQUISA DE MERCADO – NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO E AMPLIAÇÃO – JUSTIFICATIVA PARA O QUANTITATIVO ALMEJADO PELA CONTRATAÇÃO – EXISTÊNCIA DO HISTÓRICO DE CONTRATAÇÃO DO MUNICÍPIO – AUSÊNCIA DE CONTEMPLAÇÃO DE 25% DE COTA EXCLUSIVA PARA PARTICIPAÇÃO DE

[3] No registro sistêmico do ato praticado pela pregoeira consta a palavra “classificado”, entretanto, conforme justificado por ela: “*anteriormente para os processos de licitação na modalidade pregão eletrônico realizado para o Sistema de Registro de Preços constava a denominação “classificado” e posteriormente foi ajustado para a nomenclatura “adjudicado”, sendo que esta informação é gerada automaticamente pelo sistema geral de compras (SGC).”*

MICROEMPRESA E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E A PESQUISA DE FORMA AMPLA – RESULTADO DO CERTAME COM 99,75% DO TOTAL DESTINADO A MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE – REGULARIDADE – RECOMENDAÇÃO.

Verificado falhas administrativas no certame, que, em razão do objeto licitado (alimentação escolar) e pelo resultado alcançado na licitação, **são insuficientes para reprovação dos demais atos que se encontram de acordo com as disposições legais de observância obrigatória, declara-se a regularidade do procedimento licitatório realizado** e da formalização da ata de registro de preços e do seu termo aditivo, emitindo-se para tanto a recomendação ao atual gestor que observe com maior rigor as regras de contratação pública, a fim de aperfeiçoar os procedimentos administrativos. (TCE/MS – TC/4549/2018 – AC02 394/2022. Segunda Câmara. Relator: Cons. Ronaldo Chadid. Data de julgamento: 28/7/2022)

Assim sendo, no presente caso, entendo ser razoável e suficiente a expedição de ressalva e recomendação aos jurisdicionados para que não incorram novamente nas falhas que foram detectadas.

No tocante à formalização da Ata de Registro de Preços n. 1/2021 (fls. 309-315), observo que a sua vigência foi estabelecida pelo prazo de 12 (doze) meses (Cláusula 3.1), assim como estão presentes as demais cláusulas aplicáveis à matéria.

A mencionada Ata foi publicada na imprensa oficial em 18/5/2021 (fls. 316-317) e a remessa da documentação de cunho obrigatório ao Tribunal ocorreu em 17/6/2021 (fl. 1). Com isso, observo que o gestor responsável foi diligente no cumprimento do prazo de 25 dias úteis para a remessa, em atenção ao disposto no Anexo VI, item 7, subitem 7.1, “A”, da Resolução TC/MS nº 88/2018.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **voto** no sentido de:

I – declarar, com fundamento na regra do art. 59, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, a **regularidade com ressalvada** inscrita no inciso ***III,*** do **procedimento licitatório do Pregão Eletrônico nº 66/2020**, realizado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, por intermédio da Secretaria de Estado de Administração e Desburocratização, em razão da ausência de declaração formal do vencedor da licitação e da falta de adjudicação do objeto licitado pela autoridade competente, em desacordo com o art. 4º, XV e XXI, da Lei (federal) nº 10.520/2002;

II – declarar, com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, a **regularidade** da formalização da **Ata de Registro de Preços nº 1/2021**, celebrada entre a Secretaria de Estado de Educação e a empresa promitente contratante Área 51 Serviços de Educação e Cultura Ltda.;

III – recomendar, com fundamento na regra do art. 59, § 1º, II, da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, ao responsável ou a quem sucedê-lo no cargo, a adoção das medidas necessárias para que, nas licitações na modalidade pregão, sempre promova a declaração formal da licitante vencedora do certame e, quando houver interposição de recursos pelas demais, que o objeto seja adjudicado pela autoridade superior competente, tudo em atenção ao art. 4º, XV e XXI, da Lei (federal) nº 10.520/2002;

IV – intimar o(s) interessado(s) do resultado deste julgamento, na forma consignada no art. 55 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e no art. 99 do Regimento Interno (Resolução TC/MS n. 98, de 2018).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, firmada nos termos do voto do Relator, pela regularidade com ressalva do procedimento licitatório, pela regularidade da formalização da ata de registro de preços e pela recomendação ao responsável ou a quem sucedê-lo no cargo.

Presidência e Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento o Exmo. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo e o Exmo. Sr. Conselheiro-Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel.

Presente o Exmo. Sr. Procurador do Ministério Público de Contas, João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 28 de setembro de 2023.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

PMS / VAB