DELIBERAÇÃO AC01 - 146/2019

PROCESSO TC/MS	**:** TC/1833/2018
PROTOCOLO	**:** 1888318
TIPO DE PROCESSO	**:** ATA DE REGISTRO DE PREÇO / ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO	**:** PREFEITURA MUNICIPAL DE CASSILÂNDIA
JURISDICIONADO	**:** JAIR BONI COGO
INTERESSADO	**:** ANTÔNIO WAGNER POSSETTI MAGDA - ME
VALOR	**:** R$ 84.000,00
RELATOR	**:** CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – SERVIÇOS – LOCAÇÃO DE ROLO COMPACTADOR – ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – FORMALIZAÇÃO – REGULARIDADE – RESSALVA – INCLUSÃO DE CLÁUSULA PERMISSIVA PARA ADESÃO VERTICAL – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO – JUÍZO DE PONDERAÇÃO – PUBLICAÇÃO INTEMPESTIVA – RECOMENDAÇÃO .

O procedimento licitatório na modalidade pregão presencial é regular ao estar instruído com os documentos necessários, que demonstram o atendimento às disposições legais vigentes.

É vedada aos órgãos e entidades da administração pública federal a adesão à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual. A falha perpetrada pela possibilidade de adesão vertical por cláusula da ata de registro de preços pode ser recepcionada como de natureza meramente formal, assim como a publicação intempestiva de seu extrato na imprensa oficial, incapazes de gerar a irregularidade de todos os atos de gestão praticados, impondo ressalva no julgamento da regularidade da formalização da ata de registro de preços, e ensejando recomendação ao atual responsável.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 4º Sessão Ordinária, da Primeira Câmara, de 2 de abril de 2019, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, lido pelo Conselheiro –Substituto Leandro Lobo Pimentel, nos termos do Art. 84, inc. III, "b", do Regimento Interno do TCE-MS, em declarar a **regularidade** do procedimento licitatório desenvolvido na modalidade de Pregão Presencial nº 120/2017, a **regularidade, com ressalva,** da formalização da Ata de Registro de Preços nº 42/2017, firmada entre o Município de Cassilândia, representado pelo Sr. Jair Bono Cogo e Antônio Wagner Possetti Magda – ME, configurando a ressalva em face da inclusão de Cláusula permissiva para adesão vertical, bem como em razão da publicação intempestiva de seu extrato na imprensa oficial, pela **recomendação** ao atual responsável para que se atenha à impossibilidade de adesão a Atas de Registro de Preços provenientes do município pela Administração estadual ou distrital, por falta de amparo legal, ou ainda por expressa vedação, no caso da União, evitando, assim, a ocorrência de falhas da mesma natureza.

Campo Grande, 2 de abril de 2019.

Conselheiro **Waldir Neves Barbosa** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Em exame o procedimento licitatório desenvolvido na modalidade de **Pregão Presencial nº 120/2017** (fls. 58-96) e a formalização da **Ata de Registro de Preços n.º 42/2017** (fls. 113-122) tendo como objeto o registro formal de preços para contratações futuras de locação de rolo compactador tipo pé de carneiro vibratório, com peso mínimo de cinco toneladas e máquina extrusora de guias e sarjetas.

No curso do exame destes autos, a unidade de instrução, após diligências regimentais, constata as seguintes irregularidades e requisita informação:

1. Informações sobre o item 4.5 da minuta da Ata

2. Habilitação jurídica da empresa vencedora da licitação;

3. Publicação intempestiva da A.R.P.

Desse modo, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, procedeu às intimações de n.º 8854/2018 e nº 14216/2018 (fls. 152 e 179), para que os responsáveis, querendo, se manifestassem nos autos em face das irregularidades apontadas.

Respostas foram acostadas às fls. 159-176.

Após análise das razões da defesa, a Equipe Técnica, por meio da Análise ANA – 2ªICE-23577/2018 (fls. 187-194) conclui pela irregularidade e ilegalidade do procedimento licitatório e da formalização da Ata de Registro de Preços em comento, tendo em vista a admissão da adesão vertical “de cima para baixo”, em desacordo com o Decreto nº 7.892/2013 e Parecer - C nº 00/022/17, conforme item 3.5.2 da análise.

Por sua vez, o douto Ministério Público de Contas conclui pela irregularidade e ilegalidade do procedimento licitatório e da formalização da A.R.P., bem como a aplicação de multa ao responsável, consoante Parecer PAR-4ªPRC-22558/2018 (fls. 195-197).

É o que cabe relatar.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Verifico que foram observadas as disposições regimentais no curso da instrução processual, nos termos do art. 112, II, “a” do Regimento Interno, razão pela qual passo ao exame do mérito, que recai sobre o procedimento licitatório e a formalização da Ata de Registro de Preços dele decorrente, conforme estabelece o art. 120, I, “a” e II do regramento supra.

O procedimento licitatório desenvolvido na modalidade de **Pregão Presencial nº 120/2017** (fls. 58-96) precede à contratação, vinculando-se à Lei Federal n.º 10.520/02, aos Decretos Municipais n.º 2.690/10, n.º 3.154/17 e 3.158/17, Lei Complementar n.º 123/06 e subsidiariamente à Lei Federal n.º 8.666/93 e alterações.

O processo está instruído com a autorização para licitar, ato de nomeação do pregoeiro e equipe de apoio, edital e seus anexos aprovados pela assessoria jurídica, comprovante da publicação do edital resumido na imprensa oficial, documentos de habilitação das licitantes, ata de deliberações do pregão e dos atos de adjudicação e homologação do resultado.

A empresa vencedora da Licitação foi a *Antônio Wagner Possetti Magda - Me, CNPJ/MF n.º 68.272.509/0001-27.*

A **Ata de Registro de Preços n.º 42/2017** (fls. 113-122) firmada em decorrência desta licitação, tendo como prazo de validade o período de 12 (doze) meses, adjudicando o valor total de R$ 84.000,00 (oitenta e quatro mil reais).

Inicialmente, a Equipe Técnica a existência de irregularidade, qual seja: ausência da habilitação jurídica da empresa vencedora da licitação, e, ainda, solicitou informações sobre a publicação intempestiva da A.R.P., e sobre o item 4.5 da minuta da Ata que estabelece que "a Ata de Registro de Preços, durante a sua vigência, poderá ser utilizada por outros órgãos da Administração Pública, inclusive a União, do Distrito Federal, e outros Estados [...]", uma vez que se trata de adesão vertical "de cima para baixo".

Desse modo, procedeu intimação do responsável (fls. 152 e 179). Em resposta, o gestor acostou justificativas e os documentos solicitados às fls. 159-176.

Contudo, o Corpo Técnico entendeu que não restou sanada a impropriedade consubstanciada na possibilidade de utilização da A.R.P. do município por outros órgãos da Administração Pública, sobre a qual o gestor assevera, em síntese que o Decreto 3.931/11, art. 8º e Decreto n.º 7.892/13 prevê a possibilidade de a proposta mais vantajosa numa licitação ser aproveitada por outros órgãos e entidades não participantes, trazendo à baila doutrina sobre o instituto do "carona".

Após apreciação dos documentos e justificativas que compõem os autos, a Equipe Técnica assim conclui (fls. 193-194):

> *Diante do exposto, concluímos pela:*
>
> *a) Irregularidade e ilegalidade do procedimento licitatório Pregão Presencial nº 120/2017 realizado pelo Município de Cassilândia (CNPJ nº 03.342.920/0001-86) nos termos do inciso III do art. 59, cc. o inciso IX do art. 42, ambos da Lei Complementar nº 160/2012, cc. o inciso II do art. 122 do Regimento Interno, pela impropriedade constatada no item 3.5.2 (por admitir a adesão vertical "de cima para baixo", em desacordo com o Decreto nº 7.892/2013 e Parecer – C nº 00/022/17), ocorrida sob a responsabilidade do senhor Jair Boni Cogo, ordenador de despesas atual, inscrito no CPF nº 521.984.058-49, cujo período de gestão se iniciou em 01/01/2017 até a presente data.*
>
> *b) Irregularidade e ilegalidade da formalização da Ata de Registro de Preços nº 42/2017 assinada pelos promitentes contratantes: Município de Cassilândia (CNPJ nº 03.342.920/0001-86) e a empresa Antônio Wagner Possetti Magda - me (CNPJ nº 68.272.509/0001-27), nos termos do inciso III do art. 59 da Lei Complementar nº 160/2012, cc. o inciso II do art. 122 do Regimento Interno, em*

> *razão da ata de registro de preços se encontrar amparada em procedimento licitatório ilegal e irregular contaminando, em todos os termos, os atos subsequentes uma vez que a irregularidade do procedimento licitatório induz a da formalização da ata, nos termos do § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993.*

Instado a se manifestar, o d. Ministério Público de Contas pugna pela irregularidade e ilegalidade de todos os atos apreciados, bem como pela imposição de multa, nos seguintes termos (fls. 197)

> *Ante o exposto, este Ministério Público de Contas opina que o egrégio Tribunal de Contas adote o seguinte julgamento:*
>
> *I – ilegalidade e irregularidade do Pregão Presencial nº 120/2017 e da Ata de Registro de Preços nº 42/2017, pela impropriedade constatada na cláusula quarta, item 4.5, da Ata de Registro de Preços, nos termos do art. 59, III, c/c o art. 42, IX, ambos da Lei Complementar nº 160/2012, c/c o inciso I "a", do art. 120, e inciso I, do art. 121, ambos da Resolução Normativa TC/MS 76/2013, art. 37, caput, da CF, pela infringência ao § 8º, art. 22, do Decreto nº 7.892/13 e do Parecer-C nº 00/022/17 de 06/09/17 TCE/MS;*
>
> *II - multa ao Jurisdicionado, Jair Boni Cogo, inscrito no CPF nº 521.984.058-49, pela intempestividade na publicação da Ata de Registro de Preços, infringências ao art. 61, § único, da Lei Federal nº 8666/93; c/c o art. 170, §1º, inciso I da Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013;*
>
> *III – comunicação do resultado do julgamento aos interessados, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal/88.*

A controvérsia dos autos cinge-se à possibilidade ou não da A.R.P. permitir a adesão

vertical "de cima para baixo".

Em que pesem os entendimentos do eminente Procurador de Contas, entendo que o contexto dos autos oferece condições para formação de juízo diverso.

Quanto à possibilidade de utilização da A.R.P. municipal pela União, do Distrito Federal, de Estados e Municípios, observo que, realmente, a Cláusula 4.5 (fls. 168-169), contempla a referida situação.

Tal permissivo está previsto no Decreto Municipal n.º 3.157/2017, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços no município de Cassilândia/MS.

Contudo, tal dispositivo vai de encontro ao que estabelece a legislação federal, que, em seu § 8º, art. 22 do Decreto Federal n.º 7.892/2013, assim dispõe:

> Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.
>
> [...]
>
> § 8º **É vedada aos órgãos e entidades da administração pública federal a adesão a ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual**. (grifei)

Desse modo, como bem anotado pela equipe técnica, *in casu,* resta configurada a possibilidade, pelo Decreto Municipal, de adesão vertical à A.R.P. (adesão por órgão situado em esfera verticalmente acima), situação esta expressamente vedada pelo decreto federal, como dito.

Tal vedação é decorrente do princípio da publicidade, isonomia e legalidade, estando os órgãos federais impossibilitados de aderir a atas de registro de preços estaduais, distritais ou municipais.

Esse também é o entendimento pacificado por este Tribunal de Contas, vejamos

> **Parecer – C nº 00/022/17 de 6 de setembro de 2017**
>
> Quesito 4:
>
> A Ata de Registro de Preços, realizada pelo Município, poderá ser utilizada por outros órgãos da Administração Pública, inclusive da União, do Distrito Federal, de outros Estados e de outros Municípios?
>
> Resposta:
>
> **As atas de registros de preços (ARPs), dos municípios, não podem ser utilizadas pela União e Distrito Federal** (art.22, § 8º, do Decreto Federal nº 7.892/2013) **e pelos Estados** (art.35, § 3º, do Decreto Estadual nº 14.506/2016), no primeiro caso por expressa vedação e no segundo caso por falta de previsão, nos respectivos instrumentos normativos. (grifei)

Entretanto, entendo por bem, neste processo, exercer um juízo de ponderação, posto que a falha perpetrada pela possibilidade de adesão vertical (Cláusula 4.5 da A.R.P.) pode ser recepcionada como de natureza meramente formal, incapaz de gerar a irregularidade de todos os atos de gestão até então praticados, na medida em que não vislumbro qualquer dano ao erário ou à análise do feito, sendo, portanto, merecedora da *ressalva* prevista no art. 59, II da Lei Complementar n.º 160/12.

Do mesmo modo, a publicação intempestiva da A.R.P., na imprensa oficial não ocasionou prejuízo ao erário ou ao processamento do feito, o princípio da publicidade foi levado a efeito, sendo, assim, fato merecedor da *ressalva* prevista no art. 59, II da Lei Complementar n.º 160/12, visto que realizada em disparidade com o prazo previsto no parágrafo único do art. 61 da Lei Geral de Licitações.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, divergindo da manifestação do Corpo Técnico e do r. Parecer do Ministério Público de Contas, **VOTO:**

1 – pela **regularidade** e **legalidade** do procedimento licitatório desenvolvido na modalidade de **Pregão Presencial nº 120/2017** instaurado pelo **Município de Cassilândia/MS,** CNPJ/MF n.º 03.342.920/0001-86, por seu prefeito municipal, Senhor Jair Bono Cogo, CPF/MF n.º 521.984.058-49, como unidade licitante, porquanto realizado em conformidade com a legislação pertinente, nos termos do art. 59, I, da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o art. 171, do RITC/MS;

2 – pela **regularidade** e **legalidade, com ressalva,** da formalização da **Ata de Registro de Preços nº 42/2017** derivada do **Pregão Presencial nº 120/2017,** firmada entre o **Município de Cassilândia/MS,** CNPJ/MF n.º 03.342.920/0001-86, por seu prefeito municipal, Senhor Jair Bono Cogo, CPF/MF n.º 521.984.058-49, como compromissários, e o compromitente nela consignada, configurando a ressalva em face da inclusão de Cláusula permissiva para adesão vertical, bem como em razão da publicação intempestiva de seu extrato na imprensa oficial, infringido o art. 22, § 8º, do Decreto Federal nº 7.892/2013 com fulcro no art. 59, II da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o art. 171, do RITC/MS;

3 – pela **recomendação** ao atual responsável para que se atenha à impossibilidade de adesão a Atas de Registro de Preços provenientes do município pela Administração estadual ou distrital, por falta de amparo legal, ou ainda por expressa vedação, no caso da União, evitando, assim, a ocorrência de falhas da mesma natureza, nos termos do art. 59, § 1º, II, da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o art. 171, do RITC/MS;

4 – pelo **retorno dos autos** à Divisão de Fiscalização de Contratação Pública, Parcerias e Convênios do Estado e dos Municípios para que promova o acompanhamento da execução financeira, nos termos regimentais;

5 – pela **comunicação** deste julgamento aos interessados nos termos do art. 50, I e II, da Lei Complementar nº 160/2012 c/c os artigos 96, I e 99 do RITC/MS nº 76/2013.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em declarar a regularidade do procedimento licitatório e a regularidade com ressalva da formalização da ata de registro de preços, com recomendação.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Relator o Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa, substituído em Sessão pelo Conselheiro-Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel, nos termos do Art. 84 inc. “b”, do Regimento Interno.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Flávio Kayatt e Marcio Campos Monteiro.

Presente o Exmo. Sr. Procurador do Ministério Público de Contas José Aêdo Camilo.

Campo Grande, 2 de abril de 2019.

Conselheiro **WALDIR NEVES BARBOSA**

Relator

SETAC-KBV/ARP/DSSM