Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Pleno

DELIBERAÇÃO AC00 - 2394/2018

PROCESSO TC/MS	: TC/23991/2017
PROTOCOLO	: 1864796
TIPO DE PROCESSO	: DENUNCIA
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE PARAISO DAS AGUAS
DENUNCIANTE	: PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA EPP
RELATOR	: CONS. IRAN COELHO DAS NEVES

EMENTA: DENÚNCIA – EDITAL – SUPOSTAS EXIGÊNCIAS QUE DIRECIONARIAM A LICITAÇÃO – LIMITAÇÃO DA TAXA MÁXIMA DA REDE CREDENCIADA – AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA COM O OBJETO CONTRATADO – INTERFERÊNCIA NA RELAÇÃO JURÍDICO-CONTRATUAL DE TERCEIROS – LEI CIVIL – ADOÇÃO DO BANCO DE PREÇOS DO GRUPO NP (NEGÓCIO PÚBLICOS) COMO PARÂMETRO DOS VALORES PRATICADOS PELO MERCADO – NECESSIDADE DE PESQUISA DE PREÇOS DE FORMA AMPLA – ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PERDA DO OBJETO – ARQUIVAMENTO.

A exigência do edital que estipula um percentual máximo, a ser cobrado pela contratada da rede de estabelecimentos credenciados, é conflitante com as disposições da Lei de Licitações, por não guardar pertinência com o objeto contratado e interferir na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil.

A exigência referente à obrigação de que as empresas licitantes devam balizar seus preços de acordo com o Banco de Preços do Grupo NP (Negócio Públicos) é condição que restringe a competitividade da licitação e inibe a seleção da proposta mais vantajosa.

A constatação da anulação do procedimento licitatório pela administração pública evidencia perda do objeto da denúncia que enseja o arquivamento do processo.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 2ª Sessão Reservada do Tribunal Pleno, de 15 de agosto de 2018, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pelo **arquivamento** da Denúncia formulada por Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. EPP, em face do município de Paraíso das Águas, por supostas irregularidades contidas no procedimento licitatório Pregão Presencial n. 118/2017, em razão da perda de objeto ocasionado diante da anulação do procedimento licitatório pela administração pública municipal; bem como **pela suspensão do caráter sigiloso dos autos.**

Campo Grande, 15 de agosto de 2018.

Conselheiro **Iran Coelho das Neves** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos (TC/23991/2017) que versam sobre a DENÚNCIA COM PEDIDO DE LIMINAR (art. 39 e art. 40, da Lei Complementar n. 160, de 2012) formulado por PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA. - EPP, em face do município de PARAÍSO DAS ÁGUAS - MS, por supostas irregularidades contidas no procedimento licitatório: PREGÃO PRESENCIAL Nº. 118/2017.

O Ministério Público Especial de Contas (MPC), através de seu douto representante ministerial, emitiu Parecer: PARECER PAR - 3ª PRC - 11826/2018 opinando pelo arquivamento da Denúncia, em face da anulação do edital.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

O objeto do procedimento licitatório está descrito no edital, ora impugnado, vejamos:

> *"1.1. A presente licitação tem por objeto* ***Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração e gerenciamento de despesas de manutenção automotiva em geral, com fornecimento de peças, componentes e acessórios, com implantação e operação de sistema informatizado, para atender os veículos oficiais relacionados bem como outros que porventura forem adquiridos****, durante o período de vigência contratual, de acordo com as especificações constantes nos: Anexo 1, Anexo VI e Anexo VII, observando-se o que segue:*
>
> *1.2. A contratação através de sistema de controle integrado,* ***utilizando a tecnologia de cartão eletrônico, que compreende o atendimento: orçamentos, aquisição de peças, pneus, lubrificantes e serviços especializados de manutenção mecânica, elétrica, funilaria e pintura nos diversos estabelecimentos credenciados pela prestadora do serviço e demais serviços e produtos afins*** *que se fizerem necessários à manutenção preventiva e corretiva dos veículos oficiais."* (fls. 039) (grifei)

O denunciante argumenta que o procedimento licitatório está irregular, pelos seguintes motivos: a) limitação da taxa máxima da rede credenciada e b) da adoção Banco de Preços do Grupo NP (Negócio Públicos) como parâmetro dos valores praticados pelo mercado.

A empresa-denunciante se insurge contra os itens “12.28”, “12.25” e “12.24”, do edital de licitação, vejamos:

> *“12.28. Não cobrar taxa de adesão ao sistema e* ***cobrar no máximo 7% (sete por cento) sobre os serviços, referente a taxa de administração das empresas credenciadas****.*
>
> *12.25 - Como mecanismo de segurança, visando garantir a competitividade, e até mesmo para que o município não pague valores maiores que aqueles estabelecidos pelo* ***Banco de Preços editado pelo Grupo NP (Negócio Públicos),*** *a Contratada deverá desenvolver mecanismo para que no momento de análise de no mínimo as 3 propostas cadastradas o agente público, disponha de valores constante no banco de dados do banco de preços do Grupo NP.*
>
> *12.24. Para cada aquisição/contratação a Gestora deverá apresentar no mínimo 3 (três) propostas de fornecimento de produto ou serviços, as quais serão avaliadas pelo município,* ***que poderá rejeitá-las, caso os preços estejam acima do valor de competição com base no Banco de Preços do Grupo NP (Negócio Públicos).****”* (grifei)

A Lei 8666/93, em seu artigo 3º, § 1º, inciso I, prevê que as licitações devem ser feitas sem exigências impertinentes ou irrelevantes, em relação ao objeto contratado, *verbis*:

> *“****Art. 3º*** *A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)*
>
> *§ 1º* ***É vedado aos agentes públicos****:*
>
> *(...)*
>
> *I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou* ***de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato****, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010);”* (grifei)

A aplicação do artigo da lei alhures, no caso concreto, permite chegar-se a conclusão que a exigência do edital, ora impugnada pelo denunciante, que estipula um percentual máximo a ser cobrada pela contratada da rede de estabelecimentos credenciados, interfere na relação jurídica entre a empresa gerenciadora

(contratada) e os executores dos serviços (rede credenciada) que é regida por normas de direito privado.

Essa relação jurídica-contratual, entre a gerenciadora de serviços e a executora (rede credenciada), está fora do âmbito jurídico-contratual da relação a ser posta, entre a contratada (gerenciadora) e administração pública (contratante), porquanto, aquela relação trata-se de contrato de prestação de serviços a ser regido pela lei civil.

Por isso, a exigência contida no edital, em seu item "12.28" é conflitante com as disposições do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8666/93, por não guardar pertinência com o objeto contratado e interferir na relação jurídico-contratual de terceiros, regidos pela lei civil.

Entretanto, cabe ressalvar que não se está a discutir aqui a questão da responsabilidade solidária, que tanto a gerenciadora de serviços e a executora (rede credenciada) têm com a administração púbica, em caso de reparação de danos, porquanto, esta poderia exigir a devida reparação de qualquer uma, tanto da gerenciadora, como da executora dos serviços, por ser a administração pública a destinatária final dos serviços que vierem a serem prestados, em decorrência da contratação pública a ser feita.

Este Tribunal de Contas e o Tribunal de Contas de São Paulo (TCE-SP) possuem jurisprudência sobre a questão aqui debatida, nos mesmos termos do entendimento até aqui exposto, vejamos:

> *"Pelas razões e argumentos expendidos na denúncia (...) determinando ao Prefeito (...), que adotem com urgência as seguintes providências:*
>
> *I – A SUSPENSÃO DO CERTAME até que seja feita a correção do Edital do Pregão Presencial n.º 016/2015, para excluir a exigência contida no item 16.2 do instrumento convocatório, referente à* ***obrigação imposta à empresa contratada de realizar o pagamento dos serviços prestados pelas empresas a ela credenciadas em até 5 (cinco) dias após o recebimento dos valores repassados pelo Município, por violação da disposição do art. 3.º, § 1.º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, em razão de absoluta impertinência e irrelevância ao específico objeto do contrato, falta de previsão legal, e por não se mostrar indispensável à garantia das obrigações a serem pactuadas e restringirem o caráter competitivo do certame****;"* (Processo TC/MS TC/6512/2015) (grifei)
>
> *"No entanto, analisando de forma mais acentuada, já que a dilação probatória e a suspensão do certame me permitiram esta reflexão no presente caso –* ***entendo que tanto o repasse de 2% como também a limitação da taxa de administração, ainda que direcionadas à vencedora, merecem reparos, pelos seguintes motivos****: a* ***primeira, porque carece de amparo legal, e a segunda por ser questão atinente à relação entre a contratada e os credenciados, não me parecendo apropriado a interferência do órgão licitante neste vínculo****, impondo limites naquela fixação. A propósito, relembro excerto do r. voto do Eminente Conselheiro Renato Martins Costa sobre o tema,*

> *acolhido pelo Plenário na sessão do dia 24/6/2009, nos autos do TC-858/006/09, como segue: '[...] De igual maneira, procede a reclamação contra estipulação* ***de limite máximo da taxa de administração cobrada de terceiros****, regra veiculada pelo item 8.1.b do instrumento, segundo a qual a proposta comercial deverá prever '(...) taxa de administração a ser cobrada de terceiros (fornecedores dos produtos alimentícios), que não poderá ser superior a 3,5% (três vírgula e meio por cento) (...)'.* ***Sem embargo da elogiável preocupação de se garantir as melhores condições de compra para os futuros beneficiários desta contratação – na medida em que se alega ser tal requisito responsável pelo credenciamento de fornecedores de grande porte – entendo que essa disposição realmente extrapola os limites da atividade de produção de regras da licitação, por interferir em relações jurídicas do direito privado, travadas entre a licitante vencedora e terceiros, cujo conteúdo obrigacional é estranho ao contrato administrativo e sofre naturalmente os influxos da livre concorrência****, postulado da ordem econômica nacional (artigo 170, IV, da Constituição Federal."* (TC- 40780/026/10 e TC-1620/004/10) (grifei)

Quanto à segunda questão apresentada nesta denúncia, que se refere à adoção Banco de Preços do Grupo NP (Negócio Públicos), como parâmetro único dos valores praticados pelo mercado, necessário esclarecer que a administração pública tem a obrigação de aferir se os valores das mercadorias e serviços estão sendo adquiridos pelos menores preços exercidos pelo comércio e se são vantajosos, conforme dispõe o art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/93, vejamos:

> *"Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia,* ***a seleção da proposta mais vantajosa para a administração*** *e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."* (grifei)

No que tange a pesquisa de mercado, o art. 40, inciso X, da Lei 8666/93, não disciplina de forma específica como será feita essa análise dos preços praticados, vejamos:

> *"Art. 40. O* ***edital conterá*** *no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *X - o critério de* ***aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso****, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;"* (grifei)

Entretanto, a pesquisa de preços não poderá ser realizada em apenas um banco de dados, de forma exclusiva, porquanto, esse proceder restringiria a análise dos preços contratados, ou seja, permitiria a formação de uma base de preços monopolística.

Nessa quadra, a solução que melhor se amolda aos princípios e normas legais que regem o procedimento licitatório, seria a pesquisa de preços de forma ampla, e não restrita a um banco de dados como está no edital, utilizando-se de no mínimo 03 (três) bases de dados.

No âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), a jurisprudência adota o entendimento de que a pesquisa de preços, referente a fase externa da licitação, deve ser feita com a apresentação de três orçamentos, vejamos:

> *"26. Em relação à ausência de pesquisa de preço, a jurisprudência do TCU (Acórdãos 65/2010 – Plenário, 428/2010 – 2ª Câmara, 89/2009 – 1ª Câmara, 198/2009 – Plenário, 324/2009 – Plenário, 369/2009 – 1ª Câmara, 3.667/2009 – 2ª Câmara, 5.074/2009 – 2ª Câmara, 1.378/2008 – 1ª Câmara e 1.740/2008 – 2ª Câmara) é no* ***sentido de que a realização de pesquisa de preços de mercado****, previamente à fase externa da licitação,* ***é uma exigência legal para todos os processos licitatórios****, inclusive para os casos de dispensa e inexigibilidade, consistindo* ***essa pesquisa de um mínimo de três orçamentos de fornecedores distintos.****"* (TCU. Acórdão 3136/2013. Plenário Relator MARCOS BEMQUERER).

Dessa forma, se na fase externa ao procedimento licitatório são exigidos no mínimo três orçamentos, na fase do fornecimento do produto, como *in casu*, também, seria necessária uma pesquisa ampla, em pelo menos três bancos de dados, para aferir se os preços praticados estão de acordo com os exercidos pelo comércio e são vantajosos para a administração pública.

Por isso, a exigência contida no edital, referente à obrigação de que as empresa licitantes devam balizar seus preços de acordo com o Banco de Preços do Grupo NP (Negócio Públicos), não deveria constar no edital, por não ser admitido ao agente público adotar condição que restrinja a competitividade da licitação e iniba a seleção da proposta mais vantajosa, conforme dispõe o art. 3º, *caput* e o § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

Anteriormente foi concedida a DECISÃO LIMINAR DLM - G.ICN - 160/2017 fls. 96-104), determinando a adoção de providências, por parte da administração pública municipal, no sentido de suspender o procedimento licitatório e retificar alguns itens do edital.

Após isso, a denunciada apresentou suas informações às fls. 114-122, onde consta que o procedimento licitatório foi anulado, conforme Aviso de Anulação de Licitação (fls. 118) que foi publicado no Diário Oficial do município.

Necessário esclarecer, que a administração pública tem o poder-dever de autotutela, ou seja, a administração pode controlar administrativamente seus

próprios atos e anulá-los ou corrigi-los quando constatado a inexatidão dos mesmos, como *in casu*. Esse entendimento está sumulado pelo STF, vejamos:

> ***"Súmula 473***
>
> *A administração* ***pode anular seus próprios atos****, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."*[1] *(grifei)*

Em razão da anulação do procedimento licitatório, entendo que a presente Denúncia perdeu seu objeto, conforme dispõe o art. 127, inciso I, alínea "a", "b" e Parágrafo único, do RITC/MS, vejamos:

> *"Art. 127. De posse dos* ***autos do processo retornados do Ministério Público de Contas****, se o Conselheiro relator constatar que da apuração da denúncia:*
>
> *I* ***- não foi comprovada a ocorrência de ilícito, ele:***
>
> *a) encerrará a instrução processual;*
>
> *b****) elaborará seu relatório,*** **bem** ***como o voto escrito*** *para ser proferido em sessão do Tribunal Pleno, no sentido* ***do arquivamento do processo****;"*
>
> *c) procederá nos termos do art. 62, caput, I e II;*
>
> *(...)*
>
> *Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput, I,* ***b*** *e* ***c****, deverá ser observada a regulação das sessões reservadas, nos termos dos arts. 60 ou 61, conforme o caso."* (grifei)

Destarte, pelas razões acimas expostas e como a denunciada anulou o procedimento licitatório o processo em tela deve ser arquivado, com fulcro no art. 127, inciso I, alínea "a", "b" e Parágrafo único, do RITC/MS.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acolho o Parecer do Ministério Público de Contas (MPC) e **VOTO**, pelo:

a) **ARQUIVAMENTO** da Denúncia, com fulcro no art. 127, inciso I, alínea "a" e "b" e Parágrafo único, do RITC/MS (Resolução Normativa N.º 76, de 11 de Dezembro de 2013), por perda de objeto, em razão da anulação do procedimento licitatório pela administração pública municipal.

b) **COMUNICAÇÃO** do resultado deste julgamento as autoridades administrativas competentes e demais interessados, em conformidade com o art. 50, inciso I e art. 65, da Lei Complementar nº 160/2012.

[1] Fonte de Publicação: DJ de 10/12/1969, p. 5929; DJ de 11/12/1969, p. 5945; DJ de 12/12/1969, p. 5993.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pelo arquivamento da denuncia e suspensão do caráter sigiloso dos autos.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos e Marcio Campos Monteiro.

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

Campo Grande, 15 de agosto de 2018.

Conselheiro **IRAN COELHO DAS NEVES**

Relator

SETAC/RRMN/DSSM